

MODULO: VALORACION DE LA PRUEBA

LECCIÓN 1: VALORACION DE LA PRUEBA

- **Prueba. Concepto:** es todo aquello que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados en un proceso penal y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva.
- **Evolución:**
 - · Ordalías
 - · Sistema Inquisitivo
 - · Sistema Acusatorio: Testigos, Peritos, Sana Crítica Racional
- **Estados intelectuales del juez respecto de la verdad:**
 - · Verdad · · Certeza · · Duda · · Probabilidad
 - · **Elemento de prueba** es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.
 - · **Órgano de prueba** es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso.
 - · **Medio de prueba** es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.
 - · **Objeto de la prueba** es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba: Será siempre un hecho susceptible de ser confirmado.
 - · **La fuente de la prueba:** Las personas físicas, las personas jurídicas, los documentos, los lugares, cosas o personas.
 - · **Los medios de pruebas:** documentos, confesión, testimonio, pericia, informes, presunciones y reconocimiento.

➤ **DEFINICION DEL CONCEPTO DE VALORACION DE LA PRUEBA**

Según *Jordi Nieva* la valoración de la prueba es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. En esa percepción que incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba. Diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción

Según *Cafferata Nores*: La *valoración* es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (o sea, qué "prueba" la prueba). Tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre aquél. Si bien es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), también corresponde a las partes civiles, al querellante, al ministerio fiscal y al defensor del imputado.

- **LAS ORDALÍAS O JUICIOS DE DIOS:**

Concepto: Era una institución jurídica vigente hasta finales de la Edad Media en Europa. Consistían en invocar y en interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados y sensibles, de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado. Tenían un carácter mágico e irracional y fueron siendo sustituidas por la tortura a partir de la recepción del derecho romano en el siglo XII. Consistía en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con torturas causadas por el fuego o por el agua, por ejemplo se obligaba al acusado a sujetar hierros candentes, introducir las manos en una hoguera o permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno. De estos juicios se deriva la expresión "poner las manos en el fuego", para manifestar el respaldo incondicional a alguien.

Ordalía, latinismo de la palabra germánica "*urtheil*" que en alemán significa juicio o sentencia.

Según *Jordi Nieva*, las ordalías se tratan de un sistema de resolución de conflictos que depende de la intensidad de la fe de los pueblos que practican y que no es en absoluto ni un medio de prueba ni un sistema de valoración de la prueba, sino que supone, en realidad la completa anulación de dicha valoración. Es el azar el que decide, a través de los más diversos métodos. O bien decide la destreza o la

fuerza física en los duelos, que son otra forma de ordalía. El juez no aprecia absolutamente nada, sino que todos los presentes ven lo acaecido y actúan tal y como dispone la ley según sea el resultado. No se comprueba ninguno de los hechos debatidos que dieron lugar a la ordalía sino que simplemente se realiza un acto similar al de lanzar una moneda al aire para dar la razón a uno o a otro, o para declarar culpables o inocentes. Y a veces ni eso, porque en ocasiones la ordalía sirve simplemente para purificar un hecho delictivo sin autor conocido.

La ordalía es el antecedente de los juramentos en las declaraciones de personas de personas, especialmente en el caso de testigos.

- **SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA:**

Segun *Cafferata Nores* tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conoce: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional.

a) PRUEBA LEGAL: En el sistema de la *prueba legal*, es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez *debe darse* por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no *puede darse* por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo. Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrirla verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración del juez^", porque sintetizan, en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común.

b) ÍNTIMA CONVICCIÓN: En el sistema de la *íntima convicción*, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su *leal saber y entender*". A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el "buen sentido" (racionalidad) connatural a todos los hombres. Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de *arbitrariedad* y, por ende, de injusticia.

c) LIBRE CONVICCIÓN O SANA CRÍTICA RACIONAL: Este sistema de la *libre convicción o sana crítica* al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye. Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica* (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las *ciencias* (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la *experiencia común* (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad). Parece insuficiente, a estos efectos, el solo uso de la *intuición*, pues aunque se admita que ésta es una forma reconocida de adquirir conocimiento.

La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las *razones de* su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negación esa que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas"

Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio y su *valoración crítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

El principio de la libre convicción "no puede ni debe significar más, y, sobre todo, no debe significar libertad en el juez para sustituir a la prueba (y, consiguientemente, a la crítica de la prueba) por conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión. Ello acarreará el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre *por qué* se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra).

- **LA "CARGA DE LA PRUEBA":**

Según *Jordi Nieva* es otra institución ciertamente desconcertante. Consiste en la formulación de que en supuestos de ausencia de prueba el ordenamiento atribuye las consecuencias negativas de dicha ausencia a una u otra parte. Y normalmente ello determina para el perjudicado la pérdida del proceso. No se utiliza el mecanismo de la carga de la prueba en supuestos de duda del juez sino solo cuando existe prueba.

La carga de la prueba no tiene origen romano sino que es mucho más remoto.

ONUS PROBANDI: La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal corresponde al Ministerio Público y/o querrela. (PP del profesor).

LECCIÓN 2: LIBRE VALORACION DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: Es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse del contenido de la prueba. Es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Apreciar la prueba es la actividad intelectual que lleva a cabo el Juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba.

· Momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.

- **LA EXISTENCIA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA:** La actividad probatoria es concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. (*Cafferata Nores*).

(*Jordi Nieva*) : El proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real, y el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la *prueba*, deviene sencillo deducir la necesidad de la *actividad probatoria*, concebida como el *esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba*. Invocando el interés público en materia criminal, los códigos, en general, han puesto la mayor parte de esta actividad a cargo de los órganos públicos (ministerio público fiscal, policía, tribunales), los cuales intentarán lograr el descubrimiento de la verdad. Los sujetos en cambio, tratarán de introducir solamente los elementos probatorios que sean útiles para sus intereses particulares, procurando demostrar su aptitud para evidenciar el fundamento de sus pretensiones o la falta de fundamento de las deducidas por la parte contraria.

- **LA CONGRUENCIA INCRIMINATORIA DE LA PRUEBA:** Congruencia es la conformidad que debe existir entre el contenido de la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituye el objeto del proceso en que aquella se dicta. El Principio de Congruencia consiste en la concordancia que debe existir entre el impedimento formulado por las partes y la decisión que sobre el tome el juez. Puede existir 2 modalidades: -La congruencia externa que es la propiamente dicha, se refiere a la concordancia o armonía entre la pretensión y la resolución que se formula sobre ella. -La

congruencia interna es la que mira la concordancia entre la parte motiva y la resolutive del fallo. Por respeto al Principio de Congruencia el juez no puede ni debe resolver más allá de la pretensión del fiscal.

- **LA SUFICIENCIA DE LAS PRUEBAS DE CARGO:** *Devis Echandía* dice que la prueba se puede clasificar según su finalidad en pruebas de cargo o inculpatoria y de descargo o exculpatoria. Pruebas de cargo son también llamadas inculpatoria o inculpatoria y son aquellas dirigidas a demostrar la culpabilidad en un hecho delictivo. Son las que tienden a acreditar la responsabilidad penal del procesado a vincularlo con la comisión del delito. Uno de los extremos que debe cumplirse para no violar la Presunción de Inocencia consiste en que la verdad *iuris tantum* sólo pueda desvirtuarse por una prueba de cargo, aportada por la parte acusadora. Dicha prueba debe ser suficiente para excluir la presunción de que goza el inculpado durante todo el proceso penal, de manera que, concatenada con otros indicios, determine la culpabilidad del sujeto.

- **PRESUNCION DE INOCENCIA Y ACTIVIDAD PROBATORIA:** Según *Binder* este principio presupone que nadie debe ser tratado como culpable mientras no exista una declaración judicial. El Principio de Presunción de Inocencia viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley. Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. Es decir que toda persona se considera inocente hasta que no sea reconocida como responsable del ilícito penal. La razón de ser del Derecho a la Presunción de Inocencia es la seguridad jurídica y la necesidad de garantizarle a todo acusado que no será condenado sin que existan pruebas

suficientes que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria en su contra. Este principio se confunde en ocasiones con el Principio IN DUBIO PRO REO.

- **IN DUBBIO PRO REO:** Es una locución latina que expresa el principio jurídico de que en caso de duda por ejemplo, por insuficiencia probatoria se favorecerá al imputado o acusado (reo). Podría traducirse como ante la duda, a favor del reo". El Juez para condenar debe tener certeza de la participación y responsabilidad del imputado. No basta la probabilidad. En caso de duda debe estarse a lo más favorable al imputado. Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad.

¿Por qué razón la duda debe beneficiar al imputado?: Porque goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido. Al contrario, a los órganos públicos predispuestos compete destruirlo, y acreditar acabadamente su culpabilidad. Si éstos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido por el ordenamiento legal se *mantiene*, prevaleciendo sobre el caudal probatorio, el cual, si bien lo puso en tela de juicio, participación del imputado] deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.

Si no se consiguiera llegar a la certeza corresponderá la *absolución*, no sólo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del imputado'

- **LIBRE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PENALES:** Este sistema es intrínseco al proceso penal acusatorio y una exigencia del mismo y en tal sistema se trata de apreciar la actividad probatoria de los intervinientes sin que el juez se encuentre vinculado a reglas probatorias, es decir a disposiciones legales acerca de la eficacia de las pruebas. En este sistema el juez tiene la libertad para

alcanzar o no la convicción de un hecho en tanto no se cuestionen máximas de experiencia generalmente reconocidas o se trate de decisiones absurdas o arbitrarias.

C.P.P. Art. 173: LIBERTAD PROBATORIA: Los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos.

- **VALORACIÓN PROBATORIA E IMPARCIALIDAD:** *Jordi Nieva*: Se debe dilucidar si la imparcialidad influye decisivamente o no en la valoración probatoria, o bien en la resolución de todo el objeto del proceso, que es lo que implícitamente se ha mantenido hasta el momento. Sin duda, la pérdida de objetividad provoca que el juez tome de forma diferente la mayoría de sus decisiones en el proceso, tanto en el aspecto de la interpretación jurídica como en el de la valoración de la prueba. Es decir, un juez parcial sabe de antemano cual va ser su decisión y simplemente "arregla" la motivación de la sentencia para que cuadre de forma más o menos digna con el fallo. Por tanto la pérdida de imparcialidad tiene una especial incidencia en esa motivación, puesto que en el momento de elaborarla el juez no puede engañarse a sí mismo y se sabe claramente parcial, por lo que a buen seguro modificarán sus explicaciones para que parezcan legítimas.

- **PRUEBAS ILÍCITAS:** Son aquellas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso.

- **Valoración de la prueba ilícita:** Tratándose del valor otorgado a la prueba ilícita; existe unidad de criterio por lo menos en nuestra latitud, con relación a restarle el valor a la prueba ilícita ya sea por vicios en su obtención (medio) o por la ilicitud de lo que se pretende demostrar, pero la situación varía sustancialmente cuando se trata de la prueba derivada de una violación a derechos fundamentales.

· La ***prueba irregular*** sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica.

· La ***prueba ilícita*** se entiende aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental.

· La ***prueba prohibida*** sería finalmente la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis se han vulnerado derechos o libertades fundamentales. *(P.P. del Prof.)*

Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención o su irregular incorporación al proceso.

- **OBTENCION ILEGAL DE LA PREBA:** Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. En este sentido, se ha resuelto, por ejemplo, que la prueba recogida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio "carece de aptitud probatoria", y que corresponde dejar sin efecto la resolución dictada en contra del imputado si en ella "se meritúan pruebas recogidas de un allanamiento y secuestro insalvablemente nulo".

Según *Jordi Nieva* un último escollo que dispone el ordenamiento con relación a la libre valoración de la prueba es la prohibición de considerar ciertos materiales en cuya obtención se han vulnerado

derechos fundamentales, o se han cometido otras irregularidades o bien se han conculcado prohibiciones probatorias establecidas en el ordenamiento

- **EXCLUSIONES PROBATORIAS Y LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO:**

Antecedentes: La invalidez de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales (reglas de exclusión), así como también la transmisión de este efecto a los que sean consecuencia (doctrina de los frutos del árbol venenoso), tuvieron su origen en la jurisprudencia, puesto que las constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente la regla de exclusión.

La exclusión de las pruebas obtenidas con infracción a derechos o garantías fundamentales tiene su antecedente en la denominada *exclusionary rule*, aplicada en los Estados Unidos. Se trata de una regla de elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las *evidence* (fuentes de prueba) obtenidas por en el curso de una investigación penal que vulneren derechos y garantías procesales reconocidos en la Enmienda de la Constitución Federal, no podrán ser aportadas ni valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Su aplicación inició en el caso "Boyd vs US" en 1886. Luego vendría el caso "Adams vs New York". En 1914 se aplicó en el caso "Weeks vs United States".

- **LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO:** Fue consagrada en el caso "Silverthorne Lumbre Co. Vs United States" por la Corte de los Estados Unidos en el año 1920. Fue en 1939 con el caso "Nardone vs. United States" donde la corte utilizó por primera vez la expresión "*fruit of the poisonous tree*"; en la oportunidad el Juez Frankfurter determinó que la no-exclusión de la prueba "mediata" podía significar fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal. Doctrinariamente se habla de la regla de la exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso. La primera es conocida como la *exclusionary rule* y la segunda es extensión de la primera. Según la regla de exclusión no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en un procedimiento. Según la doctrina del fruto del árbol venenoso o árbol emponzoñado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), que prima en el sistema norteamericano, cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resulten consecuencia de este. Así se prohíbe valorar todas las pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida. De esta forma, si ha de evitarse todo efecto en el proceso de los materiales probatorios o informaciones que han sido obtenidos de modo irregular, igualmente deberá proscribirse la admisión de informaciones o materiales obtenidos gracias a la previa irregularidad acaecida. Carbonell apunta que de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del "fruto del árbol envenenado", "según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica"³³.

Para Cafferata Nores, la exclusión de la prueba ilícita, puede llevar a la impunidad. El orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ello ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional.

De esta forma, se ha manifestado que la regla de exclusión y como derivado de ésta la teoría de los frutos del árbol envenenado, **tiene una múltiple función:** a) función disuasiva, de la futura conducta

de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora, de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto de las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora, de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora, de la arbitrariedad cometida en contra del procesado.

La exclusión de prueba ilícita, conlleva a que el Estado no debe aprovecharse de las actuaciones irregulares o ilícitas producidas por los órganos dependientes de él.

- **EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO:** La doctrina y la jurisprudencia norteamericana, a partir de las consecuencias que se derivan de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, ha creado otras teorías que en forma alguna vienen a minimizar o atemperar los alcances de la primera. "Entre estas podemos encontrar, i) la excepción de atenuación, que afirma que el vínculo prueba derivada - prueba principal es muy débil y por lo tanto no afecta el debido proceso; ii) la excepción de la fuente independiente, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es uno completamente diferente al que dio lugar a la obtención de la prueba principal; iii) la excepción del descubrimiento inevitable, en virtud del cual la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía; iv) la excepción del acto de voluntad propia, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal".

1. Doctrina de la fuente independiente : Consiste en conferir valor probatorio a aquella prueba lícita, que se encuentra desvinculada causalmente de un medio de obtención de prueba ilícito, es decir cuando una prueba que es lícita no es "fruto" de la ilicitud o consecuencia inmediata de una prueba ilícita.

"De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicios las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido "contaminada" por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. Versus United States*, de 1920.

2. Teoría del hallazgo o descubrimiento inevitable : Esta excepción conlleva que el acto de prueba ilícito y su consecuencia (el fruto del árbol envenenado) inexorablemente en un acontecimiento futuro, a través de otro sendero probatorio, se allegaría a su conocimiento. La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los EUA en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

3. Teoría de la Buena Fe : Implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de acometerlo, y al creerse que se ha actuado en derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo. La teoría de la buena fe, se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984.

4. La Doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado: Una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o al mismo tiempo purgando ante el ingreso posterior de otros actos derivados de prueba que propagan el vicio principal, pues la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas derivadas posteriormente obtenidas se encuentra mitigada por la concurrencia de múltiples situaciones. Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y una segunda prueba no permita considerar que la primera afecta a la otra, de forma que la mancha original haya sido "borrada".

5. La teoría de la supresión hipotética : En esta se supone mentalmente la no existencia de la prueba que se alega como viciada para determinar el grado de relevancia que tiene sobre la decisión de fondo que se imponga⁵⁶.

6. La doctrina del "Plain view" : Se presenta cuando en el lugar donde se está recolectando prueba vinculada a los hechos, aparecen evidencias inesperadas o no relacionadas con la causa que se investiga. "Legítimos secuestros practicados sin la orden correspondiente, si los efectos se encontraran a plena vista, de manera evidente; es decir, cuando sea manifiesta la necesidad de proceder a su incautación.

LECCIÓN 3: PRESUNCIONES E INDICIOS (Según libro de Cafferata Nores):

- **CONCEPTO DE "PRESUNCIÓN":** La *presunción*, en sentido propio, es una *norma legal* que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción y sin admitir demostración en contrario.

- **APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL:** Generalmente, se halla excluida con relación al objeto del proceso penal, aunque a veces se la acepta respecto de hechos con incidencia puramente procesal. Tal sería el caso, por ejemplo, de la presunción de fuga consagrada en los códigos, cuando imponen el encarcelamiento preventivo si la amenaza penal derivada de la posible condena supera cierto límite. En *sentido lato*, algunas leyes establecen presunciones acerca de la concurrencia de ciertos extremos fácticos de la imputación delictiva, pero su valor conviccional cede frente a la simple prueba en contrario.

- **DENOMINACIÓN IMPROPIA:** No obstante, comúnmente, la ley y la jurisprudencia utilizan el término "presunción" en *sentido impropio*, como expresión equivalente a "indicio", o bien intentando captar con aquella palabra la conclusión a que se puede llegar partiendo del indicio. En este sentido, el indicio es considerado como la *causa* de la presunción, y ésta viene a ser el *efecto* de aquél. Así ocurre en el C.P.P. cuando, respecto de los extremos de la imputación delictiva, establece que el silencio del imputado no implica "una *presunción de culpabilidad*" en su contra

- **CONCEPTO DE "INDICIO":** El *indicio* es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro.

a) Naturaleza probatoria .Según su "nombre mismo lo expresa *{index}*, el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto. Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciarlo), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho "indiciario" no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el "indicado" :es lo que se llama "univocidad" del indicio". Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama "indicio anfibológico"

b) Silogismo indiciario. La naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor. La conclusión que surge de la relación entre ambas premisas es la que otorga fuerza probatoria al indicio. Así, por ejemplo, la tenencia de la *res furtiva* no importa, en sí misma, prueba alguna acerca de que su tenedor sea el ladrón. Pero si a aquélla se la enfrenta con una regla que enuncie: "Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder", la conclusión que de la relación de ambas se obtenga puede presentar valor conviccional. El respectivo silogismo quedaría configurado así:

Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder.

El imputado tenía en su poder la cosa robada.

Luego, el imputado probablemente la robó.

Esto evidencia que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos.

c) Reglamentación legal. Si bien la ley no reglamenta especialmente la prueba indiciaria, varias normas se refieren a ella, por lo cual no se puede negar su posible uso en el campo del proceso penal. Empero, aunque aquéllas no existieran, esta interpretación se justificaría por imperio de los principios de libertad probatoria y sana crítica racional. Sin embargo, para asegurar la vigencia de garantías constitucionales, hay disposiciones que impiden dar particular sentido indiciario a ciertos hechos, como ocurre con la prohibición de fundaren el *silencio* del imputado una presunción de culpabilidad. El C.P.P. contiene disposiciones en las cuales admite la prueba indiciaria.

Sin embargo, también acepta la prueba indiciaria en relación con la justificación de los extremos de la imputación delictiva (aunque sean apreciaciones *provisionales*), como cuando autoriza a la policía a detener sin orden judicial "a la persona contra la cual hubiere *sido sorprendida en flagrancia*"

d) Indicios unívoco y anfibológico: idoneidad probatoria de cada uno. Puesto que el *valor probatorio* del indicio es más experimental que lógico*, sólo el unívoco podrá producir certeza', en tanto que el anfibológico tomará meramente verosímil o probable el hecho indicado. La sentencia condenatoria podrá ser fundada sólo en aquél"; el otro permitirá, a lo sumo, basar en él un auto de procesamiento o la elevación de la causa a juicio". Para superar aquella dificultad, se recomienda valorar la prueba indiciaria en forma general, y no aisladamente, pues cada indicio, considerado separadamente, podrá dejar margen para la incertidumbre, la cual podrá ser superada en una *evaluación conjunta*. Pero esto sólo ocurrirá cuando la influencia de unos indicios sobre otros elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica racional'. Si esta recíproca influencia no se verifica, la simple suma de indicios anfibológicos, por muchos que éstos sean, no podrá dar sustento a una conclusión cierta sobre los hechos que de aquéllos se pretende inferir

e) La tenencia de la "res furtiva". Uno de los indicios más frecuentemente manejados en la práctica judicial es la tenencia de la *res furtiva*, de la cual se suele inferir la autoría de su sustracción. En estos casos, la univocidad del indicio estará directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio, del hecho indiciado con el hecho indicado. En cuanto éstos comienzan a distanciarse en esas dimensiones, comienza también a aparecer la posibilidad de explicaciones compatibles con hipótesis distintas de la del hecho indicado. Si la *res furtiva* es hallada en poder de los imputados a pocos metros

del lugar del hecho, inmediatamente después de producido el desapoderamiento, su tenencia podrá indicar unívocamente que aquéllos son los autores de la sustracción. Pero si la posesión es comprobada lejos del lugar del hecho indiciario (tenencia) admite múltiples explicaciones compatibles con hechos distintos del de la sustracción, que es el que se pretende acreditar".

f) Protección de la prueba indiciaria: Diversas normas legales tienden a preservar la originalidad de algunas circunstancias indiciarias. Entre las de carácter procesal, podemos citar la que le impone a la policía el deber de "cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados". Entre las de naturaleza penal, están las que incriminaban penalmente la simulación de *rastros* de un delito.

- **PRUEBAS ILÍCITAS:** Son aquellas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso.

- **Valoración de la prueba ilícita:** Tratándose del valor otorgado a la prueba ilícita; existe unidad de criterio por lo menos en nuestra latitud, con relación a restarle el valor a la prueba ilícita ya sea por vicios en su obtención (medio) o por la ilicitud de lo que se pretende demostrar, pero la situación varía sustancialmente cuando se trata de la prueba derivada de una violación a derechos fundamentales. Las soluciones brindadas al respecto han sido tres: -Una posición conservadora concluye que deben admitirse y valorarse las pruebas lícitas, aún cuando se hubiera llegado a ellas con base en un procedimiento viciado, por ser irrelevantes el modo de obtenerlas y considerarse superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal un aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto. -La segunda posición, se conoce como la regla de exclusión o derivada de ésta, la teoría de los frutos del árbol envenenado. En ésta no existen dos intereses en conflicto, ya que si bien es cierto surge un interés de la comunidad en que los delitos sean reprimidos, también hay un interés de que en la administración de justicia resplandezca la verdad. - Por último, una posición intermedia indica que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, por lo que ello se establece en cada caso, tomando en consideración diversos factores.

LECCION 4

LA VALORACION DE LOS DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA

A) Circunstancias Controlables por el Juez:

La única posibilidad de descubrir las falsedades en una declaración es analizar esa misma declaración de manera objetiva, y no someter a un examen a la persona declarante.

Lo más sencillo es observar externamente a las personas tratando de escudriñar en sus gestos, su vestimenta, su raza, etc. haciendo juicios de valor generalistas, basados en el heurístico de la representatividad. Lo más difícil, realmente, es acuchar lo que dicen sin esos perjuicios.

1) La coherencia de los relatos:

Que el relato tenga una buena estructuración desde el punto de vista lógico, ha sido algo especialmente apreciado por los tribunales hasta el momento. Ej: Testigo- víctima Se exige en estos casos una persistencia en la incriminación, es decir, que su testimonio no tenga contradicción.

A la hora de analizar la declaración de cualquier persona, una de las características que pueden resultar más útiles para valorar su veracidad es, precisamente, que no sea contradictoria.

Ahora bien, que la persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de veracidad, ni mucho menos, es decir, que un sujeto se contradiga, no equivalen automáticamente a que el declarante haya dicho una mentira.

Por otra parte también es una conclusión bastante consolidada que los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica.

Teniendo en cuenta estos datos, la coherencia de una declaración no es un dato a tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ni siquiera en manos de expertos. Es un aspecto fácilmente valorable por un Juez, eso sí, analizando con paciencia y en conjunto cada declaración, reconstruyendo un esquema de lo que el declarante ha manifestado. Solo de ese modo se podrá detectar las contradicciones.

2) La contextualización del relato:

Que el relato que realice el declarante este contextualizado, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos del relato. Es algo que las personas corrientes suelen tener en cuenta intuitiva a la hora de valorar la credibilidad de un sujeto, pero no es un dato que, normalmente, sea objeto de las motivaciones de las sentencias.

La contextualización consiste, por tanto, en que el declarante describa datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar; de manera que lo que declare se inscriba fácilmente en dicho ambiente, aunque lo ocurrido sea sorprendente. Es decir, es un indicio de verosimilitud el hecho de que la persona recuerde que hizo o después del hecho, o que estaba escuchando, o que programa de televisión estaba viendo, o simplemente que informe de la temperatura o luminosidad del lugar en el que sucedieron los hechos.

Además, el hecho de que el declarante describa las circunstancias del lugar en el que sucedieron los hechos, puede ayudar a valorar otros datos de la situación, como por ejemplo la visibilidad que podía tener el testigo, importante en el proceso penal.

3) Las llamadas corroboraciones periféricas:

Este es uno de los puntos que los juristas más han tenido en cuenta a la hora de valorar la credibilidad de las declaraciones, y además desde muy antigua.

Es decir, que el relato de un declarante se viera corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración.

Los psicólogos denominan acuerdo inter-sujeto, es decir, que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos realicen sobre un mismo hecho. Pero las corroboraciones no tienen que venir siempre de personas, sino de hechos que sucedieran al mismo tiempo que el hecho principal que está enjuiciando.

Estos datos periféricos pueden ser de gran utilidad, pero siempre y cuando no hayan sido inducidos en los testigos, el juez motive debidamente por que deben ser tomados en cuenta.

4) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante:

Esta circunstancia es de apreciación bastante más compleja. Consiste en que el declarante haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso, o incluso al propio declarante. Estas declaraciones, como digo, suelen venir a cuento y, por ello, son consideradas oportunistas.

Se trata de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o bien de justificaciones de las propias actuaciones-o de la persona que se pretende beneficiar- que van más allá de lo que se le haya podido preguntar al declarante.

Todo esto también debe ser objeto de análisis por parte del juez a la hora de dictar su sentencia.

B) La técnica del interrogatorio en las declaraciones de las personas

Los juristas no son formados en este ámbito durante sus estudios de derecho y, por ello, no suelen prestar excesiva atención al tema. Sin embargo las leyes excluyen acertadamente las preguntas capciosas, las sugestivas, las impertinentes, los cargos y las reconvenciones. Se recomienda, no la forma interrogativa, sino la narrativa para tomar declaración del testigo. Y sin embargo, en la práctica, se escuchan constantemente preguntas capciosas y por supuesto también las impertinentes, se formulan cargos y se realizan frecuentes reconvenciones. Y, por descontado, se abusa de la forma interrogativa y se prescinde por completo de un cierto esquema lógico en la formulación de preguntas.

a) La técnica Interrogativa:

Es la técnica más utilizada en la práctica. Los letrados suelen llevar, más o menos preparado, un listado de cuestiones que quieren formular al declarante.

La doctrina psicológica ha propuesto o varios elencos de preguntas.

- 1. Preguntas determinativas:** que son las que no aportan prácticamente información
- 2. Preguntas disyuntivas:** perfectas o imperfectas, en función de que si ofrecen solo dos alternativas o no descartan una tercera
- 3. Preguntas expectativas:** que intentan provocar una sugestión
- 4. Preguntas implicativas:** que tratan de suponer como existente algo desconocido en la realidad
- 5. Preguntas consecutivas:** que son las que se formulan insistiendo en las preguntas anteriores, para aumentar la sugestión.

b) El Examen directo y contraexamen de testigos y peritos

Debe recordarse que en nuestro sistema rige la libre valoración de la prueba, entre ellas la testimonial, que abra de presentarse y practicarse, ante el tribunal, por medio del interrogatorio. Todos los testigos valen, pero no todos los testigos pesan

El examen directo, es el que realiza el fiscal o abogado que presenta al testigo, es el corazón y el alma del caso. Casi toda la información que un parte necesita transmitir al Tribunal viene del examen directo

Tres son los objetivos del examen directo: presentar la prueba que se requiere para probar la teoría del caso, convencer al Tribunal de que la teoría del caso propuesto es la que más se adecua a la realidad de los hechos objeto del juicio, y refutar los argumentos de la parte contrario.

El examen directo debe ser efectivo.

El testigo debe narrar los de manera tal que sean entendidos por el tribunal de ello dependa de la habilidad que tenga el abogado litigante para formular sus preguntas, a fin de obtener en forma clara la información que sirva para sustentar su teoría del caso.

El contra examen

Es considerado como la piedra angular del sistema acusatorio adversarial y puede ser una formidable herramienta en la búsqueda de la verdad. Es la oportunidad de confrontar al testigo propuestos por la contraparte y controlar sus dichos del examen directo.

Es un medio para garantizar el principio de contradicción.

EXAMEN Y CONTRAEXAMEN A PERITOS

El testigo solo puede declarar sobre materias de las cuales tenga conocimiento personal. Solo a los peritos se les permite emitir opiniones o inferencias sobre hechos o eventos. El perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado.

Prueba pericial

La pericia es un medio de prueba, mediante el cual se busca información fundada basándose en conocimientos especiales, ya sean científicos, artísticos, técnicos (medicina, contabilidad, balística, etc.) útiles para la valoración de un elemento de prueba.

La declaración del perito que comparece al Juicio Oral y presta testimonio ante el tribunal en forma directa a través del examen directo y el contra examen de las partes no puede ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en acta o por informe pericial escrito, salvo casos excepcionales, lo cual es una exigencia del principio de inmediación.

Estructura en el examen directo del Perito

a) Acreditación. Al igual que en el examen a testigos brinda al juzgador acerca de la credibilidad del perito, es decir le da motivos al juzgador para que crea a nuestro perito.

Cuando se trate de peritos debemos saber el conocimiento en concreto que tiene; es decir, debemos saber en dónde trabaja, que cargo desempeña, lo que él ha escrito sobre el tema en cuestión, ponencias o discursos, lugar, las ocasiones anteriores en los que él ha testificado, etc.

b) Estructura temática. Ya que los peritos no son testigos presenciales, la cronología carece de relevancia en estos casos. El relato de los peritos será temático, es decir girará en torno a las conclusiones a las que ha llegado y los procedimientos que usó para ello llegar a esas conclusiones.

c) Lenguaje especializado. Cuando el perito utilice términos científicos propios de su área de conocimiento, se le debe pedir que explique en términos comunes.

Estructura del contra examen del Perito

Los objetivos serán los mismos: tachar su credibilidad, Rescatar aspectos positivos de nuestro caso, obtener del testigo información favorable para nuestro caso y así probar nuestras alegaciones. Las reglas del contra examen a los peritos también son iguales que para los testigos legos.

c) La técnica Narrativa:

Consiste dicha técnica en preguntarle a un declarante sobre los hechos, pero dejando que los relate sin apenas interrumpirle, salvo para consultarle alguna matización. El juez dejara al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros y contradictorios.

Se trata de la técnica más recomendada por la doctrina psicológica por razones obvias: el interrogador no suministra ninguna información al interrogado. Y con ello es mucho más factible que no se creen falsos recuerdos en su mente que darán al traste con una debida valoración probatoria.

No obstante el problema de la técnica narrativas son los llamados "errores de omisión" es decir, que el declarante no informe sobre los detalles que conoce, pero que en aquel instante no es capaz de recordarlo o simplemente, no los cree importantes. En ese momento el interrogador debe ayudar al testigo, pero sin suministrare información para no corromper el testimonio.

El interés del litigante y la fiabilidad de su declaración

Lo primero que define a un litigante es su interés al proceso. Tanto si es el demandante como si se trata del demandado, querrá ganarlo, porque de lo contrario las partes correspondientes hubieran desistido, se habrían allanado, o habrían llegado a una transacción. Por su parte, en el proceso penal la voluntad de auto exculpación del imputado casi siempre existirá. Y también será muy frecuente el interés de la víctima en una severa condena.

Pero la cuestión es cómo hacer para que el juez pueda tener presente este interés de manera debida y objetivable, sin verse impelido de descartar su declaración. En este tema es muy sencillo incurrir en excesos bienintencionados, como por ejemplo afirma que todo aquello que el litigante afirme y le perjudique es cierto.

Por todo ello es necesario observar con cautela, es una especie de máxima de experiencia excesivamente inconcreta. Hay que determinar su contenido para que pueda ser útil al juez, de manera que pueda objetivar la valoración de la credibilidad del declarante, motivando debidamente esa valoración siguiendo parámetros mucho más determinados.

La declaración del coimputado:

El coimputado es la parte acusada que acompaña a otro o más acusados en el proceso penal.

Lo que realmente pone en aprieto a los tribunales es el llamado con cierta imprecisión "ánimo de auto exculpación", pero no porque exista en mayor medida con respecto a otros imputados, sino porque en este caso ese ánimo es algo distinto. Más que de ánimo de auto exculpación, habría que hablar de ánimo de heteroinculpación es decir, deseo de atribuir las responsabilidades al resto de los imputados, y ello es lo que distorsiona realmente la valoración de su declaración. La razón es que solamente la declaración puede ser falsa con respecto al propio coimputado declarante, sino que además la falsedad se extiende a los hechos que atañen al resto de los imputados, sean auténticamente comunes o no. Ello obviamente, complica sobremanera la valoración del testimonio.

Por ello, con un buen criterio, el juez debe con la existencia de corroboraciones con otras pruebas para dar valoración a la declaración del coimputado.

En concreto para considerar que la declaración de coimputado es creíble, será necesario, como siempre, que este corroborara y no sea artificialmente coherente. Además, será imprescindible que esté correctamente contextualizada, de manera que los relatos vagos sobre la escena de los hechos que no confirmen la existencia de datos obvios, puede ser vistos como falsos. Pero además, si el coimputado durante su declaración se permite el lujo de ir desacreditando al oír coimputado de forma innecesaria, contando, por ejemplo, detalles de su vida privada anterior al delito no interesan al caso concreto, o aspectos de su personalidad que no tengan que ver directamente con los hechos enjuiciados, es posible que el relato del coimputado no sea creíble.

La declaración del testigo- víctima:

Con el presente artículo se pretende analizar la **declaración de la víctima en el proceso penal como prueba de cargo**, capaz de desvirtuar el principio de presunción de inocencia que asiste a todo acusado. Es un supuesto que se da mucho en procedimientos como por ejemplo la violencia de género, donde los incidentes constitutivos de infracción penal, se suelen dar en el ámbito privado y donde no siempre hay testigos presenciales que puedan avalar lo ocurrido.

Las notas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo según doctrina reiterada, son las siguientes:

1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, que puede enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada sobre bases firmes.

2.- Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejen huellas o vestigios materiales de su perpetración.

3.- Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones, lo que significa que la declaración ha de ser concreta, precisa, narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones.

4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

Es una conclusión unánime en la Doctrina que el testigo es un sujeto ajeno al proceso, por no figurar como parte en el mismo. A primera vista, ello le podría hacer aparentemente más fiable que los propios litigantes, puesto que aunque la información que tenga quizás no la haya vivido con el interés de quien es parte, precisamente por esa circunstancia sí que podría considerarse que posee mayor objetividad.

Sin embargo, ello no es más que un tópico, tan repetido que hasta con mucha facilidad puede dar la sensación de ser cierto. No existen medios de prueba que, en general y *a priori*, sean más fiables que otros. Todas las pruebas tienen su potencialidad informativa, y solamente analizando las circunstancias que concurren en el supuesto concreto —aunque pueda ser en parte generalizable—, y practicando la prueba con las técnicas que nos recomienden los diversos expertos en cada materia, se conseguirá obtener la información deseada, o al menos podremos llegar a la conclusión razonable de que el medio de prueba no resulta aprovechable y, por tanto, podrá ser desechado motivadamente y con tranquilidad.

La prueba testifical ha sido la principal víctima propiciatoria de tópicos generalistas como ese, y de otros, en materia probatoria. Se ha partido de la base de que los testigos son perjuros que declaran falsamente, porque quien los trae al proceso ya se encarga de preparar la declaración que realicen. Aparte de la citada antes, ésta es la máxima de experiencia que impera en la mente de cualquier jurista, que es en buena medida contradictoria con la primera, la que defendía la mayor objetividad de los testigos en comparación con las partes.

Pero la máxima de experiencia es, también en este caso, anticuada y manifiestamente errónea. Y, además, contradice la fiabilidad que en la práctica, incluso inadvertidamente, otorgan los jueces a esta prueba, que es, como veremos, sorprendentemente mucho mayor de lo que se cree. Y es errónea fundamentalmente porque prescinde por completo de la posibilidad de valorar la declaración del testigo —y no la persona del testigo— a través de los criterios científicos que he venido ofreciendo hasta este momento, y que pueden hacer que la declaración de dicho testigo aporte realmente una información que pueda tener eficacia auténtica en el proceso.

Sin embargo, no es ello lo que se piensa normalmente. El testigo ha sido víctima de todo tipo de prejuicios, juicios injustos sobre valoración como prueba, disponiendo, por ejemplo, un sistema de tachas que está centrado en la persona del testigo, y no en su declaración, lo que ya de entrada, como se vio anteriormente, resulta francamente discutible. Incluso se ha dispuesto la existencia del delito de falso testimonio, que intenta perseguir al testigo que quebranta un juramento, intentando con ello, vanamente, que el testigo respete por el temor a la pena aquello que su falta de fe no le permite respetar. Y es que más que la amenaza de un castigo penal —o divino en otras épocas—, quizás hubiera sido más útil regular la celebración de un interrogatorio en las debidas condiciones y describir, con alguna precisión al menos, las máximas de experiencia que deben utilizarse en la valoración de esta prueba.

Veamos a continuación cómo los testigos sí que pueden aportar información utilísimas para el proceso, teniendo en cuenta, evidentemente, sus limitaciones, que son las que condicionan cuáles son esas máximas a las que me he referido. Para ello es preciso establecer en qué medida el testigo está alejado del objeto del juicio, a fin de determinar la razonabilidad de todas las exclusiones y tachas que ha padecido dicho testigo a lo largo de la historia. Y una vez descrita esa situación, abordaré la cuestión de la credibilidad del testigo si el mismo no tiene sospecha de parcialidad.

A) El testigo con interés directo o indirecto en el asunto. Las tachas y las dispensas

Uno de los testigos que peor fama ha otorgado a la prueba testifical ha sido precisamente aquel en el que concurre alguna circunstancia que, de ser un juez, le haría parcial. Me refiero a los testigos que, en terminología tradicional, podrían ser tachados, tales como los familiares, los amigos, los dependientes, etc. Para el juez es muy difícil renunciar a tener en cuenta esas características, si le son conocidas. Y además, parece que es muy sencillo que el juzgador tenga presentes *a priori* esas circunstancias al escuchar la declaración, porque se quiera o no, si las conoce sin duda las tendrá en consideración, tanto por motivos psicológicos como sociológicos. O incluso por motivos estrictamente objetivos, porque la ley le obligue a tener en cuenta estas circunstancias, como es el caso con el sistema de tachas.

Pero con ello, como decía, se obliga al juez a valorar a los declarantes, y no sus declaraciones, y ello es al menos discutible simplemente porque tal

actuación no es realmente motivable en la sentencia, aunque pueda parecer lo contrario. Se le dice al juez que tenga en cuenta el hecho de la tacha en su valoración. Y en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil se le obliga a que tenga presente la tacha antes de que declare el testigo incluso¹⁵², lo que tiene la finalidad, algo vana, de asegurar la seriedad de la formulación de la tacha. Pero que va en contra del hecho de que, en puridad, antes habría que valorar la declaración y después, en su caso, a la persona del testigo, porque lo contrario implica prejuzgar su testimonio y hacerlo posible víctima del sesgo de confirmación¹⁵³ que vimos líneas atrás. Es decir, que una vez que el juez esté convencido de que está ante un más que posible farsante, no crea nada de lo que diga, por verosímil que objetivamente hubiera resultado. Y esa desconfianza, por sí misma, no es motivable en la sentencia, puesto que si no viene acompañada de un recuento de las razones por las que el testimonio —y no quien lo ha prestado— no resulta creíble, lo cierto es que puede convertirse en una simple discriminación, porque el hecho de que el declarante sea amigo o familiar del litigante no implica ya de por sí, sin más, que su testimonio no sea veraz.

Y es que fijémonos en que, efectivamente, el juez, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, «tendrá presente» el hecho de la tacha, pero no se le obliga a explicar jamás el porqué, porque esa explicación se da por obvia y, de hecho, se convertiría en una tautología: «no creo al familiar, porque es un familiar». Esa sería la síntesis de su pensamiento, que escondería la intuición social de que los familiares no son creíbles cuando hablan de otro familiar. Lo cual no siempre es así, como se está percibiendo constantemente, por ejemplo, incluso en las partes civiles de los procesos de violencia doméstica, en los que, además, muchas veces los únicos testigos son los propios familiares.

Otro tanto sucede en el proceso penal. También se mira con desconfianza a otros testigos algo más alejados del objeto del proceso. Se permite, por ejemplo, la dispensa de los familiares del imputado (no así de la víctima)¹⁵⁴, simplemente porque se parte de la base de que van a declarar falsamente, sea en su favor, o sea en su contra si están enemistados. Se intentó disfrazar dicha realidad diciendo que se permitía tal dispensa para no enturbiar las relaciones familiares¹⁵⁵. Pero lo cierto es que el origen de tales normas es la falta de credibilidad que merecieron los familiares históricamente¹⁵⁶.

De todo ello se deriva claramente que los legisladores han partido de un fundamento muy poco sólido por ser demasiado intuitivo: la incredibilidad de las declaraciones de estos sujetos. Se les ha colocado la etiqueta de interesados, no se confía en su testimonio, y se procura alejarlos del proceso, o al menos tratarlos con la prevención que impone una tacha o incluso una dispensa. Lo que corresponde averiguar a continuación es si a la vista de todo lo dicho en los precedentes epígrafes, esta actitud es adecuada.

Comencemos por decir que lo anterior, como resulta evidente y ya se ha dicho varias veces, supone valorar a la persona del declarante, y no su declaración, lo que ya implica, desde el punto de vista de una buena parte de los psicólogos del testimonio, un mal comienzo, o al menos un comienzo algo anticuado¹⁵⁷ y, en el fondo, un poco «lombrosiano», si se me permite la expresión. Y es que un adecuado interrogatorio podría hacer prescindibles los detalles objeto de la tacha, haciendo que la declaración de quien fuere, por mayor o menor interés que tuviera en la causa, pudiera ser útil.

Pero es que, además, el hecho de que el testigo pueda tener afecto u odio por las partes, o interés en el objeto del juicio, no tiene por qué afectar siempre y en todo caso a la objetividad de su declaración. Por supuesto que los motivos ideológicos, o sociológicos como los familiares o los de amistad, pueden influir al testigo en su declaración. El problema es que ello no es fácilmente demostrable, y en muchas ocasiones será absolutamente imposible de probar. Por añadidura, una cosa es que no se permita que un juez, que sea familiar de una de las partes, ejercite su función en ese proceso, porque en materia de imparcialidad judicial, no sólo es importante que la imparcialidad objetivamente exista, sino que, además, las apariencias también son esenciales¹⁵⁸, por la imagen pública de transparencia y ecuanimidad que debe ofrecer ante la ciudadanía el desempeño de su función. Pero muy diferente es que se excluya, *de iure* o *de facto*, también a un testigo, que no es un juez. Y es que en materia de prueba, creer simplemente en las apariencias es bastante inconveniente, como se viene demostrando a lo largo de toda esta obra.

Lo que ha intentado el legislador con toda esta parafernalia de tachas y dispensas, que como vimos en su momento fue muchísimo más amplia en el pasado, es simplemente evocar los prejuicios de cada época para simplificar

la labor judicial, especialmente en tiempos en los que el oficio jurisdiccional en muchas ocasiones no dependía de jueces profesionales y, por ello, antes que dejar que el juez aplicara sus propios tópicos en materia de valoración de la prueba, prefirió reflejarlos en la ley de manera más segura. Pero con ello, como se describió líneas atrás, se creó un sistema de prueba legal en relación con la testifical.

Y este esquema de tachas y dispensas no son más que los restos de aquel antiguo sistema ¹⁵⁹. De hecho, estas causas de parcialidad ya no son causas de exclusión, sino que han vuelto al esquema inicial en el que las normas de prueba legal eran simplemente admonitivas. El paso siguiente será probablemente que desaparezcan, no poniéndole trabas al juez en la libre valoración de la prueba.

Y es que la descrita es una forma un tanto burda de averiguar el posible interés del testigo en el objeto del juicio, porque dicho interés puede existir también al margen de las citadas circunstancias de tacha. Sin embargo, es muy importante determinar la existencia de dicho interés al margen de esas causas de parcialidad, pues en caso de concurrir el mismo, el testimonio de este testigo deberá ser valorado de forma muy similar, prácticamente idéntica, a la declaración de las partes. Ello se debe a que dicho testigo, aunque su interés es posible que no sea completamente idéntico al de los litigantes, deseará que venza en el proceso alguna de las partes, por lo que en este terreno no existen grandes diferencias en cuanto a la valoración probatoria de su testimonio y el de la declaración del litigante.

Dicho esto, la actitud correcta al interrogar a cualquier testigo es, de entrada, la de no tener en cuenta las posibles circunstancias que afecten a la imparcialidad de su testimonio, porque de lo contrario, como se viene de decir, es demasiado alto el riesgo de padecer el sesgo de confirmación. Por ello, no es adecuado ni que se formulen las tachas antes de que declare el testigo, ni tampoco que se le interrogue previamente sobre las llamadas preguntas «generales de la ley», muchas de las cuales también van enfocadas a percibir esa posible parcialidad ¹⁶⁰. Y no es adecuado porque, repito, todo ello condiciona al juez antes de escuchar al testigo. En todo caso, siempre que fuera

posible —aunque normalmente no lo será¹⁶¹— sería procedente que conociera esos datos una vez ha declarado ya el testigo, justamente como colofón de su declaración, pero no antes, por las razones indicadas.

Porque de lo que se trata es de valorar objetivamente la declaración del testigo. Es decir, es preciso analizar si el relato que realizó fue coherente, si el testigo lo contextualizó, si se corrobora dicho relato con otras pruebas y si existieron detalles oportunistas en la declaración. Es decir, algo parecido a lo que, como ya vimos, sugiere la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo cuando se trataba de valorar la declaración del único «testigo-víctima»¹⁶². Carece de sentido limitar esa técnica a este caso concreto, puesto que la averiguación de la certeza de las declaraciones puede ser realizada de la misma forma con respecto a cualquier declarante, del modo que hemos venido procediendo a lo largo de los últimos epígrafes, aunque con los matices propios de cada caso concreto.

De esa forma, cuando declare quien realmente tenga interés directo o indirecto en el proceso, se observará lo mismo que con respecto al litigante: que el relato puede ser demasiado coherente y que aparecen detalles oportunistas. Ello será un primer indicio de que el relato es falso por las mismas razones que se dijeron al hablar de la declaración de partes, es decir, porque es posible que el testimonio esté preparado. Pero no es indudable que ello sea así. Habrá que esperar a la contextualización del relato —que únicamente podrá realizar realmente si es testigo directo— y a las corroboraciones periféricas, para lo que será necesario observar la resultancia del resto de medios de prueba.

Solamente en el caso de que el interrogatorio no resulte esclarecedor, porque se observe que concurren demasiados defectos de los citados, será posible valorar el testimonio teniendo en cuenta esas circunstancias de parcialidad, puesto que pueden servir para confirmar las sospechas. Y con ese antecedente del análisis detenido de la declaración, sí que pueden ser incluidas las causas de parcialidad en la motivación de la sentencia como elemento corroborador de la incredibilidad del testimonio. Pero ello como último recurso, desempeñando las mismas un papel similar al de la carga de la prueba. Igual que no es lícito utilizar la institución de la carga de la prueba sin antes haber intentado la valoración de los elementos probatorios que existan, tampoco es adecuado que a un sujeto, sea quien fuere, se le haga entrar en una sala de justicia poco menos que con la etiqueta de mentiroso en la frente. Por ello, cualquier testigo debe ser escuchado de manera igualitaria a cualquier otro declarante, dejando al margen todo tipo de juicios preconcebidos sobre su persona. Acompañado ello de la técnica narrativa de toma de

declaración, ciertamente sería bastante probable acercarnos en buena medida a los recuerdos auténticos del declarante, incluso del testigo sobre el que pesa una causa de tacha.

Desde luego, lo más cómodo es hacer justamente lo contrario. Es decir, saber ya de antemano que es familiar o amigo o está interesado, y tras ello no escucharle prácticamente en absoluto, dando por descontado lo que va a decir. Esa conducta aboca a que el juez, en la valoración de esta prueba, no siga un esquema deductivo, como ya vimos líneas atrás que era lo debido, sino inductivo, puesto que buscará en la declaración detalles que le confirmen la falta de objetividad del testigo. Y aunque finalmente no los encuentre, en la sentencia declarará no creíble el testimonio simplemente porque se trató de un familiar o un dependiente, por ejemplo, lo que conduce, en el fondo y aunque no se sea consciente de ello, a un retroceso a los esquemas de la prueba legal ¹⁶³.

En definitiva, el juzgador deberá valorar a estos testigos interesados como si no lo fueran, porque de otro modo se perderá el contenido de su declaración. Y una vez examinado con precisión dicho contenido, atenderá al hecho de que el testigo puede ser parcial. No tiene sentido que en el proceso declare el litigante, que es inevitablemente parcial, y que en cambio se rechace *de facto* la declaración de un testigo que, aunque pese una causa de tacha sobre él, puede ser completamente objetivo. Para saberlo no habrá otro remedio que escucharle, porque es de la única forma en la que podremos saber con mayor certeza si es o no realmente objetivo.

B) El testigo desinteresado

El testigo que tienen más presente las leyes, sin sospechas, al menos *a priori*, es justamente aquel del que sí que puede predicarse objetividad al no estar incurso, de entrada, en ninguna causa de parcialidad. Parece que es el

único testigo que se considera legítimo, porque no se suele hablar del testigo tachado más que cuando la Doctrina se refiere precisamente a las tachas. Sin embargo, ya se ha visto que el anterior es tan testigo como el que vamos a tratar en estos epígrafes, y por ello he abordado su problemática en primer lugar, y también por el deseo de demostrar que aunque el testigo esté incurso en una causa de parcialidad, puede ser igualmente fiable.

No obstante, la valoración de su declaración es distinta a la del testigo interesado. Sigue los mismos parámetros, pero lo que vamos a encontrar no es un calco de lo que hemos visto hasta el momento, sino que se separa considerablemente de lo tratado. Hasta ahora hemos analizado supuestos de litigantes y testigos interesados, y justamente lo que caracteriza a estos testigos es que carecen de todo interés en el resultado del pleito.

Pero ello no debe hacer pensar que estos testigos sean completamente objetivos. No ya por los posibles fallos de su memoria, como ya se vio en su momento, sino porque es posible que se hayan impresionado por los hechos que vieron si fueron testigos directos, de manera que, en el fondo, sus emociones les lleven a desear que venza en el proceso una u otra parte. Ello es bastante incontrolable, pero no es descartable que pueda descubrirse tal motivación, que es importante determinar. Lo veremos seguidamente.

Por otra parte, con respecto a estos testigos también ha pesado muchísimo el tópico. Los testigos, tradicionalmente, han estado desprestigiados socialmente, sobre todo cuando los traían las partes, lo que solía —y suele— ser el caso más habitual. Todo ello ha impedido que sean examinados con rigor, porque fueran testigos tachados o bien traídos por las partes, siempre se encontraba la excusa para no atender a su declaración y, sobre todo, para evitar la valoración de esta prueba, que evidentemente es compleja, resultando mucho más cómodo, por supuesto, prescindir del testigo atendiendo al tópico.

Para proceder a la explicación se distinguirá entre los testigos directos y los de referencia, porque aunque pertenezcan al mismo género de sujetos procesales, su especie es completamente distinta, habida cuenta de que la información que pueden suministrar también es muy diferente, por lo que merecen un tratamiento completamente separado. Lo veremos a continuación.

a) *Testigos directos*

El testigo directo es aquel que estuvo presente en el lugar de los hechos, o muy cerca de él, y los percibió a través de alguno de sus sentidos. Lo que se suele tener más presente es que viera los hechos, pero también es perfectamente posible que los oyera, o simplemente que utilizara el olfato, el gusto o el tacto. Puede ser que el testigo oliera a gas en un lugar¹⁶⁴, o bien que siendo ciego solamente pueda percibir algunos detalles a través del tacto de algunas personas o cosas¹⁶⁵. O bien que utilizara el gusto, al detectar, por ejemplo, la presencia de una sustancia prohibida en una bebida alcohólica¹⁶⁶. Sin entrar en consideraciones estrictamente técnicas sobre la fiabilidad de estos sentidos, que dependen lógicamente de los peritos en cada uno de ellos, debe exponerse en estos apartados qué aspectos de la práctica de esta prueba son controlables por un juez.

Ya se ha dicho muy reiteradamente que debe evaluarse la declaración del testigo y no detalles sobre su persona, al menos en primer lugar. De dicha declaración debe examinarse, como siempre, su coherencia, contextualización, corroboraciones y presencia de detalles oportunistas. Veamos en qué medida en cada caso concreto.

b) *Testigos de referencia*

Con respecto a estos testigos, como ya se dijo en la parte histórica, la desconfianza siempre fue máxima, hasta el punto de haberse llegado en diversas ocasiones¹⁷⁴ a la expresa prohibición de este testimonio en las leyes anteriores a las codificaciones del siglo XIX. Actualmente, la jurisprudencia también refleja esa desconfianza¹⁷⁵, exigiéndose que se agoten todas las posibilidades de traer al testigo directo, valorando con suma cautela la credibilidad de este testigo.

En este caso es perfectamente lógico que sea así y tal desconfianza es razonable. Téngase en cuenta que con respecto a los testigos de referencia no se puede obrar del mismo modo que con el resto de testigos, dado que no han visto aquello sobre lo que declaran, sino que se lo han contado. Ello provoca que sean inútiles todas las ventajas de la contextualización del relato —salvo en lo que se refiere a las circunstancias en que les expresó el relato el testigo

directo— y los posibles cambios de perspectiva en la declaración que se sugieran al testigo durante el interrogatorio. Este testigo ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos, por lo que no puede describir su contexto, y ni tan sólo puede imaginar una perspectiva diferente a la que le relataron. Por tanto, la falsedad de su testimonio es muy difícil de descubrir.

Es posible que ni siquiera ayude el hecho de recurrir a los datos de la coherencia del relato o a las corroboraciones periféricas, porque puede ser que lo que le contaron ya fuera incoherente de por sí y no estuviera corroborado, por lo que es muy probable que ni siquiera esté mintiendo, sino que le contaran una mentira que se creyó. Además, siendo probablemente más ajeno a la causa que ningún otro testigo, ni siquiera son esperables en él los comentarios oportunistas. Si a ello se le une el hecho de los posibles fallos de su memoria, que deben añadirse a los errores de la memoria de la persona que le contó los hechos, ciertamente podemos ir a parar a un auténtico callejón sin salida. Por ello, cuando debe valorarse la credibilidad de un testigo de referencia estamos ante un problema gravísimo, y no es de extrañar que las leyes antiguas acabaran excediéndose, prescindiendo de él, disponiendo una norma de valoración legal de la prueba en ese sentido, prohibiendo tener en cuenta ese testimonio.

Probablemente, con el testigo de referencia lo único que es posible valorar, en alguna medida, es que no está mintiendo él mismo. Pero hasta eso es ciertamente complejo, teniendo en cuenta que no se puede valorar realmente ni la coherencia del relato, ni tiene importancia su contextualización, salvo en la medida acabada de citar, y podrían incluso no existir corroboraciones periféricas de lo que diga.

Por ello, el resultado es frustrante. Si hacemos caso a todo lo que se acaba de decir, ciertamente parece poco razonable tener en cuenta en el proceso a estos testigos. Sin embargo, ello no es admisible sin más explicaciones, porque supone prescindir de un elemento de prueba que podría ser auténtico. Además, descartar *a priori* una prueba es lógico en un sistema de prueba legal como el que existió en otra época, pero no en un contexto de libre apreciación de la prueba, en el que no existen exclusiones apriorísticas de medios de prueba. Por consiguiente, hay que hacer un último esfuerzo por intentar que el testigo de referencia pueda tener alguna utilidad en el proceso. Analicemos la cuestión desde la perspectiva de cada proceso.

El Careo CONCEPTO.

El careo es una confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuáles la que mejor refleja la verdad.

a) *Presupuesto.*

El careo tiene como *presupuesto* la producción, en el proceso, de *más de dos declaraciones*, y que en ellas se haya vertido manifestaciones *contradictorias* sobre hechos o circunstancias importantes (art. 276).

1) Las deposiciones discordantes deben haber sido legalmente recibidas y podrán provenir tanto de testigos como de imputados, sin perjuicio de las particulares previsiones legales que se impone según sean unos u otros.

2) La *contradicción* entre los dichos de quienes serán confrontados-que es el presupuesto básico de la realización del careo- podrá recaer sobre "la existencia de hechos o sobre un accidente de modo, tiempo, lugar, etc."^ El acto perseguirá la superación del desacuerdo y el esclarecimiento de los puntos controvertidos^, para despejar las dudas derivadas de la discordancia entre los diferentes dichos. La discrepancia debe ser *expresa*, es decir, originada en *versiones* diferentes vertidas en las respectivas declaraciones. En consecuencia, no será idónea para la realización de un careo una contradicción implícita, como sería, por ejemplo, la que subyace entre la versión del imputado, que niega su participación en el hecho, y el dicho del testigo que lo reconoce, en rueda de personas, como protagonista de aquél ^

3) Para que autoricen el careo, las contradicciones deben recaer sobre "*hechos o circunstancias importantes*"(art. 276), es decir, relevantes a los fines del esclarecimiento de la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. Queda excluida la posibilidad de practicar el acto frente a discordancias sobre aspectos de escasa significación. La ley deja totalmente en manos del tribunal actuante el juicio acerca de la *importancia* de la discrepancia.

4) Además, la contradicción debe tornar *dudosas* todas las declaraciones discrepantes, pues el careo tiende a despejar las dudas existentes^ Si a pesar de haber discordancias resulta clara la veracidad de una declaración y la sinceridad de la otra, el acto carecerá de sentido.

b) *Intervinientes.*

Es posible la confrontación entre imputados, entre testigos y entre imputados y testigos, y pueden participar en el acto más de dos de ellos (arts. 276 y 278).

1) En todo caso, se requiere la intervención personal de los declarantes en contradicción (art. 278), por lo cual no se admite el denominado "medio careo", consistente en hacer conocer a uno de los intervinientes la declaración contradictoria del otro, sin enfrentarlo con éste.

2) En caso de que una de las versiones contradictorias haya sido proporcionada por el imputado, podrá someterse socialmente si presta su asentimiento (arg. art. 276), pudiendo asistir i " ó su defensor (art. 278). Su negativa, por estar amparada por el principio general de los arts. 18, C.N., y 296, C.P.P., no podrá ser utilizada como presunción de culpabilidad en su contra (arg. art. 298). Si se presta al acto, éste funcionará como medio de ejercer su defensa material, por lo cual regirán las disposiciones atinentes a la declaración indagatoria (arts. 296 y ss.).

3) En vista de que conforme a nuestro sistema el actor civil y el querellante no están exentos de la obligación de declarar (arts. 86 y 96), si hubieran depuesto en el proceso podrán ser sometidos al careo con otros testigos o con el imputado.

4) No ocurre lo mismo con los peritos, pues las discrepancias entre sus conclusiones tienen en la ley otra vía específica de solución: la designación de peritos nuevos (art. 262).

EFICACIA PROBATORIA.

El valor probatorio del careo podrá devenir tanto de la superación de las contradicciones, por decisión de los intervinientes (rectificación, retractación o acuerdo), como de los nuevos elementos que le proporcione al juez la confrontación inmediata entre los careados, para valorar la veracidad y sinceridad de la ratificación de los dichos discordantes. Empero, siempre habrá que estimar su resultado "con discreción y con suma relatividad", no sólo prestando atención a las múltiples razones que puedan hacer que uno de los declarantes en contradicción se pliegue a la versión del otro, o se obstine en mantener la propia, sino tratando de evitar simplificaciones peligrosas sobre los motivos de la palidez, tranquilidad o cólera de aquéllos, para buscar su "íntima y a menudo tormentosa elaboración psicológica" ^

Lección 6

La Valoración de la prueba Pericial

Se trata, probablemente, del medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada "cultura general" y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como si ocurre con la mayoría del resto de medios de prueba. Reconózcase que si el juez ha llamado a un perito al proceso, ello ha sido porque el Juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico.

Perito de parte o perito de designación judicial

Una de las cuestiones sobre la que más se ha debatido, aunque sobre todo a nivel legislativo, ha sido la cuestión de si los peritos debían ser de designación judicial o bien es más oportuno que se trate de peritos de parte.

En el ámbito anglosajón había regido la idea general de que los peritos son, normalmente, de designación de parte, aunque dicha idea se ha modificado parcialmente en los últimos años. En el ámbito Continental, en cambio, se solía partir de la base de que el único perito admisible, por su imparcialidad, era el perito de designación judicial.

Pero esa es una cuestión de orden legislativo. No obstante, he descrito lo sucedido para expresar la desconfianza que se tiene, en general, hacia los peritos, habida cuenta del extendido rumor sobre su posible corrupción, sobre el que casi nadie escribe pero todo el mundo comenta como mentideros. Si esa corrupción existe realmente, ciertamente podría decir, a primera vista, que no habría diferencia entre que participe en el proceso un perito de designación de parte o un perito judicial.

Personalmente, no creo que quepa establecer diferencias entre unos y otros peritos en cuanto a la valoración de su dictamen, porque es verdaderamente imposible asegurar la completa imparcialidad de unos y otros, dada las circunstancias, sin que sean realmente útiles de los sistemas de tachas y recusaciones en este sentido. (Jordi)

La Profesionalidad del Perito

Lo primero que debe controlarse es el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate. Para ello, no es suficiente que se halle en posesión de un título profesional, sino, que además, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión. También es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente, colabora con los órganos jurisdiccionales

Para ello, es necesario que el perito, en su comparecencia en el proceso, lleve a cabo una actuación que no suele hacer habitualmente- aunque se ve en algunos procesos- , y ni tan siquiera esta prevista en las leyes: es necesario que presente un currículum vitae con las acreditaciones precisas de su contenido.

Al contrario de lo que sucedía en la prueba anterior, en el caso de la prueba pericial es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. Y es que habida cuenta de las dificultades que tendrá el juez para evaluar el dictamen en el fondo, el hecho de que pueda saberse si el perito es o no un buen profesional, puede ayudar mucho en esa evaluación. También es necesario observar si el perito posee publicaciones en revistas de reconocido prestigio en la materia de la que se trate, o si está en poder de alguna especialización complementaria a su grado universitario o incluso si ya ha realizado doctorados en la materia objeto del juicio con anterioridad. Todo ello si puede ser objeto de valoración objetiva, y es fácilmente controlable por un juez.

Cumplimiento de los requisitos internos del Dictamen

En cuanto al dictamen pericial solamente, los extremos que podrá apreciar el juez, con su propia ciencia, son solamente los que se van a exponer en los epígrafes siguientes. De hecho, es lo que resulta más recomendable asumiendo que el juez medio no va a poseer los conocimientos científicos con los que el dictamen fue elaborado. Es por ello por lo que solo podrá apreciar aquellos extremos que un jurista, en general, pueda observar sin más esfuerzo que el derivado de la búsqueda y contraste de datos objetivos.

Si no se cumplen los criterios que se van a exponer, el dictamen podrá ser desechado, celebrando en su lugar una nueva prueba pericial o, si ya no es procesalmente posible, asumiendo las consecuencias que en los procesos civiles y penales tiene la insuficiencia probatoria, en caso de que no existan más datos para pronunciarse, aunque ni siquiera esta solución puede resolver los problemas.

La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial

El primer punto que debe controlar el juez es que el dictamen sea inteligible, y sobre todo, no resulte contradictorio. La coherencia de lo que diga el dictamen se valora con los mismos parámetros lógicos

establecidos anteriormente para la apreciación de las respuestas de los interrogatorios, por lo que me remito a lo ya indicado en su momento.

El dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto del dictamen. Eso es lo que otorgara la congruencia del dictamen.

Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración.

El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos.

Hay que centrarse, evidentemente en lo más objetivo, porque cada va ser lo único que, una vez más, podrá acreditar cualquier juez en su momento.

En este sentido, y buscando ser lo más generalista posible para abarcar el mayor número de pericias, puede concluirse que el juez debería centrar su observación en los siguientes puntos:

- 1) Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional.
- 2) Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigente.
- 3) Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación variable e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica.
- 4) Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos: el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente e, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizadas debidamente.

El contraste del parecer expresado en el dictamen

Uno de los principales problemas que se suscitan con la prueba pericial, y que suele traer de cabeza a todos los operadores de justicia, es la existencia en un proceso de diversos dictámenes periciales que concluyan justamente lo contrario entre sí. O bien pruebas que, a ojos de cualquier profano, parezcan contradecir el dictamen pericial de manera que, por bien fundamentado que este el mismo, cuesta muchísimo dar acogida a sus conclusiones porque no parecen estar adaptadas a criterios lógicos.

La contradicción de entre dictámenes periciales

En la motivación de la sentencia, suponiendo que el juez posea dos dictámenes contradictorios, tendrá que proceder al análisis separado de cada uno con los criterios vistos anteriormente, el dictamen que resulte mejor fundado según estos criterios será el dictamen que tendrá que seguir. Pero el problema, en realidad, todavía no se ha resuelto, porque es posible que los dos dictámenes estén perfectamente fundamentados siguiendo todos los parámetros de calidad, y no quepa dudar en absoluto de la profesionalidad de los peritos. Una posible vía de salida sería que el juez utilizara sus propios conocimientos técnicos sobre la materia, si los hubiere, pero ya vimos que esta vía, aunque no descartable, es bastante infrecuente.

Ante tal problema otra vía de salida sería acudir a la resultancia de otras pruebas.

Si llegan las cosas a ese punto, no va a quedar otro remedio que aplicar las reglas de la carga de la prueba, o bien la presunción de inocencia en el proceso penal, interpretando en el segundo caso ese vacío probatorio a favor del reo. Y en el primer caso, es decir, en el resto de procesos, habrá que analizar a quien debe imputarse la falta de evidencias sobre el caso concreto, fallando en su contra, como ya se ha dicho reiteradamente. Y que ante esa imposibilidad de valoración de la prueba, el ordenamiento no deja otra solución que acudir a estas cláusulas de cierre del sistema probatorio.

Pero es preciso advertir de que es posible que ni la carga de la prueba solucione el problema

La contradicción del dictamen pericial con el resultado de otras pruebas

Otra dificultad verdaderamente comprometida es que el dictamen pericial contraste con lo que se desprende de otros medios de prueba. Es decir por ejemplo, que los documentos obrantes en autos y los testimonios lleven a una conclusión, resultando el parecer del perito contradictorio con los mismos. Incluso argumentando que por una parte está la resultancia de otros medios de prueba, y por la otra, el dictamen del perito, solo servirá para valorar críticamente esa resultancia, la posibilidad de contrasten existente, al menos desde el punto de vista lógico, dado que cuando se aportan los dictámenes periciales al proceso, todavía no conocemos las conclusiones que se van a extraer del resto de medios de prueba. Por ello, no queda otro medio que valorar esa posible contradicción y tratar de desentrañarla

En estas situaciones, decir que el juez debe acudir a las máximas de experiencia es poco menos que un sacarsmo, porque el juez no conoce dichas máximas técnicas y su conocimiento de ellas deriva de dos o más dictámenes perfectamente contradictorios. La contradicción puede tener diversas causas, y la mayoría. De ellas son explicables fácilmente. La principal es que los observadores no técnicos no valoran del mismo modo lo que ven que los que si son expertos en la materia. Por ejemplo es posible que los testigos de un accidente indiquen que el trato dispensado por los médicos y los enfermeros a los accidentados no fue el correcto, fundamentalmente porque oyeron gritos, vieron escenas de dolor intenso, así como rápidos movimientos de los profesionales en el manejo de los enfermos y de las camillas.

La valoración de la declaración del perito

Una de las soluciones para intentar llenar el vacío probatorio de un dictamen mal llevado a cabo, o bien incluso antes de deshacer el contraste entre dos dictámenes contradictorios, es precisamente disponer la comparecencia del perito en el proceso a fin de que sea interrogado.

Para realizar esa interrogación deberá seguirse las instrucciones que se dieron con respecto a la declaración de las personas, y confiar en que, a partir de esas instrucciones, se logren esclarecer los hechos, al menos desde el punto de vista técnico. Con el perito no se debe perder de vista que se trata de alguien que ha sido requerido para declarar acerca de un dictamen que realizo valorando ua situación en la que no tiene el mas mínimo interés

Lección 7 -Valoración de la prueba documental

Concepto de documentos:

Documento es el objeto material en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.), mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual (palabras, imágenes, sonidos, etc.)'. Cuando se relacione con el delito que se investiga, o pueda ser útil para su comprobación, podrá ser incorporado al proceso como prueba.

En ciertos casos, el dato probatorio que al proceso interesa será la manifestación de voluntad o transmisión de conocimiento que el documento traduce (intención de contratar; comunicación de una noticia)^. En otros, será el documento mismo, tanto porque es el cuerpo del delito (v.gr., cheque sin fondos, escritura ideológicamente falsa) como porque en él se evidencia la comisión de un ilícito (v.gr., adulteración de su contenido) -hipótesis en la cual el dato probatorio que importa servirá para acreditar ese extremo objetivo de la imputación delictiva (aunque a veces podrá también ser objeto de prueba, como ocurre en el caso de adulteración)-, o aporta datos sobre la individualización de su autor (v.gr., filmación en flagrancia). También constituyen prueba documental las actas del proceso de que se trata (incluso algunas labradas por la policía), pues ellas probarán la existencia de actos procesales de los cuales surgen datos probatorios (v.gr., acta que describe el levantamiento de una huella dactilar del lugar del hecho, etc.

REGULACIÓN LEGAL. La ley no ha regulado en forma específica la prueba documental; pero diversas normas, que se refieren expresa o implícitamente a ella, permiten intentar una sistematización al respecto.

a) Prohibiciones. El régimen legal vigente prohíbe la utilización como prueba de ciertos documentos, como los que constituyan secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, medios de defensa o

relaciones exteriores de la Nación (argumento de los arts. 232, in fine, C.P.P., y 222, C. Penal), y las cartas y documentos que se envíe o entregue a los defensores para el desempeño de un cargo (art. 237) (y que no sean el instrumento del delito o efectos de él). Caferatta

EFICACIA PROBATORIA. a) A diferencia de lo que ocurre con las declaraciones producidas oralmente en el proceso, en las cuales se conoce de antemano, en forma indubitable, quién es la persona que las hace -pues ha sido previamente identificada (v.gr., art. 249)-, respecto de los documentos será necesario determinar si la persona a quien se le atribuye su creación o suscripción es en realidad su creador o suscriptor; o también averiguar quién es el autor de la falsificación de firma, o del documento sin ella. Es el problema de la autenticidad. Tratándose de un documento privado, la atribución podrá derivar del reconocimiento del autor, del cotejo pericial con escritos de comparación indubitables, o de otros medios de prueba (testimonio de la persona que lo redactó por orden de quien aparece como suscriptor, etc.), pues rige al respecto el principio de libertad probatoria (art. 206)'. No escapan de esta cuestión los medios modernos de registración de imágenes (fotografías), sonidos (grabación) o ambos a la vez (filmaciones, videotapes). Al contrario, resulta de particular relevancia determinar quién operó la máquina registradora respectiva. Tratándose de instrumento público, la intervención de un funcionario público y las formas que rodean al documento permitirán presumir la autenticidad de la atribución, salvo que sea argüido de falso según el art. 993 del Código Civil. b) En cuanto a la autenticidad del contenido del documento, habrá que establecer: A) si lo que expresa es lo que su suscriptor quiso que expresara, y B) en caso afirmativo, y tratándose de una expresión de conocimiento, si lo que el documento señala es verdadero. 1) En lo atinente al primer aspecto, se puede decir, en general, que una vez establecido de quién ha emanado el documento, cabe presumir que expresa lo que aquél quiso expresar (arg. art. 1028, C.C), salvo los casos de suscripción coactiva (v.gr., art. 168, C.P.), abuso de firma en blanco (v.gr., art. 173, inc. 4, C.P.), etc. 2) Con relación al problema de la veracidad de la manifestación contenida en el documento, hay libertad de medios para elucidarlo tratándose de instrumentos privados, salvo el caso de abuso de firma en blanco, en el cual no se admite la prueba testimonial (art. 1017, C.C), a menos que el documento haya sido sustraído a la persona a quien se le confió (art. 1019, C.C). Lo mismo ocurrirá cuando se trate de grabaciones, fotografías, filmaciones, etc. Respecto de los instrumentos públicos, válidamente producidos, éstos harán plena fe de la "existencia material de los hechos" que el oficial público exprese que él mismo ha cumplido o que han sido cumplidos en su presencia, hasta que sean argüidos de falsos por acción civil o criminal (art. 993, C. Civil)». En relación con otros aspectos (v.gr., veracidad de lo que dice el otorgante), imperará la libre apreciación judicial.

Utilización procesal. Los documentos podrán ser conocidos y revisados por las partes y sus defensores (arg. art. 354), salvo durante los períodos de secreto instructorio (art. 204), y exhibidos a ellas y a los testigos, "a quienes se invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente" (arg. art. 385). Podrán ser sometidos a exámenes, cotejos, pericias (arts. 253 y 265) y traducciones (si estuviesen redactados en idioma distinto del nacional; art. 268). Si se los quiere utilizar como pruebas para fundamentar la sentencia definitiva, deberán ser incorporados al debate mediante su lectura (art. 392), para cumplimentar el principio de oralidad y publicidad propio del juicio (art. 363), y con arreglo a lo señalado en el n° 71, b, 1. Por cierto que algunos documentos ingresarán de otros modos, como su proyección en la sala de audiencias (si se tratara de videotapes, etc.).

INFORME NOCIÓN. En sentido genérico, cabe decir que "informe probatorio" es la respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial, sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquélla. Empero, desde mi punto de vista, el informe tendrá valor conviccional per se sólo si es expedido por instituciones públicas por medio de funcionarios autorizados, o por representantes de personas jurídicas privadas, siempre que en este último caso no hubiese duda alguna en cuanto a la autenticidad de la suscripción. La aprehensión de su peculiaridad probatoria se facilitará apenas se advierta que los datos que revele el informe serán extraídos de la "memoria" de la institución requerida (si se me permite la licencia), y no de la memoria del funcionario que los recoge y trasmite (que puede ser cualquiera que tenga acceso a ellos), que nada les agrega. De ello se deduce, con claridad, que la prueba informativa supone la previa registración de los datos sobre los cuales versará el informe, que están al alcance de quien lo suscribe en virtud de las funciones que ejerce, y no por percepciones sensoriales anteriores de éste.

CONCEPTO Y REQUISITOS. Se podría caracterizar el informe diciendo que es el modo que tienen las personas jurídicas de transmitir la información, previamente registrada por ellas, que les requiera la autoridad judicial. El firmante actuará como representante de aquélla, y no por sí mismo, pues los datos que trasmite, generalmente, no los habría conocido prescindiendo del informe. En muchos casos, el informe será un verdadero instrumento público (art. 979, inc. 2, C.C.). 1) Quedan, así, fuera del concepto que analizo los llamados "informes técnicos" de la policía judicial, que son verdaderas operaciones de policía científica; los informes sobre hechos delictivos elevados por aquélla a los jueces y fiscales (arts. 186 y 195); los requeridos por tribunales superiores a inferiores (art. 477); la declaración testimonial "por informe" de ciertos funcionarios (art. 250); el informe para la libertad condicional (art. 506); etc. 2) El informe propiamente dicho debe emanar de una persona jurídica oficial o privada. Es común que se requiera informes a entidades privadas de cierta envergadura (v.gr., universidades, bancos), pero si se discute la autenticidad de la suscripción deberán ser reconocidos por sus otorgantes o mediante prueba pericial. Ello permite afirmar que en estos casos se tratará de una variedad de la prueba documental. Lo mismo ocurrirá cuando al informe sean agregados testimonios o copias auténticas de instrumentos públicos, respecto de los documentos anexados. 3) Los datos previamente registrados deberán ser transmitidos por escrito. Si el informe fuera producido oralmente, le serán aplicables, también, las reglas del testimonio.

REGLAMENTACIÓN LEGAL. El C.P.P. no se ocupa sistemáticamente de esta prueba. No obstante, el hecho de echar mano de ella (v.gr., el art. 305, sobre informes de antecedentes del imputado; o el art. 325, relativo al informe de dominio y a gravámenes, previo a la caución real) permite considerarla comprendida entre "las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" (art. 193, inc. 1), y sostener la legitimidad de su utilización para otros casos no previstos especialmente. Regirán, respecto de este medio de prueba, las limitaciones referidas a la información que según las disposiciones legales vigentes no pueda ser exigida (v.gr., si la entidad privada fuese del imputado), ni revelada, aun mediante orden judicial* (v.gr., secretos políticos o militares).

VALORACIÓN. Habrá que tener especialmente en cuenta, en el momento de evaluar la idoneidad probatoria del "informe", las posibilidades que ofrezca para su directa verificación, en los registros respectivos, por las partes y el tribunal, como, asimismo, el prestigio de que goce la institución que lo produzca si fuese de carácter privado, sobre todo porque la falsedad en que podría incurrir no sería punible a la luz del art. 293, C.P.

CONFESIÓN NOCIÓN E IMPORTANCIA. Vulgarmente, se entiende por "confesión" la aceptación de su culpabilidad realizada por el sospechoso de un delito. Respecto de las partes civiles no se prevé la confesión: el actor civil debe declarar como testigo (art. 96). Pero nada impide que las manifestaciones de cualquiera de ellos sean valoradas con arreglo a la libre convicción y usadas en contra de sus intereses. a) Actualmente, carece del valor decisivo que antes se le atribuía'. Frente a ella, el juez penal no queda hoy día dispensado del deber de proseguir la investigación, al punto de que puede aun apartarse de la confesión, declarándola insuficiente, falsa, etc. I En suma, ésta no exime al magistrado del deber de investigar la verdad real.

b) No obstante, en la experiencia tribunal se advierte marcado interés en lograr la confesión. Se ha dado tres razones principales para explicar este fenómeno: 1) el juez, teniendo una confesión, se siente más tranquilo al dictar una sentencia condenatoria; 2) "no es el juez quien condena al imputado, sino que es el mismo imputado quien, confesando, se condena a sí mismo"; y 3) la confesión lleva a la sociedad, a la opinión pública, una impresión indubitable de la justicia del pronunciamiento. La comunidad, frente a un imputado confeso, no duda, comúnmente, de la corrección de la sentencia*. c) Si bien puede tener lugar (y así ocurre por lo general) en el curso de una declaración indagatoria, es necesario enfatizar en la clara autonomía conceptual de ambas. Tal declaración no es un medio de lograr la confesión, sino un medio de defensa del imputado. Si éste quiere confesar, lo hará; pero el reconocimiento de culpabilidad será un resultado eventual del acto. Sin embargo, por fuerza de esta realidad, las normas que regulan la declaración del imputado (arts. 296 y ss.) devienen reglamentarias de la validez formal de la confesión (la cual, por otra parte, no tiene en el C.P.P. una regulación especial, salvo la mención particular del art. 408). d) Se trata, en realidad, de un importante elemento de cargo*, cuya utilización como prueba está implícitamente autorizada por la ley procesal (argumento del art. 408) si se produce en las condiciones que veremos más adelante

CONCEPTO, La confesión es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra. En tal caso se la suele denominar simple, en tanto que se la llama calificada si se le añade circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado). En esta última hipótesis es posible, si se acredita (por elementos objetivos independientes) la inexistencia de la disculpa, aceptar el reconocimiento de participación en el hecho y valorarlo como prueba de cargo (ver nº 71). La confesión puede ser manifestada como narración de los hechos o como aceptación de la verdad de los cargos formulados -v.gr., la requerida para el juicio abreviado (art. 431 bis, C.P.P.)-.

REQUISITOS DE VALIDEZ. Si bien en el C.P.P. no hay una regulación específica del tema, del contexto general de sus disposiciones cabe extraer algunos requisitos para considerar a la confesión como tala) Quien confiesa debe estar en condiciones intelectuales como para producir una manifestación de conocimiento y voluntad jurídicamente atendible (doctrina de los arts. 76, 77 y 299, in fine, C.P.P.). Es común que se añada otros requisitos a los ya expuestos, pero ellos se vinculan con ciertas exigencias legislativas sobre la confesión, previstas en los códigos antiguos, o con las condiciones para darle credibilidad. b) Debe producirse en forma libre. Ha sido descalificada cuando fue prestada sin estar el imputado "en completo estado de tranquilidad", o bajo la coacción moral que importa el juramento", o mediante apremios ilegales" (doctrina de los arts. 18, C.N., y 296 y 299, in fine, C.P.P.). c) Tiene que prestarse ante el órgano judicial con atribuciones concretas para la investigación y el juzgamiento del asunto: es la garantía de judicialidad (art. 294). d) Se la debe prestar con el propósito de confesar. No se admite como tal la denominada confesión ficta (derivada de la fuga del imputado) o implícita (extraída, v.gr., de la transacción extrajudicial sobre el daño ocasionado por el delito)". Tampoco la lograda mediante preguntas capciosas o sugestivas (art. 299), o por error

VALORACIÓN. La confesión es una prueba. Por ello, como todas las demás producidas en el proceso penal, deberá ser valorada con arreglo a las normas de la libre convicción o sana crítica racional (arg. art. 398, C.P.P.). A tal fin, cabe señalar los siguientes aspectos: a) Es preciso, en primer término, verificar si la confesión reúne los requisitos (señalados en el nº 70) mínimos para ser considerada válida. Sólo la respuesta positiva a este interrogante permitirá seguir adelante. b) Es necesario destacar, asimismo, que la confesión, por regla general, es contraria al instinto de conservación, porque es una declaración contraria a quien la formula. Por eso, se deberá analizar rigurosamente las causas de su producción y las formalidades de su obtención". c) No es admisible, en el proceso penal moderno, la idea de la indivisibilidad de la confesión. De allí que se pueda tomar de ella la parte que aparezca sincera, rechazando las demás partes que no lo parezcan", aunque éstas se relacionen con circunstancias esgrimidas para eliminar o atenuar la responsabilidad. de éste.

d) Es preciso verificar la sinceridad del reconocimiento de culpa, lo cual abarcará no sólo la preocupación por la capacidad mental del confesante, sino también la inquietud por su propósito de confesar la verdad. (Ver nº 103.) e) El hecho confesado tendrá que ser posible, verosímil, coherente y concordante con otros medios de prueba" /) La eficacia probatoria de la confesión estará directamente relacionada con que sea circunstanciada (lugar, tiempo y modo). Tal aspecto puede ser decisivo en el momento de su valoración". g) En caso de que se produjera una retractación posterior, habrá que atender a la calidad de las razones del cambio de posición y a su credibilidad objetiva y subjetiva. h) Por algún motivo, los códigos antiguos exigían, para dar plena credibilidad a la confesión, que el delito fuera acreditado por otros medios de prueba (v.gr., el derogado art. 316, inc. 3, Cód. Proc. Crim. Nac). Es que si bien las normas atinentes al régimen de la prueba legal no satisfacen ya la "conciencia jurídica de la sociedad", por constituir "el resultado de un conjunto de experiencias", "pueden valer todavía, por lo menos, como sugerencias de particulares cautelas en el examen crítico de las pruebas.

LECCION 8: INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

- **CONCEPTO:** Son aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase de investigación de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo

comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso aportar al juicio determinados elementos probatorios.

- **NATURALEZA JURÍDICA:** La medida de intervención telefónica cumple dos funciones básicas, por un lado desempeña una función probatoria y de otra parte, cumple también una función investigadora

Ø Las intervenciones telefónicas son una diligencia de investigación en un proceso penal

Ø Fuente de prueba

- **EL SECRETO DE LAS DILIGENCIAS COMO PRESUPUESTO LÓGICO DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA:** El secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación.

- **EXISTENCIA DE INDICIOS DELICTIVOS COMO REQUISITO PARA ACORDAR LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA:** la adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos constatables en las actuaciones (datos objetivos y suficientes). Expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar.

Ø El juicio ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*.

Ø Investigación penal en curso.

Ø No se requiere preexistencia de constataciones acerca de la comisión del ilícito investigado.

Ø Informaciones anónimas o noticias confidenciales: éstas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida que implique el sacrificio de derechos fundamentales.

Ø "Quién oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa".

Ø La decisión judicial debe exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención.

Ø Indicios de la existencia del delito y conexión con el mismo de las personas.

- **CUESTIONES PROCESALES:**

Requisitos: Ø Autorización judicial Ø Motivación Ø Subsidiariedad Ø Proporcionalidad

Ø Especialidad Ø Tiempo razonable Ø Investigación en curso Ø *Motivación de la resolución que la acuerde:* derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales.

Ø *Control judicial* Ø *Competencia* Ø *Determinación de la medida y sus límites*

Ø ***Principio de Proporcionalidad:*** supone que exista un correlato entre la medida, su duración, la circunstancia del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social.

Ø ***Principios de Subsidiariedad:*** no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental.

Ø ***Principio de Necesidad:*** se debe valorar y pesar, por un lado la necesidad de perseguir los hechos delictivos y por otro la posibilidad de lesionar derechos fundamentales, poniendo en la balanza el interés general o social y los derechos individuales.

Ø ***Principio de Especialidad.*** Los encuentros casuales: la intervención telefónica debe estar relacionada con un delito concreto. Si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos no vulnera ningún derecho fundamental.

- **DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA Y SUS LÍMITES:** La decisión judicial debe exteriorizar razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la

intervención, como lo son la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos.

La autoridad judicial debe precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en lo posible, la injerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a la intervención.

a) Límite subjetivo: restringirse a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallan relacionado con ellos.

b) Límite objetivo: la interceptación sólo debe hacerse con fines probatorios.

- **C.N. art. 36 - DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL Y LA COMUNICACIÓN PRIVADA:** *"El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios. Las pruebas documentales obtenidas en violación o lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio. En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado."*

- **C.P.P. art. 200 – INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES:** *"El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas. El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior; podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, del imputado y su defensor. La intervención de comunicaciones será excepcional."*

- **C.P.P. art. 174 – EXCLUSIONES PROBATORIAS:** *"Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos."*

.

- **INTERVENCIÓN Y GRABACIÓN DE CONVERSACIONES PROPIAS:**

El derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma.

∅ No existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio delincuente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie.

∅ La Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sean mantenidos en secreto por el destinatario de la misma. (Caso cohecho pasivo)

∅ Eficacia probatoria

- a) La cuestión de la obligatoriedad del dictamen
- b) Aclaración
- c) Ampliación
- d) Renovación
- e) Imposibilidad de que el criterio judicial sustituya al perito