



ANEXO DE LECTURAS

CURSO "LA ORALIDAD EN EL NUEVO MODELO
PROCESAL PENAL"

UNIDAD I: CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

- 1) BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano", en: Cubas Villanueva, Víctor y otros (Coords.). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Palestra, Lima, 2005.

Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano

VÍCTOR BURGOS MARIÑOS*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las más valiosas fuentes de interpretación lo constituye sin lugar a dudas, la exposición de motivos de un Código o texto compilado de normas que rigen un sector jurídico, pues allí el legislador expresa todo aquello que es el origen y finalidad de la norma, en síntesis, el rol que va a cumplir dentro de la institucionalidad del Estado de Derecho. Y, al referirse el presente estudio sobre los principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal, resulta ineludible partir por ubicar en la Exposición de Motivos, aquellas concepciones fundamentales adoptadas por el Legislador y que sin lugar son el punto de partida para el conocimiento e interpretación de las normas contenidas en el texto, y, en especial, de las contenidas en el Título Preliminar.

* Este artículo ha sido preparado sobre la base de la conferencia dictada en el XIII Taller sobre Justicia Penal y Derechos Humanos organizado por el CEAS, en LIMA, octubre del 2004. Aprovecho la oportunidad para testimoniarles mi agradecimiento por la invitación hecha a mi persona para disertar en tan importante evento.

En tal sentido resulta trascendente para el tema en comento, citar por ejemplo que en la Exposición de Motivos se afirma que «...la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.» En esta primera gran declaración se citan a los más importantes principios que asume el Código, sin embargo, es preciso señalar que, en cada estación procesal que se describe, también se citan los principios que rigen en ellas, como por ejemplo, los principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva; o la continuidad del juzgamiento, concentración, identidad física del juzgador durante el juicio oral, etc.

Otro aspecto resaltante lo constituye la afirmación que sostiene que por «razones de una política legislativa, presentes también en la legislación comparada, orientadas a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal ordinario, han determinado que conjuntamente con el proceso común se regulen una gama de vías alternativas que permitan diversificar la especialidad procedimental por razón de las personas y por razón de la materia y, de otro lado, los procesos simplificados desarrollados bajo el principio de consenso...». Nosotros consideramos que lo que en realidad debe importar es la asunción decidida de una política procesal de descarga, por parte de los operadores penales que goce de aceptación social, es decir, esté legitimada y aceptada socialmente. Lo que no estamos de acuerdo, bajo el principio de igualdad, es la existencia de especialidades procedimentales por razón de las personas. Esta declaración, es contraria a la necesidad de fortalecer la independencia judicial y consolida procesos con privilegios para quienes ocupan altos cargos, y, sobre todo, dando un mensaje inadecuado para las actuales exigencias sociales frente a los cada vez más numerosos casos de corrupción de altos funcionarios públicos, y la sensación de impunidad que aparentan la distinta especialidad procedimental y los privilegios procesales como el ser solo juzgados por magistrados de la mayor jerarquía judicial, un privilegio que no puede darse un hombre común. Este, sin dudas, es uno de los grandes retos que tiene que afrontar el nuevo modelo procesal, bajo la necesidad del fortalecimiento de las figuras del Juez y del Fiscal.

La Exposición de Motivos concluye afirmando la línea ideológica que el legislador ha impreso en el Código, y que, tanto el operador penal y la sociedad deben comprender y asumir. Efectivamente, se afirma que «...el Código Procesal Penal que se propone, constituye un instrumento normativo cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefine el conflicto generado por el delito satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado democrático». El problema que plantea esta última e importante declaración, es, si realmente se puede afirmar como función preponderante del proceso penal, el garantizar la seguridad ciudadana. Nos parece que esta concepción ha permitido la inclusión de funciones policiales de carácter preventivo en un Código Procesal, cuando en realidad, éste debe regular el proceso que sirve para perseguir el delito y no para prevenirlo, al menos como función trascendente, pues ello es función policial. Igualmente, los demás efectos de la condena no dependen del proceso sino de las consecuencias jurídicas penales. Es más, como ya se dijo, la seguridad ciudadana no depende únicamente del proceso penal, sino más bien, del funcionamiento de todo el sistema penal, donde el proceso penal únicamente contribuye a afirmar si existe razón o no para declarar culpable a una persona y aplicarle la ley penal, aquí tiene sentido la seguridad ciudadana, como expresión de no impunidad. Sin embargo, la eficiencia del proceso entendida como no impunidad, no es suficiente para alcanzar la seguridad ciudadana, pues a pesar de la condena, sea por la lenidad de las penas o de su ejecución, delincuentes salen en libertad para continuar cometiendo delitos, esto es lo que genera en realidad la sensación de falta de seguridad ciudadana, pero como se verá, ello no tiene que ver con los fines del proceso penal. Es necesario realizar un replanteo de las estrategias político criminales para afrontar los actuales retos de las sociedades modernas frente al crecimiento de la delincuencia violenta y organizada, y no cargar toda la responsabilidad al proceso penal, o a los jueces y con el nuevo Código, a los fiscales, pues sería seguir en un círculo vicioso.

En conclusión, creemos que resulta altamente riesgoso conferir como finalidad del proceso penal la obtención de la seguridad ciudadana, por

que ello implica necesariamente la policialización del proceso penal, la continuación de los fines represores del modelo inquisitivo, y el abandono de la garantía como identidad de la norma procesal.

II. CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

Es muy frecuente que en los textos se empleen conceptos como «derechos fundamentales», «derechos fundamentales procesales», «derechos humanos», «principios procesales», «libertades públicas», «garantías institucionales», entre otros, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionales.

Por «derechos fundamentales» debe entenderse a aquellos derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución a favor de la persona humana, por ejemplo, la libertad, la dignidad, la igualdad, etc. Estos derechos fundamentales son el pilar de un Estado de Derecho, que sólo pueden verse limitados por exigencia de otros derechos fundamentales. Si la afectación es ilegal o arbitraria, pueden protegerse a través de las acciones de garantía. Por ser derechos que operan frente al Estado, también pueden oponerse dentro de un proceso penal a través del irrestricto derecho de defensa.

Los «derechos fundamentales procesales» son aquellos derechos que tienen aplicación directa o indirecta en el proceso, por ejemplo: el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, a la defensa, etc.

Los «derechos humanos» son los derechos fundamentales reconocidos y protegidos a nivel internacional, y también a nivel Constitucional. Las Cuatro Generaciones de Derechos Humanos son: Primera Generación, los derechos de libertad; Segunda Generación, los derechos económicos y sociales; Tercera Generación, los derechos de solidaridad humana; y, Cuarta Generación, los derechos de la sociedad tecnológica¹. En un proceso penal, generalmente se afectan los derechos de la primera generación (libertad, propiedad), y en menor medida, los de la segunda generación (inhabilitación para desempeñar cargos públicos, derechos políticos).

1. LOPEZ GARRIDO, Diego y Otros. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia, Edit. Tirant lo blanch, 2000. Pág. 162 y ss.

Los «principios procesales» son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un «derecho fundamental procesal». Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal.

Las «garantías institucionales» son aquellas que la Constitución consagra para que ciertas organizaciones o instituciones puedan cumplir con sus funciones propias, frente a injerencias externas. Por ejemplo, es el caso de la autonomía de las Universidades, la independencia del Poder Judicial. E incluso, en el ámbito del proceso penal, la irrenunciabilidad a la defensa, obliga al Estado a proveer de defensa de oficio.

Las «libertades públicas» son un concepto parecido a derechos fundamentales, pero que han sido positivizados en la Constitución (a excepción de los derechos sociales). Por ejemplo, el derecho a la libertad.

En el mismo sentido, el profesor ARSENIO ORE² sostiene que «Conviene, antes de proseguir, un deslinde terminológico, para evitar algunas confusiones e imprecisiones, cuando no contradicciones, que se dan con cierta frecuencia. En primer lugar derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Las libertades, en segundo término, abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política... Las garantías, a su vez, son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento».

Como afirma GÓMEZ COLOMER, «...los derechos fundamentales (que siempre son derechos humanos también) pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales...». Y, agrega que «...los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y li-

2. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Segunda Edición, Edit. Alternativas, 1999. Pág. 56, 57.

bertades públicas reconocidos por la Constitución... y que tienen aplicación en el proceso penal...»³

De lo expuesto podemos deducir que, sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, reconocidas por la Constitución (extensivamente por los Tratados reconocidos por nuestro País), deben ser respetados en el decurso de un proceso penal. Y esto por la sencilla razón, de que el Estado peruano al igual que la Sociedad, tienen el deber de proteger los derechos fundamentales, a tenor del art. 1º de nuestra Constitución, y por tanto, el Estado al ejercer su función penal, no puede desconocer tales derechos, bajo sanción de que el proceso penal sea declarado nulo. Aquí reside la razón por la que nosotros adoptamos el término de «garantías constitucionales del proceso penal», para referirnos al cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Constitución⁴, y que a su vez, se encuentran garantizados por ella misma, a través del carácter de norma fundamental, que dota al Ordenamiento, y en especial, a las normas que regulan la función penal del Estado, de unidad y coherencia.

La necesidad de que el Estado Democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales, obliga a que se defina en la Constitución, los límites del ejercicio del poder estatal. Y como quiera que en el proceso penal, esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como lo afirma ALBERTO BINDER, un diseño constitucional del proceso penal.

Así, la Constitución Política del Estado de 1993 posee una particular concepción de lo que debe ser la administración de justicia penal en nuestro país; en ella se han consagrado varias disposiciones que, con valor jurídico normativo o sin poseer propiamente este valor (Vg. cuando sólo reflejan el techo ideológico), resultan siendo de obligatoria observancia para el proceso penal peruano. Al comentar el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, no nos vamos a referir a todas estas «vinculaciones constitucionales», sino sólo a las que resultan constituyendo las garantías más importantes para la persona humana sujeta a la persecución penal (en lo que in-

3. GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal español*. Valencia, Edit. Tirant lo blanch, 1997. Pág. 58 y ss.

4. Aquí también se deberán incluir los llamados «principios implícitos», que se desprenden de la dignidad de la persona humano y del Estado de Derecho.

cluimos a las disposiciones tendientes a regular y limitar las funciones persecutoria y jurisdiccional), toda vez que es esta perspectiva la más necesitada de efectiva concreción y en la que se verifican el mayor número de inconstitucionalidades de nuestro sistema procesal.

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

3.1. Principio de Supremacía Normativa

El Artículo X del Título Preliminar del Código Promulgado establece que «...las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código, y serán utilizadas como fundamento de interpretación». Sin embargo, tal prescripción es incompleta para un sistema de garantías, pues omite extender la prevalencia normativa a las leyes procesales especiales que se dicten en el futuro, y mejor hubiera sido hablar de la supremacía de las normas constitucionales. De tal manera que, frente a un vacío normativo o frente a la existencia de una norma contraria al modelo, se apliquen las normas constitucionales rectoras del proceso penal, y así poder garantizar la coherencia de la norma procesal, y no generar problemas como son los casos del proceso penal sumario y el rol investigador del Juez Penal, lo que es contrario a la Constitución vigente.

Por ello resulta más trascendente afirmar la supremacía de la norma constitucional, y con ello entender que *«es función del Estado la aplicación de la Ley penal mediante un juicio previo, con arreglo a las garantías previstas en la Constitución y en los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú...»*, y, que por esa razón, *«Todos los actos de acusación, defensa y jurisdicción penal, se rigen por la Constitución y la Ley (principio de reserva). Toda norma de menor jerarquía sólo tendrá eficacia organizativa y administrativa»*.

Esta metodología garantiza que las normas penales y procesales penales se interpreten y apliquen, conforme y desde la constitución.

Efectivamente, la Constitución no sólo resulta de obligatoria observancia al momento de crear las normas penales; sino que, también, en el proceso de realización de las leyes sustantivas. Por ello, su naturaleza vinculante presenta un doble aspecto que hay que tener en cuenta:

En primer lugar, el valor directamente normativo de la Constitución, es el resultado de la tendencia al desarrollo y perfeccionamiento de la protección de los derechos individuales la que ha conducido a que, en muchos

supuestos, se dote de eficacia directa e inmediata a su reconocimiento en normas de índole constitucional⁵.

Ha señalado DE OTTO que la eficacia directa significa –al menos en su fórmula pura- que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el Derecho, habrán de tomar la norma constitucional como premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: 1. dado que la Constitución es norma superior, habrá de examinar con ella todas las leyes cualesquiera con sus normas para comprobar si son conformes con la norma constitucional; 2. habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; 3. habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más⁶.

En este contexto, las prescripciones constitucionales que consagran derechos, principios o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) no pueden ser tomadas como meras cláusulas programáticas, sino que poseen «eficacia directa», constituyen Derecho procesal penal; y en tal virtud, deben ser aplicadas en la práctica judicial, incluso, así las normas de carácter ordinario nada digan al respecto⁷.

Es en este último sentido que, por ejemplo, no se puede negar que, a pesar de no existir en la legislación procesal penal vigente aún, una norma que haga referencia explícita a la prohibición de valorar la prueba ilegítimamente obtenida, en los casos que los elementos probatorios estén constituidos por declaraciones que se hayan conseguido con el uso de violencia (moral, psíquica o física), dicha prohibición va a venir impuesta por la aplicación del art. 2 inc. 24. h. de nuestra Constitución.

En segundo lugar, la interpretación conforme a la Constitución, es decir, la exigencia de que el contenido que se le atribuye a la norma legal –vía interpretación- no debe contravenir el espíritu de la norma fundamental, ni

5. LOPEZ GUERRA, L. op. cit págs. 22 y ss.

6. DE OTTO PARDO, I. Op. cit., págs. 8 y ss.

7. En este sentido, VIVES ANTON, Tomás. «Ne bis in idem procesal», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. Madrid - España: 1992, pág. 13. PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona - España: Jesús María Bosch, 1997, págs. 24 y ss.

el sentido de sus prescripciones específicas; por el contrario, ésta debe servir de condicionamiento y guía teleológica-valorativa de la labor hermenéutica.

Como consecuencia de estas premisas, entre varias interpretaciones posibles, según los demás criterios, siempre debe tener preferencia la que mejor concuerde con la Constitución. Sin embargo, es necesario advertir que, si la interpretación conforme a la Constitución quiere seguir siendo una interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley. No obstante, si el legislador había intentado un efecto más amplio de lo que es permitido según la Constitución, la ley puede ser interpretada restrictivamente «conforme a la Constitución»⁸.

En el caso que ninguna de las posibles interpretaciones pueda adecuarse a los condicionamientos y exigencias de la Ley Fundamental la norma resultará inaplicable, por inconstitucional, dando lugar al ejercicio del control difuso de la ley.

Nuestro país recoge dos sistemas de control constitucional: el control difuso y el control concentrado. El primero, que nos interesa, se encuentra previsto en el art. 138, segundo párrafo de la Constitución, y se ejerce cuando «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera». Esta clase de control se encuentra entregada esencialmente a los funcionarios jurisdiccionales y se le denomina control difuso de la constitucionalidad, en razón de que se quiere significar que el control no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, sino que por el contrario corresponde a todas las autoridades judiciales del país, que tienen el poder implícito de desaplicar o inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos, puestos bajo su conocimiento y decisión⁹. La eficacia del control difuso de la constitucionalidad se encuentra circunscripta a las partes que han intervenido en el conflicto jurídico resuelto por el funcionario jurisdiccional, sólo para ese caso concreto, no producen efectos *erga omnes*, sino únicamente *inter partes*¹⁰.

8. LARENZ, K. Op. cit., pág. 338.

9. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. Teoría... pág. 367.

10. Cfr. PELAYO SAMANAMUD, Rubén. «Control constitucional de las leyes», en *Revista de Derecho y Ciencia Política* Vols. 54 (Nº 2) y 55 (Nº1). Lima – Perú: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997 – 1998, pág. 250. LOPEZ GUERRA, L., op cit., pág. 200. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. Teoría... pág. 364.

IV. GARANTÍAS QUE REGULAN EL MODELO PROCESAL

4.1. Definición del modelo

El artículo I del TP que sostiene en su primer inciso que «La Justicia Penal ... se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes...», resulta concordante con el artículo IV que afirma «El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio».

De esta manera queda claro que el modelo procesal se basa en una clara repartición de funciones penales entre el Fiscal y el Juez Penal, pues de acuerdo a ello, el Fiscal será el funcionario responsable de investigar y probar el delito y la responsabilidad penal, mientras que el juez, será el encargado de realizar el juzgamiento y dictar la sentencia que corresponda, con imparcialidad.

Durante la investigación, existirá un Juez Penal destinado a controlar que los actos de investigación dirigidos por el Fiscal se realicen respetando los derechos fundamentales, y, como quiera que esta intervención del Juez Penal le permite decidir sobre las medidas coercitivas participando indirectamente con los actos de investigación, ya no puede por ello, participar en el juzgamiento, razón por lo que cuando concluya la audiencia preliminar, deberá remitir el proceso a otro Juez Penal para que lleve a cabo el juzgamiento, preservando la garantía de imparcialidad.

4.2. Derecho a un juicio oral público y contradictorio

Para el Modelo procesal asumido por el Código como de todo modelo acusatorio, el juicio constituye la etapa fundamental e ineludible para la aplicación del derecho penal, por eso el Título Preliminar del Código Procesal en su primer artículo establece que «2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código».

El Código establece con claridad que lo más importante del modelo, es la garantía de que nadie puede ser penado sin juicio, lo que convierte al juicio oral en un derecho de todas las personas, de tal modo que se puede afirmar desde la vertiente de los derechos humanos, que existe un derecho

a un juicio oral¹¹. Sin embargo, existe el problema de que la norma del TP afirma que el «...Juicio Oral se sujetará a las normas de este Código», pues como ya se conoce, lamentablemente, la normas previstas para el desarrollo del juicio y la actuación probatoria, no permiten un juicio verdaderamente adversarial, por ejemplo, la rigidez de la actuación probatoria, el orden preclusivo de la intervención de las partes al igual que en el actual modelo mixto inquisitivo, la declaración del acusado como primer acto de prueba, y la iniciativa de prueba de oficio por parte del juez del juicio. La solución para este caso es que el legislador hubiera afirmado que el Juicio Oral se sujetará además a la observancia de las garantías constitucionales, pues de lo contrario, podría admitirse que como se trata de una norma del Título Preliminar donde se afirma que el «juicio se sujetará a las normas de este Código», terminemos realizando un juicio que en realidad no es adversarial. Creo que el deber que nos corresponde es realmente garantizar el juicio oral público y contradictorio, nada cuesta esforzarnos para tal propósito, por el contrario, toda lo sociedad ganaría pues este modelo es el que mejor cautela las libertades individuales y concuerda con el Estado de Derecho.

La ventaja de la centralidad del juicio oral ha sido destacado por la unánime doctrina procesal penal, es así que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, sintetizando todo ello, afirma que la actividad probatoria hábil para destruir la presunción de inocencia, debe tener las siguientes características: a) En primer lugar, que, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar *sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes*, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por

11. El juicio oral concebido en su doble naturaleza, como obligatoriedad del juicio para el Estado y como derecho para la persona humana, permite perfectamente la inclusión de supuestos de simplificación procesal como la Terminación Anticipada o Proceso Abreviado y los supuestos de Conformidad, los que implican una condena sin juicio oral, pero siempre que el procesado acepte llegar a un acuerdo o acepte llanamente su responsabilidad. La persona del imputado es quien decide ir a juicio o a beneficiarse con el acuerdo o la conformidad, esto es lo fundamental, pues la obligatoriedad del juicio para el Estado depende de si la persona ejerce o no su derecho al juicio oral.

las partes. b) Ello conlleva que las diligencias practicadas en la Instrucción no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

Pero no sólo se gana en el juicio una mejor calidad de información para decidir la condena o absolución del acusado, sino esencialmente se gana en imparcialidad, lo que constituye un valor que debemos rescatar y potenciar. Efectivamente, el Juicio oral se convierte en el escenario donde ingresan la parte acusadora y la parte acusada, es entre ambos que se entiende el conflicto penal, y no con el Juez, quien es tercero imparcial. Sólo así se garantiza un proceso penal compatible con la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, el derecho al juicio oral se encuentra garantizado además, por la garantía de imparcialidad antes citado, y por la garantía del juez «determinado por la Ley», conforme se recoge en el artículo V inciso segundo del TP, el mismo que debe ser entendido como «juez predeterminado por la Ley», ya que una interpretación literal, podría conducir a que «por ley se designan los jueces» dando lugar a violaciones a la garantía del juez natural. Nos parece que el juicio oral resultaría más garantizado si se garantiza la independencia interna y externa de los jueces penales, se prohíba a los funcionarios públicos, particulares y a los grupos de presión, influir en la decisión jurisdiccional, y para ello, la mayor garantía de la imparcialidad de los jueces penales exige además, su inamovilidad en el cargo, su desempeño con la debida probidad y el respecto al principio del juez natural»¹².

4.3. Dirección fiscal de la investigación penal

Lo trascendente de la dirección fiscal de la investigación del delito, además de lo ya dicho en el marco del modelo acusatorio, es que garantiza una sola investigación, lo cual va a simplificar enormemente al proceso penal, pues suprime los reiterados y repetitivos actos de investigación exis-

12. La inamovilidad en el cargo conlleva efectivamente a suprimir la llamada «ratificación» de magistrados, que ha tenido en nuestro país un significado más político que jurídico, más coyuntural que programático. La propuesta de eliminar la ratificación es una condición básica para fortalecer la independencia e imparcialidad de los jue-

tentes actualmente, como son los que realizan la Policía, el Fiscal, el Juez Penal e incluso, las Salas Penales de Juzgamiento.

Esta función deberá ser asumida a plenitud por el Ministerio Público, por cuanto, tanto su prestigio como su legitimación social y política se encuentran en juego, y ésta representa la oportunidad histórica que ha estado esperando para consolidar su identidad y autonomía institucional. Lamentablemente el Código Procesal Penal del 2004 no es consecuente con la necesidad de fortalecer al Ministerio Público, pues en lugar de reconocer plenamente la titularidad en el ejercicio de la acción penal, mantiene increíblemente, aquellos mecanismos de injerencia otorgados a diversos sectores de la administración pública durante el gobierno de Fujimori –que disfrazados de falsos tecnicismos o requisitos de procedibilidad-, minaron las facultades de persecución y de jurisdicción otorgados por la Constitución al Ministerio Público y al Poder Judicial. El caso más clamoroso es lo que respecta a los delitos tributarios, en donde ha sido la Sunat y no el Ministerio Público quien calificaba si había o no delito tributario. Como debía de ser, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, acertadamente ha señalado que tales funciones de la Sunat son inconstitucionales, lo cual va a obligar al legislador a reformar el Código Procesal Penal del 2004 en la parte pertinente¹³. Asimismo, abre el camino para declarar la inconstitucionalidad de las demás prescripciones similares existentes en el ámbito de los delitos socioeconómicos.

Resulta importante citar el texto recogido por el Código Procesal Penal promulgado, en su artículo IV del TP, cuando sostiene que «el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y

ces, que entendemos como necesaria, y que no debe confundirse con falta de control. Admitimos que un magistrado puede ser separado de su cargo si se le demuestra haber cometido una conducta grave en el ejercicio de su función, sancionado con la destitución. No hay ni debe haber otra razón válida para separar al magistrado, si lo hubiera sería política, y ello ya no es aceptable.

13. La Tercera Disposición Complementaria y Final del CPP señala que «siguen vigentes las disposiciones legales que consagran requisitos de procedibilidad o imponen autorizaciones o informes previos de órganos públicos para disponer la formalización de la investigación preparatoria». Esta norma debe ser reformada a mérito de la Ejecutoria Suprema de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de fecha 20 de enero del 2004, recaída en el Expediente N° 2613 La Libertad, que aprobó la consulta sobre el ejercicio del control difuso realizado por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, frente a la obligación impuesta por la Ley Penal Tributaria de remitir el caso probable de delito tributario a la Sunat, lo que implica

tiene el deber de la carga de la prueba», y por ello asume la conducción de la investigación desde su inicio, además del control «jurídico» de los actos de investigación que realiza la Policía Nacional¹⁴.

El Ministerio Público deberá convertirse en la institución capaz de contribuir a la consolidación del nuevo sistema procesal penal, para ello deberá colaborar en forma decisiva para la abolición del sistema inquisitivo vigente aún, constituirse en el motor que impulsara el trabajo medular del nuevo sistema, y, asumir el liderazgo en la promoción y protección de los intereses de las víctimas. Efectivamente, el nuevo modelo requiere, que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación del delito dotándolo de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipos multidisciplinarios, coordinando más eficientemente el trabajo policial, en fin, constituyéndose en un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico. En segundo término, la actuación del Ministerio Público es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo que no sólo posibilite a la institución funcionar dentro de parámetros de eficiencia y calidad óptimos, sino también al sistema de justicia criminal en su conjunto. El Ministerio Público es la institución que dispone de las herramientas idóneas para establecer una política de este tipo y superar así uno de los males endémicos de la justicia criminal en Latinoamérica: la sobrecarga de trabajo de sus distintos operadores¹⁵.

ba la afectación de la autonomía y competencia del Ministerio Público. Al respecto la Corte Suprema ha afirmado que «...resulta innegable la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo noveno del Decreto Legislativo ochocientos trece - Ley Penal Tributaria, pues ésta limita la capacidad de ejercicio de acción penal por el Ministerio Público restringiendo su ejercicio en los casos en que el Organismo Administrador del tributo así lo determine...». declara inconstitucional y convalida el ejercicio del control difuso en el caso de los delitos tributarios.

14. Habrá que hacer la precisión que lo que la reforma pretende es suprimir la investigación policial autónoma, por ello, habrá que interpretar el texto del CPP citado, como una investigación policial que ha sido delegada por el Ministerio Público, y no como una investigación autónoma, pues sólo debe existir una sola investigación, la del Ministerio Público como ya se ha señalado, pues de lo contrario, se corre el riesgo que la situación actual de la investigación se mantenga, así como sus problemas de constitucionalidad..
15. DUCE, Mauricio en *El Ministerio Público en La Reforma Procesal Penal en América Latina: Visión General acerca del estado de los cambios*. CEJA, Foro virtual 2005

Otro aspecto importante en la dirección de la investigación fiscal del delito, es la autorización que recibe para disponer de la acción penal. En tanto vayamos superando el paradigma inquisitivo de la obligatoriedad de la persecución penal, el poder del Ministerio Público para la disposición de la acción irá ampliándose, dando lugar a un mejor proceso de selección de casos penales, abonando con ello a la celeridad y la descarga procesal.

La idea que debe inspirar estas nuevas funciones, es que el Fiscal debe desplegar toda su concentración y esfuerzo a fin de acopiar la prueba suficiente que le permita llevar el caso penal a juicio, de la forma más eficiente y rápida. Esto le permitirá obtener una posición privilegiada para promover los acuerdos o la conformidad con el imputado, y en su defecto, llevar el caso a juicio y garantizar la condena de los responsables.

Igualmente sería de mucha utilidad en la idea de fortalecimiento de la dirección de la investigación fiscal, la apertura que tiene que haber hacia las víctimas y demás ciudadanos que deseen colaborar con la investigación del delito. Frente a las carencias logísticas y humanas que siempre existen en la lucha contra la criminalidad, y que se notaran ahora con mayor claridad cuando el Ministerio Público asuma a plenitud la dirección de la investigación del delito, no se puede seguir manteniendo el criterio de la «investigación oficial», sería contraproducente, por el contrario se necesita que la sociedad participe activamente en la investigación del delito, debe haber una gran apertura a la colaboración de los ciudadanos, sólo así el Fiscal podrá legitimar sus nuevas funciones. Para ello, es necesario que se reincorpore al texto legal, la institución del querellante adhesivo, y así el Código Procesal otorgue mayor protección a las víctimas.

4.4. Derecho de defensa

El artículo IX del TP del Código establece que «toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de Oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad». Sin duda que esta declaración viene a superar todas las restricciones generadas por el actual proceso inquisitivo, en donde incluso, aún se aprecian rezagos como el de ocultar la imputación al procesado hasta que después que preste declaración. Sin lugar a dudas, que esta garantía pone en cuestión la errada posición asumida por el Tribunal Constitución en la sentencia sobre legislación antiterrorista de enero del 2003.

También se reconoce el derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa, lo que podría traducirse en el derecho a la reserva de la declaración, es decir, del derecho de solicitar declarar en la oportunidad que el procesado considere estar preparado para ello. Esto impediría las presiones o coacciones que generalmente son denunciados durante los actos de investigación de la Policía, y pondría en cuestión la actual importancia que le da el actual modelo procesal. Esta garantía se extiende también al uso en plena igualdad de todos los medios de prueba, a ejercer la defensa por si o a través de su Abogado Defensor.

Respecto al ejercicio de la defensa en plena igualdad, sin lugar a dudas que ello constituye una exigencia ineludible del modelo acusatorio, razón por la cual resulta necesario fortalecer la Defensa de Oficio, a fin de que pueda competir en igualdad de condiciones con un Ministerio Público fortalecido por el Modelo Acusatorio. Debemos poner atención a que la Defensa de Oficio se institucionalice como un organismo independiente y autónomo, que responda así a la gran demanda de asistencia letrada que presenta nuestro sistema de justicia, y con ello garantizar el ejercicio de la defensa en plena igualdad. Personalmente consideramos que en tanto el Ministerio Público asuma un mayor protagonismo y liderazgo en la persecución del delito, representando los intereses sociales y de las víctimas, la llamada «defensa judicial del Estado» o el Pool de Procuradores en temas penales existentes, podrán ser una interesante alternativa para constituir el Ministerio de la Defensa, pues el Estado ya no necesitará quien lo defienda en un proceso penal, pues ello podrá ser asumido plenamente por el Fiscal, como lo hace en muchos países. Lamentablemente, el Código Procesal, ni en el Título Preliminar ni en las Disposiciones finales muestra preocupación por el tema, es mas, en la redacción del artículo IX —confiamos que sólo es un error mecanográfico—, pero mientras se hace referencia al defensor particular en Mayúscula, al mencionar al Defensor de Oficio, se le cita en minúsculas. Lo cierto es que sin una Defensa de Oficio fortalecida, será muy difícil que se de un juicio verdaderamente adversarial.

Como se verá, el Código recoge una perspectiva amplia del derecho de defensa, pues todas las partes del proceso penal, sean imputados o no, tienen la garantía constitucional de defensa. Siendo eso sí necesario advertir que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria¹⁶.

16. Cfr. por todos, MAIER, J. B. J. *Derecho procesal penal argentino*, cit. pág. 307.

No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales en un proceso civil se enfrentan entre sí, con sus propios medios, en el proceso penal, el imputado se enfrenta al Estado y toda su maquinaria de persecución. Es en esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, en su variante dirigida al imputado.

Tenemos así que GIMENO SENDRA¹⁷, por ejemplo, entiende el derecho de defensa como la garantía fundamental que le asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación, e impugnación necesarios para hacer prevalecer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

En la definición del profesor español se puede apreciar, preliminarmente, que el derecho fundamental de defensa presenta un desarrollo mucho más rico que el que podría parecer de primera impresión. Como él mismo dice: «el derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derecho también fundamentales de carácter instrumental»¹⁸. Nosotros, por nuestra parte, advertimos ya aquí que el contenido del derecho de defensa sobrepasa, incluso, los derechos que aparecen en la definición de GIMENO y, si bien poseen basamento constitucional –por ser exigencias del derecho a la defensa–, no en todos sus casos resultan siendo, por sí mismos, derechos fundamentales¹⁹.

Antes de ocuparnos de las exigencias constitucionales que se desprenden del derecho de defensa debemos dejar claro que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de

17. GIMENO SENDRA, V. en él mismo – MORENO CATENA, V. – CORTES DOMINGUEZ, V. *Derecho procesal penal*, cit. pág. 68.

18. *Ibidem* pág. 69.

19. Sin embargo, no creemos que formen parte de su contenido el principio de inmediación y el derecho a un proceso justo y equilibrado, como sostienen BERNALES, E. – OTAROLA, A., *op cit.*, pág. 656.

instrucción, funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por parte de alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere el profesor SAN MARTÍN CASTRO²⁰, el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito.

El derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial o administrativa de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el Juez Especializado en lo Penal y las Salas Penales (Superior y Suprema) que intervengan en el caso.

Una de las exigencias más saltantes del sentido literal del texto constitucional que consagra el derecho de la defensa (art. 139 inc. 14: «El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad») se encuentra en el derecho que tiene el procesado a contar con abogado defensor, un profesional en Derecho que coadyuve a su defensa. Garantía ésta a la que se conoce como derecho a la defensa técnica.

El imputado puede realizar de muy buena manera su defensa (material), pues es el principal interesado en impedir que se demuestre su culpabilidad o lograr demostrar su inocencia; sin embargo, dado que el supuesto de conflicto social que ha dado origen a su llamamiento al proceso presenta carácter jurídico, es necesario que su defensa se vea complementado por un sujeto al que se le tiene como conocedor del Derecho; así aquella puede tener mejores perspectivas de éxito.

Lo fundamental de esta variante del derecho de defensa ha llevado a que se requiera -para salvaguardar su efectividad- que el Estado asuma la obligación de dotar de un defensor de oficio a los sujetos que no se encuen-

20. SAN MARTÍN CASTRO, C., *op cit.*, pág. 70.

tre en condiciones de asumir el pago del profesional que se habrá de ocupar de su defensa técnica. Se ha denominado a este supuesto: derecho a contar con un Abogado de Oficio.

No obstante lo trascendental de la obligación que se impone el propio Estado de dotar al imputado carente de recursos económicos de un defensor, es necesario poner de relieve debidamente que –conforme señala TOCORA– la garantía de la defensa de oficio se ha convertido en una formalidad ajena a los fines del «*favor defensionis*». Las grandes masas de desposeídos que se ven involucrados judicialmente ven cerrado el círculo cuando se les asigna un abogado defensor de oficio, pues su labor se reduce a un rol simbólico. Su participación muchas veces se limita a firmar las actas de las diligencias en las que no participa. No presenta ninguna petición, contradicción o impugnación probatoria²¹. Por eso resulta imprescindible para el éxito del Modelo Acusatorio, la instauración de un verdadero sistema de Defensa de Oficio²².

4.5. El Derecho de contradicción como expresión cualitativa del Derecho de defensa en un proceso acusatorio adversarial

Conforme señala GIMENO SENDRA²³ este derecho comporta la exigencia de que ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tengan la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena.

21. TOCORA, Fernando op cit., pág. 95.

22. Consideramos en lo personal, que en un sistema acusatorio debidamente legitimado y eficaz, ya no será necesario que el Estado despliegue importantes esfuerzos presupuestales para defender al Estado en asuntos penales, pues el Fiscal cumplirá ese papel, y más bien, lo que se ha venido en llamar «defensa judicial del Estado», se convierta en el Sistema de Defensa de Oficio, que tanto necesita el modelo acusatorio y miles de justiciables indigentes.

23. GIMENO SENDRA, Vicente en él mismo – MORENO CATENA, Víctor – CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal. Proceso penal*., Valencia – España: Tirant lo blanch, 1993, pág. 48.

Ya en un inicio se debe aclarar que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato²⁴, el derecho a la igualdad procesal²⁵. El que se debe observar tanto en cuanto a las posibilidades procesales de alegaciones como en lo que importa a la actividad probatoria y a los recursos²⁶.

El imputado deberá de hacer valer su derecho de defensa contradiciendo los cargos que se le formulan, para esto posee, también, el derecho a usar todos los medios de prueba de descargo que resulten necesarios para consolidar su defensa. No se le puede negar ni restringir el acceso a los medios de prueba que le pudieran favorecer; el órgano encargado de la persecución se encuentra obligado a su admisión y verificación o actuación. En este mismo plano se ubica el agraviado, quien también tienen el derecho de contradicción.

Es necesario aclarar que este derecho no garantiza que se practiquen todas aquellas pruebas que las partes tengan a bien proponer, sino sólo aquellas que sean pertinentes y necesarias²⁷. Sin embargo es necesario dejar constancia que el Tribunal Constitucional español ha llegado a declarar que es preferente en tal caso incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación²⁸. Efectivamente, el aporte cualitativo de la defensa se encuentra, en que si mayor son los temas probatorios, mayor será la contradicción, y mejor será la defensa.

Un efectivo ejercicio del derecho a la contradicción impone que al imputado se le pueda otorgar el tiempo necesario para preparar su defensa y la posibilidad que lo haga conjuntamente con su abogado defensor²⁹. Es necesario que se provean de las condiciones necesarias para que siempre que al imputado le toque intervenir de alguna manera en el proceso penal,

24. Si bien ha señalado Montero Aroca, se trata de un principio autónomo que no depende de otro (MONTERO AROCA, Juan, et al. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia – España: Tirant lo blanch, Sexta edición, 1997, pág. 31); sin embargo funciona en íntima relación con el derecho de defensa y sus desarrollos.

25. CHAMORRO BERNAL, F., op cit., pág. 142.

26. CHAMORRO BERNAL, F., op cit., pág. 149.

27. ESPARZA LEIBAR, I., op cit., pág. 189.

28. ESPARZA LEIBAR, I., op cit., pág. 188.

29. por todos, EDWARDS, C., op cit., págs. 117 y ss.

y especialmente en el momento de rendir sus manifestaciones, haya tenido la posibilidad de consultar previamente con su abogado y recibir las directivas que este crea más convenientes para su defensa. Esto lleva a señalar que el tiempo para la preparación de la defensa debe ser uno prudencial y de acuerdo a la complejidad de los puntos sobre los que va a versar ésta (por ejemplo, si se trata de un atestado que consta de cientos de páginas sería lesivo de esta garantía que se otorgue sólo un día); así como, que las comunicaciones con su defensor deben gozar de privacidad.

La garantía de la contradicción encuentra su expresión final en el derecho a la última palabra. Es decir, el debate debe de finalizar con el uso de la palabra por parte del procesado o su abogado. Esta garantía se encuentra dirigida a que el imputado pueda contestar y contradecir absolutamente todos los cargos y argumentos que se esgrimen en su contra, lo que sólo puede ocurrir cuando se le asegura la intervención final, cerrando el debate. En caso no fuera el procesado quien cerrara el debate podría ocurrir que los sujetos encargados de la persecución penal guarden hasta el último – hasta después del turno del imputado- las partes más importantes de sus alegaciones, toda vez que de esa manera no podrían ser contestados por el imputado.

V. PRINCIPIOS APLICABLES AL PROCESO

5.1. Principio de presunción de inocencia

El Artículo II del TP del Código recoge el Principio de Presunción de inocencia, entendida como derecho de «...toda persona imputada de delito...es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada». Esta primera declaración se enmarca dentro de los parámetros clásicos de esta importante garantía, razón por la que resulta importante destacar aquí lo que consideramos una posición más realista, justamente aplicable al momento actual, donde todo el sistema penal apunta a considerar al procesado como culpable, a pesar de existir todo el sistema de garantías a nivel constitucional y supranacional, como es lógico en todo modelo y cultura inquisitiva como en el que nos encontramos actualmente.

Esta garantía constitucional a la presunción de inocencia comprende todo ámbito jurisdiccional o administrativo en que pueda atribuirse una

delito a una persona, lo cual implica todo aquello que pueda importar un trato de culpable: despido de trabajo, separación, publicidad en los medios, etc. Realmente este principio de inocencia, si bien tiene su manifestación propia dentro del proceso penal, no es posible desproteger los demás derechos conexos al de la libertad y dignidad personal que se afectan por el hecho de pesar sobre el imputado una acusación de delito. De ahí que este derecho puede ser invocado para oponerse a todo acto intra o extra proceso, de autoridad o particular que pueda importar un trato de culpable del imputado.

Ya de inicio se debe advertir que el derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea tratada³⁰, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aun no se ha comprobado responsabilidad penal alguna, y por tanto no se le puede tratar como culpable.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía lo encontramos en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación. Sabido es que el proceso penal por sí mismo –independientemente de su finalización con una sentencia condenatoria o absolutoria– comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizantes. Pues bien, uno de los factores determinantes para acrecentar este fenómeno lo constituyen los medios de comunicación, en su costumbre por difundir fotografías y adelantarse a las sentencias con calificaciones de hampones, criminales, ladrones, violadores, etcétera³¹, pseudo informaciones que difunden, muchas veces, sin que en el caso se haya expedido, si quiera, el auto de apertura de instrucción.

Es necesaria, entonces, la actuación de esta garantía en el contexto del ejercicio del derecho constitucional a la información, impidiendo que en los medios de comunicación se diga de la culpabilidad de los procesados más de aquello que se puede justificar según lo actuado en cada momento pro-

30. BINDER, A., op cit., pág. 253.

31. Por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática-jurídico-penal*. Lima – Perú: A.F.A. s/año, pág. 146.

cesal de que se trate³². Y, si bien el Código Procesal Penal del 2004 al respecto, realiza un gran avance al consagrar la prohibición prevista en el inciso segundo del Artículo II del TP, en la que «Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido», consideramos que esta prescripción debe ir necesariamente acompañada de una legislación complementaria, penal, civil o administrativa que prevea algún tipo de consecuencia legal, y así, posibilitar un mejor control de este tipo de conductas. En el mismo sentido, la jurisprudencia también tiene un importante reto –en especial la constitucional– a fin de fijar los límites del derecho a la información, y de esa manera también se preserva la dignidad y el honor de las personas, que si bien son procesadas, constitucionalmente, aún gozan del status de inocente, por lo que deben ser protegidas.

a) *La actuación probatoria y el principio de inocencia*

Sin duda que la actuación probatoria tiene por principal objetivo, el acopiar la prueba que pueda sustentar una acusación fiscal y dar pie a la realización del juicio. Desde esa perspectiva, la actuación probatoria busca crear la convicción judicial de la existencia del delito y la responsabilidad penal, y con ello destruir el principio de inocencia. Si bien, tradicionalmente el principio de presunción de inocencia siempre ha exigido la *certeza* para destruir el estado de inocencia, el nuevo Código Procesal señala que para ello se «...requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.»

En la lógica del proceso adversarial o de partes, la convicción judicial se forma del contradictorio realizado durante el juicio, mediante la introducción y contradicción de pruebas por las partes, y sobre la base de la mejor acreditación del relato afirmado por alguna de ellas. Ya no pesa sobre el Juez, la obligación de la búsqueda de la verdad, sino que ahora, las partes buscan acreditar su relato, y dependerá de su habilidad en la presentación de su caso y en la ejecución de su estrategia probatoria, si logran convencer al juez quien tiene la versión más sólida y creíble, y si es así, así lo declarará el Juez en su sentencia.

32. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona – España: Bosch, Traducción de la edición alemana, 1984, pág. 199.

Esta nueva metodología –que obedece a un sistema adversarial– permite reformular conceptos tradicionales como «la verdad» y la «oficialidad», al punto que ya se deja de lado la búsqueda de la verdad por parte del Juez, generando necesariamente que la actuación probatoria se oriente ahora a proporcionar los elementos probatorios suficientes para formar la convicción del Juez, y esa convicción se puede generar sobre criterios de verosimilitud y suficiencia probatoria. De ahí que resulta más urgente que el Código reforme centralmente lo referente al desarrollo del juicio oral, a fin de posibilitar un juicio oral realmente adversarial como ya se ha anotado anteriormente, y así superar los condicionamientos culturales impuestos por el modelo inquisitivo, y así superar los problemas generados por la búsqueda de la verdad y el principio de oficialidad de la investigación.

Pero no sólo en el juicio adversarial se presenta la superación de la «verdad» y la «certeza», sino también en la conclusión anticipada del proceso penal a través de la realización de acuerdos o por conformidad.

Consiguientemente, el principio de inocencia es destruido por una declaración de culpabilidad, cuando el juez dicta la sentencia de condena sobre el convencimiento que le producen las pruebas que han sido contradichas por las partes, y queda firme. Ya no es admisible seguir pensando en la búsqueda de la verdad, pues ese es un paradigma ya superado históricamente, y que fenece conjuntamente con los modelos inquisitivos.

b) La actividad coercitiva y el principio de inocencia

En nuestro país se ha suscitado el problema de la duración máxima de la detención preventiva, la misma que se encuentra fuertemente marcada por la concepción, prácticas y defectos procesales del actual modelo mixto inquisitivo que convierte a la detención judicial (y su duración), en instrumentos al servicio de la inquisición, es decir, al servicio de la investigación y la seguridad del proceso.

Por ejemplo, la concepción del proceso y las prácticas por las que se expresa, tratan a la detención como un mecanismo de aseguramiento para la futura pena. Esta concepción no solo subyace en la mayoría de jueces, sino que se encuentra fuertemente publicitada por el gobierno actual (en los casos de corrupción) y en gran parte de la sociedad por la publicidad sensacionalista que no repara en generar alarma social, lo que ha generado en la sociedad la idea que la detención debe ser usada desde el inicio del proceso para asegurar el futuro castigo del culpable. Concepción que se ve incentivada por la práctica policial habitual y efectista de presentar «en

sociedad» a los detenidos, o ensalzando la solicitud de detención de procuradores (que son parte procesal), o reclamando a los jueces a convertirse en parte del aparato represor y sumarse a los esfuerzos de los fiscales y policías para castigar a los culpables.

No cabe duda que en la sociedad peruana y en general, existe una errada concepción sobre la detención judicial, a partir de una grave inversión de los principios más básicos de la administración de justicia penal, como la imparcialidad e independencia de los jueces y la presunción de inocencia, lo que debe ser enfrentado primero por los jueces, a través del abandono progresivo de prácticas que vulneran sistemáticamente dichas garantías y procurando ser imparciales. En segundo lugar, tiene que haber una agresiva campaña publicitaria de corte institucional, a fin de generar en la sociedad la importancia de tener jueces imparciales e independientes. En tercer lugar, demandar al legislador penal, que derogue las normas procesales vigentes que le imponen a los jueces funciones incompatibles con la de un juez imparcial.

Pero la idea errada que se tiene sobre la detención judicial no es sólo cultural, sino también conceptual. Exacto. Las medidas cautelares deben responder a los fines del proceso, de ahí nacen los criterios de prueba suficiente, necesidad y temporalidad que rigen la actividad cautelar. Sin embargo, al regularse la detención judicial con el artículo 135, se introdujo un requisito que responde fuertemente a la cultura inquisitiva y que lamentablemente viene marcando la pauta de su aplicación por los jueces penales. Me refiero al requisito de la pena probable mayor a cuatro años. Efectivamente, este requisito hace operar en la conciencia del Juez el siguiente razonamiento: *si la pena a imponer al procesado va a ser mayor de cuatro años, entonces, es legal («obligatorio» cultura inquisitiva) detenerlo*. Pero por qué es legal u obligatorio dictar la detención, la respuesta es por que, *«si la condena es superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, entonces, va a ser efectiva e irá a la cárcel y por tanto hay que evitar su fuga»*.

El problema se agrava cuando se realiza una deficiente o falaz pronóstico de pena, y se confunde con la pena conminada. La falta de fundamentación de la pena que se impone en las sentencias condenatorias, me lleva a sospechar en lo segundo.

A todo ello agreguemos los problemas y deficiencias del actual procedimiento penal, donde la falta de una investigación eficiente y la excesiva formalidad y burocratismo del proceso, generan no sólo la acumulación y sobrecarga procesal, sino también la excesiva y exagerada dilación de los procesos. Y según la cultura y práctica inquisitiva tenemos que mantener en ce-

rrado al acusado hasta sancionarlo, pues el retardo de los procesos influye fuertemente a la idea de ir prolongando la duración de la detención, pero no como una necesidad real, sino como un mecanismo que pretende ocultar los defectos del sistema para alcanzar sus objetivos ideológicos.

Planteamos la necesidad de suprimir el requisito legal de la pena probable superior a los cuatro años, por ser un requisito realmente extraño a la coerción procesal, y sólo ha sido introducido en la detención, para legitimar el anticipo de pena que se da en sistemas procesales de corte inquisitivo, lo cual es evidentemente inconstitucional.

5.2. Principio de *ne bis in idem*

El Artículo III del TP del Código regula la Prohibición de la persecución penal múltiple, afirmando que «Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo».

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más por un mismo hecho, tanto en la jurisdicción penal como en el derecho administrativo sancionador.

Uno de los grandes vacíos de nuestra legislación penal procesal, es la falta de un desarrollo sistemático del Derecho Administrativo sancionador, aun cuando no corresponda al Derecho procesal penal su desarrollo, tiene directa implicancia con la eficacia del control penal, pues maximiza la prevención y protección de bienes jurídicos por el derecho administrativo, garantizando así una intervención mínima del derecho penal, permitiendo una reducción de los juicios penales y su mayor celeridad, así como garantiza que no se vulnere el principio *ne bis in idem*.

Efectivamente, no olvidemos que el Estado ejerce su *ius puniendi* a través de dos vías: el derecho penal (jurisdicción penal) y el derecho administrativo sancionador (autoridad administrativa). Por el primero se aplican las penas a los culpables de delito, previo juicio penal, mientras que en el segundo caso, la Administración y otros entes de Derecho público imponen sanciones no privativas de libertad por la comisión de hechos ilícitos.

Por ejemplo, en el ámbito del derecho económico, el Estado regula el funcionamiento del mercado, la libre competencia y la protección de los

consumidores, encargando al INDECOPI³³ la competencia de conocer y sancionar las infracciones previstas en la ley administrativa. La imposición de estas sanciones corresponde como regla general a una autoridad administrativa con mayor o menor grado de autonomía o un ente de Derecho público creado específicamente para vigilar y garantizar la observancia del conjunto de normas que regulan este sector económico.

La aplicación del «cuadro sancionador por las autoridades administrativas competentes debe efectuarse necesariamente según un procedimiento previamente establecido en la propia ley o alguna disposición que la desarrolle, otra norma a la cual se remita o, de forma subsidiaria, según lo previsto en el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Es problema frecuente que el legislador tipifique como delito acciones u omisiones que simultáneamente también están previstas y son subsumibles en normas administrativas sancionadoras. Con ello se permite al Estado ejercitar su *ius puniendi* a través de dos vías distintas: el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador.

El Código al señalar que «el Derecho Penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo», ha reconocido expresamente «la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial», de modo que ante la colisión entre una actuación de la jurisdicción penal y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera, de lo cual se desprende una triple consecuencia: «a) el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso: b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo situaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales mientras la autoridad

33. Organismo estatal creado mediante Decreto Ley N° 25868, del 6 de noviembre de 1992, Ley de Organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, tiene como competencia «...la aplicación de las normas legales destinadas a proteger: a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquéllas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones,,,,; c) la calidad de los productos, y d) otros que se le asignen.».

judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada»³⁴.

En la actualidad existe un amplio consenso acerca de la imposibilidad de encontrar diferencias cualitativas entre las infracciones y sanciones penales y administrativas que justifiquen su diversa regulación. Teóricamente, el criterio cuantitativo, según el cual el Derecho administrativo sancionador se ocuparía de las infracciones de escasa lesividad social, sancionadas con penas menos graves que las previstas por el Derecho penal, el que más bien está reservado para el castigo de las conductas más graves para la convivencia social. Esta distinción es muy útil, sin embargo, en legislaciones sobrecriminalizadoras como la nuestra, se pierde³⁵.

Cuando un mismo hecho es constitutivo de una infracción administrativa y de otra penal simultáneamente, el principio *ne bis in idem* impide imponer una doble sanción si además concurre la identidad de sujetos y de fundamento, como señala el Código.

En el ámbito del Derecho procesal penal, la prohibición de sancionar dos veces una misma conducta es una garantía constitucional, por lo que su violación acarrea la invalidez del segundo proceso penal, por ser ilegal. Sin embargo, el principio *ne bis in idem*, también resulta exigible, cuando un mismo hecho es sancionado administrativa y jurisdiccionalmente. Los principales efectos procesales del *ne bis in idem* giran en torno a los siguientes aspectos: a) en la identidad de sujetos, hechos y fundamento entre el objeto del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal, como presupuesto del *non bis in idem*; b) en los efectos que la referida prohibición despliega cuando existe un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador en curso que parecen tener el mismo objeto procesal, y por último, c) en las consecuencias que tiene el contenido de la resolución penal sobre el procedimiento administrativo sancionador.

Veamos, dado que el principio *ne bis in idem* únicamente se aplica cuando existe una coincidencia subjetiva, fáctica y de fundamento entre el objeto del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador, pa-

34. Al respecto, el Tribunal Constitucional español, ver sentencia STC 77/1983.

35. Hemos conocido de casos por delito de peculado por supuestas apropiaciones de 50 soles o malversaciones por similares sumas, los que perfectamente pueden ser sueltos y sancionados por el DAS (Derecho Administrativo Sancionador).

rece conveniente comparar los elementos que integran ambos objetos para determinar su ámbito de aplicación y las excepciones al referido principio.

a) *Identidad de hechos*

Desde el punto de vista de la identidad de los hechos, en numerosas ocasiones el Derecho penal tipifica como delito sólo los aspectos más relevantes de una conducta que, de forma más amplia, se sanciona administrativamente. En tales casos, cabe preguntarse si el principio *ne bis in idem* impide a la Administración iniciar o continuar un procedimiento administrativo sancionador que tenga por objeto dichas consecuencias accesorias o conductas colaterales.

En nuestro ordenamiento, el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, prohíbe a toda autoridad diferente, avocarse a causas pendientes en el Poder Judicial. En la misma línea, algunas normas administrativas prevén expresamente la posibilidad de imponer una sanción administrativa por hechos colaterales o relacionados con el objeto procesal penal. En este caso, lo más conveniente es suspender el procedimiento administrativo hasta la finalización del penal y comprobar entonces si, a la vista de la sentencia, pueden adicionarse otras sanciones concurrentes. Únicamente cuando se trate de hechos escasamente relacionados entre sí, podría admitirse que se inicie y concluya el procedimiento administrativo sancionador, sin esperar al resultado del proceso penal.

Por otra parte, puede también darse el supuesto de que un sujeto haya realizado varios actos, que todos ellos sean constitutivos de infracción administrativa y sólo uno integre el supuesto de hecho de la norma penal. En tal caso, el procedimiento administrativo podría continuar para sancionar los otros actos ilícitos, aunque deberá examinarse, en cada caso concreto, la relación que existe entre todos ellos, y descartar la figura de que las infracciones administrativas sean medios para la consumación del delito, pues de ser esto último, prevalecerá el proceso penal y el proceso administrativo deberá suspenderse.

b) *Identidad de sujetos*

Hay que tener en cuenta que los sujetos a quienes se les puede imputar la conducta ilícita, pueden ser para el derecho penal sólo personas físicas, mientras que para el derecho administrativo sancionador, lo son las perso-

nas físicas y también las personas jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito de la libre competencia, las penas previstas en los arts. 239, 240, 241, 242 y 243 CP (pena de prisión y multa) son aplicables únicamente a las personas físicas responsables de los respectivos delitos, mientras que las sanciones previstas en el art. 23 del D.Leg. 701, modificado por Ley 26004, prevé que «La Comisión Nacional de Libre Competencia podrá imponer a las personas naturales o jurídicas ... multas...». De esta forma, si en el proceso penal consideramos vigente aún el antiguo aforismo *societas delinquere non potest* en toda su extensión, la imposición de penas a las personas físicas en un proceso penal no debe impedir la iniciación o continuación de un procedimiento administrativo sancionador con el objeto de sancionar a las personas jurídicas responsables de los mismos hechos.

Sin embargo, como es sabido, nuestro Código Penal –aunque no reconoce expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas– enumera en su art. 105 un conjunto de consecuencias penales (llamadas «accesorias») aplicables directamente a las empresas. Tales como la clausura de locales, la disolución de la sociedad o la suspensión de sus actividades pueden dictarse desde el proceso penal, por hechos que generalmente se refieren a delitos de naturaleza socioeconómica. En tales casos, si el órgano judicial decide imponer alguna de estas consecuencias accesorias, aunque en un sentido estricto no se trate de penas impuestas a personas jurídicas, son consecuencias jurídico penales, por lo tanto, debe entenderse que con ello se impediría a la Administración, procesar y sancionar el mismo hecho, siempre que se de la triple identidad.

c) *Identidad del bien jurídico protegido.*

La tercera condición para aplicar el *ne bis in idem* es la identidad causal o de fundamento entre la sanción administrativa y la penal, la misma que se determina de acuerdo al bien jurídico protegido por una u otra norma. Si este bien jurídico es coincidente, no será posible aplicar ambas sanciones al mismo hecho.

La excepción a esta regla se da cuando la infracción administrativa tiene una finalidad distinta, porque protege un bien jurídico diferente al tutelado por la norma penal. En el ámbito del Derecho penal económico es poco frecuente sancionar administrativa y penalmente una misma conducta para proteger bienes jurídicos distintos, salvo cuando existen relaciones de sujeción especial. Fuera de estos casos, las normas penales tienden a proteger los mismos intereses (el crédito, los tributos, el medio ambiente, los

consumidores, etc.), e incluso se critica por la doctrina que la norma penal no añade a veces un mayor reproche y se limite a reproducir el supuesto de hecho de la norma administrativa.

A pesar de lo dicho anteriormente, es pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional tiene declarado que el principio *ne bis in idem* impide la doble sanción penal y administrativa cuando exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos, pero señala a continuación que la misma jurisprudencia admite la duplicidad de sanciones cuando el sujeto y los hechos al mismo imputado, guarden relación con la supremacía especial que dimana del ejercicio de una función pública o de la prestación de un servicio, o cuando entre la Administración y el sujeto sancionado existe una relación de supremacía especial³⁶.

Asimismo, se admite la compatibilidad de sanciones administrativas y penales frente a una misma conducta cuando los sujetos se hallan vinculados con la Administración a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado, entre las cuales se entienden incluidos los supuestos de licencias y autorizaciones. Así, después de haber condenado a un sujeto en un proceso penal por la comisión de un delito, los mismos hechos pueden dar lugar a una sanción disciplinaria que se concrete en la clausura del establecimiento cuya apertura se había autorizado por la Administración, sin entender por ello vulnerado el principio *non bis in idem*³⁷.

36. Las relaciones de sujeción especial son aquellas que se producen entre la propia Administración y los administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de los ciudadanos, por trabajar para ella, por realizarle obras encargadas, por prestar un servicio en su nombre, por ostentar en algunas materias su representación, e incluso por estar interno en alguno de sus centros penitenciarios. Cuando existe una relación de sujeción especial entre la Administración y el infractor, el TC y el TS admiten una dualidad de sanciones siempre que el bien jurídico protegido por la norma administrativa se distinto al tutelado por la norma penal, y la sanción prevista por aquella sea proporcionada. Esta jurisprudencia se remonta a la STC2/1981, de 30 de enero, en la cual declaró el TC la vigencia del *non bis in idem* en el ámbito sancionador salvo cuando existiese una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc-, que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

37. La STS de 21 de noviembre de 1990 justifica esta duplicidad de sanciones del siguiente modo:

Como señala GARBERI LLOBREGAT numerosos procesos penales finalizan por auto de sobreseimiento libre o provisional, y ambas resoluciones, aunque dictadas antes del período probatorio, contienen una constatación de hechos que debe tenerse en cuenta por la autoridad administrativa.

En contra del entendimiento que tradicionalmente se le ha dado al *ne bis in idem*, equiparándosele al principio de la cosa juzgada³⁸; el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes³⁹.

...existiendo pues una relación de naturaleza especial o peculiar entre la Administración autorizante y el autorizado, la privación de la licencia o autorización concedida y de la cual se ha abusado, no supone otra cosa que una actuación doméstica o interna, tendente a privar al recurrente de la situación jurídico administrativo de ventaja que se le había otorgado, puesto que la Administración deja sin efecto un acto favorable al sancionado, como consecuencia de la conducta ilegal de éste, manifestándose así, frente a la actividad represiva del orden penal, una finalidad protectora del orden administrativo, puesto que con la rescisión de un acto administrativo anterior (el otorgamiento de la autorización administrativa) se pretende evitar, ante todo que el acto pueda continuar causando un perjuicio, sobre la base de dicho acto otorgado para otros fines, toda vez que la Administración padece perturbación en el servicio público, entendido en su sentido amplio de acción administrativa (...)

38. Así, MIXAN MASS, Florencio. *Derecho procesal penal*, cit. pág. 241 y ss. Oré Guardia reconoce el segundo sentido que aquí le asignamos al *ne bis in idem* (de inadmisibilidad de persecuciones paralelas, casos en los que todavía no ha recaído una resolución final firme); pero, sin embargo, mantiene la denominación de cosa juzgada, lo que a nuestro entender es incorrecto, pues no pueda haber cosa juzgada cuando todavía no ha existido resolución final firme. Vid. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*. Lima - Perú: Alternativas, 1996, págs. 41 y ss. César San Martín, no obstante consigna en diversos momentos el sentido del *ne bis in idem* como «derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito», «el imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real», u otras frases equivalentes, también usa la denominación «cosa juzgada» como sinónimo de la garantía en comento, y no pone en ningún momento de relieve el segundo sentido con que aquí entendemos al *ne bis in idem*. Vid. SAN MARTIN CASTRO, C., op cit., págs. 61 y ss.
39. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo 1. [vol. b] Buenos Aires - Argentina: Hammurabi, Segunda edición, 1989, pág. 375. BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*, cit. pág. 163.

En consecuencia, el principio *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental de la persona humana frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, la garantía del *ne bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre el derecho administrativo y el derecho penal, sino que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora debe ser entendida como una garantía del ciudadano.

Lamentablemente, una de las formas por las cuales se viene limitando esta garantía en nuestro país, es la dependencia y subordinación de la jurisdicción penal a la autoridad administrativa, bajo el falso argumento de la «especialidad» o «tecnicidad». La mayoría de normas administrativas que regulan aspectos vinculados al derecho económico, contienen una suerte de condiciones previas o «requisitos de procedibilidad», que impiden la instauración de la jurisdicción penal, hasta que la autoridad administrativa decida lo conveniente. Esto posibilita, que un hecho que «merece» la tutela jurisdiccional, pueda ser excluido por la decisión inapelable de la autoridad administrativa. O la inversa, un hecho que no sea delito, sea denunciado por la autoridad administrativa como tal. No olvidemos, que en la década pasada, el gobierno de turno sometió política y jurídicamente al Poder Judicial, y uno de los instrumentos fue la instauración de una grotesca dependencia del órgano jurisdiccional penal a la decisión de la autoridad administrativa, por hechos que en si mismos son constitutivos de delito. Una de las más graves afectaciones a la garantía de lo jurisdiccional, está dada por la Ley Penal Tributaria⁴⁰, la misma que en su art. 9° establece que «la autoridad policial, el Ministerio Público o el Poder Judicial cuando presuma la

40. Ver Ejecutoria Suprema de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de fecha 20 de enero del 2004, recaída en el Expediente N° 2613 La Libertad, ha aprobado la consulta sobre el ejercicio del control difuso realizado por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, frente a la obligación impuesta por la Ley Penal Tributaria de remitir el caso probable de delito tributario a la Sunat. Esta competencia que tenía la Sunat, no sólo afectaba la autonomía y competencia del Ministerio Público, sino fundamentalmente también, la supremacía de la jurisdicción penal sobre la administración, lo que impedía que el Juez natural asuma competencia para tutelar bienes jurídicos trascendentes, a pesar de que era evidente su vulneración, como por ejemplo en los diversos casos de contaminación medioambiental.

comisión de delito tributario, informará al Órgano Administrador del Tributo,... debiendo remitir los antecedentes...», para que éste investigue y decida si denuncia o no el delito tributario (arts. 7 y 8 de la Ley Tributaria D.Leg. 813).

5.3. Aplicación de la Ley Procesal Penal:

El Artículo VII del TP del Código Procesal recoge lo referente a la vigencia e interpretación de la Ley Procesal Penal, señalando como regla el «principio de la aplicación inmediata», por el cual deberá aplicarse la ley procesal vigente al momento del acto procesal, lo que implica que podrá aplicarse incluso al proceso en trámite.

Pero esta regla no se aplicará y seguirá aplicándose la ley procesal anterior «los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado». Igualmente se garantiza la aplicación retroactiva de la norma procesal, siempre que ésta esté referida a derechos individuales, pudiendo aplicarse incluso para actos procesales ya concluidos si fuera posible.

De esta manera el Código se afilia a la doctrina dominante que admite la aplicación de la Ley más favorable al imputado, con lo que se fija criterio, y se aparta de interpretaciones que ha realizado el Tribunal Constitucional al respecto, y que sólo tienen sentido en el contexto coyuntural y político de la persecución de los actos de corrupción del régimen de Fujimori. Recordemos, que con la Ley 27379, se dio aplicación retroactiva a las medidas preliminares y ello motivó un breve debate, aplacado por el slogan de la «lucha anticorrupción», y en donde el profesor CÉSAR SAN MARTÍN, sostuvo que ello no era una aplicación retroactiva de las facultades contenidas en la Ley 27379⁴¹, puesto que dicha norma no es «...sancionadora de carácter sustantivo», y citando a VINCENZO MANZINI⁴² señaló que «la ley procesal no contempla los delitos, esto es, no dispone acerca de ellos: es natural por tanto, que las incriminaciones establecidas por la ley penal material, no puedan considerarse objeto de disposición pasada o presente de la ley pro-

41. SAN MARTIN CASTRO, César, «Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito», En *Gaceta Jurídica*. Pág. 23.

42. El profesor Julio MAIER considera que las críticas y opiniones de MANZINI, representan una reacción del fascismo. Vease MAIER, Julio, Op.cit. T.1b. pág. 253 y ss.

cesal». Sin embargo, más adelante sostuvo que si las «...normas que limitan derechos fundamentales» son procesales «...la lógica de favorabilidad al reo funcionará siempre y cuanto el concreto derecho transitorio lo permita», y como según afirma, la aludida ley «...no ha fijado un sistema de derecho transitorio específico», induce a pensar que la referida norma no puede aplicarse bajo el principio rector de lo más favorable, lo cual no nos parece, pues en vía de interpretación, la ausencia de una norma procesal transitoria, no puede impedir al Juez la interpretación de las leyes más favorables al reo, por ser ello un principio acuñado en la Constitución, y tener efecto de aplicación inmediata y directa. Además, citando al propio profesor SAN MARTÍN, «...si el proceso está en trámite y la nueva norma no modifica el sentido político criminal del mismo ni introduce normas desfavorables en comparación con la ley procesal vigente al momento de la comisión del delito imputado, la norma modificatoria será de aplicación inmediata», y agrega «...Empero, si las normas –en esencia– comprometen derechos fundamentales, su aplicación inmediata está condicionada al principio de favorabilidad»⁴³. Nosotros coincidimos con la segunda posición del profesor SAN MARTÍN, y ello repito, es la línea que ha asumido el Nuevo Código Procesal Penal, al establecer como regla la aplicación inmediata, y admitir expresamente como excepciones, la ultraactividad y retroactividad de la Ley Penal Procesal, siempre que ello resulte más favorable al imputado, y en caso de duda, aplicar lo más favorable.

Por último, la prescripción contenida en el tercer párrafo del Artículo VII establece que las normas procesales que restrinjan la libertad o algún derecho de las partes, serán interpretadas restrictivamente, mientras que las normas que concedan derechos, será posible la aplicación de la interpretación extensiva, e incluso la analogía, siempre que ello favorezca al imputado.

5.4. Legitimidad de la prueba:

El Artículo IX de TP del Código Procesal recoge los Principios que rigen la prueba, y entre ellos, al principio de legitimidad de la prueba penal. Al respecto afirma que, «Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo» y agrega que «Carecen de efecto legal las pruebas

43. SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal* T. I. Pág. 25-26.

obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona».

La prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, o también a la prueba que se deriva de ella (teoría de los frutos del árbol envenado). Si bien en un principio estas reglas fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros. Y para el caso de la prueba ilícita derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable, el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, encuentran justificación de licitud al final, cuando se pone en juego el criterio de la ponderación de intereses.

Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que obtengan o incorporen lícitamente.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGONON, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI⁴⁴. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

44. El profesor CAFFERATA NORES también distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación irregular al proceso (ver *La prueba en el proceso penal*, Bs As 1986). En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES (En *El concepto de la prueba ilícita ...*, Barcelona, 1999).

Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz.

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales.

DÍAZ CABIALE⁴⁵ afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontrarnos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación⁴⁶, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención.

Sin embargo, también se admite que en el futuro, según como sea el decurso de la jurisprudencia, algunos derechos procesales puedan generar prueba ilícitamente prohibida, tan igual cuando se trata de violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales. En todo caso, los derechos violables en la prueba prohibida, de ningún modo obedecen a una cláusula cerrada.

De alguna manera esta tendencia lo introduce el novísimo Código Procesal Constitucional, cuando en la parte final del artículo 25 afirma, que también «procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido

45. Citado por MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Valencia, 2003. Pág. 42.

46. Grave problema que enfrenta entonces la Sentencia del TC sobre la legislación antiterrorista de enero del 2003, donde afirma que es «válido que el procesado no se entere de que se le acusa antes de su declaración inestructiva».

proceso y la inviolabilidad del domicilio». Esta norma debemos concordarla también con la previsión del artículo 4 que admite tanto el amparo como el hábeas corpus contra resoluciones judiciales firmes que vulneren la tutela procesal efectiva, entendida como el conjunto de derechos procesales (números apertus) tales como: el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, el derecho de defensa, al contradictorio e igualdad procesal, el derecho a la jurisdicción predeterminada, el derecho a la fundamentación de las resoluciones, el derecho de impugnación, el *ne bis in idem*, la legalidad procesal y a la eficacia de las resoluciones judiciales.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Procesal Constitucional, ha introducido la doctrina que sostiene que los derechos procesales (tutela procesal efectiva) son equiparables a los derechos fundamentales, en la medida que éstos derechos procesales se construyen sobre la base de la defensa de los derechos fundamentales, ya que tras la violación de un derecho procesal –en el proceso penal–, también tendremos la afectación de un derecho fundamental.

a) *Caso de la ilicitud en la obtención de la prueba*

No se puede pretender aplicar la ley penal a costa de la violación de las normas constitucionales. Así reza una las más importantes argumentaciones que han servido para sostener la justificación de la regla de exclusión, y que alcanza también, a la prueba derivada, a través de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga al acusado sin que previamente se le halla comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.

Se debe entender por fuente de prueba, según CARNELUTTI⁴⁷, al «hecho del cual se sirve el Juez para deducir la propia verdad». O como sostiene

47. Ver *La prueba civil* Bs.As., 2000. p. 70.

MIXAN MASS⁴⁸ «es el argumento que fluye de ella». Como hecho o dato que subyace en la realidad –independientemente a la existencia del proceso penal– y que contiene información útil y pertinente para el esclarecimiento del delito, interesa hallarlo a fin de poder incorporarlo al proceso.

- Regla de Exclusión

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba.

Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como «...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito...». Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia.⁴⁹ Así, empezaron a surgir excepciones a la exclusión de la prueba directa, entre las más importantes tenemos las siguientes:

a) Doctrina de la buena fe: Se admite la posibilidad de valorar prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia. Aquí no se da la fuerza disociadora de la exclusión contra los funcionarios que obtuvieron la prueba de «buena fe». Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Al respecto se afirma «...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión».

Sobre esta excepción existen serios cuestionamientos, por que no se puede premiar la incompetencia policial y por que resulta muy difícil pro-

48. Citado por ARSENIO ORÉ GUARDIA en *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1999. p. 431.

49. MAXIMILIANO HAIRABEDIAN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires, 2002. p. 57.

bar que se actuó de buena fe. Además, por que esta doctrina tiende a afectar la motivación de los agentes policiales en la observancia de los derechos constitucionales. Por ello que la Corte Suprema de UTA⁵⁰ sostuvo que la excepción de la buena fe se debe aplicar sólo cuando los policías actúan bajo órdenes de alguna autoridad externa a la fuerza, como es la judicial⁵¹.

b) La infracción constitucional beneficiosa para el imputado: Se ha reconocido que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por que si «...bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente ...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento».⁵² Por ejemplo, el caso de la absolució n apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al acusado., en base al argumento de que «ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador».

c) Eficacia de la prueba ilícita para terceros: Esta doctrina reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la con-

50. HAIRABEDIAN, ídem p.82.

51. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reciente sentencia del caso Lori Berenson ha ratificado esta doctrina, al asumir el argumento 88.63 de la Sentencia, que afirma que «En relación con el cuestionamiento de la defensa de la presunta víctima por el «origen presuntamente ilegal de los medios de prueba actuados», la Sala Nacional de Terrorismo señaló que: la defensa ha[bía] alegado que lo actuado en la investigación prejudicial y judicial en el Fuero Militar ha[bía] producido sólo 'prueba prohibida' porque no se habrían respetado reglas mínimas de defensa y control jurisdiccional; que, sin embargo, a pesar [de] que la investigación policial se desarrollaba en paralelo con la investigación jurisdiccional del Fuero Militar, en ella se cumplían las normas legales vigentes[,] las que a[u]n si fueran extremadamente limitantes y abusiva su aplicación, no [se estaría] frente a la prueba prohibida sino a defectos probatorios que deben ser serenamente evaluados dentro del marco constitucional, porque la autoridad policial actuó con la convicción de un debido cumplimiento legal, pero bajo un control jurisdiccional que tenía que ejercer el Fuero Militar, en virtud de lo cual este Colegiado no renuncia[ba] a sus facultades de calificación de legalidad para decidir los medios de prueba que p[odían] o no ser incorporados al[...] proceso.

52. RUIZ VADILLO, citado por MARTÍ SÁNCHEZ en *La Llamada prueba ilícita...* p. 153

dena. En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que «la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo».

d) Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El *balancing test* es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en «hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.

e) Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN «cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba».⁵³

En el famoso caso «Schenk», la jurisprudencia Suiza estableció que «...se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego...» admitiéndose la utilización de escuchas telefónicas ilegales cuando recaigan sobre un delito grave. De acuerdo con este precedente, debe tenerse en cuenta si la medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con las intervenciones telefónicas, a diferencia de una confesión forzada. Es decir, se está refiriendo a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos por que admiten su quebrantamiento mediante ciertos requisitos, sobre los cuales el proceso penal ofrece una protección de segundo nivel.

f) La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado: Esta doctrina fue introducida por la jurisprudencia americana, a partir de los ca-

53. Citado por MAXIMILIANO HAIRABEDIAN en *Eficacia de la prueba ilícita y ...* p. 92.

sos *Walder v. US* (1954) y *Harris*, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Queda claro que esta doctrina admite la validez de la prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad⁵⁴.

g) La teoría del riesgo: Esta excepción es aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

Igualmente se admitió en el famoso caso «Gallo», la validez de una confesión hecha sobre un crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues «el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia...máxime cuando se habla en un lugar público...».

En los casos *Hoffa v. US* y *Lewis v. US*, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción «...entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

54. Es importante destacar, que esta excepción no es aceptada plenamente, como se desprende de las citas que hace STRONG respecto de la Corte de Oregon y Massachussets, quienes no la admiten ni para condenar ni desvirtuar declaraciones del imputado, citado por HAJRABEDIAN p. 102.

Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas (Caso del congresista Torres Ccalla, acusado de violación).

Otro problema es el caso del agente encubierto. Aquí existe fuerte oposición, pues se recusa el valor probatorio de la evidencia obtenida a través del engaño del acusado. Sin embargo, dado la popularidad de esta metodología de investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad que su actividad ilícita pueda ser infiltrada, y a pesar de ello, asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, gravadas o infiltradas.

- Teoría de los Frutos del árbol envenenado (prueba derivada)

Toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada. Si la raíz del árbol está envenenada, los frutos que produce también.

La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones.

- a) Teoría de la fuente independiente: Esta teoría sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Esta doctrina está muy extendida. Aun cuando SAN MARTÍN CASTRO sostenga que esta teoría en algunos casos –sobre todo de ruptura del nexo causal- no constituye una verdadera excepción a la exclusión de la prueba derivada.
- b) Teoría del hallazgo inevitable: Se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la policía haya actuado de buena fe. El caso *Nix v. Williams* (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad.
- c) Teoría del nexo causal atenuado: Esta teoría regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente. Para dar valor probatorio se requiere que la prueba

incriminatoria nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen (violación constitucional) y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión espontánea. Es el caso donde «...la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de drogas, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. En este caso la jurisprudencia española estableció que «...inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo de droga...»

b) Caso de la ilicitud en la incorporación de la prueba

En este caso estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos legítimamente, pero que por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia.

Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo. Aquí no existe efecto indirecto de la ilegalidad de la prueba. Si la prueba se incorporó ilegalmente, tal ilegalidad no alcanza a la que se pueda derivar de ella, siempre que dichas pruebas derivadas se incorporen lícitamente.

El nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del T.P. establece las dos reglas vinculadas a la obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Además sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona.

Al parecer esta redacción nos induciría a afirmar una recepción absoluta de las reglas de exclusión y del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos. Así parece desprenderse por el hecho de no haberse admitido alguna excepción a estas reglas.

De otro lado, la previsión referente a que la violación de una garantía constitucional no puede ser usada en perjuicio del procesado, abre la posibilidad de admitir la validez de la prueba ilícita a favor del procesado.

Pero sin duda, que las excepciones son perfectamente admisibles, y así lo han entendido los magistrados penales, en el reciente pleno jurisdicción realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre del 2004, donde se ha acordado que las excepciones existentes en la doctrina sobre la prueba prohibida, deben ser recogidas y desarrolladas por nuestra jurisprudencia a fin de generar los criterios más correctos de aplicación de las reglas que cautelan la legitimidad de la prueba, labor que tiene que realizarse con el cuidado de no incorporar demasiadas excepciones, puesto que ello terminaría dejando vacío el marco de protección de las reglas de exclusión y del fruto del árbol envenenado, e indefenso a la persona humana sujeto a investigación.

**UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y
ORALIDAD**

1) MAIER, Julio. “La verdad y el procedimiento judicial”, en: El mismo. El proceso penal contemporáneo, Palestra, Lima, 2008.

JULIO B. J. MAIER

Antología
El proceso penal
contemporáneo



ICPEN - Trujillo

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

La verdad y el procedimiento penal

SUMARIO: I. Concepto de verdad.- II. La verdad como objetivo del procedimiento.- III. Los medios y métodos para averiguar la verdad: 1. Concepto de prueba; 2. Los principios que rigen la prueba penal; 3. Las formas procesales auxiliares.- IV. Criterio de solución de casos inciertos.

I. CONCEPTO DE VERDAD

L Desde el punto de vista del conocimiento histórico, reproductor de objetos reales, que existen en el tiempo y en el espacio, verdad es la *relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado*. Si no nos referimos al pensamiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático), sino al pensamiento reproductor, copiador de objetos reales, el concepto *verdad* alude siempre a una *relación de conocimiento*, la que se establece entre un *sujeto cognoscente y el objeto conocido o a conocer, trascendente a él*. Desde este ángulo de observación *verdad* es, entonces, *la representación ideológica correcta de una realidad ontológica*¹.

1. (Ver nota al pie, N.º 17) y CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado*, t. I, N.º 320, de *Lehrbuch der Philosophie*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires (2.ª ed.), 1976, Libro 2.º, II a IV, pp. 223 y ss.; ROMERO, Francisco y PUCCIARELLI, Eugenio, *Lógica* (16.ª ed.), Ed. Spasa Calpe, México, 1958, Cap. VIII, N.º 85, pp. 110 y ss.; TENCKHOFF, Jörg, *Die Wahrunterstellung im Strafprozess*, Ed. Duncker u. Humblot, Berlín, 1980, pp. 95 y ss.; en el Derecho argentino a trabajan con este concepto, VÉLEZ MARCONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 185 (ver nota al pie. N.º 17) y CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., «Tratado», t. I, N.º 320, p. 436 y N.º 352, p. 481; CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal* Ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 6.

Este es también un concepto cultural, para el caso, el de la teoría del conocimiento actual o el de nuestra cultura. Históricamente no siempre predominó este concepto de verdad y menos aún en el procedimiento penal. Recuérdesse la base ideológica del oscurantismo inquisitivo —fin de la Edad Media y Edad Moderna—; que no permitía, normativamente, recurrir a la observación y a la inducción para conocer y formular leyes sobre la realidad natural, sino que acudía, invariablemente, al conocimiento revelado, por vía de principio, para deducir allí la verdad. Son innumerables los casos de herejía, que merecieron, incluso, condenas capitales, fundadas en la discordancia entre el conocimiento alcanzado por vía de la observación y el que se deducía de principios generales preestablecidos autoritariamente, de los cuales los más conocidos pertenecen a la Inquisición eclesiástica del cristianismo, Giordano Bruno y Galileo Galilei.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, recuérdese que el procedimiento germano, anterior a la formación del Estado nacional moderno, y, en general, todo procedimiento para dirimir conflictos en sociedades primitivas (locales), carentes de un poder político central fuerte, claramente estructurado como autoridad e instancia de control social, recurría, para solucionar los conflictos interindividuales, a las ofensas, a la confrontación entre las personas o grupos en pugna, en espera de que la divinidad, mediante el triunfo en la confrontación, indicara la decisión justa del caso, es decir al vencedor. Las ordalías, los juicios de Dios y el combate judicial son ejemplos de esta forma de proceder².

II. Según se ha definido, *verdad* representa un *juicio* sobre una *relación de conocimiento*, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, pues existe *identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica*. Se trata, pues, de una noción que no se agota en la definición objetiva de lo que significamos cuando empleamos el concepto, sino, antes bien, de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (o a otro que critique su afirmación), por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme a su finalidad³.

Por lo demás, el fracaso puede medirse en términos absolutos (falta de éxito, por no haber alcanzado la finalidad de la ficción emprendida, conocer la verdad), pero también puede medirse en términos relativos, según

2 Sobre la definición de verdad como concepto cultural, cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Ed. Bosch, Barcelona, 1984, 16, III, N.º 3 p. 179 siguientes.

3 Cfr. TENCKHOFF, Jörg, *Die Wahrunterstellung im Strafprozess*, pp. 97 y ss.

que el resultado de la actividad emprendida se haya aproximado en más o en menos, a su finalidad, es decir, a conocer la verdad o a la verdad misma, como juicio sobre la relación de conocimiento. En ese último sentido se discurre cuando la teoría y la práctica utilizan los conceptos de *certeza*, *probabilidad* y *duda*⁴.

Certeza expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva; quien conoce está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es, de conocer la verdad. *Probabilidad* significa un aceramiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La *duda* representa, en cambio, una posición subjetiva del sujeto cognoscente, que se ubica en la antípoda de la certeza; él reconoce el fracaso absoluto de su intento por conocer la verdad; se halla en un estado de perplejidad total frente a ella, proveniente del fracaso de su acción por conocer, que no le permite afirmar nada cierto o probable sobre el objeto a conocer.

El conocimiento histórico —que de ello se trata— busca reconstruir en el presente un hecho sucedido en el pasado, eventualmente con todas sus circunstancias objetivas y subjetivas, o un estado de cosas existente con anterioridad, averiguar, entonces, si el hecho ocurrió (¿San Martín cruzó los Andes?), sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, o si el estado de cosas existió (¿la cordillera de los Andes era ya una realidad en esa época?). Trabaja, para ello, con una hipótesis a verificar, que se afirma como tal, y se vale de los rastros (pruebas) que han perdurado en el tiempo como reflejo del hecho o estado que se pretende averiguar. La hipótesis a verificar, por lo demás, puede ser positiva o negativa esto es, se puede intentar averiguar si algo existió o, al contrario, si no existió (por ejemplo, si una acción determinada se llevo a cabo o si se cometió una acción). Sobre la base de los rastros, valorados según un método se alcanza el resultado del esfuerzo por conocer, el éxito o el fracaso, total o parcial.

Frente a un acontecimiento a averiguar, los tres estados o grados subjetivos respecto de la verdad se comportan de diferente manera. Prescindiendo ahora del signo positivo o negativo de la hipótesis en crisis, la *certeza* y la *probabilidad* son estados *bipolares*, pues la indagación sobre un hecho

4 Cfr. ROMERO, Francisco y PUCCIARELLI, Eugenio, *Lógica*, Cap. VIII, N.º 86, pp. 115 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, pp. 344 y ss.; t. II, p. 200; CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado*, N.ºs 328 y s., pp. 446 y ss.; TENCKHOFF, Jörg, *ibídem*, pp. 99 y ss.; ROXIN, Claus, *Strafverfahreensrecht* (20.ª ed.), Ed. C.H. Beck, München, 1987, 24, A p. 1'8.

puede arrojar como resultado que la hipótesis existe, ciertamente, o que no existe, con idéntica certeza, que el hecho es probable o, al contrario, que es improbable. Designamos como *certeza o probabilidad positivas* a aquella posición subjetiva del sujeto cognoscente que confirman las hipótesis a averiguar o tiende a esa confirmación, según el grado de conocimiento alcanzado, respectivamente; mencionamos como *certeza o probabilidad negativas* a la posición subjetiva del sujeto cognoscente que no verifica la hipótesis o que tiende a su rechazo, conforme al grado de conocimiento alcanzado. La *duda*, en cambio, por definición, represente un estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer, la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación.

El procedimiento judicial es, en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines, según veremos, consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento. Son aplicables a él, por tanto, todas las categorías sobre las que antes discurrirnos. El transporte esquemático puede sintetizarse como sigue. Si quien juzga —en el sentido de quien emite un juicio, por tanto, también el acusador, el defensor o cualquier interviniente en el procedimiento—, a mérito de la prueba incorporada, queda convencido de que la imputación es correcta, total o parcialmente, en el sentido de vio confirma la hipótesis, total o parcialmente, alcanzará la *certeza positiva* sobre tal imputación o, al menos, sobre una parte de ella; si, en cambio, sobre la misma base, rechaza la imputación, total o parcialmente, con el mismo grado de certidumbre, diremos que alcanzó la *certeza negativa* acerca de la imputación o sobre una parte de ella; a tal contundencia del juicio se arriba porque prevalecen absolutamente en el ánimo del juzgador, siguiendo el método de valoración que la ley establece, los elementos de prueba que confirman la imputación o los que la rechazaron⁵. De la misma manera ocurre con la

5 Esta es sólo una descripción formal: en este sentido, no representa más que a la exigencia de la experiencia subjetiva de «evidencia», para el fenómeno psicológico del conocimiento. ¿Cual es el nivel materia exigido para alcanzar esa evidencia, en el proceso penal (por ejemplo; para condenar), teniendo en cuenta que el conocimiento de la verdad, como estado psicológico del sujeto cognoscente, admite graduación, es una pregunta abierta. Intuitivamente, *certeza o certidumbre* se diferencia cualitativamente de *probabilidad*, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una *gran probabilidad*. La pregunta no puede obtener una respuesta matemática, graduando, por ejemplo, entre 1 y 100 el conocimiento de la verdad, como escala de probabilidades. Cuando, como en el mundo moderno, se apela a la *libre convicción*, como método para la valoración de la prueba, fuente de convicción, el control en *casación* de la sentencia es

probabilidad, conforme a su grado: es *positiva o negativa*, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria, y viceversa. La *duda*, en sentido estricto, excluye esta polaridad, según indicamos, pues los elementos de prueba que confirman y rechazan la imputación, total o parcialmente, están balanceados de tal manera, que impiden toda inclinación hacia uno u otro polo.

El alcanzar la *certeza* se valora como un éxito del procedimiento. Sin embargo, no siempre se alcanza la certeza, ni, en los distintos tramos que comprende el procedimiento, la certeza es su meta o el presupuesto a alcanzar para consolidar una decisión. Existen decisiones judiciales cuyo presupuesto es la *certeza*, otras cuyo presupuesto es la *probabilidad* y aún otras cuyo fundamento soporta varios grados de conocimiento sobre la imputación.

La *sentencia condenatoria*, por ejemplo, requiere la *certeza positiva* sobre todos los elementos de la imputación que en ella se afirman para fundarla. La *sentencia absolutoria*, por imperio contrario, se satisface con cualquier posición subjetiva respecto de la verdad que no sea la certeza positiva (*certeza negativa*,

el que marca la exigencia. Para ese método la convicción de cortesano puede ser otra cosa que *disipación de dudas*, en el sentido expresado en el texto, dudas que, en todo caso, pueden ser reales (por existencia de otra u otras hipótesis) o meramente potenciales. Pero tal disipación de dudas no puede ser meramente subjetiva, en el sentido de una expresión de voluntad del juzgador, sino, antes bien, se debe objetivizar en una explicación racional acerca de los motivos de este proceso psicológico, con fundamento en la valoración de los elementos de prueba obtenidos conforme a la ley procesal. La exigencia de *racionalidad* significa, a un mismo tiempo, observancia de las leyes del pensamiento (lógicas: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y de las leyes científicas y de experiencia aceptada generalmente en la actualidad (su observancia constituye un requisito de validez de la decisión; por tanto, su contradicción faculta a casarla, pues traduce arbitrariedad).

Empero, tal objetivo de la convicción, de haber alcanzado la verdad, sólo brinda los límites de un acto eminentemente psicológico, razón por la cual no es posible citar, en extremo, la influencia subjetiva de factores irracionales. Sobre ello, cfr. TENCKHOFF, *ibídem*, pp. 101 y ss.; PETERS, KARL, *Strafprozess*, Ed. C.M., Karlsruhe, 1966, (-), 37, XI, pp. 255 y ss.

En el sistema *legal* de valoración de la prueba, en cambio, la ley pretende conducir la operación del sujeto que valora, fijando las pautas (reglas), positivas o negativas, sobre la base de las cuales se afirma o se niega la certeza o la probatividad: por ejemplo: dos testigos hábiles, contestes, prueban plenamente el hecho o circunstancia que refieren, o, negativamente, *unus testis, nullus testis*; la ratificación voluntaria de la confesión obtenida bajo tortura, veinticuatro horas después de la aplicación del tormento, prueba plenamente la participación del imputado en el hecho.

probabilidad positiva o negativa y la duda en sentido estricto). Las *medulas de coerción*, por ejemplo, el encarcelamiento preventivo, tienen como soporte la *probabilidad positiva* y, al contrario, se excluyen si no se alcanza, al menos, esa posición (*falta de mérito— probabilidad negativa y duda en sentido estricto*)⁶.

Claus ROXIN, menciona a la *probabilidad* (positiva), en el Derecho Procesal Penal de la República Federal de Alemania, como suficiente para el apartamiento de un juez, para justificar la reposición de un plazo o fundar el derecho de un testigo para abstenerse de declarar // 26, II, 45, II y 56)⁷.

En ocasiones la ley no se refiere a estas posiciones subjetivas, en sentido estricto, ni coincide con estas nomenclaturas. El ejemplo académico la constituye el principio *in dubio pro reo*, que no menta la duda en el sentido de las categorías estudiadas, sino que, según ya se advirtió, traduce la falta de *certeza positiva* sobre la imputación (*duda lata*); «duda, y probabilidad excluyen la certeza sobre la culpabilidad del acusado, necesaria para condenar»⁸.

Los códigos argentinos modernos, por ejemplo, requieren, para dictar la solución de mérito (procesamiento) que, eventualmente, faculta a encarcelar preventivamente (prisión preventiva) al imputado, «que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo» (CPP Córdoba, 304; CPP Mendoza, 307; CPP Santiago del Estero, 25S; CPP Catamarca, 270; CPP Salta, 307 CPP La Rioja, 327; CPP La Pampa, 285; CPP Corrientes, 303; CPP Entre Ríos, 302; CPP Chaco, 285; CPP Santa Fe. 325); aluden, indudablemente, a la *probabilidad positiva*, como fundamento de la decisión a la que se refieren, esto es, a la necesidad de que el juez que emite la decisión funde la culpabilidad del imputado como partícipe en un hecho punible, con el grado de probabilidad.

La Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, //112, exige también la *probabilidad positiva* para autorizar el encarcelamiento preventivo del imputado, en los siguientes términos equivalentes. «La detención preventiva puede ser ordenada contra el imputado si él es vehementemente sospechoso como partícipe en el hecho...». El presupuesto cognoscitivo es, entonces, exactamente el mismo que el de los códigos modernos argentinos.

6 Para el Derecho argentino, CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en proceso penal*, N.º 5, pp. 8 y ss., presenta una descripción de lo que titula ascendencia de los estados intelectuales» (respecto de la verdad) *en las distintas del proceso*, que pretende ser exhaustiva.

7 *Strafverfahrensrecht* (20.ª ed.), p. 138.

8 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 200.

El Proyecto de CPP Nacional (1986), 202, siguiendo de cerca las legislaciones antes expuestas, pretende un mayor ajuste teórico-conceptual, prescribiendo como uno de los requisitos del encarcelamiento preventivo: «la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho *punible* o partícipe en él».

Antiguamente, cuando se utilizaba el llamado sistema de *prueba legal*, característico de la Inquisición, las voces *prueba plena* y *prueba semiplena* aludían, respectivamente, a la certeza y a la probabilidad. Nuestro antiguo CPP Nacional, vestigio de la última época de la Inquisición española, utiliza esta terminología: así los arts. 2 y 366 utilizan el término *prueba semiplena*, para aludir a la probabilidad (en este caso, positiva,) necesaria para encarcelar preventivamente; el art. 306, referido al valor de la prueba de testigos, contiene la antigua regla *unus testis, nullus testis*, propia, del sistema de prueba legal, utilizando la voz *prueba plena* en el sentido de certeza (dos testigos hábiles, contestes y de buena reputación).

III. Es en el sentido expuesto que la teoría, la práctica y la misma legislación procesal penal utilizan el concepto de verdad y sus relaciones cognoscitivas referentes al juicio de verdad. Según dijimos, y según veremos, el proceso aspira a hacer esplender la verdad acerca de la imputación inicial: parte teóricamente de la *duda*, en sentido estricto, de una hipótesis a averiguar, y persigue incorporar la prueba necesaria para conocer la verdad.

Sin embargo, la doctrina, para caracterizar al proceso penal, ha distinguido dos tipos de verdades, la *verdad real o material*, que adjudica al proceso penal como ideal, y la *verdad formal*, que adjudica al proceso civil como contraposición del primer concepto⁹. Al mismo tiempo, la teoría se ha quedado del intento de establecer *dos tipos de verdad* o, mejor dicho, *dos conceptos diferentes de verdad*¹⁰.

La distinción conceptual carece de sentido como fundante de dos conceptos distintos del significado con el que se utiliza la palabra verdad: tanto

9 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II. Cp. V. III, 1, pp. 185 y s.; HENKEL, HEINRICH, *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart u Köln, 1953, 26, I y II, pp. 115 y ass.; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 15, A, p. 76, DÖRING, Erih, *La prueba, su práctica y apreciación* (trad. Tomás H. BANZHAF, *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess Beweiserhebung und Beweiswürdigung*, Ed. Duncker u Humblot, Berlón, 1964), Ed. E. J. E.A., Buenos Aires, 1972, pp. 6 y ss.; TENCKHOFF, Jörg, ob. cit., p. 97; Ing. MÜLLER, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Ed. Europäische Verlaganstalt, Frankfurt, 1980, G 1, p. 182.

10 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ibídem, nota al pie No 7; Ing. MÜLLER, ibídem, pp. 180 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, (5.ª ed.), Ed. Zavala, Buenos Aires, 1981, p. 17.

el Derecho Procesal Penal, cuanto el civil (incluido todo procedimiento judicial), utilizan el concepto en el mismo sentido, antes señalado. Aquí no es del caso un análisis conceptual exhaustivo de las situaciones que presenta el procedimiento en materia de Derecho privado —ni tampoco en otras materias diferenciadas: procedimiento laboral contencioso administrativo, etc.; baste, como ejemplo, citar el *fumus bonis juris*, requisito de las medidas cautelares en materia procesal civil, equivalente de la probabilidad que exigimos, en materia procesal penal, para el encarcelamiento preventivo. En realidad, las diversas situaciones que se presentan en cada uno de estos procedimientos sólo pueden distinguirse en virtud de las reglas específicas que en cada procedimiento gobiernan la forma de decidir cuando no se arriba a la verdad (Derecho Procesal Penal: *in dubio pro reo*; Derecho Procesal Civil: *secundum probata partium*; Derecho procesal laboral: *in dubio pro operario*) o la exigencia determinada para cada tipo de decisión, la manera de delimitar la hipótesis acerca de la cual se pretende predicar verdad o falsedad (Derecho Procesal Penal: de oficio o por impulso oficial en los delitos de acción pública; Derecho Procesal Civil: *secundum allegata partium —neat iudex ultra petita partium*) o, por último el modo de incorporación de la prueba pertinente (averiguación oficial, incluso por el tribunal —inquisición— en el Derecho Procesal Penal, excluida, por regla, del Derecho Procesal Civil).

A la contraposición *verdad real* o *verdad formal* no se arribó por una discordancia conceptual, acerca de lo que *es* o significa la verdad, sino, antes bien, por contraposición entre formas jurídicas distintas del procedimiento judicial, gobernadas por principios diferentes. Lo que sucede, en realidad, es que en el procedimiento civil, la averiguación de la verdad aparece múltiplemente condicionada, jurídicamente, en relación a la reglamentación prevista por el Derecho Procesal Penal. En general, el tribunal que juzga un caso de Derecho privado, cuyo principio superior, reside en la *autonomía de la voluntad particular*, representa, por principio, el papel de un árbitro imparcial, que carece de poderes propios de instrucción (inquisición); por ello él, por regla general, no se interesa por la averiguación por sí —autónoma— de la verdad acerca del objeto a conocer, para resguardo de su imparcialidad frente a intereses privados y como emanación de la naturaleza propia de los intereses en juego (esencialmente disponible según el principio de autonomía de la voluntad particular, citado). En cambio, el tribunal penal inquiera, para averiguar la verdad, por sí mismo, en las oportunidades que la ley prefija y con los poderes específicos que la misma ley establece, regla cuyo fundamento político reside, precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal. Por otra parte, la injerencia de las personas en conflicto (partes) para fijar el objeto de investigación (*thema decidendum*), en los litigios de Derecho privado, es muy distinta a la que poseen los intervinientes en proceso penal, respecto del tribunal penal: se

gún se trate de uno o de otro litigio, respectivamente, el tribunal carecerá de aptitud para fijar el objeto de la investigación y estará absolutamente vinculado por las afirmaciones de las partes, o, por el contrario, podrá intervenir, decisivamente, en la fijación de la hipótesis objeto de la averiguación.

Para no crear conflictos —innecesarios en esta indicación—, piénsese en la facultad del tribunal penal de incorporar —al menos— circunstancias excluyentes o atenuantes de la imputación o de la pena, por ejemplo, el error, la necesidad, la defensa, cualquier que funde una causa de inculpabilidad o impunidad, o aquéllas que privilegian la figura básica (la circunstancia temporal de que la madre mató a su hijo «inmediatamente después de dar a luz», para la figura básica del homicidio, «con el fin de evitar su dehonra», CP, 81, inc. 2), aunque la defensa del imputado no las haya introducido.

El conflicto que mentamos se planta con el principio *ne procedat iudex ex officio o meno iudex sine actore*, que rige en ambos procedimientos, pero con un significado muy distinto. Mientras en el Derecho Procesal Civil tal principio tiene alcance material, en el sentido de que no es de competencia del Estado (judicial), por regla general, componer el conflicto más allá de como las partes que intevienen en él lo presentan, en el Derecho Procesal Penal él posee sólo alcance formal, en homenaje al principio de defensa, pero, también por regla general, es el Estado, aunque por otro des su órganos, escindido del tribunal (el Ministerio Público), quien asume la imputación y, con ello, la delimitación del conflicto (hechos punibles de acción pública). El principio *ne procedat iudex ex officio o nemo iudex sine actore* sólo rige, en materia penal, para evitar que el tribunal tome partido *ab initio*, afirmando el tema de averiguación y de fallo, con lo cual pondría en peligro su imparcialidad y tornaría impreciso el tema acerca del cual debe recaer la defensa (en fin, para formalmente, encontrar un opositor para el imputado, que no sea el mismo tribunal); pero no rige para impedir la competencia del mismo Estado en el planteo del conflicto para que sea decidido judicialmente y en la fijación del tema a juzgar cuando se trata de un interés público como el de la pena estatal, en los delitos de persecución penal pública.

La situación real no se modifica, sustancialmente, si se trata de delitos de persecución penal privada (CP. 73 y ss.). Es correcto afirmar aquí un interés privado preponderante pero ese interés privado no oculta que el resultado eventual del procedimiento penal es una *pena estatal*, por ende, pública. Por esta razón, también en estos casos se pretende la llamada *verdad real*, al menos desde el atalaya de observación de quién, eventualmente, puede llega a sufrir la pena, estos es, desde el punto de vista del imputado. Así, aún en los delitos de persecución penal privada, el tribunal está autorizado a incorporar por sí mismo hechos o circunstancias que eliminan o ate-

núan la reacción penal o medios de prueba tendientes a verificar estos extremos, aunque el mismo imputado o su defensa no los haya invocado o propuesto, o, incluso, aunque los haya ocultado voluntariamente. El fundamento de la existencia de esa facultad es claro: la pena estatal no es disponible, ni siquiera en estos casos, de manera tal que el Estado esta interesado en que no la sufra un inocente ni aún voluntariamente.

En conclusión, *verdad real y verdad formal* no son significados que apuntan a conceptos diferentes, estriba más en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales atacan la investigación de la verdad o en los condicionamientos formales para fijar el objeto de la averiguación y para incorporar el material necesario a fin de conocer la verdad histórica, que en el núcleo significativo del concepto. El Derecho Procesal Penal —y de allí su especificidad por vía de principio— *objetiviza* más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad. En general, los demás derechos procesales *subjetivizan* la averiguación de la verdad o el interés por descubrirla, en mayor o menor grado, por la trascendencia que para ellos tiene el interés privado, que desplaza al interés público. Es por ello que, en doctrina, se suele reemplazar el nombre de *verdad real o material*; que caracteriza al proceso penal, por el de *verdad histórica objetiva* o, simplemente, por el de *verdad objetiva*¹¹.

II. LA VERDAD COMO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO

I. Es hoy un lugar común, entre los autores de Derecho Procesal Penal, describir uno de los fines o funciones del procedimiento como el hallazgo de la verdad objetiva, esto es, en otras palabras, como el conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva objeto del procedimiento, la imputación dirigida a una persona¹². Sin embargo, es función o finalidad del procedi-

11 Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado*, t. I, N.º 353, p. 482 y s.; MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I, 2, C, c, p. 57 y ss.

12 Lo aclara, críticamente, MÜLLER, Ing., *Rechtsstaat und Strafverfahren*, G., p. 175 y HASSEMER, Winfrid, *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., 16, N.º 4, p. 182 y ss.; cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Cap. III, 4, pp. 122 y ss., y Cap. V, III, pp. 185 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado*, t. I, N.ºs 320 y 321, pp. 436 y s., N.º 327 y ss., pp. 444 y ss. y N.º 352 y ss., pp. 481 y ss.; aclarando al complejidad de metas del proceso penal, en ocasiones contradictorias y necesidades de una ponderación en el caso concreto, HENKEL, HEINRICH, *Strafverfahrensrecht*, 23, II, pp. 95 y ss., PETERS, KARL, *Strafprozess*, 13, I, 4, p. 70; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 1. B, II, pp. 2 y ss.

miento sólo debe ser considerada como un ideal¹³, esto es, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que, en un proceso concreto, puede no alcanzarse, sin que ese procedimiento carezca de sentido.

El procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo aunque no se arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza, positivo o negativa, sobre la imputación) y pese a conocerse claramente esa situación. Desde el punto de vista social él está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la *paz jurídica*, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado (método de control social). Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el proceso penal es el instrumento establecido por la ley para la realización del Derecho Penal sustantivo y, por tanto, satisface su misión mediante la decisión que actúa —positiva o negativamente— la ley penal. En fin, la decisión penal puede ser incorrecta, desde el ángulo de observación relacionado con la averiguación de la verdad, incluso conocerse esta circunstancia, y, no obstante, alcanzarse la finalidad social y jurídica del procedimiento judicial, hasta llegar a predicar que la decisión es perfectamente válida, aún desde el punto de vista jurídico¹⁴.

Inclusive, las reglas procesales previenen positivamente esta situación, pues, en materia de valoración de la prueba, indican cuál es la decisión que corresponde dictar (absolución), si, arribados al final del procedimiento, no se alcanza la *certeza* sobre la imputación (*in dubio pro reo*). Muchas situaciones internas del procedimiento se resuelven de la misma manera: cfr., para ejemplo, las soluciones diversas de las leyes procesales cuando no se alcanza la *probabilidad* (positiva, en nuestro lenguaje) necesaria para acusar y abrir el juicio penal.

Más aún, según veremos enseguida, otras finalidades que se le adjudican al procedimiento (la protectora del imputado, como instrumento de realización de sus garantías fundamentales previstas en la Constitución), atentan directamente contra la efectividad de su función relacionada con la averiguación de la verdad.

13 Sobre las proporciones jurídicas como ideales, cfr. ALCHOURRON, Carlos E.-BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, IX, pp. 225 y ss., aunque ellos tratan con *ideales racionales* y el que estudiamos constituye, claramente, un *ideal político* del sistema, consciente de que en ciertos casos, no puede alcanzar la verdad histórica buscada.

14 Cfr. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, II, pp. 2 y ss.

II. La pérdida constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad, no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, *la verdad procesal penal* es, estrecho, parcial, restringido. En general, las limitaciones y condicionamientos se refieren a dos aspectos relacionados con la verdad, el primero, sobre el cual discurriremos inmediatamente, se vincula con el *objeto* acerca del cual se pretende afirmar verdad o falsedad; el segundo, al cual dedicaremos el próximo punto, tiene relación con los *instrumentos o medios* de los que se dispone para conocer (averiguar la verdad).

El orden jurídico penal, no sólo en virtud de reglas formales (de procedimiento), sino, principalmente, a través de reglas jurídicas materiales (de Derecho Penal sustantivo), recorta el conflicto social que está en la base de todo caso penal, esto es, le pone límites a su estudio, la mayoría de las veces muy estrechos, extrayendo de él sólo las notas o elementos que le interesan y expulsando de la investigación a aquellos que no le interesan. El Derecho Penal procede a través de sus definiciones, generales y abstractas, de comportamientos prohibidos o mandados —uno de sus ideales: *nullum crimen, nulla poena sine lege*—, con ello, por medio de *conceptos* que, por definición, consisten en descripciones de elementos finitos, por ende, limitados, del obrar humano, únicos que, necesariamente, cobran importancia para el Derecho Procesal Penal; define así, para el procedimiento, el caso penal¹⁵. Frente al concepto, el acontecer real, adornado con un infinito de elementos, notas y circunstancias características, el mundo concreto del obrar humano, de las cosas reales, singulares, a las cuales se les puede preguntar sin límites, se las puede conocer con una extensión ilimitada¹⁶; y es a este mundo real, precisamente, al que se refiere el conocimiento de la verdad al que aspira, como fin, el procedimiento penal. A pesar de ello, el Derecho Procesal Penal debe necesariamente, acotar los límites de la investigación, precisamente a aquellos elementos de interés para solucionar el caso que le fija la ley penal, por cierto, muy estrechos. Los demás elementos del acontecer histórico le son indiferentes.

El *homicidio*, según la definición de la ley penal, consiste en la muerte de un hombre, provocada por otro ser humano. El concepto, cerrado por

15 Sobre estas características de las figuras jurídicas, cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, XVI, pp. 141 y ss.

16 Cfr. ROMERO, FRANCISCO y Eugenio Puciarelli, *Lógica*, p. 42, nombran a esta característica como *principio de infinidad de lo real*: «El conocimiento de estos objetos es por principio interminable...».

definición, contiene un número finito de elementos característicos, por cierto, muy escasos. No interesa, por ejemplo, el sexo de la víctima y el victimario, la posición social o económica de ambos, las relaciones entre víctima y victimario, la utilidad social de cada uno según su inserción en el seno de una sociedad determinada, las circunstancias témporo-espaciales o de vida en que cada uno se halla al acontecer el hecho, la raza, etc. Pero todo hecho real y concreto por el que un ser humano da muerte a otro está caracterizado por un número infinito de elementos o notas características: víctima y victimario pertenecen a un estrato social, a una determinada raza o religión, significan algo para la sociedad en la cual viven, se relacionan de alguna manera características en su seno, etc. Sólo cuando la ley penal toma en cuenta alguna característica como importante para excluir, agravar o atenuar, genérica o específicamente, la reacción penal, esos elementos del hecho pueden entrar en consideración como objeto de averiguación en el procedimiento penal (por ejemplo, la relación parental estrecha o la situación de indefensión de la víctima para agravar el homicidio, el estado de pobreza y la imposibilidad del autor para procurar su propio sustento o el de su familia, como circunstancia genérica para medir a la pena). De otro modo, el acontecimiento queda absolutamente recortado como objeto de averiguación.

Los límites que se imponen como consecuencia de esta relación son, a pesar de lo que se puede pensar, muy estrechos. Cualquier regla jurídica, como concepto que es, por tanto abstracto y general, está constituida por una serie finita de elementos definitorios, únicos necesitados de averiguación en el caso concreto, para decidirlo los demás, que efectivamente ese presentan en la realidad concreta, son indiferentes, por efecto de la definición. Para no insistir con el Derecho Penal, tómese un ejemplo del Derecho privado, a saber, la compra-venta: sus elementos son dos o más expresiones de voluntad de seres humanos acerca de la transmisión del dominio sobre una cosa y el precio de la operación.

Es paradigmática la situación de la víctima en el Derecho Penal, prácticamente indiferente para su regulación —salvo casos especial que no tienen por misión, precisamente, ocuparse de ella— y desposeída de actuar e influir en la solución de su propio conflicto, a consecuencia de la afirmada naturaleza pública (estatal) del Derecho Penal (en verdad, de la pena); inclusive, cuando, en el mundo real, entran en conflicto el interés de la víctima por una determinada solución y la persecución penal estatal, esta última prevalece sobre aquél. Esos límites por lo demás, no se refieren sólo al acontecimiento como tal, congelado en el momento de suceder, sino a las modificaciones de ese suceso y sus actores en el futuro, la mayoría de las veces escasamente importantes para la ley penal: en la práctica diaria se observa claramente este fenómeno en la conducta de la esposa, objeto de

malos tratos (lesiones dolosas) por parte de su esposo, que, sin embargo, no soporta la idea de su encarcelamiento o en la conducta del pariente, cónyuge o amigo, que no tienen ningún interés en la persecución penal de un delito culposo que lo afecta. Por fin, según puede ya observarse, esos límites se vinculan también al fin para el cual interesa conocer la verdad, pues ordinariamente, otras soluciones viables del conflicto (conciliación, compensación del daño, tratamiento terapéutico o educativo), que, indudablemente, influyen en los elementos que interesa conocer. El *abolicionismo penal* ha denominado esta forma de actuación del sistema penal como *mecanismo reductor de la vida*¹⁷).

Incluso por una razón política, el Derecho Penal, conforme a su fin exclusivamente represivo o punitivo, debe, necesariamente, proceder según esta forma de reducción, pues, de otra manera, constituiría un instrumento represivo ilimitado de control social, en manos de la autoridad estatal. La cláusula de cerramiento del sistema —*nulla poena nullum crimen sine lege*— es, precisamente, la que logra que prohibiciones y mandatos conformen, al menos como ideal, un sistema discontinuo de ilicitudes, para garantía de los obligados, de manera tal que el área de libertad —o de conductas permitidas— sea la regla y el área del deber y la ilicitud, la excepción (principio de reserva): acciones previstas expresamente por la ley como prohibidas o mandadas. Si el Derecho Penal no procediera conforme a este mecanismo reductor, el orden jurídico carecería de un ámbito de libertad, reconocido positivamente, y extendería su acción a límites inimaginables. Todo ello, según se observa, es producto de la «pertenencia» del Derecho Penal al Estado, como forma institucionalizada de control social, y a la única respuesta que él conoce, la punitiva, el arma más poderosa para ejercer ese control.

No sólo el ámbito de libertad, concebido como contrario al punitivo, es necesario para la convivencia humana según pautas culturales actuales, sino también, un ámbito de *indiferencia jurídica*, representando por acciones u omisiones que no interesan al Derecho en general, dentro del cual el ámbito de la privacidad constituye una sublimación del principio que, incluso, excluye el poder penal del Estado.

Inclusive la interpretación de las reglas del Derecho Penal debe seguir, al mismo efecto, este mecanismo reductor (interpretación restrictiva), pues si así no fuera, se arribaría también a fronteras inimaginables. Paradigmático resulta el ejemplo académico de la *causalidad* en la teoría del delito: si ese

17 Cfr. BERNAT DE CELIS, Jaqueyine, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, I, 2, pp. 122 y ss.

concepto se refiere al mundo natural no existe manera de cortar la cadena causal, de manera tal que el fabricante de automotores debería ser considerado autor de las muertes que, con sus automóviles, aunque conducidos por otro, se producen en la circulación vial, toda vez que eliminada su acción, el accidente no se hubiera producido; y tal imputación no tendría sólo un fundamento objetivo pues, por experiencia, el fabricante conoce que algunos de los automóviles por él fabricados y vendidos provocarán, guiados por conductores imprudentes, estas muertes, desde el punto de vista causal fácilmente evitables: omitiendo fabricarlos. Todas las teorías que intentaron gobernar la relación causal entre la acción y el resultado —más complejo todavía: entre la omisión y el resultado no deseado— y hasta aquellas que operan con otro concepto (*imputación objetiva*) para expulsar el anterior de la teoría del delito, con todos sus inconvenientes, proceden por reducción.

A decir verdad, este proceso de reducción no se produce solamente en virtud de las normas —jurídicas o extrajurídicas—, sino que es propio del conocimiento humano sobre los hechos concretos, esto es, del conocimiento histórico. Sin discurrir ahora sobre la verdadera naturaleza y alcance del conocimiento histórico —registro del pasado o reelaboración del pasado desde el presente—, lo cierto es que todo relato histórico procede *por selección*. «De la muerte de Sócrates» —según el ejemplo de Sebastián SOLER— «nos quedan los relatos de Critó y Felón». Nada sabemos de lo que decían Meleto y Licón, y poco sabemos de los infinitos hechos que ese mismo día ocurrieron en Atenas. Más bien deberíamos decir que de todos esos hechos solamente nos interesa la llegada de la barca sagrada de Delos que marca la hora de la muerte del filósofo. En cuanto a las palabras de Meleto y Licón casi preferimos no conocerlas. Hay una infinidad de hechos que nos son indiferentes y hay algunos que nos son despreciados y sólo negativamente pertenecen a la historia y constituyen una especie de antihistoria. De todo lo que ocurrió ese día, hemos seleccionado unos cuantos datos, de los cuales la muerte efectiva e innegable de Sócrates constituye el núcleo central. De él parten, por decirlo así, cadenas o serie de hechos que se sumergen en el anonimato y en la indiferencia, a medida que se alejan del hecho central¹⁸. Se trata de un problema político, orientado por el fin que perseguimos, el de las fronteras que trazamos para nuestra averiguación y nuestro conocimiento, el responder a la pregunta de *cómo* efectuar la selección o reducción, que lleva implícita la pregunta acerca de los datos que nos interesa conocer. En Derecho Penal y en nuestro sistema jurídico esa decisión política es tomada por quien legisla, reduciendo así el panorama de lo que

18 Cfr. SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, XVII, pp. 151 y ss., reproducción, p. 152.

interesa conocer en un procedimiento penal; más allá de ellos, de lo que podemos, legítimamente, conocer.

De conformidad con lo explicado, el conocimiento al que aspira el procedimiento penal es limitado, recortado de la realidad, como si quien interviene en un proceso concreto debería, previamente, colocarse anteojeras. Por ende, la verdad que pretende encontrar es también limitada, recortada.

III. Con todo, aquí no finalizan las limitaciones del procedimiento penal para conocer la verdad. El propio método para emprender esta empresa plantea también limitaciones, que indicaremos después de advertir cuáles son los medios de que dispone para cumplir el fin propuesto por todos.

III. LOS MEDIOS Y MÉTODOS PARA AVERIGUAR LA VERDAD

1. Concepto de prueba

De todos modos, aun con limitaciones, el procedimiento penal es, desde un punto de vista, un método, regulado jurídicamente, para averiguar la verdad acerca de una imputación. Con el fin de cumplir esa misión acude, de la misma manera que todo proceso de conocimiento histórico, a la *prueba*, por intermedio de la cual los sujetos que intervienen en él intentan lograr precisiones acerca de la hipótesis que constituye su objeto principal. 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 probable de su objeto. Pero éste es sólo uno de los sentidos del concepto, pues acudimos a él, también, cuando pretendemos señalar el resultado de la actividad probatoria (por ejemplo, el contenido de este documento *prueba* tal circunstancia o hecho). Es cierto, por ello, que «El concepto de *prueba* es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica»¹⁹. Sin embargo, en lo que ahora nos interesa, basta con aceptar el significado intuitivo relacionado con conocer, comprobar, en fin, acercarnos a la verdad.

Bajo el concepto *prueba* se ocultan una serie de conceptos derivados o accesorios que ayudan a comprender su sentido. *Elementos de prueba* es el dato, rastro o señal, contenido en un medio de prueba ya realizado, que conduce, directa o indirectamente, a un conocimiento cierto o probable del objeto del procedimiento. Objeto de prueba es el tema probatorio, aquello que se pretende conocer mediante un medio de prueba, la materia sobre la que recae prueba, que, en el procedimiento, debe tener una relación directa o

19 FLORIÁN, Eugenio, *Delle prove penal* (3.^a ed.), trad. castellana de José Guerrero, *De las pruebas penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1982, t. I, N.º 2, p. 42.

indirecta con el objeto del proceso (pertenencia); se indaga por él con la pregunta *qué se quiere probar*. *Medio de prueba* es en el procedimiento, el acto procesal, regulado por la ley, por intermedio del cual se introduce en el proceso un elemento de prueba, su contenido eventual (la declaración testimonial, el dictamen pericial, el documento). Llamamos *órgano de prueba* a la persona de existencia visible que proporciona en el procedimiento un elemento de prueba (el testigo, el perito). Finalmente, la *actividad probatoria* representa a todas las diligencias que son cumplidas en el procedimiento para incorporar y valorar un elemento de prueba, ordinariamente dividida en tres períodos: *ofrecimiento y producción* de la prueba representa a los actos que se cumplen para introducir un medio de prueba; *recepción o asunción* de la prueba, el momento del ingreso efectivo; y *valoración* de la prueba, el examen crítico de los elementos introducidos, con miras a una decisión²⁰.

2. Los principios que rigen la prueba penal

Es por razón del ideal que persigue —averiguar la *verdad objetiva, real o material*— que, en Derecho Procesal Penal, toda la regulación jurídica de la prueba, como método para alcanzar ese objetivo, favorece, en lo posible, la investigación del caso en una medida muy superior a la prevista por otros procedimientos judiciales. Este es, precisamente, uno de los aspectos que caracteriza al Derecho Procesal Penal, que algunos autores han elevado a categoría de principio. Estas máximas que, en cierta manera, especifican al Derecho Procesal Penal frente a los demás derechos de actuación judicial, son las que estudiaremos a continuación, comenzando por la de mayor influencia.

I. Investigación oficial de la verdad (Principio inquisitivo). A contrario de lo que sucede en Derecho Procesal Civil, la actividad probatoria no depende, en el proceso penal, de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento.

Según ya advertimos, en el Derecho Procesal Civil rige, en general, el principio dispositivo, derivado de la autonomía de la voluntad²¹. Las partes

20 En lo fundamental, esta terminología es la de FLORIÁN, Eugenio, *ibídem*, t. I, y *Elementos de Derecho Procesal Penal* (trad. L. Pietro Castro), Ed. Cosch, Barcelona, 1933, Parte especial, Cap. V, pp. 305 y ss.; sin perjuicio de reconocer que se trata de una cuestión semántica, es dable también admitir que, en el Derecho argentino (cfr. VÉLEZ MARI-CONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Cap. VIII, pp. 341 y ss.; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, N.º y ss., p. 13 yss.), esas categorías han contribuido para aclarar el concepto de prueba y sus funciones.

21 Por todos, PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledor-Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I, N.º 30, pp. 259 y ss.; BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriff und*

no sólo fijan el objeto procesal, esto es, el objeto del litigio sino juntas, también acotan la parte de ese objeto procesal discutido, que sirve con referencia al objeto de prueba. Ellas, salvo casos específicos, pueden desapoderar al tribunal de la prueba de un hecho o circunstancia, con sólo consentirlo como cierto (confesión) unilateralmente o por la vía del acuerdo con la parte contraria. La declaración de voluntad vincula, ordinariamente, al tribunal.

Otra de las manifestaciones de este principio es la prescindencia del tribunal respecto de los medios de prueba a realizar para verificar la parte del objeto procesal, discutido. La máxima, que sin duda tiene más excepciones que la anterior en el Derecho Procesal Civil actual, rige por vía de principio, de manera tal que son las partes quienes dominan el material probatorio a introducir durante el procedimiento para demostrar sus afirmaciones. Tanto es así que el método para evitar el *non liquet*, en materia procesal civil, estos, para arribar a una decisión de certeza allí donde sólo hay duda, es imponerle a cada parte la *carga* de demostrar —tornar evidente para la convicción del juez— los hechos que ella misma afirma.

Es por todo ello, precisamente, que se menciona como vigente, para el proceso civil, el *principio de la verdad formal*.

Es preciso aclarar en principio, que, como sucede con la persecución penal, el interés público por la pena estatal ha destituido al interés particular, incluso en materia probatoria. De tal manera, es el propio Estado, por intermedio de sus órganos competentes, el interesado en averiguar la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, para aplicarle sus reglas penales y, eventualmente, actuar la consecuencia jurídica con prescindencia del interés particular. Este, por lo demás, no es un interés del Estado como persona jurídica, dotada de patrimonio y núcleo de imputación de facultades y deberes, que eventualmente puede entrar en conflicto con el interés de otras personas, sino, antes bien, combinando incluso con el principio de legalidad en la persecución penal, un interés que reside en la actuación de la ley penal (sociológicamente: en el control social por propia iniciativa); jurídicamente puede ser señalado, para distinguirlo de la actuación del Estado en la defensa de sus intereses particulares, como *interés objetivo* por el cumplimiento de la ley penal.

Nótese que este interés por la actuación de la ley penal puede, como en el caso de las víctimas privadas, hallarse en pugna con un interés particular del Estado: el supuesto autor de una malversación de caudales públicos admite la imputación y ofrece al Estado víctima el resarcimiento y, sin

embargo, el mismo Estado, por intermedio de los órganos judiciales competentes, debe perseguir la actuación de la ley penal y, para ello, averiguar la verdad, aun a costa de un resultado adverso.

Por regla general, salvo el caso de los delitos de acción privada y, en mucho menor medida, de los sometidos a una instancia o autorización para su persecución, el Estado comienza su actividad probatoria no bien recibida la noticia acerca de la comisión de un delito. Esto explica por que, en los regímenes procesales que mantienen al juez de instrucción, como pseudo inquisidor independiente (órgano del Poder Judicial), se le atribuya a él la facultad de asumir medios de prueba e incorporar elementos de prueba, sin necesidad de excitación extraña. De la misma manera, el Ministerio Público y la policía asumen esta tarea, como órganos de la persecución penal, en aquellos sistemas que le confían el procedimiento preliminar.

Pero esta característica del Derecho Procesal Penal, resumida en la afirmación de que persigue la *verdad real, material u objetiva*, determina consecuencias aún más fuertes, en materia probatoria, para las reglas jurídicas que lo rigen, porque se refieren al tribunal de fallo y al procedimiento contradictorio (formal) que él establece como base de la sentencia, una vez asumida la distinción formal entre Estado persecutor (Ministerio Público) y Estado decisor (tribunales).

La primera consecuencia es la imposibilidad de vincular al tribunal con manifestaciones de voluntad de los demás intervinientes, unilaterales o conjuntas, acerca de la verdad de un hecho o una circunstancia contenidos en el objeto procesal; tales manifestaciones de voluntad no sólo carecen de poder vinculante para el tribunal que, en su decisión, puede contradecirlas, sino que, además no eximen al tribunal —ni tampoco al Ministerio Público, como órgano de persecución del Estado— de su deber de esclarecer la verdad, esto es, de la práctica de medios de prueba pertinentes y útiles para conocer la verdad acerca del hecho o circunstancia admitidos, ya sea excitado por los demás intervinientes o por iniciativa propia, en las oportunidades en las que la ley le otorga esta facultad. Especialmente, por su importancia en el procedimiento penal, debe observarse que, como regla general, el tribunal no queda ligado por la confesión del imputado, salvo casos de excepción; por ello se dice, en este tipo de procedimiento, el allanamiento a la imputación carece de valor vinculante²².

22 Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, E.J.E.A., Buenos Aires 1962, un estudio completo sobre el funcionamiento del instituto en el Derecho Procesal Penal.

La segunda consecuencia reside en las facultades que la ley otorga al tribunal para producir prueba, con independencia del ofrecimiento de los demás intervinientes en el procedimiento, que no cancelan los medios a utilizar para conocer la verdad. Según esta regla, el tribunal puede, de oficio, producir por sí mismo medios concretos de prueba que aparezcan como útiles para determinar su certeza (*investigación judicial, autónoma*), sin necesidad de excitación extraña. La regla, que en el procedimiento se exterioriza como una mera facultad, permite fundar el deber funcional de los jueces de averiguar la verdad y, conforme a él, aplicar la sanción pertinente cuando la norma de deber no es observada (mala conducta en el ejercicio de sus funciones).

En el Derecho Procesal Penal de la República Federal de Alemania la regla estudiada alcanza su vigor máximo, pues «El presidente del tribunal puede también ordenar de oficio la citación de testigos y peritos como la presentación de otros elementos de prueba» (OPP, // 221). En el Derecho argentino moderno esta facultad resulta seriamente limitada. Durante la preparación del debate, el tribunal puede hacer uso de ella sólo en el caso de que los demás intervinientes no ofrezcan en absoluto medios de prueba a realizar en el debate y dentro del límite estricto que marca la producida durante la instrucción (CPP Córdoba, 369, II; CPP La Pampa, 3325, III; CPP Corrientes, 383, II; CPP Entre Ríos, 362 II). También durante la preparación del debate es considerada como una facultad de esta índole la llamada *instrucción suplementaria* (CPP Córdoba, 370; CPP Mendoza, 389; CPP Santiago del Estero, 308; CPP Catamarca, 321; CPP Salta, 385; CPP La Rioja, 388; CPP La Pampa, 326; CPP Corrientes, 3382; CPP Entre Ríos, 383, CPP Jujuy, 353; CPP Chaco, 341), facultad del tribunal para producir e incorporar, de oficio, medios de prueba omitidos durante la instrucción o cuya realización debe ser anticipada porque, presumiblemente, ese medio no podrá ser incorporado en el debate. En el debate, el instituto denominado *nuevas pruebas* permite al tribunal incorporar de oficio medios de pruebas

Precisamente lo contrario ocurre en Derecho Procesal Civil: CPCC Nacional, 307; la regla es sintomática porque excluye el efecto característico del allanamiento cuando se halla comprometido el orden público; este es, precisamente, el caso en que se ubica nuestro Derecho Penal, a consecuencia de definir la pena como reacción pública.

Con la caída del *principio de legalidad* en la persecución penal y la necesidad actual de evitar la pena cuando es posible recurrir a otra solución del caso, no necesariamente represiva en el sentido cultural, la política criminal de hoy propicia soluciones que, aunque sin el carácter de generalidad que requiere un principio, permite recurrir, en muchos casos, a la voluntad del imputado y de otros intervinientes para determinar la solución del conflicto. Son ejemplos de esta forma de proceder la *probation* y los diferentes modos de la *diversión*, el *plea bargaining* y el *plea guilty*, provenientes del Derecho anglosajón y norteamericano.

no ofrecidos por los demás intervinientes, cuando durante su transcurso se produzca un acontecimiento inesperado que torne necesario su realización (CPP Córdoba (1939), 455), o, según las leyes más recientes, tan sólo cuando resulten indispensables para conocer la verdad (CPP Córdoba, 404; CPP Mendoza, 419; CPP La Pampa, 357; CPP Corrientes, 417, CPP Entre Ríos, 393; CPP Jujuy, 382, CPP Chaco, 371)²³ Esta facultad es también operable en la próxima etapa del juicio penal, durante la deliberación de la sentencia, reabriendo el debate para recibir las *nuevas pruebas* (CPP Córdoba, 411; CPP Mendoza, 430; CPP Catamarca, 355; CPP La Rioja, 431; CPP La Pampa, 366; CPP Santa, 426; CPP Corrientes, 423; CPP Entre Ríos, 404; CPP Jujuy, 392; CP Chaco, 380).

II. *Libertad de la prueba*. Las reglas del Derecho Penal regularmente, no someten la convicción acerca de determinado hecho, circunstancia o elemento, que ellas contienen en sus descripciones, a su comprobación por un medio de prueba determinado en la misma ley. Ello equivale a decir que, ordinariamente, no contienen tampoco reglas de valoración probatoria (*prueba legal*), que indique cuando un elemento definitivo de sus normas debe ser tenido por cierto o por incierto²⁴.

No obstante, ambos temas, el de la libertad de demostrar un hecho, circunstancia o elemento con cualquier medio de prueba y el de la libertad

23 Cfr. NÚÑEZ, RICARDO C., «La introducción de nuevas pruebas en el curso del debate», en *Revista de Derecho procesal*, Buenos Aires, año VIII, 1950, 2 parte, pp. 179 y ss.; y *CPP de la pcia. de Córdoba-anotado*, Ed. Lencr, Córdoba-Buenos Aires, 1978, art. 304, p. 366 y ss.

24 Obsérvese que esta afirmación plantea la cuestión de conocer si las reglas de valoración probatoria, por tanto, también, aquéllas sobre la admisibilidad de la prueba (criterio de *utilidad*), pertenecen al Derecho material o al procesal. El problema, en Derecho Procesal Penal, ha sido siempre como formando parte del procedimiento: por todos, BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriff und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts* (3.ª ed.), Ed. W. Kohkhammer, Stuttgar-Berlín, Köln-Mainz, 1979, Cap. 2, N.º 11, p. 82 y ss.; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht* (20.ª ed.), 15, pp. 75 (bibliografía) y C, p. 77 y ss.; WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1979, p. 5; VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.ª parte, Cap. VIII, pp. 341 y ss.; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, N.º 14, pp. 40 y ss.

En países como la República Argentina, cuya ley básica divide las competencias legislativas para dictar las leyes penales (Parlamento nacional) y las procesales (en principio, locales, estatales o provinciales), la cuestión se complica porque aparece la pregunta acerca de si los parlamentos locales están autorizados a imponer reglas materiales (valoración) sobre prueba, cuando la ley penal no las prevé, o diferentes a las que la ley penal prevé. Tómese, por ejemplo, las reglas sobre valoración probatoria que contiene el vestusto CPP Nacional, 305 y 306, cuya regulación todavía sirve de base para su reducido número de provincias.

El problema sólo queda aquí expuesto a la meditación. No es este el momento de tratarlo.

para alcanzar la convicción —de certeza o probabilidad— sin sujeción a regla fijas sobre la manera de arribar a ese resultado (cantidad o calidad de elementos de prueba), han sido tratados separadamente²⁵. La separación no es incorrecta, pues no toda restricción *ex ante*, a los medios cuya producción está permitida, conduce a una limitación *ex post*, relativa a la valoración de la prueba; pero la vinculación entre ambos temas es clara y no ha sido puesta de manifiesto suficientemente, según nuestro concepto.

Desde el punto de vista que ahora nos interesa, aliado al principio de la verdad real o material, la máxima de la *libertad probatoria* se define expresando que, *en material penal, todo hecho, circunstancia o elementos, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba*²⁶.

La regla marca, ciertamente, una diferencia con el derecho privado, quizás más cuantitativa que cualitativa, pero sin duda, bastante pronunciada. Prescindiendo de observar que las partes, por propia voluntad (admitiendo un hecho) o por voluntad conjunta (negocio procesal) desapoderan al tribunal de los medios de convicción sobre un hecho, positivo o negativo, que el tribunal tiene que aceptar, conforme a la voluntad expresada, es claro que un sinnúmero de relaciones jurídicas o actos tienen, en el derecho privado —y aún en otras áreas jurídicas extrapenales—, fijado en la ley el modo de ser verificados, se trate de formas *ad probationem* o *al solemnitatem*.

Sin embargo, la regla no es absoluta y sólo constituye un principio orientador de las decisiones sobre prueba (admisibilidad y producción).

25 En el Derecho argentino, también en el italiano, ambos temas han sido tratados, regularmente, partiendo de su formulación positiva, como regla, según se desarrolla en el texto, para luego indicar las excepciones: cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.^a parte, Cap. VIII, p. 341 y ss., y t. II, Cap. V, III, N.º 5, p. 198; FLORIÁN, Eugenio, *Elementos*, ct. 70, pp. 314 y ss. y 75, p. 331 y ss.

En el Derecho alemán, a pesar de que, en materia de principios procesales penales, nadie deja de exponer el *de libre convicción* sin duda histórico, el tema se trata, en profundidad desde su costado negativo o desde las excepciones: *Beweiserhebungsverbot* y *Beweisverwertungsverbot*, ambos formando parte del tema general denominado *Beweisverbote*, cfr. por todos, ROXIN, Claus, *Trafverfahrnesrecht*, 15, C., p. 77 y ss. y 24, d, p. 140 y ss.

Para el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, cfr. HONIG, Richard M., *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozes*, Ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1967.

Todo el tema es todavía, lo suficientemente confuso y discutido como para no haber alcanzado cierta terminología y categorías dogmáticas universales.

26 Cfr. FLORIÁN, Eugenio, *Elementos*, cit., 70, p. 314; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, N.º 12, p. 24.

Existen, aun en materia penal, serias limitaciones a la prueba de la verdad. Estas restricciones, también llamadas prohibiciones probatorias, sobre todo en el Derecho Procesal Penal alemán (*Beweisverbote* o, más específicamente, *Beweiserhebungsverbote*), se pueden clasificar según su alcance:

1. Las más importantes, conforme a la seria restricción que imponen (*absoluta*) son las referidas al *objeto de prueba*. Ellas impiden que un determinado tema se convierta en objeto de prueba, esto es, en objeto de averiguación. Por esa misma razón, son las más escasas. En materia penal, estrictamente, el Derecho argentino sólo conoce el impedimento general —salvo las excepciones previstas— de la *prueba de la verdad* para el delito de injuria (CP, 111)²⁷. Por ciertas reglas del Derecho común, imponen también restricciones a la prueba de un hecho en el Derecho Penal: prohibición de probar la filiación adulterina (CC, 326; ley 14.367, 3, I)²⁸.

Ya observando el objeto de la prueba en un procedimiento concreto, para ser admitido, él debe reunir la doble condición de ser *pertinente y útil*. Pertinente es la cualidad de referirse, directa o indirectamente, al objeto del procedimiento. Útil es la cualidad de ser idóneo para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar. Estas determinaciones, sin embargo, no representan limitaciones probatorias, en el sentido que ahora estudiamos, pues ellas, en su caso, derivan de la limitación del objeto del procedimiento (*supra*, 1, III).

2. Las demás limitaciones sólo son *relativas*, porque el hecho puede ser probado, sólo que por intermedio de medios de prueba determinados por la ley o, en su caso, con ciertos impedimentos relativos a la producción de la prueba, a los órganos de prueba, o a los métodos empleados para indagar la verdad. Ordinariamente según la regla general, cualquier medio de prueba admitido por la ley procesal penal es idóneo para comprobar un hecho o circunstancia. En ocasiones, sin embargo, la ley limita mencionando los únicos medios a utilizar para demostrar determinado hecho o situación. El ejemplo característico, en el Derecho argentino, se refiere al estado

27 Es, sin embargo, dudoso, que esta sea una limitación probatoria pura. La regla aclara, en principio, que no es posible ampararse en la verdad del hecho imputado para injuriar o, lo que es lo mismo, que ofende injustamente quien injuria imputando un hecho o calidad verdadero, y da a conocer las excepciones, que producen el efecto inverso. Sólo la aquiescencia del querollante para que el inmutado pruebe la verdad, pone en tela de juicio esta conclusión; en este caso se puede observar también una renuncia condicionada a la persecución penal o, cuando menos, a la sentencia condenatoria, a pesar de la existencia de la ofensa.

28 ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, p. 141/2, menciona, para el Derecho alemán, el caso de los secretos estatales u oficiales, cuando no existe la expresión de permiso por el órgano competente (BBG, pp. 61 y ss.).

civil de las personas, por ejemplo, al matrimonio, ue sólo puede ser probado, en principio, por el acta labrada por el Jefe de Oficina del Registro Civil o por su testimonio auténtico (Ley de Matrimonio Civil, N.º 2393, 96, para los matrimonios celebrados en la República Argentina); la ley limita la prueba del matrimonio a una prueba documental específica.

Existe controversia acerca de sí, en Derecho Penal, rigen todas las limitaciones probatorias del Derecho Privado; la mayoría de opiniones niega tal posibilidad²⁹. La solución contraria indicaría que, con referencia entre el Derecho Penal y el privado; más allá aun, que para todo el orden jurídico la formulación dogmática es idéntica.

La controversia, sin embargo, ha sido sobrevalorada. La mayoría de las veces no interesa al Derecho Penal un instituto particular del Derecho Civil, por cercano que aparezca al elemento que utiliza la norma del Derecho Penal para describir, sino que, antes bien, ambas regulaciones toman en cuenta, como núcleo central de su descripción, una misma situación o acto, que, por lo tanto, interesa a ambos para definir consecuencias distintas, acompañados de otros elementos diferentes. El acuerdo de voluntades para reglar un negocio jurídico es la base del *contrato* en materia civil; según la naturaleza o entidad del contrato, el Derecho Civil exige cierta seriedad probatoria (CC, 1191; por ejemplo, principio de prueba por escrito, CC, 1103); para el Derecho Penal también puede ser importante un acuerdo de voluntades, hecho que puede probarse por cualquier medio de prueba, sin las exigencias del Derecho Civil para el contrato y sus consecuencias jurídicas; piénsese, por ejemplo, en la *apropiación indebida*, y en el acuerdo de voluntades como mandato de entrega a otro de una cosa.

A este capítulo pertenece también el problema acerca de la *taxatividad* de los medios de prueba aceptados y regulados por la ley procesal penal. El tema es, también, objeto de disputa: unos afirman la clausura y otros la niegan³⁰. La discusión parece haber conducido a límites extremos las diferentes soluciones, sin razón aparente. La ley procesal regula la forma según la cual se debe incorporar al procedimiento un elemento de prueba para ser valorado en una decisión determinada: de allí que establezca diversos medios de prueba, conforme a las diferentes maneras según las cuales se puede

29 Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, N.º 12, c. 3, C. p. 28 y ss.; MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. SENTÍS MELENDO-Ayerra Redin), Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, t. III. N.º 297 ter. I, p. 215.

30 Cfr. opiniones contrarias en la doctrina italiana: FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, 12, N.º 84, p. 223; LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. Santiago SENTÍS MELENDO), Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1963, t. II, Cap. V, N.º 5, p. 175 y ss.

adquirir el conocimiento (información personal, testigo o perito, documental o por comprobación inmediata), medios que, por lo demás, agotan toda posibilidad de transmisión del nacimiento. De la misma ley emergen los requisitos que un elemento de prueba debe reunir para poder fundar en él una decisión determinada. En general, para la sentencia (fallo sobre la culpabilidad y sobre la pena), debe cumplirse estrictamente con las formalidades expuestas en la ley para incorporar un medio de prueba —no sólo en el capítulo referido a los medios de prueba, sino, también, en el procedimiento que le sirve de base— conforme al carácter formal del procedimiento que la precede y autoriza. Otras decisiones intermedias o sobre temas que no impliquen decidir la cuestión penal (por ejemplo, cuestiones procesales, el encarcelamiento preventivo o el procesamiento) exigen requisitos de incorporación menores o carecen de requisitos formales³¹.

El Proyecto CPP para la Nación, 254, elimina una serie de formalidades para la incorporación de elementos probatorios durante la instrucción (procedimiento preparatorio); incluso no es necesario el juramento de los testigos (Pr. CPP, 179).

Por lo demás, este Proyecto elimina la regla de *taxatividad* en su art. 148, IV, pues permite otros medios de prueba distintos a los regulados «siempre que no supriman las facultades y garantías de las personas reglamentadas ente Código o afecten el sistema institucional», prescribiendo su incorporación analógica. En este sentido tiene razón José I. CAFFERATA, cuando define el problema según la regulación legal, en su caso, el CPP Córdoba, para cuya interpretación es necesario acudir a varios preceptos³². Sin embargo, una visión de conjunto indica que ni el Proyecto citado, ni el CPP Córdoba, se adhieren a una flexibilización de las formas debidas para la incorporación de la prueba sobre la cuestión de la culpabilidad o de la pena a valorar en la sentencia.

3. La ley también introduce limitaciones relativas a los órganos de prueba, pues, atendiendo a valores políticos superiores en rango al descubrimiento de la verdad, elimina como informantes a algunas personas. Clásicos, en este sentido, son la exclusión del deber de testimoniar o peritar para algunas personas o, simplemente, el permiso para abstenerse de declarar, debido a la influencia del deber de guardar secreto o al parentesco con el imputado. La ley excluye también a ciertos peritos del dictamen pericial, por temor de parcialidad fundado en motivos similares a aquellos

31 Desde antaño la doctrina alemana ha dividido entre *prueba extricta* (Strengbeweis) y *prueba libre* (Freibeweis), aunque el trabajo teórico no ha arrojado hasta hoy resultados satisfactorios; cfr. ROXIN, Claus *Strafverfahrensrecht*, 24, B, p. 139 y ss.

32 *La prueba en el proceso penal*, N.º 12, c. 2, B, p. 26 y ss.

por los cuales un juez o funcionario es sospechoso de parcialidad; empero, en la peritanción, el alcance de la limitación es menor, por el carácter fungible del perito. En cambio, la regla que impide obligar al imputado a declarar, facultándolo a abstenerse de brindar información en el procedimiento, y la que, consecuente con ello, prohíbe coaccionarlo, significan una seria limitación a la búsqueda de la verdad. Excluir ciertos órganos de prueba, que pueden proporcionar información en el procedimiento, es prescindir de una de las posibilidades de averiguar la verdad. Con todo, la restricción es, también meramente *relativa*, en el sentido indicado, pues el hecho, circunstancia o elemento es determinable por otros medios u órganos de prueba.

4. Son importantes, también, las limitaciones que se, refieren a los *métodos* utilizarles para la búsqueda de la verdad, especialmente aquellas referidas al uso de la coacción, de la fuerza o la violencia. Tales limitaciones provienen, principalmente del respeto por la dignidad del ser humano individual, propio de un Estado de Derecho. Ellas determinan, por ejemplo, que los órganos de prueba (personas trasmisoras de conocimiento) sean en última instancia, vehículos voluntarios de la incorporación de datos al procedimiento, pues no es posible obtener su versión por métodos coativos o que supriman la expresión libre y consciente de su voluntad. La expresión más fuerte de esta clausura se refiere al imputado como órgano de prueba, pues, según anticipamos, la ley le concede, por así decirlo, un *derecho al silencio*, que no puede ser conculcado por el empleo de la coacción (CN, 18)³³; tampoco puede utilizarse la coacción, ni otros métodos que coarten la libre expresión de su voluntad, en el momento de la declaración. Para testigos y peritos la misma protección es más débil, pues el deber de informar la verdad está impuesto por la ley, inclusive bajo la amenaza de una sanción penal para su inobservancia, pero igualmente eficaz, porque no puede emplearse ningún método coactivo o que coarte la libre expresión de su voluntad, ya para lograr su declaración, ya durante ella, de modo tal que su voluntad rige el acto de transmisión del conocimiento; la única coacción posible, amenazada, como advertencia durante, su declaración, o aplicada después de ella si callare o mintiere, total o parcialmente, es la pena estatal.

A ello se agrega una serie de limitaciones formales relativas a la protección de la intimidad, la vida privada, la salud e, incluso, la propiedad particular, bienes que, a pesar de que pueden ser agredidos en la búsqueda de la verdad, tal injerencia sólo está permitida bajo condiciones formales rigurosas.

33 Cfr. «Pacto internacional de Derecho Civiles y políticos», O.N.U., Asamblea General, res. 2200 (XXI), 16-12-1966, 3, g.; «Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica)», 22-11-1969, 8, g.; OPP, República Federal de Alemania, § 136, a.

No es necesario aquí una descripción exhaustiva. Piénsese en la protección del domicilio; mediante la regulación de las condiciones del *allanamiento de morada*; en la protección del secreto de las comunicaciones con otras personas, mediante la regulación de las condiciones para *interceptar y abrir* la correspondencia (comprendidas las comunicaciones escritas por medio modernos) o las comunicaciones telefónicas o inalámbricas, o mediante el deber impuesto por la propia ley penal de *guardar el secreto*, según ciertas relaciones de confianza; en la protección de la integridad física e intelectual, mediante reglas que impiden la *investigación o examen corporal o mental*, cuando para ello se arriesgue un daño en la salud; en la protección del pudor, por intermedio de la reglamentación *del examen corporal* en la protección de la propiedad, mediante las reglas que reglamentan el *secuestro*.

Todas estas limitaciones, como recorte de las posibilidades de investigar un hecho, advierten claramente acerca de que la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto para el procedimiento penal, sino, antes bien, un ideal genérico a alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento — en especial: la protección de la dignidad individual y los valores reconocidos a la persona—, y que, en ocasiones, retrocede frente a valores que, para el orden jurídico, resultan superiores en rango. Lo importante es advertir que un procedimiento concreto alcanza su meta con la decisión sobre el conflicto, y es perfectamente válido, aun cuando no haya alcanzado el ideal de proporcionar un conocimiento suficiente acerca de la verdad real, material o histórica objetiva. Inclusive, según veremos, el orden jurídico proporciona, para ese caso, un criterio de solución³⁴.

III. *Libre convicción como método de valoración de la prueba*. 1. Así como el Derecho Penal no somete a los hechos, circunstancias o elementos de importancia para sus figuras jurídicas, por tanto, que necesitan ser averiguados en el procedimiento, a modos de prueba específicos, tolerando, en principio, cualquier vía para alcanzar la convicción, cualquier forma de conocimiento, de la misma manera el Derecho Procesal Penal, si trabaja, en armonía con él, no puede exigir, en el momento de valorar la prueba, condiciones especiales, positivas o negativas, para alcanzar la convicción sobre esos elementos. *Libre convicción* significa, entonces, en primer lugar, *ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria*, que transformen a la decisión o al dictamen en una operación jurídica consistente en verificar las condiciones establecidas por, la ley para afirmar o negar un hecho.

34 Cfr. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, p. 2 y ss. y § 24, D, II, p. 142, quien parafrasea una sentencia de la Corte Suprema de la República Federal de Alemania (BGH St. 14, 358, 365): «No es un principio de la ordenanza procesal penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio».

La historia de los métodos de valoración de la prueba es, prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal, encarada desde un aspecto parcial del objeto de su regulación. El llamado sistema de la *intima convicción*, acompañada, al enjuiciamiento acusatorio puro, con sus tribunales populares o, modernamente, con el jurado clásico: la definición legal de la ley francesa de 1791, inmediatamente posterior a la Revolución, que introdujo el jurado, es la mejor caracterización posible: «La ley no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción; ella no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de la defensa. La ley no les dice nada: 'vosotros tendríais por verdadero todo hecho atestado por tal cantidad de testigos, o vosotros no veréis como suficientemente firme toda prueba que no esté con formada por tantos testigos o por tantos indicios'; ella no hace más que esta sola pregunta, que encierra toda la medida de vuestro deber: '¿tenéis, vosotros una íntima convicción?'»

El llamado sistema de *prueba legal* es propio de la Inquisición y sus tribunales integrados por jueces permanentes, técnicos, burócratas estatales. Su caracterización es, precisamente. La inversa de la anterior descripción, tanto es así que la regla legal transcrita utiliza sus ejemplos: la ley regula, minuciosamente, las condiciones, positivas o negativas, que se deben reunir para alcanzar cierta convicción (número de testigos; condiciones de idoneidad de los testigos, cantidad de indicios, forma de probarlos, formas de la confesión y su efecto, etc.), con lo cual determina la decisión sobre la reconstrucción del hecho, transformada así en una operación jurídica.

La *libre convicción* del juzgador vino a reemplazar al sistema de prueba legal, luego del regreso de la *intima convicción*, propio de la abolición de la Inquisición, en aquellos países que, tarde o temprano, establecieron el escabinado (jueces permanentes y accidentales en un único colegio sentenciador) o, lisa y llanamente, tribunales integrados por jueces permanentes³⁵.

Sin embargo, la ausencia, de reglas condicionantes de la convicción, similares a las del llamado sistema de prueba legal, no significa carencia absoluta de reglas. La *libre convicción* exige la *fundamentación* o *motivación* de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que se tuvieron en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica

35 Historia y bibliografía en WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Cap. 2, pp. y ss.

(exigencia externa)³⁶. Exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea *racional*, lo que implica demandar que respete las *leyes del pensamiento* (lógicas) y *de la experiencia* (leyes de la ciencia natural), y que sea *completa*, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se *baste a sí misma*, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna). Precisamente esas exigencias están íntimamente ligadas al control de la sentencia por la vía de la casación y a los límites de ese control³⁷. Es también por estas exigencias que el método valorativo se conozca con el nombre de *sana crítica o crítica racional*³⁸.

Los diferentes problemas que plantean estas exigencias demandan una monografía particular y no pueden ser tratados aquí; basta; para nuestro propósito actual, con su enunciación y la remisión bibliográfica. La problemática abarca desde la descripción de la medida de la convicción del juzgador (certeza-probabilidad preponderante) en la sentencia de condena, los criterios jurídicos que permiten sentenciar en caso contrario, la determinación de las leyes lógicas y naturales, como marco dentro del cual funciona la libertad de convicción, y las fronteras del control en casación, cuando se respeta la idea de que sólo el juez de los hechos, que ha seguido un procedimiento apto (inmediación, oralidad, publicidad) para descubrir la verdad, en lo posible, es el destinatario final del método de la sana crítica.

Estas reglas que rigen la libre convicción no significan, sin embargo, atar la convicción de quien valora a *standards* legales que determinan la solución fáctica del caso —como en el sistema de prueba legal—, según resulta autoevidente, sino, por lo contrario, sólo implican marcar, una diferencia con el método de la íntima convicción, en tanto se exige una explicación racional de las razones por las que se arribó a la solución expuesta. Es por ello que, con acierto, se ha ubicado a la libre convicción, en tren de aproximación a su estudio, entre dos polos, el sistema de prueba legal y el de la íntima convicción, marcándose sus diferencias con ambos³⁹.

36 *Ibidem*, § 5, II, 3, p. 71 y ss.; CAFFERATA NORÉS, José I., *La prueba en el proceso penal*, N.º 14, c, p. 42.

37 Cfr. WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Cap. 5, § 14, p. 316 y ss.; DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación*, Ed. Víctor P. de Zevalía, Buenos Aires, 1968, N.ºs 57 y ss. p. 160 y ss.; ROMERO, Francisco y Eugenio PUCIARELLI, *Lógica*, Cap. II p. 27 y ss.; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecha*, 15, C, II, 2 a. p. 80.

38 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 361.

39 Cfr. WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, p. 2.

2. Si se ha traído a colación a la libre convicción, como método de valoración de la prueba, en este contexto, es porque se piensa que él favorece la determinación de la verdad⁴⁰. En especial, ello se afirma en comparación con la apreciación de la prueba según reglas jurídicas abstractas y generales (prueba legal), cuya aplicación determina la convicción judicial, pues, se sostiene, su resultado no es satisfactorio en el caso concreto.

En verdad, son varios los factores que entran en juego para afirmar esa conclusión. La extrema formalización de la apreciación de la prueba, predefinida *ex ante* por el legislador, en que consiste el sistema de prueba legal, no coincide, necesariamente, con la realidad del caso concreto. Sin duda, las reglas que fijan la solución según la cantidad y calidad de los elementos de prueba incorporados al procedimiento, no son, por necesidad, irracionales; repárese, por ejemplo, en la que exige dos testigos hábiles (intachables e idóneos) para expresar *prueba plena* (certeza) y en la que, consecuentemente, indica la existencia, de *prueba semiplena* cuando sólo se cuenta con un testigo (*unus testis, nullus testis*), o en la que prevé que la confesión del imputado, según ciertas condiciones prueba plenamente su participación en el hecho. Lo que se percibe en el caso —según lo anticipamos— es que las reglas probatorias, en verdad, agregan elementos desconocidos para las normas del Derecho Penal, de manera tal que sujetan la definición penal, en fin el fallo penal declarativo, a ciertas condiciones probatorias, íntimamente vinculadas con la definición. Esto no sería, por sí, mismo, reprochable jurídicamente, puesto que, de todos modos, aun en el sistema de libre convicción existen reglas probatorias que, por lo menos, impidan valorar ciertos elementos de prueba (las llamadas prohibiciones —de valoración— probatorias), siempre que el mecanismo no produzca, por la forma y contenido de sus reglas, un conflicto insostenible, que desnaturalice la norma de deber del Derecho Penal, y siempre que responda a una necesidad requerida por el propio orden jurídico⁴¹. Las reglas probatorias de un sistema de prueba legal, tal como son concebidas, como condiciones para la declaración de un elemento definitorio del hecho punible, producen, precisamente, ese efecto: homicidio ya no sería, desde el punto de vista de la actuación concreta de la norma que prohíbe matar, el dar muerte a otro, sino el darle muerte en presencia de dos testigos, o bien de forma tal que se acredite por prueba directa, el cuerpo del

40 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. III, Cap. V. § III, 7, p. 199 y ss.

41 No se concebiría, en el Derecho privado, que cuando la ley civil admite cualquier tipo de prueba el Derecho Procesal Civil fije una regla contraria, por ejemplo, el instrumento público; y viceversa, cuando la ley material fija un medio de prueba, el instrumento público que la ley procesal admita otro (dos testigos para probar el matrimonio).

delito y confiese, el imputado, etc.; y así se puede proceder con cualquier regla penal, inclusive con aquéllas que excluyen la punibilidad, *v. gr.*, la legítima defensa, el estado de necesidad, en cualquiera de sus formas, el error, las excusas absolutorias, etc.

Las reglas de valoración del sistema de prueba legal, aun concebidas racionalmente, siempre estuvieron ligadas a poderes amplios para averiguar la verdad, prácticamente ilimitados; cualquier método era apto, durante el procedimiento, para arribar a la consecución de ese fin: tormento y tortura a testigos e imputados eran, por entonces, moneda corriente. Como contrapartida de esos poderes del inquisidor y como forma de control de la corrección de su conclusión, el sistema le pedía la reunión de un número de elementos de prueba establecido en la ley para determinar como cierto un hecho, fijando, de esa manera, condiciones para la declaración judicial. La verdad no era, entonces, un proceso psicológico de quien juzgaba, sino, antes bien, el producto de operar *standards* normativos. El método, según se observa, es inaplicable actualmente, en un sistema cargado de *prohibiciones probatorias*, conforme a la protección de la dignidad humana. El resultado actual de la aplicación del sistema de prueba legal, supuestas las limitaciones a la producción y valoración de prueba, sólo puede ser la imposibilidad práctica —en una medida intolerable— de declarar un hecho como cierto (también como probable).

Las reglas de prueba legal, como normas genéricas y abstractas que se aplican a realidades concretas futuras, multiplican geométricamente el vacío ontológico que existe, entre los conceptos y la realidad fáctica (las cosas singulares y los hechos concretos): aquéllas, necesariamente esquemáticas y, por ende, estrechas, y ésta plena de matices y elementos infinitos. La rigidez y el formalismo extremo que las reglas de prueba legal imponen a la convicción humana se pagan, ordinariamente, en moneda de incerteza o, mejor dicho, se traducen, en la imposibilidad de declarar, jurídicamente, la convicción de certeza o de probabilidad que quien valora adquiere a través de los elementos de prueba concretos del caso.

Por último, juegan también, combinadamente las reglas de procedimiento fundamentalmente distintas, que presiden la labor de quienes operan con uno u otro sistema. La confianza que se deposita en quien juzga según el sistema de libre convicción tiene su razón de ser en el método que se aplica para que conozca la verdad y declare su convicción. Los elementos de prueba que existen le son mostrados directamente —pasan ante él sin más intermediación que la natural— en un juicio oral y público, y su reconstrucción debe ser mostrada como racional, a través de la explicación razonada de los motivos de su decisión. Quienes aplicaron el sistema de prueba legal, en cambio, procedían según registros (actas; que otros labraban, a través de una delegación o intermediación —en ocasiones enorme— que les impedía recibir la información directamente y valorarla inmediatamente.

3. Según advertirnos, la libre convicción, como método para valorar la prueba y determinar la solución del caso, conforme a la verdad material, no está exenta de límites expresados en reglas que, de alguna manera, coinciden con el ideal de alcanzar la verdad e impiden determinarla a todo trance.

Se trata de limitaciones respecto de la apreciación de la prueba, que, de la misma manera que aquéllas referidas a la producción de la prueba, restringen las posibilidades de información, ahora en miras a los medios de prueba ya producidos y a los elementos de prueba ya incorporados al procedimiento. Desde el punto de vista jurídico, estas reglas marcan el área legítima de los medios de conocimiento, estableciendo cuáles elementos de prueba son valorables (admisibles para ser apreciados) y cuáles no lo son (inadmisibles). La doctrina conoce el tema bajo el nombre de *prohibiciones a la valoración, de la prueba*, cuya problemática—aquí imposible de abarcar detalladamente— plantea, sin duda, cuestiones difíciles de resolver en torno de su definición: casos comprendidos y alcance de la limitación. Quizás los casos más sencillos de incluir son aquellos que se relacionan con el *status* jurídico del imputado en el procedimiento penal y, en general, con los derechos y garantías fundamentales de la persona humana (v. // 6, G); pero ellos mismos plantean el problema genérico relativo al alcance de estas limitaciones, aquél que deriva de conocer si la limitación rige para la inobservancia directa de una regla de esta naturaleza (no valorar la confesión bajo tormento del imputado) o incluye, también la utilización indirecta de medios de prueba prohibidos (no valorar el secuestro del objeto del delito, correctamente llevado a cabo, al que ese arribó por la confesión coacta del imputado), tema que la doctrina ha tratado, por influencia de la jurisprudencia norteamericana, bajo el nombre de «los frutos del árbol envenenado», hasta ahora con escaso poder de definición y sin un acuerdo mayoritario que permita establecer reglas relativamente fijas de aplicación⁴²

42 Cfr., sobre esta problemática, BELING, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, Nachdruck 1968 (de *Strafrechtliche Abhandlungen*, I Heft 46, Breslau, 1903); DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozess*, Ed. C. Heymann, Köln - Berlin-Bonn-München, 1977; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht* (20.ª ed.), Ed. C.H. Beck, München, 1987, § 24, D, III y IV, p. 142 y ss.; IONIG, Richard M., *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozess*, IV, p. 42 y ss.; nuestra bibliografía y jurisprudencia es aún escasa sobre el tema; DE LA RÚA, Fernando, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, I, Buenos Aires, 1982-d, p. 225 y ss.; CAFFERATA NORES, José L., «Los frutos del árbol envenenado», en *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 491 y s.; MAIER, Julio B. J., «Inviolabilidad de domicilio», en *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 59 y ss. Cfr., en la jurisprudencia los fallos mencionados en mi artículo anterior, y el fallo del TSJ Córdoba. Sala Penal 31-7-1987, en J.A., 17.2.1988, p. 45, MORÁN, Rubén E. y otros.

El tema de las *prohibiciones probatorias* —en verdad, limitaciones probatorias, porque no se trata de normas de deber, aunque algunas de ellas puedan estar apoyadas por prohibiciones o mandatos bajo amenazas de sanción (torturar para obtener la confesión, por ejemplo), sino de la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, medio, órgano: o método de prueba (norma potestativa)—abarca tanto las llamadas *prohibiciones referidas a la producción de la prueba*, como las *prohibiciones referidas a la valoración de la prueba*. A pesar de la íntima relación entre las dos categorías, no se debe suponer que toda prohibición referida a la producción de la prueba conduce, necesariamente, a una prohibición referida a la valoración de la prueba; la suposición inversa también parece incorrecta, aunque no aparezca como interesante para investigar. Tal conclusión es aceptada por la doctrina jurídica, en general, pero su desarrollo no ha conseguido fijar criterios firmes, según ya lo adelantamos. Desde el punto de vista de la valoración probatoria el tema es extremadamente dificultoso, porque se presenta, en la mayoría de los casos, como la renuncia a la verdad ya establecida.

Estas limitaciones demuestran, una vez más, que el *principio de la verdad material o real*, aquí estudiado, no es más que un fantasma que, en forma de *ideal*, recorre todo el procedimiento penal, pero que, sin embargo, cede continuamente ante valores superiores establecidos por el orden jurídico. Con otras palabras, invirtiendo la posición de quien explica, se trata de un principio del procedimiento penal, que carece de la generalidad suficiente para presentarlo como absoluto o preponderante y sólo permite la calificación de relativo. Así resulta no sólo por su significado, culturalmente condicionado, sino, antes bien, porque aun dentro del significado convencional actual, las reglas del procedimiento renuncian al ideal fijado en múltiples ocasiones.

IV. *Comunidad o adquisición procesal de la prueba*. El principio se define estableciendo que, cuando un elemento de prueba se incorpora al procedimiento, tornando cierto o probable, positiva o negativamente, un hecho o circunstancia determinados, se desvincula por completo del sujeto que ofreció su producción y del interés concreto que condujo a su incorporación.

De tal manera, si el ~~acusado~~ ofreció la producción de un medio de prueba para avalar el cargo contra el imputado, y su resultado concreto consistió en un elemento de prueba de descargo (testigo que informa sobre la muerte de la víctima a manos del imputado, aunque defendiéndose de la agresión inicial de la víctima), y viceversa, el conocimiento concreto puede ser utilizado en la decisión del tribunal (también en las conclusiones de los intervinientes) con independencia total del interés que condujo a su incorporación al procedimiento.

El principio no se comprende pensando tan sólo en el ideal de establecer la verdad, sino que se torna autoevidente frente a la determinación del

destinatario del conocimiento que proporciona la prueba. La respuesta a esta pregunta sólo puede indicar como destinatarios a todos los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento defendiendo un interés legítimo, pues cualquiera de ellos está habilitado a fundar su dictamen (pretensión) o su decisión en el resultado de los medios de prueba incorporados, con prescindencia del interés que provocó su incorporación. Ello determina que el conocimiento adquirido es «propiedad» común de todos aquellos que intervienen en el procedimiento, o, si se quiere, que no es «propiedad» particular de nadie⁴³. Pero aun si se concibe la respuesta indicando al tribunal como único destinatario de la prueba (*judicifit probatio*), la consecuencia que se obtiene es la misma, pues es claro que el resultado de la prueba no pertenece al interés que provocó la realización del medio de prueba, ni siquiera al tribunal que ordenó, de oficio su realización, lo que emerge de su deber genérico por averiguar objetivamente la verdad. Esta es la razón por la que el principio es también aceptado, por lo general, en todo procedimiento judicial, inclusive en el civil, a pesar de la vigencia en él; del principio dispositivo⁴⁴.

La dirección del destino de la prueba se confirma positivamente cuando se enuncia el sistema de libre convicción como la necesidad de que el tribunal funde su decisión apreciando la prueba recibida según su libre convicción, *extraída de la totalidad del debate*⁴⁵. La positivización del destino de la prueba alcanza no sólo al tribunal, sino que, también señala como destinatarios a todos los intervinientes, pues se trata de una regla de referencia que les indica a ellos cómo y en cuáles elementos deben fundar sus pretensiones finales, para poder influir en la decisión.

La principal derivación práctica del principio consiste en imposibilitar la renuncia unilateral de quien ofreció el medio de prueba. Ante la afirmación del principio se comprende por sí mismo que la renuncia resulte absolutamente imposible una vez realizado el medio de prueba e incorporado, por lo tanto, su resultado al procedimiento. Pero, al menos para el procedimiento penal, rige también la regla que impide la renuncia, unilateral en un momento anterior: cuando el medio de prueba ha sido ofrecido y admitido por el tribunal, caso en el cual sólo el acuerdo de todos los intervinientes y del tribunal puede evitar la práctica del medio de prueba.

43 Cfr. FLORIÁN, Eugenio, *Elementos*, cit. § 72, p. 320.

44 Cfr. FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, N.º 112, p. 272; PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. I, N.º 35, p. 280.

45 OPP, § 261; Pr. CPP Nacional, 321, I.

La OPP de la República Federal de Alemania, // 245, fija, positivamente, esta regla. Ordinariamente, los códigos comprenden al principio como autoevidente, sin aclararlo positivamente, pero sin otorgar a los intervinientes ninguna facultad de renunciar a la prueba ofrecida. Proceden, en cambio, a indicar la excepción, como sucede en el párrafo citado de la legislación alemana. Una excepción menor se incluye en los códigos argentinos modernos: la facultad del tribunal de prescindir de la citación y declaración de los testigos en el debate, reemplazando esa declaración por la lectura de las prestadas durante la instrucción, cuando existe conformidad de parte de todos los intervinientes (CPP Córdoba, 401, inc. 1; CPP Mendoza, 424, inc. 1; CPP Santiago del Estero, 340, inc. 1; CPP La Rioja, 423; CPP Catamarca, 348, inc. 1; CPP Salta, 420 inc. 1; CPP La Pampa 360, inc. 1; CPP Corrientes, 414, inc. 1; CPP Entre Ríos 308, inc. 1; CPP Jujuy, 387, inc. 1; CPP Chaco, 371, inc. 1; CPP Santa Fe, 470, inc. 1).

No significa una excepción a la regla la previsión del CPP Nacional, 467, pues ella sólo se refiere, a la posibilidad, anticipada, de que los intervinientes indiquen que no ofrecerán prueba a realizar en el plenario admitiendo que el tribunal falle sobre la base de los elementos de prueba incorporados durante la instrucción; según su vetusto sistema. Empero, la facultad es suficientemente indicativa el atraso cultural de se Código.

3. Las formas procesales auxiliares

Hoy ya no cabe la menor duda de que la mejor forma de presentar el conflicto social, para conocerlo y comprenderlo, es reproducirlo, a tenor de los rastros que él ha dejado (testigos, peritos, documentos, señas materiales, víctima, imputado, etc.), en una audiencia a la que asistan todos los interesados en su solución (*inmediación*) y en la que ellos (sujetos procesales que deben conocer la verdad) y las personas que proporcionan datos e informaciones se comuniquen a través de la palabra hablada (*oralidacts*)⁴⁶. Conviene reproducir a HASSEMER para comprender, sintéticamente, la otra alternativa.

«El proceso inquisitivo pretendió obtener (sin conseguirlo) los fines probatorios y de aseguramiento con el principio *Quod non est in actis, non est in mundo*. Fracasó al incurrir en el error de creer que un proceso, una escena, puede ser plasmada en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real. El proceso penal escenificado

46 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Francisco Muñoz Conde), Ed. Bosch, Barcelona, 1984, § 16, III, 6, p. 192 y ss.

conforme a los principios de oralidad e intermediación ha aprendido del mencionado error y es consciente de los riesgos que corre la comprensión escénica, ¿Podrá superarlos con éxito?⁴⁷. Quizás convendría agregar que la razón de ser del registro de los actos, del procedimiento escrito, durante la Inquisición, no era sólo producto de la presentación de establecer un mejor método para transmitir conocimiento, al menos no en primer lugar, sino, antes bien, consecuencia necesaria de la organización judicial y de la ideología política que presidía la administración de justicia penal: en efecto, la organización judicial vertical (ejercicio por delegación), producto de la concentración del poder, estatal o eclesiástico (soberanía), en una única mano (el monarca o el Papa) y la concepción del Derecho Penal como método de control social de un Estado absoluto, desembocaban en la necesidad de documentar los actos como un imperativo del control soberano, imposible de ejercer directa e inmediatamente en todos los casos».

La doctrina ha ligado, tradicionalmente, esta forma de escenificar la reproducción del conflicto, a la que regresó, modernamente, la teoría política iluminista y el Derecho positivo europeo continental después de la gran reforma del siglo XIX, con el principio de la verdad real o material⁴⁸. También ha desarrollado estos principios sobre la base de sus consecuencias necesarias: la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia que incorpora el conocimiento para la discusión y decisión del caso (*intermediación*), la expresión oral de los actos (*oralidad*) la falta de interrupción de la audiencia del debate (*continuidad*) y la realización en ella de todos los actos necesarios para concluir (*concentración*), y, por último, la imposición de que los únicos actos idóneos para fundar la sentencia son aquellos incorporados en el debate y de que los únicos jueces habilitados para emitir el fallo son aquellos que presenciaron íntegramente la audiencia (*identidad física del juzgador*)⁴⁹.

Se agrega, además, la *publicidad* de la audiencia. Ella deriva, prioritariamente, del control popular necesario en un régimen político que reconozca la soberanía del pueblo y reclama, para ello, la transparencia de la información sobre los actos mediante los cuales se administra justicia, aspecto que involucra no sólo la posibilidad de presenciarlos, sino, también, la de comprenderlos. Se explica por sí mismo que ello se vincula estre-

47 *Ibidem*, p. 194.

48 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t II, Cap. V, § II, 2. p. 186 y ss.; Walter, Gerhard (*Freie Beweiswürdigung*, § 15, p. 329 y ss.

49 V § 5, F. Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *ibidem*; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, § 16 y 85 y ss.

chamente con el método natural que se utiliza para escenificar el conflicto y con la base de conocimiento obligatoria para solucionar el caso. Empero, si en el tema del auxilio para lograr la verdad se recurre al principio, la razón sólo se encuentra, secundariamente, en la seriedad, no exenta de cierto protocolo ceremonial, que la publicidad le concede al debate. En efecto, ella dificulta toda ligereza en la que pueden incurrir quienes participan en él, somete a control a los mismos órganos de prueba, quienes pueden hallar entre el público asistente a quien compruebe su mendacidad o la señale, y evita prácticamente toda posibilidad de delegar funciones⁵⁰.

Si bien es cierto que algunos de estos principios formales desconocen excepciones (no tolera ninguna excepción, únicamente, la identidad física del juzgador) de diverso carácter, pero siempre excepciones, conforman todos ellos un núcleo (*unidad del debate y la sentencia*) a partir del cual —y sólo partiendo de él— es posible comprender formalmente el Derecho Procesal Penal actual.

IV. CRITERIO DE SOLUCIÓN DE CASOS INCIERTOS

Hemos repetido que el procedimiento alcanza su finalidad, la de dar solución al caso, a pesar de que los esfuerzos realizados no consigan esclarecer la verdad. Ello, sintéticamente, equivale a expresar que, en todo caso, la decisión final es ineludible, se alcance o no la verdad pretendida, sea correcta o incorrecta la decisión⁵¹. La supresión del *non liquet*, herramienta que posibilitaba remitir el caso a un nuevo tratamiento, pues el que finalizaba no había culminado en forma satisfactoria, es una derivación de la garantía del *nebis in idem* (v. // 6, E).

Es discutible que la afirmación sobre la supresión del *non liquet* rija en toda su extensión, sin excepciones, en el procedimiento penal. Tal sentencia es cierta si la visión del procedimiento penal se reduce al enjuiciamiento y a

50 Cfr. críticamente, WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, § 15, III, p. 344 y ss. el crítica el optimismo, al respecto, de Jeremy BENTHAM (*Theorie des gerichtlichen Beweises*, Berlín, 1938), quien hace 150 años escribía que «La publicidad es la más importante de todas las garantías para los testigos y las decisiones que de ellos dependen... La mentira puede ser usada en un procedimiento secreto, muy difícilmente ella es pública; el testigo teme, si no se trata de un corrupto total, decir una mentira públicamente». «La publicidad tiene además, otra ventaja general: en tanto despierta una mayor participación en este o en cualquier asunto, pueden surgir por ello distintos medios de prueba, que o hubieran aparecido, si el asunto fuere desconocido», pero a pesar de su crítica, el autor no desconoce las ventajas relativas de la publicidad.

51 Cfr. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, p. 2 y ss.

su resultado, el fallo definitivo. Allí la decisión se presenta como un dilema, entre la absolución o la condena del imputado. Pero si, como es normal, comprendemos por procedimiento penal, además del enjuiciamiento, la preparación de la acción pública (instrucción o investigación preparatoria) y los trámites que se cumplen para requerir el enjuiciamiento (procedimiento intermedio), encontraremos excepciones al dilema presentado, en forma de instituciones que, pese a liberar de persecución al imputado, permiten la reapertura de la persecución penal estatal durante un plazo determinado por la ley, si se consigue elementos de prueba que tornen posible una condena, por ende, la solicitud de enjuiciamiento del imputado (acusación). Piénsese en los plazos de prescripción de la persecución penal, que, sin aclaración legal (es decir, sin la previsión de que sólo corren una vez iniciada la persecución penal), se aplican también durante el procedimiento (según emerge de la regla que interrumpe el plazo por acto del procedimiento), lo que conduce a afirmar, por lo menos, que el Estado, mientras no provoque el enjuiciamiento del imputado, acusándolo, puede reservar su persecución penal en busca de mayores elementos de prueba que tornen factible una condena. De allí derivan las instituciones procesales que no poseen fuerza de *cosa juzgada material* (*ne bis in diem*), sino, tan sólo, adquieren fuerza de *cosa juzgada formal*, permitiendo la reapertura de la persecución penal (entre nosotros: el *sobreseimiento provisional* o la *prórroga extraordinaria de la instrucción*).

Sin embargo, se comprende por sí mismo que al menos en la sentencia, no cabe otra solución que decidir el caso, a pesar de la conciencia acerca de que no se conoce la verdad. La pregunta inmediata reza ahora: ¿qué decisión se debe tomar?

La *pena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para cosas en los que se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad. La institución no rige en el Derecho moderno.

Rige precisamente allí, el principio *in dubio pro reo* (v. // 6, C, 2, a), como criterio de solución del caso. El determina que la sentencia de condena tenga como presupuesto la expresión de la *certeza* acerca de todas y cada una de las condiciones para reprochar un hecho punible a una persona determinada; a contrario, fija el criterio que permite dar solución —cierta, si se me permite la travesión idiomática: en verdad, cierta jurídicamente⁵²— a todos los casos de incerteza: ante cualquier otro grado de conocimiento

52 Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, N.ºs 5, 6 y 8, pp. 118 y ss.

sobre la imputación que no sea la certeza, corresponde absolver. El principio, según resulta autoevidente, deriva de considerar inocente al imputado frente a cualquier imputación (presunción de inocencia), mientras el Estado no reúna los elementos necesarios para alcanzar la certeza sobre ella.

El criterio de solución responde a una decisión política. Se pueden concebir otros criterios; por ejemplo, el que impera como regla general del procedimiento civil, según el cual quien afirma un hecho debe encargarse de tornar cierta para el tribunal la hipótesis que incorpora como tal (teoría de la *carga de la prueba*).



UNIDAD III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

- 1) CARO CORIA, Dino Carlos. "La enseñanza de la dogmática como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad", disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_01.p
- 2) NIEVA FENOLL, Jordi. "Los problemas de la oralidad", en: Revista del Ministerio Público do RS, N° 67, Porto Alegre, 2010.

UNIDAD III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

- 1) CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”, disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_01.p

UNIDAD III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

2) NIEVA FENOLL, Jordi. "Los problemas de la oralidad", en: Revista del Ministerio Público do RS, N° 67, Porto Alegre, 2010.

UNIDAD IV: LOS ALEGATOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1) GOLDBERG, Steven. “Qué deberías y no deberías hacer en tu alegato de apertura: Algunos consejos sorprendentes”, en: El mismo. Litigación y defensa en juicio, traducción de Carmen Ruiz, Luso Ediciones, Lima, 2014.

SERIE LITIGACIÓN Y
PROCESO PENAL 1

Steven H. Goldberg

Litigación y Defensa en Juicio

Estudios reunidos

Traducción de
Carmen Elena Ruiz Baltazar

Presentación de
Luis Miguel Reyna Alfaro



LUSO
EDICIONES

Serie Litigación y proceso penal
1

Steven H. Goldberg

Litigación y Defensa en Juicio.
Estudios reunidos

Traducción de
Carmen Elena Ruiz Baltazar

Presentación de
Luis Miguel Reyna Alfaro



LUSO
EDICIONES

**§ 2. Qué deberías y no deberías hacer en
tu Alegato de apertura: Algunos consejos
sorprendentes**

Los litigantes de juicio civiles siempre han promocionado al alegato de apertura como la parte más importante del juicio. Ellos afirman que los jurados, inevitablemente, llegan a una conclusión tentativa acerca del caso al finalizar el alegato de apertura, y que esta conclusión va a influenciar significativamente su decisión final. Los estudios sobre Jurados apoyan esta creencia - los jurados llegan a una conclusión al finalizar el alegato de entrada, el cual es el mismo que el de la decisión final en aproximadamente el ochenta por ciento de los casos. *Kalven & Zeisel, El Jurado Americano, 1966.*

Los Fiscales y abogados penalistas harían bien en considerar la forma en que los abogados de juicios civiles presentan sus alegatos de apertura. Como con cualquier otra etapa del proceso, la primera pregunta a ser contestada cuando se construye un alegato de apertura es: ¿Qué quiero lograr? En los casos civiles la respuesta es casi siempre que cada abogado quiere persuadir a los jurados que su versión del caso es más cercana a lo correcto que la del oponente. Los alegatos de apertura en los casos penales, sin embargo, no suelen parecer que estuvieran contruidos teniendo esa meta en mente. La mayoría puede encajar en dos categorías: (1) largas y detalladas exposiciones sobre la evidencia y el testigo que la produjo, y (2) presentaciones superfluas para cumplir con la lista de "cosas por hacer" en el juicio lo que incluye "dar alegatos de apertura".

"Más allá de la duda razonable" no es de ayuda

La meta del alegato de apertura de hacer que los jurados lleguen a la conclusión tentativa de que la "historia" propuesta

es probablemente más verídica que la del oponente tiene sentido solo si uno cree que en la mayoría de casos penales los jurados naturalmente siguen los estándares civiles, sin importar qué Tribunal y abogado les habla sobre la prueba más allá de la duda razonable.

No es mi intención decir a partir de esta asunción para los casos penales que los jurados conscientemente ignoran “la prueba más allá de la duda razonable”; ni tampoco intento sugerir que ellos no se esfuerzan por aplicar dicho estándar y explicar su decisión en esos términos. Lo que sugiero es que el patrón naturalmente humano que se sigue en el proceso de tomar una decisión es procesar la información y llegar a una conclusión sin una precisa preocupación por un nivel consciente de certeza y que el estándar normal para decidir asuntos de cualquier importancia es “es más probable que no”. El proceso es tan natural y subconsciente que es poco probable ser “desacostumbrado” por los ruegos de los abogados. El estándar del caso penal, por lo tanto, es una guía pobre para construir las partes persuasivas del proceso penal, tanto para la fiscalía como para la defensa.

La “carga de la prueba”, desafortunadamente, dicta la forma de la mayoría de alegatos de apertura. Los fiscales, con los ojos atentos en lo que ellos perciben como una carga, presentan cada dato disponible en el alegato, sin importar cuán poco relacionado se encuentre con algún elemento del crimen o con un posible contraargumento que un bastante creativo abogado pueda sugerir. Las normas de varias jurisdicciones, que fracasan en solicitar suficientes hechos en el alegato como para probar todos los elementos del delito

lo que resulta en una desestimación, contribuyen a esta situación por completo. Concentrarse en muchos arboles de evidencia, no obstante, distrae la mente del fiscal y la atención del jurado del bosque que es el caso. La “carga”, que es usualmente vista como insuperable por la fiscalía, puede ser un tesoro para la defensa. Con la intención de no desperdiciar el regalo, la defensa cree que su alegato de apertura debe empezar creando duda sobre el caso al enfatizar sobre lo que la fiscalía no ha hecho. Esta tendencia a contra atacar y enfatizar lo negativo es exagerado porque la defensa cree que no tiene una historia que contar o porque no quiere revelar su estrategia – un problema desconocido para la exigencia de revelación de información del sistema civil. Los alegatos de apertura de la defensa, por lo tanto, difícilmente le da al jurado algo que considerar y aceptar como posible.

Vender un tema

La importancia de un único tema aplica, igualmente, para los fiscales como para los abogados defensores, aunque éstos deben superar algunas atractivas distracciones para aceptar la premisa.

El alegato de apertura de la fiscalía debe concentrarse en desarrollar un tema que consiga que el jurado quiera condenar en un determinado caso, más que tratar de cubrir todos los puntos básicos y presentar poca o insignificante prueba que será ofrecida en juicio. “Ley y Orden” como idea general es insuficiente. El alegato de apertura de la fiscalía debe atrapar al público y los hechos de un determinado caso deben contener valores que los jurados deseen preservar

en su sociedad: libertad sin miedo, la santidad del hogar, el tesoro de la vida, etc.

El abogado defensor está tentado a esperar y ver qué hace la fiscalía antes de confiar su defensa a alguna teoría. *El Estado tiene toda la carga de la prueba*. Se ha sabido que extrañas e inesperadas cosas han salido mal con los casos del Estado. La defensa, porque el Estado tiene pocas posibilidades de solicitar la revelación de información en el sistema de justicia penal, podría tener un conejo sin sombrero donde esconderlo, si revela su estrategia a la fiscalía en su alegato de apertura. Considerando que ambas posibilidades son ocasionalmente realistas y sabiendo que es raro que exista un juicio "sin defensa", en el cual la defensa no tiene evidencia alguna y ninguna oportunidad de ganar, en la mayoría de los casos la defensa procede bajo el supuesto que debe probar ante el jurado que su versión de la verdad es más verídica que la de la fiscalía.

"Su versión de la verdad" no es algo tan sencillo para la defensa como parece. Ello requiere descartar la ventaja de "más allá de toda duda razonable" del alegato de apertura. Es poco probable que los jurados sean persuadidos por una postura que haya tomado la alternativa de: "Ellos no lo han probado, pero sí lo hicieron, mi cliente estaba loco".

"Ellos no han probado que mi cliente le disparó; pero si le disparó, era porque actuaba en legítima defensa." "Ellos no lo han probado, pero si lo prueban, mi cliente estaba actuando bajo coacción". Aunque nadie se atrevería a decir algo así tan valientemente, incluso una sutil sugerencia de posturas alternativas resultaría dañosa. El abogado que trata

de vender dos ideas al mismo tiempo le roba a cada una un poco de convicción y resulta menos creíble por ese esfuerzo. Incluso la posición de "no defensa" de "él no lo hizo" es, en relación a la persuasión, inconsistente con la aseveración "no lo han probado". Ni siquiera el mejor narrador de cuentos puede contar dos historias al mismo tiempo.

El alegato de apertura es la primera oportunidad que tiene el abogado para vender el único tema del cliente al jurado (el *Voir Dire* o selección del jurado² puede ser un lugar para pistas, pero no es una venta segura). Para tomar una real ventaja de la oportunidad, el alegato de apertura debe tomar la atención de los jurados, mantenerlos interesados, y crear la presunción de que la presentación es "correcta". Nada es más importante para dicha empresa que un primer párrafo enganchador. Si la persuasiva regla de primacía es correcta, si el primero en hablar de un tópico establece la agenda para los demás temas, si la primera impresión crea la perspectiva a partir de la cual el oyente escucha el resto de las declaraciones, entonces el primer párrafo del alegato de apertura es el momento más importante de todo el proceso.

Consideren el asunto en contexto. El inicio del alegato de apertura usualmente sigue al proceso de selección del jurado. Incluso en aquellas jurisdicciones en que la elección se cierra por la decisión de un Tribunal o la costumbre, los abogados y las partes han sido presentados al jurado y a

² Nota de traducción: *Voir Dire* es el examen preliminar que se hace sobre los posibles integrantes del jurado con la finalidad de verificar su idoneidad para conformarlo. Es un proceso relacionado al derecho a un juez imparcial y, generalmente, consta de la absolución de preguntas por parte del juez, las partes o los abogados.

los jurados se les ha informado acerca de la naturaleza de la disputa. Tan pronto como la fiscalía se acerca al jurado para iniciar su alegato de apertura, la atención de los jurados esta tan presente como nunca lo estará. Ellos acaban de ser elegidos, el juez les dice que cada abogado ahora tendrá la oportunidad de decirles de qué se trata este importante tema, y es donde ellos ven a alguien acercarse para dar las primeras luces sobre el misterio.

Para la Fiscalía

Con el permiso del Tribunal. Buenas tardes, damas y caballeros del jurado. Permítanme presentarme. Soy Paula Fiscalía, y represento a los amables ciudadanos del Estado de Confusión. Tal como el juez les informé, este es el momento del proceso cuando yo tengo la oportunidad de hacer lo que nosotros los abogados llamamos un alegato de apertura. Un alegato de apertura es un poco como la cubierta de un rompe cabezas. Es una representación de cómo el rompe cabezas lucirá cuando todas las piezas se hayan juntado, pero es el juicio el que es la verdadera caja del rompecabezas. Cada pieza de evidencia encajará y tendrá su lugar en la imagen completa. Ustedes deben entender que son esas piezas de evidencia las que constituyen la verdadera imagen y deberían observar como empiezan a juntarse. Lo que yo tengo que decir en este alegato de apertura no es evidencia. La evidencia proviene de los testigos que vienen a declarar. Este alegato de apertura es solo una representación, como la cubierta de esa caja de rompecabezas, para ayudarles a colocar dichas piezas de evidencia juntas.

¿Fue eso cautivador? Con un posible cambio de analogía de rompecabezas a mapa de ruta, y un giro del método de introducción, los ejemplos precedentes capturan el primer párrafo de muchos alegatos de apertura de las fiscalías: poco importante, desinformativo, no impresionante, poco atractivo y condescendiente. Los jurados solo han entendido que: (1) los fiscales asumen que ellos con incapaces de recordar su nombre o lo que el juez les acaba de decir; (2) el fiscal es un abogado que, en virtud de tan alto cargo conoce lo que un "alegato de entrada" es y significa, por cierto, además separado de los jurados; (3) el alegato de apertura, como el avance de una película, es solo una parte editada con la cual la fiscal cree que va a "ayudar" a los no tan inteligentes jurados a entender la complicada evidencia que viene; (4) el momento para prestar atención es cuando la evidencia está por venir; y (5) puede que el caso se trate de un rompecabezas.

Lo mejor que puede esperar el fiscal, es que los jurados no hayan perdido toda la expectativa que sintieron antes de que ella empezara a hablar. ¿Por qué no empezar diciendo algo importante e interesante a los jurados que acaban de ser elegidos con el expreso propósito de decidir si Benny Ladrón entró violentamente a la casa de Harry e Hilda Propietarios y se llevó joyas, equipos electrónicos, pinturas y otras variadas cosas de propiedad personal? La fiscalía debe presentarse ante el Tribunal con un cortés, "Gracias, Su Señoría", cuando la corte le pide al fiscal que haga su alegato de apertura, y luego empezar a hablarle a los jurados y no al Tribunal:

Hilda y Harry Propietarios manejan su garaje a las 11:30 p.m., del miércoles 8 de julio de 1987.

Ellos se encontraban felices, regresando de pasar la tarde con sus hijos mayores, los que acababan de regresar de Caos para una visita de verano. Hilda fue la primera en salir del auto y dirigirse hacia la casa. Al llegar a la puerta trasera su felicidad terminó. Su corazón saltó hasta su garganta al darse cuenta que la puerta se encontraba abierta y que los cuartos de su casa, que tenían las luces apagadas cuando salieron de la casa, ahora se encontraban encendidas. Ella llamó a Harry, y luego con miedo de que alguien la escuchara, se dirigió rápidamente hacia el garaje. Los señores Propietarios decidieron ir a la casa de unos vecinos para llamar a la policía - mejor arriesgarse a una falsa alarma que entrar a la casa y ser atacados por un extraño. No se trataba de una falsa alarma. Cuando los comisarios del alguacil del Condado de Calamidad llegaron, encontraron que se había forzado la entrada de la casa, y que un número de bienes, incluyendo el reloj de retiro del tatarabuelo del Señor Propietario y la colección de monedas de la Señora Propietario, habían sido robadas. Cuatro semanas después, Benny Ladrón fue arrestado y acusado de haber entrado a robar a la casa de los señores Propietario y llevarse los objetos personales de Hilda y Harry. Como el abogado de los ciudadanos del Condado de Calamidad, es un honor poder relatarles la evidencia que presentaremos para probarles más allá de toda duda razonable, que Benny Ladrón entró a robar a la casa de los señores Propietarios, se llevó sus más preciadas posesiones, y es por lo tanto culpable de robo.

La aproximación del narrador de cuentos le permite a la fiscalía transmitir una serie de datos que son importantes para persuadir al jurado. El jurado sabe inmediatamente que alguien resultó dañado y que el daño incluyó un temor razonable además de una pérdida personal. Los jurados son puestos en los zapatos de las víctimas porque se trata de una escena que la mayoría de jurados ha experimentado, por lo menos el descubrimiento de la entrada ilícita a una casa. Aunque existen detalles a ser dados en el resto del alegato y en el caso, los jurados ya tienen una idea completa del problema y de su solución. Más aún, algunos de los detalles que hacen que los fiscales comiencen con introducciones y formalismos han sido cubiertos.

Los jurados saben que el abogado, incluso si han olvidado su nombre, representa a "los ciudadanos" y habla como una persona- como uno de ellos. Para aquellos fiscales que creen que la ley o la costumbre los obliga a decirle a los jurados que ellos no están presentando evidencia, sino solo una descripción de la evidencia que ellos anticipan, está cubierto sin tener, efectivamente, que decirle al jurado que esta bien desconectarse porque la evidencia que vendrá después es más importante que el alegato de apertura. El primer párrafo incita a los jurados a oír cada detalle que el fiscal decide incluir en el resto del alegato y les da un contexto al cual unir esos detalles.

El alegato de apertura del abogado defensor

El mismo principio de un útil primer párrafo aplica para el abogado defensor, aunque el abogado defensor debe tener una valoración distinta del contexto. La defensa ingresa luego de

que la fiscalía ha logrado colocar a los jurados tentativamente de su lado. Es tentador empezar por contradecir los puntos que el fiscal ha tocado. Es una mala idea. La defensa no puede darse el lujo de dejar que el fiscal determine la agenda y defina la perspectiva de los jurados. Si la defensa tiene un tema que vender a los jurados- legítima defensa, coartada, enfermedad mental, causa de justificación, error en la identificación, venganza policial, vaga investigación o incluso "duda razonable"- la defensa debe empezar la presentación positiva de la idea en el primer párrafo del alegato de apertura. Incluso la defensa de "duda razonable/sin defensa", aunque no es tan amena como una defensa positiva o como contar una historia como si son cualquier otra defensa, puede ser presentado con un primer párrafo positivo que empiece por decirle al jurado acerca del sistema de Justicia Americano y la carga de la prueba:

Benny Ladrón no declarará en este juicio. Benny Ladrón no presentará ningún testigo en este juicio. La vida, las razones, las excusas, los amigos, lo que le gusta o no le gusta a Benny Ladrón no es lo que ustedes van a juzgar. Alguien ingresó violentamente a la casa de los señores Propietario y tomó sus pertenencias. La única pregunta delante de ustedes es quién lo hizo. La fiscalía no presentará un solo testigo que les diga que vio a Benny Ladrón en la casa de los señores Propietario. Nadie podrá decirles, con toda certeza, qué sucedió o quién fue la persona que cometió el crimen. Bajo el Sistema de Justicia Americano, es la labor de la fiscalía el presentar otra evidencia que los persuada a ustedes más allá de toda duda razonable que ustedes, los jurados, no la

policía o la fiscalía, sino a ustedes sobre quién entró a la casa de los señores Propietario- que los persuada con la certeza que proviene de la inexistencia de la duda razonable.

Un ejemplo más gráfico es el de la defensa de la identidad errada. Es casi tan desesperanzador como la defensa "sin defensa" y es, por ello, tentador referirse a éste y presentarlo como otra versión del tema "la fiscalía tiene la carga de la prueba". Una aproximación más positiva y a modo de contar un cuento funcionaría mejor. La defensa debería empezar su alegato al jurado con la idea de vender la idea de que un error fue cometido, más que intentar hacer que el jurado encuentre una "duda" porque la fiscalía, en virtud de la posibilidad de un error, no ha cumplido con su carga de la prueba:

Curiosa Vecina dormitaba frente a su televisor alrededor de las 11:00 del miércoles, 8 de julio de 1987. Ella pasó todo el día trabajando en la Tienda de Ropa Emily en Desastre, justo a las afueras de Caos, pasó casi toda la tarde en su club de bridge, y no logró mantenerse despierta para ver a Johnny Carson. Algo interrumpió su siesta- ella no sabe si fue un fuerte ataque de risa de la TV, el gato golpeando algo, o si fue algo de fuera. Pero lo que sí sabe es que se levantó de pronto. Curiosa vive justo al frente de la casa de los señores Propietarios. Ambas casas son grandes terrenos, por lo que si Curiosa se sienta cerca de la ventana del frente en su sala, se encuentra más o menos a ciento cincuenta metros - aproximadamente, cinco veces la longitud de esta Sala- de distancia de la parte de enfrente de la casa de los señores Propietario.

Ella pensó que vio una figura salir por la puerta del costado de la residencia de los señores Propietario. La calle no se encuentra particularmente bien iluminada, pero había suficiente luz de luna como para que Curiosa pudiera decir con seguridad de que fue un hombre. Aunque no tiene mucho sentido especular sobre lo que ella pudo o no haber visto, lo que sí sabemos es que Curiosa no estaba lo suficientemente alarmada por el hecho, ni segura acerca de quién o qué vio como para llamar a la policía a reportar un evento extraño, ni para identificar o describir al hombre que vio. Cuatro días después, en respuesta a una citación de la policía, Curiosa explicó que vio a un hombre alto que no conocía salir de la casa de los señores Propietario. Cuando se le solicitó ir a la estación de policía porque consideraron que tenían al hombre que entró a robar a la casa de los Propietario, ella accedió a ir a ver si podía identificar al hombre que vio. Curiosa fue llevada a un cuarto y cinco hombres fueron traídos y colocados contra la pared para que Curiosa los pudiera ver. Después de un rato, Curiosa identificó al hombre más alto como aquel al que ella vio salir de la casa de los Propietario.

Si el inicio del alegato de apertura se encuentra adecuadamente construido, el resto fluirá naturalmente, simple y efectivo. Hay tres reglas para contar una historia que son impuestas por el foro o establecidas por las reglas de la persuasión que vale la pena revisar: (1) nunca debatas en un alegato de apertura; (2) nunca hagas el alegato más grande que el propio caso; y (3) maneja los problemas de tu caso en el alegato.

Persuadir no Debatir

Es bien sabido que un alegato de apertura no debe ser una argumentación. Muchos jueces refuerzan esa norma estrictamente. Es importante que el abogado distinga entre argumentación y persuasión; mantente lejos del primero y se esto último. Jueces y abogados usualmente confunden los dos, algunas veces para el detrimento del abogado que esta "ganando el argumento" sin ser indebidamente "argumentativo". La declaración de "Curiosa Vecina pudo no haber visto a la persona que salió de la casa de los Propietarios lo suficiente como para identificarlo" es una conclusión sobre la que ninguna persona puede testificar. Es un argumento que no tiene lugar en un alegato de apertura. "Curiosa Vecina se encontraba a ciento cincuenta metros de la casa, la calle estaba pobremente iluminada, se acababa de despertar de un gran sueño, y no tuvo tiempo de ponerse los lentes", es algo sobre lo que una persona puede testificar y no es un argumento. También puede ser muy útil para lograr el objetivo del alegato de apertura- un jurado con la conclusión tentativa de que se trata de un caso de error en la identificación. El segundo ejemplo hace todo lo que el primero, podría decirse que lo hace mejor, y está completamente permitido.

Existen razones sustanciales de persuasión para usar hechos en lugar de argumentos en un alegato de apertura frente al jurado. Es muy pronto para los jurados como para aceptar una conclusión sin una base fáctica. Los jurados solo tienen la palabra del abogado de que Curiosa pudo no haber visto lo suficientemente bien como para hacer una identificación. Incluso si ellos van a confiar y creerle al abogado en algún punto del juicio, ello no va a suceder al inicio del mismo, en

un momento en que ellos no tienen ninguna experiencia con el abogado. Más aún, es mucho más persuasivo lograr que los jurados lleguen a la conclusión por ellos mismos. Una conclusión tomada de las afirmaciones del abogado no se tiene tan presente como una a la que llegó el jurado a partir de un procesamiento personal de los hechos. La clave de un alegato persuasivo es una organización "argumentativa" de hechos.

La defensa "sin defensa" presenta la situación en la que el abogado tiene la tendencia a arrastrarse hacia el mundo del argumento al hablar sobre cosas que no serán evidencia. Hasta cierto punto, esto es reconocido y tolerado en muchos Tribunales - siempre y cuando el abogado no abuse. Incluso en esta situación, es más útil pensar en el fracaso de la prueba en términos fácticos, y/o discutir el "hecho" del que no presentarás evidencia, o detallar los "hechos" que la fiscalía estará imposibilitada de presentar- sin testigos directos, sin huellas dactilares, etc.

No prometas sin entregar

El alegato de apertura que promete lo que el abogado, eventualmente, no probará en el caso causa al abogado más problemas que beneficios que provendrían de la confusión de los jurados acerca de si algo estaba realmente en discusión, o solo fue mencionado por el abogado en el alegato de apertura. Aunque no es claro si un abogado debe desarrollar una credibilidad positiva con un jurado, es claro que el abogado que es visto como alguien que trata de engañar al jurado arruinara un caso que de otro modo no tendría errores.

El problema existe casi igualmente para fiscales como abogados defensores. El fiscal ofrece casi toda la prueba y es, por ello, más probable que sea la víctima de la caída. El abogado defensor, de otro lado, usualmente va a ofrecer hechos en un alegato, que solo podrán ser desarrollados en un interrogatorio. El volumen de prueba es menor que el de la fiscalía, pero el riesgo de una caída es considerablemente mayor. Hay dos maneras de disminuir el riesgo: (1) prepararse lo más posible antes del juicio así el riesgo de que predigas algo del interrogatorio que no ocurrirá puede ser cubierto por material desacreditante. (2) Después de que has escrito y al menos entregado dos veces tu alegato de apertura (a un ser humano, no a un abogado), revísalo para encontrar riesgos y elimina todas las alegaciones ofensivas.

Manejando los problemas

Es ahora axiomático que un abogado coloque las partes malas del caso ante los jurados antes de que el oponente lo haga. El alegato de apertura es el lugar del que el abogado está casi seguro de que sea el lugar para traer los problemas. (Es difícil, sin ser argumentativo, para el fiscal traer los "problemas" de la defensa en un alegato de apertura). No es suficiente, sin embargo, ser el abogado que traiga los problemas. Puede que resuelva el problema de los jurados que piensan que el abogado está tratando de esconder algo, pero no hace nada por el daño que la información puede causar. El truco está en presentar la información negativa en el alegato sin hacer saber que es "mala" y con el mayor sentido positivo posible. En la jerga actual, con un "giro positivo". El fiscal que tiene como principal testigo a un condenado por llegar a un

acuerdo y que ha ido a prisión tres veces debe, en el alegato de apertura, establecer el argumento de "los delincuentes andan con los delincuentes" que será incluido en el alegato final, y a la vez negar a la defensa el placer de "revelar" ante el jurado al personaje desagradable:

Benny Ladrón sabía exactamente qué hacer con bienes que no podía usar o vender a personas honestas. Dos días después del robo a los señores Propietarios se reunió con Freddie Valla- un hombre largamente consolidado en el negocio de comprar y vender bienes robados que fue tres veces condenado por recibir cosas robadas- lo que la mayoría de nosotros llamamos vallas.

La defensa usualmente necesita más de un giro positivo para un hecho negativo:

La Fiscalía no ha acusado a Benny por ser un ladrón. Y eso es correcto, porque Benny ha admitido tres veces antes y, por eso, condenado por irrumpir en casas y tomar cosas que no le pertenecen. Él ha sido un ladrón y si esa historia fuera un crimen, él sería culpable nuevamente. Pero el fiscal ha acusado a Benny con este específico robo- por irrumpir en la casa de los señores Propietario. En nuestra sociedad, nosotros no condenamos personas por ser malas personas, los condenamos por específicos malos actos. La importancia de ello por ser justo será demostrada en este caso. Las tres veces anteriores en que fue acusado, Benny admitió que había hecho lo que se le había imputado, se declaró culpable, fue

condenado y tuvo su medicina. Por este cargo de que entró a la casa de los Propietarios, él - por primera vez- dijo "No", cuando se declaró "Inocente". Él volverá a decir "No" nuevamente cuando testifique. Él no solo les dirá "No, yo no entre a la casa de los Propietarios", él les dirá que fue un ladrón en el pasado- un hecho que ustedes nunca hubieran sabido, si no fuera por su declaración hoy.

No se está sugiriendo que un giro positivo de un hecho negativo cambiará un caso perdido en un caso ganado. Pero el abogado que pone las cosas al frente evita parecer que está ocultándolas, gana puntos por ser directo, y le permite establecer la perspectiva a través de la cual los jurados verán el hecho negativo.

Asegúrese de que su alegato de apertura cuente una historia positiva. Use la técnica de un narrador de cuentos. Pero asegúrese de no decirles a los jurados que les está contando una "historia". Una "historia" es lo que el otro abogado les está contando.