Presentación
CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN

guía práctica 2

JUICIO ORAL

Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral

GACETA PENAL & procesal penal

Presentación
CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN

guía práctica 2

JUICIO ORAL

Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral

GACETA JURÍDICA
AV. ANGAMOS OESTE 530 - MIRAFLORES - LIMA - PERÚ
[illegible] / TELEFAX 341-2323
[illegible] / www.gacetajuridica.com.pe

capítulo 1

El juicio oral en el sistema acusatorio con tendencia adversarial

Capítulo 1

El juicio oral en el sistema acusatorio con tendencia adversarial

I. Un nuevo paradigma: el proceso penal como marco de solución de un conflicto de intereses jurídico-penales

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

El paradigma inquisitivo parte del hecho de que el Estado ejerce y asume el monopolio del desempeño de la "violencia legítima"[1], lo cual ha conllevado el empleo del proceso penal como herramienta para su finalidad sancionadora. En efecto, el monopolio del Estado usualmente ha sido vinculado con el derecho a establecer normas penales (poder político penal*)*; sin embargo, también se lo vincula con el derecho a exigir su cumplimiento, y esta pretensión punitiva, según la doctrina, es de

[1] García-Pablos sostiene que solo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal –y las expectativas que este genera– de forma pacífica e institucional; de forma racional y previsible, formalizada y eficaz, con escrupuloso respeto de las garantías individuales cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Solo el *ius puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*, 2ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 305.

naturaleza procesal y no sustantiva[2]. Por ende, el Estado, como titular del *ius puniendi*[3], tiene como tareas criminalizar conductas, establecer sanciones y lograr la imposición del castigo en el caso concreto.

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

En tal sentido, las características e, incluso, la justificación del sistema inquisitivo vienen dadas por la finalidad del proceso penal como marco para que el Estado, legítimamente, imponga una sanción al responsable del delito.

Y a pesar de que se pretenda paliar tal sistema a través de una segunda fase donde prima la oralidad y el contradictorio (el denominado "procedimiento mixto"[4]), en la praxis del sistema inquisitivo se puede sentenciar sobre la base de la información obtenida de la primera fase (la instrucción), convirtiéndose, como dice Bacigalupo, más de hecho que de derecho, en la fase central del proceso penal y la que determina el resultado de este[5].

Por ende, una primera aseveración es que el paradigma de entender al proceso penal como marco de legitimación de la sanción estatal fundamenta tanto al sistema inquisitivo (incluso al mixto con tendencia al

[2] Al respecto, consúltese: RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alonso. *Derecho Penal español*, 18ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, pp. 37 y ss. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2001, p. 37.

[3] Para Villavicencio a la función punitiva del Estado se la pretende identificar incorrectamente como *ius puniendi*, dado que no es un derecho y, por el contrario, no alcanzaría para comprender la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. Lo que se está, según el citado autor, es ante la potestad no mediatizada por la forma jurídica. Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. *Derecho Penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 88.

[4] Para Maier, el procedimiento mixto significó solamente una modificación del sistema inquisitivo. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, tomo I, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 449.

[5] Esta cita fue tomada de las actas del debate celebrado en el marco de los diálogos jurídicos dedicados a analizar la necesidad de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, celebrado el 26 de abril del 2005 en el Centro de Estudios Jurídicos. Al respecto, consúltese: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique / GIMENO SENDRA, Vicente / MORENO CATENA, Víctor/ TORRES - DULCE LIFANTE, Eduardo. *La posición del fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2005, p. 147.

inquisitivo), así como al proceso penal y las funciones de los sujetos procesales que en el mismo se despliegan.

Sin embargo, son por todos conocidas las críticas que se han efectuado en contra del sistema inquisitivo. Para ello, basta con señalar las palabras de Kurt Madlener, antiguo encargado del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional para España e Hispano-América, quien precisa que el sistema inquisitivo denota un poder aplastante de la justicia y del juez, una falta de posibilidad de defensa, el empleo de la tortura, las penas arbitrarias y una falta total de independencia del juez, que era nada más que el encargado del soberano, que en la época era el principal absoluto del Estado y así también la justicia[6].

En suma, el sistema inquisitivo no es pues un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal corresponde a los tribunales, pero estos no utilizan el proceso; se trata entonces de un Derecho Penal "típicamente administrativo" y en su actividad no se respetan los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen la esencia misma de la existencia del proceso[7].

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

A este último conflicto, en palabras de Moreno Catena, es al que debe dar respuesta el sistema penal y el proceso penal; no puede ser olvidado sino que ha de ocupar un puesto principal en las inquietudes de los juristas,

[6] Cfr. MADLENER, Kurt. "Derecho Procesal Penal y derechos humanos". En: *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 1998, p. 203.

[7] Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 16.

por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él, salvo que convirtamos al Derecho en un puro ropaje formal[8].

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

El cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica ver al delito como un conflicto de intereses[9]; en efecto, al hablar de delito debemos pensar que detrás de él hay una víctima y un responsable, y que ambos persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal. En palabras de Schünemann, no se trata de una mera oposición contraria al hecho, sino de una oposición de intereses directa y sin restricciones jurídicas[10].

En ese sentido, podemos hablar que el proceso penal es el medio por el cual se ventilará el conflicto generado por el delito, buscando hallar una solución en función a los intereses postulados, argumentados y probados. Ahora bien, en un conflicto de intereses son, valga la redundancia, los interesados los llamados a desarrollar un rol protagónico; es decir, las partes deben construir, argumentar y fundamentar sus intereses, expectativas o pretensiones[11].

---

[8] Cfr. MORENO CATENA, Víctor. "El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito". En: *Hacia un nuevo proceso penal. Manuales de formación continuada*, N° 32, Consejo General del Poder Judicial – Escuela Judicial, Madrid, 2005, p. 58.

[9] El Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca de 2006 (artículo 1) señala que la finalidad del proceso es el de establecer la verdad procesal, garantizar la justicia en la aplicación del Derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respeto irrestricto a los derechos de las personas reconocidos en las Constituciones Federal y Local, en los tratados internacionales ratificados por el país y en las leyes.

[10] Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. "La reforma del proceso penal". En: *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, N° 26, Dykinson, Madrid, 2005, p. 54. Asimismo, para Kurt Madlener el objeto del proceso penal es la resolución de un conflicto. Cfr. MADLENER, Kurt. Ob. cit., p. 207.

[11] Obsérvese cómo este fundamento justifica las más importantes innovaciones en el sistema de justicia penal:

a) El Ministerio Público, como interesado en fundamentar objetivamente su pretensión de sanción, debe de encargarse de la investigación del hecho punible, y de las resultas de esta, decidir si formula acusación o bien un requerimiento de sobreseimiento.

Y este nuevo paradigma es de recibo en los sistemas de justicia penal latinoamericanos más recientes. Así tenemos el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998, el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza-Argentina de 1999, el Código Procesal Penal de Nicaragua de 2002, el Código Procesal Penal de República Dominicana de 2005, el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut-Argentina, y los respectivos textos adjetivos de los Estados mexicanos de Chihuahua y Oaxaca, todos ellos de 2006.

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

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

Esta relación de conflicto requiere la estructuración de un sistema procesal que permita su discusión y solución. Tal sistema debe presentar las siguientes características:

b) Tanto la parte acusadora como la acusada requieren de un instrumento metodológico que les permitan construir su versión de lo sucedido, recolectar la evidencia que requieren, depurar lo recolectado –eliminando todo vicio o defecto procesal que invalide sus posiciones y sus evidencias–, así como exponer sus posiciones. Este instrumento metodológico no es otro que la "teoría del caso", la cual está presente en cada fase del proceso penal a través de las actividades mencionadas: investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento, respectivamente.

c) La solución del conflicto puede darse a través de una sentencia emitida en el marco del juicio oral, o bien a través de mecanismos consensuados (principio de oportunidad, terminación anticipada del proceso, negociación), o bien rápidos y expeditivos.

[12] Acota el jurista español que de lo que se trata de buscar es un procedimiento en el que su objeto sea doble, por una parte, averiguar la comisión de un hecho delictivo y determinar el autor y demás partícipes en dicho hecho; y por otra parte, la imposición de una pena o medida de seguridad a los mencionados, y su ejecución. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2004, p. 311.

[13] Término utilizado por Creus. Al respecto, consúltese: CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 2.

- Que el sistema procesal estructure un proceso que permita la discusión de la solución de un "conflicto" generado por la comisión de un ilícito penal.
- Que el sistema procesal permita la realización de un conjunto de actos procesales determinados por disposiciones que reglamentan su ejercicio. Estas disposiciones son las denominadas normas de procedimiento.
- Que el sistema procesal no excluya la función jurisdiccional del Estado, dado que la actividad judicial, aun cuando esté realizada por algunos sujetos que no tienen función jurisdiccional –las partes, por ejemplo–, importa un ejercicio público trascendente, tal vez el más importante que realice el Estado: impartir justicia.
- Que el sistema procesal permita la solución del conflicto a través de una manera consensuada, o bien a través del fallo judicial, dado como conclusión de la actividad dialéctica realizada por las partes.
- Que el sistema procesal denote una actividad procesal dialéctica. El concepto "dialéctico" a que se ha hecho alusión indica la presencia de intereses contradictorios de las partes, los cuales constituyen el elemento central y distintivo del proceso judicial (civil, laboral, penal, etc.), donde todas, de una manera u otra, han coadyuvado a que se logren dos fines a través del proceso: uno privado (que se ponga fin al conflicto de intereses) y otro público (que se postule una sociedad con paz social en justicia).

Consideramos que la finalidad procesal de resolver el conflicto, aunada a las características antes señaladas, dota de fundamento y contenido al denominado sistema acusatorio con tendencia adversarial[14].

Este sistema, además de replantear de modo protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos

[14] El señalar el carácter de tendencia a lo adversarial se debe a que la reforma colombiana no ha adoptado un sistema acusatorio-adversarial puro, ello porque el nuevo Código aún presenta herencias del sistema procesal anterior (v. gr. la facultad excepcional de la prueba de oficio), y en concreto el sistema acusatorio puro no puede existir, pues se basa en una forma de democracia imposible de ejercer hoy: la democracia directa. Al respecto, consúltese: MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 25. MAIER, Julio. Ob. cit., p. 257. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José. "Estándares internacionales para la reforma al sistema penal colombiano". En: *Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 187.

del Ministerio Público, el que, asistido por la policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación[15].

Asimismo, bajo la premisa de que, frente al delito, el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, debía establecer el marco legal de sanción, así como los aparatos de persecución, imposición y ejecución de sanciones, se determinó que el juez tenga todas las facultades para el logro de tales cometidos. Por tal razón, al juez penal se le dotó de facultades de investigación, actividad probatoria y de fallo. Sin embargo, al centrar la dinámica de todos los casos penales en lo que puede hacer el juez se originó una serie de disfuncionalidades: a) lentitud en la resolución de los procesos penales; b) instrucciones deficientes; c) insuficiente argumentación en los fallos; etc.

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

No obstante, la actividad y dinamismo que impregnen las partes en el proceso penal debe canalizarse a las imputaciones o cargos que el Ministerio Público formule en su acusación; caso contrario, el proceso penal caería en un desorden procesal en donde cada parte apuntaría a diferentes blancos. La necesidad de la acusación fiscal es tal que sin ella no habría la necesidad de continuar con un proceso penal. Esta es la exigencia que trae el principio acusatorio y que, a su vez, exige que el Ministerio Público sea el director de las investigaciones, por la sencilla razón que investigar

[15] Al respecto, Gómez Colomer ha señalado las siguientes características:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por lo tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente de particulares sean o no ofendidos por el delito.
b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de este cuando resulte necesario.
c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la conformidad, bien a través de la llamada negociación sobre la declaración de culpabilidad
d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal o incluso única de la ejecución penal.

Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan. "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 1, Palestra, Lima, 1997, p. 338.

y acusar son las dos caras de la misma moneda: se investiga para saber si se acusará, y se acusa de lo que se ha investigado.

Por otro lado, dotar de esa importancia a la fiscalía no significa minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas), los derechos de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía los debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés de su teoría del caso que presentarán ante el órgano jurisdiccional.

Para ello, ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales en el proceso penal y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto ocurre así, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador.

II. Un nuevo sistema procesal adoptado en la última reforma latinoamericana: el sistema acusatorio con tendencia adversarial

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

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

Entre sus principales rasgos tenemos[16]:

- Postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes. En efecto, este sistema obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusador y los del acusado, quienes son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarlos de todo el marco probatorio y de valoración normativa, a fin de que un tercero (llámese observador imparcial: el juez) decida cuál interés razonablemente debe ser amparado, dando un pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico-penales.

- Postula una igualdad funcional entre las partes tanto acusadora como acusada. Quizás sea aquí donde se dan los primeros malos entendidos con referencia al sistema adversarial. En efecto, un sector de los operadores jurídicos considera que esta igualdad denota el destierro de toda aptitud déspota del fiscal para con el abogado defensor, cuando este último le solicitaba alguna información o le cuestionaba algún acto procesal. Sin embargo, la igualdad funcional denota, ante todo, que así como uno tiene la libertad y la legitimidad para presentar los cargos contra un sujeto responsable –a través de la presentación de los medios probatorios respectivos y dentro de los marcos legales–, también la otra parte tiene la misma libertad, legitimidad y posibilidad para presentar el materia probatorio de descargo, sin ninguna exclusión o restricción, fuera de lo que la ley establece para ambas partes. Así, lo que se eliminaría sería la equivocada idea de que solo el fiscal (o la parte civil) puede tachar alguna fuente de prueba u oponerse a un determinado medio probatorio (siendo inaceptable que, por ejemplo, el procesado tache a un testigo de cargo presentado por la fiscalía o se oponga a la realización de una inspección en un determinado establecimiento, solicitado por la fiscalía). Y este equivocado planteamiento es el que en la actualidad se viene concretando en la praxis judicial peruana, por lo que la aplicación del sistema adversarial en nuestra realidad judicial implicará aceptar el postulado de la igualdad

[16] Cfr. BENAVENTE CHORRES, Hesbert; BENAVENTE CHORRES, Saby Sandra. "La negociación penal y la conformidad. Una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 10, Nº 81, Lima, 2005, p. 169 y ss.

funcional (o de armas): las mismas posibilidades normativas que tiene el uno, las tiene el otro en el marco del proceso penal.

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

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

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

Sin embargo, también puede comulgar la referida relación de conflicto con la observancia de los derechos humanos (un ejemplo revela que en

ambos sistemas se predica el principio de igualdad de armas[17]). En efecto, la actual corriente política liberal, que influye en el sistema acusatorio (tanto garantista, como adversarial), exige que la declaración de los derechos fundamentales de la persona se transcriba en la Constitución Política a modo de garantías individuales, acompañado del instrumento jurídico necesario para evitar su conculcación. Por ello, debe dejarse sentado que, sea cual fuese el movimiento de reforma del sistema de justicia penal, debe estar necesariamente en armonía con las garantías establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

[17] Igualmente podemos citar en el constitucionalismo norteamericano las siguientes enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787):

Enmienda Cuarta (promulgada el 15 de diciembre de 1791).- El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Enmienda Quinta (promulgada el 15 de diciembre de 1791).- Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Enmienda Sexta (promulgada el 15 de diciembre de 1791).- En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

Enmienda Octava (promulgada el 15 de diciembre de 1791).- No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.

Enmienda Novena (promulgada el 15 de diciembre de 1791).- No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

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

III. Un nuevo proceso penal: las fases de investigación, intermedia, juicio oral y ejecución

El proceso penal debe ser entendido como el marco que legitima la sanción estatal y el ámbito de discusión y solución de un conflicto de intereses surgido a consecuencia de la comisión de un delito entre las partes (cuyo rol protagónico es el equivalente al de adversarios procesales, con las mismas herramientas y estrategias que permitan que sus expectativas sean acogidas por el órgano jurisdiccional).

Empero, este proceso requiere de etapas o fases procedimentales que permitan garantizar la eficacia de sus finalidades. Así, estas etapas procedimentales son las siguientes:

- Etapa de investigación
- Etapa intermedia
- Etapa de juzgamiento o juicio oral
- Etapa de ejecución

1. Etapa de investigación

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

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

Este deber de comunicar tales pretensiones, en principio, recae en el Ministerio Público (agente del Ministerio Público), quien a la hora de recibir una denuncia o bien un informe policial, o al tomar conocimiento por motu proprio de la presunta comisión de un ilícito penal, será el encargado de formular la respectiva acusación en contra de una persona.

Sin embargo, no debe ser algo fortuito el hecho de que el agente del Ministerio Público decida formular una acusación penal; por el contrario,

ello debe ser la consecuencia de una investigación que previamente ha realizado, la cual le permite reunir la información que le genera convicción sobre la existencia de un hecho, el cual reuna los elementos que lo califiquen como delito, así como sobre la presencia de un presunto responsable[18].

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

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

- **Presenta una finalidad u objetivo.-** La finalidad de la investigación es que el fiscal establezca si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.
- **Presenta un director o responsable de su realización.-** La dirección de la investigación debe estar a cargo del Ministerio Público.
- **Debe observar un plazo procesal.-** Dentro de la garantía a un debido proceso, recogida, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, ninguna persona puede ser sujeta a una investigación penal indeterminada; admitir esta posibilidad conllevaría a que el investigado presente una incertidumbre con relación a su situación jurídica (si va ser o no objeto de una acusación penal).
- **El agente del Ministerio Público debe contar con una estrategia.-** La dinámica del proceso penal exige pasar por cada una de las etapas procesales con una estrategia, diseño o planteamiento

[18] A lo largo del presente texto se empleará el término “presunto”, el cual deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia; en ese sentido, mientras no se tenga una sentencia condenatoria firme, la persona del indiciado, investigado, acusado, juzgado o, en suma, imputado, se le considera inocente.

metodológico. En el caso de la investigación penal, es responsabilidad del Ministerio Público diseñar una estrategia o estructura de indagación o investigación, que, según los parámetros que dan las normas legales, sería:

a) Realización de diligencias o actos de investigación, usualmente encomendadas a la policía.

b) La aplicación de medidas cautelares o de coerción que aseguren la eficacia de la investigación, aun desde sus inicios.

c) La aplicación de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que permitan la obtención de la información básica e inicial sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.

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

- **La defensa debe contar con una estrategia durante la investigación.-** En principio, desde el momento en que el abogado defensor toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen al imputado y decide aceptar el caso, tiene la obligación moral de ir desarrollando una estrategia que ayude a su cliente, aun si está en fase de investigación inicial o preliminar. Sería una mala decisión dejar todo en manos del fiscal esperando que realice una investigación defectuosa o irregular, para echar mano de ello y ganar puntos ante el juzgador, pues ello no siempre va a ocurrir. Ahora bien, la estrategia de investigación de la defensa, como la del fiscal, debe dirigirse a la elaboración de su teoría del caso (sobre el particular, véase *infra*).

- **La defensa puede participar en las diligencias de investigación.-** En ejercicio del derecho a la defensa, el abogado defensor puede participar en todas las diligencias de investigación; incluso, puede aportar sus propias investigaciones (por ejemplo, sus pericias de parte, documentos que aclaren las investigaciones, etc.). Además, tiene la facultad de solicitar al agente del Ministerio Público (fiscal) todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; en ese sentido, el fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

- **En algunas legislaciones la etapa de investigación se divide en dos subfases.-** En efecto, en aras de tornar más dinámica y eficiente la investigación penal, es usual que en la reforma latinoamericana la investigación presente, en primer lugar, una serie de diligencias de indagación iniciales o preliminares, a las que se les conoce como **averiguación previa**, la cual consiste en la preparación del ejercicio público de la acción penal que realiza el Ministerio Público con la colaboración de la policía.

  En ese sentido, el fiscal practica las diligencias necesarias que le permitan considerar que está ante una causa probable de delito, la cual deberá comunicar al órgano jurisdiccional o bien aplicar algún criterio de oportunidad. Como es el primer contacto del agente del Ministerio Público con los hechos presuntamente delictuosos, durante la averiguación previa deberá practicar las diligencias de investigación más urgentes e indispensables que le permitan descartar la idea de un evento fortuito, de fuerza mayor o irrelevante para la justicia penal. Asimismo, como no es necesario que el fiscal realice todos los actos de investigación para lograr el cometido señalado líneas arriba, el plazo procesal que en la legislación comparada se le atribuye a la averiguación previa es muy corto o breve (sumarísimo).

  Por otro lado, el agente del Ministerio Público no debe darse por satisfecho de haber eliminado todo rastro de presencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor, pues en tales condiciones aún no tiene la base para sostener una acusación penal.

  Frente a ello, una vez culminada la averiguación previa, si cree conveniente complementar los actos de investigación realizados con otras diligencias, entonces debe optar por pasar a la segunda subfase de la etapa de investigación penal, la cual en las legislaciones latinoamericanas se la denomina: **investigación preparatoria propiamente dicha**.

  Esta persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

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

- **En la etapa de investigación, el juez solo cumple funciones de control o garante.-** Lamentablemente, en América Latina se ha tenido la triste experiencia de haberse utilizado al proceso penal como un instrumento por parte del Estado para la violación a los derechos humanos (en concreto, del imputado o indiciado). Para evitar ello, se requiere de un funcionario que, dentro del mismo proceso penal, garantice el respeto a los derechos humanos, aun desde la etapa inicial del mismo, como es la investigación. Al respecto, se ha considerado que este garante debe ser uno distinto al director de la investigación, a fin de que este último no se convierta en juez y parte al mismo tiempo. Por ende, como el Ministerio Público es el director de la investigación penal, será entonces el Poder Judicial (a través de los jueces estatales o federales) el responsable de velar por el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en una investigación.

  Asimismo, en los jueces recaen las siguientes facultades: a) autorizar cualquier medida procesal que afecte el ejercicio de derechos constitucionales; b) autorizar la constitución de partes en el proceso penal; c) exigir el cumplimiento de los plazos procesales; y d) las demás que señale la ley, dentro de la idea de control y garante de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal. En América Latina, al juez que ejerce estas funciones se le conoce como juez de investigación preparatoria, o juez de control o de garantía, el cual es diferente al juez o jueces encargados del juzgamiento de una persona.

2. Etapa intermedia

Existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia. Por un lado, está aquella posición que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y la audiencia del juicio oral, siendo

actos meramente administrativos[19]. Por otro lado, está aquella posición que le da una naturaleza crítica en oposición a la investigativa, donde predomina la labor práctica[20].

Ortells Ramos señala que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción (o investigación) está completa –y en su caso completarla– y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación[21]. Para Julio Maier, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que se hacen en mérito a la etapa preliminar[22].

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

Las características de la etapa intermedia son:

- **Es judicial.-** Como la investigación penal ha concluido, el fiscal debe formular su respectiva decisión (de acusación o de sobreseimiento), la cual será presentada al juez, que en la dinámica del nuevo proceso penal latinoamericano debe ser el juez que ejerció las funciones de control y garantía durante las investigaciones, es decir, ante el juez de la investigación preparatoria o juez de control o de garantía, quien asume la dirección de la etapa intermedia.
- **Observancia de los plazos procesales.-** Igualmente, la etapa intermedia debe respetar los plazos procesales que señale la ley, todo ello en aras del derecho a un debido proceso.

[19] Cfr. GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 5 a edición, Eddili, Lima, 1976, p. 196.

[20] Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 108.

[21] Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997, p. 120.

[22] Cfr. MAIER, Julio. *La ordenanza procesal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 108.

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

3. Etapa del juzgamiento o juicio oral

De manera esquemática, cuando el Ministerio Público ha formulado acusación contra el imputado, y luego de haberse establecido en la etapa intermedia la inexistencia de algún vicio o defecto procesal que invalide todo lo actuado, así como al haberse admitido las respectivas pruebas presentadas por las partes, el juez remite todo el expediente al juez o tribunal encargado de llevar a cabo el juicio oral.

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

Por lo tanto, el juez de la investigación preparatoria remite los actuados al juez encargado del juicio, quien al recibirlos deberá emitir una resolución judicial donde comunique a los sujetos procesales la fecha, hora y lugar de realización del juicio oral (lo que en países como el Perú se denomina **auto de citación a juicio**). Una vez notificada la resolución solo se debe esperar la realización de la audiencia del juicio oral sobre el cual ahondaremos más adelante.

4. Etapa de ejecución

En esta etapa se regula todo lo necesario para que una sentencia quede firme y así su contenido sea ejecutado. Por lo tanto, se examina el concepto, contenido y clase de sentencia en materia penal; asimismo, los recursos impugnatorios que se pueden formular y una vez que tenga carácter de firme, lo respectivo a su ejecución.

En lo que respecta al contenido de la sentencia, si esta es absolutoria se cumplirá dando inmediatamente libertad al acusado, si se halla detenido,

o cancelando la caución o fianza si se encuentra en libertad provisional. En cambio, si la sentencia es condenatoria, se cumplirá aunque se impugne.

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

capítulo 2

El juicio oral: concepto e importancia como etapa central del proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

Capítulo 2

El juicio oral: concepto e importancia como etapa central del proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

I. El derecho constitucional al juicio previo

A diferencia de otros países[23], en el Perú la Constitución Política no ha consagrado literalmente el derecho a un juicio previo[24].

Sin embargo, en nuestra Carta Magna se consagra la garantía de no ser penado sin proceso judicial, lo que implica que ninguna persona sea afectada o sancionada si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación en él[25]. Asimismo, tal omisión ha sido suplida en el artículo I inciso 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal del

[23] Por ejemplo, la Constitución argentina, en el artículo 18, establece que: "Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso". Binder comenta que unos lo han interpretado como la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico; sin embargo, para el jurista argentino la norma constitucional se refiere al juicio como institución político-cultural (concretamente, juicio oral). Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 111 y s.

[24] Aunque ello no signifique que el derecho a un juicio previo sí pueda ser alegado en nuestro sistema debido, entre otros argumentos, a que está plasmado en tratados internacionales que México ha suscrito y, por ende, forma parte de nuestro Derecho. Así tenemos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 7.5).

[25] Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derecho a no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento". En: *La Constitución comentada*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 546.

2004, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”[26].

Este derecho al juicio previo ha sido desarrollado a través de la denominada fase procesal: juzgamiento (o juicio oral[27]), cuyo objetivo es la demostración de la acusación penal a través de la actuación y análisis de los medios probatorios, siendo dentro de un modelo acusatorio la etapa central del proceso penal.

II. El juicio oral en la dinámica de solución de conflictos de intereses

Recapitulando lo señalado en el capítulo anterior: todo proceso judicial, entre ellos el penal, denota un marco de discusión de un conflicto de intereses[28]. En efecto, el delito, como fenómeno jurídico, genera un conflicto de

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

Código Procesal Penal de Paraguay (1998): Artículo 1.- “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código. En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina”.

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

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

[28] Frente a un conflicto de voluntades en torno a un interés entre dos personas, cualificado por la oposición de dos pretensiones opuestas, la única actividad posible es la de invocar, solicitar la tutela jurisdiccional del Estado. En la concepción “carneluttiana” el proceso es la justa composición de la litis, entendiendo por litis el conflicto (intersubjetivo) de interés calificado por una pretensión resistida. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 301. Igualmente para Leone, en el proceso penal siempre existe un conflicto, un contraste de intereses y la actuación de las partes puede ser delineada en el conflicto entre el poder punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado. Cfr. LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*, volumen I, Jovene, Napoli, 1961, p. 181. Igualmente, para Creus el Derecho Procesal, frente al Derecho sustancial, también es llamado a funcionar en hipótesis de conflicto (real o pretendido) para lo cual regula el acto o actuación jurisdiccional a la cual confluyen, además de la actividad del juez, la de las “partes” que se interesan en el conflicto. Cfr. CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 3.

intereses[29], es decir, al hablar de delito debemos pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable; y que ambos persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal[30].

Así, la víctima tiene los siguientes intereses: a) que se imponga una sanción al responsable del delito (pretensión punitiva, sostenida por el Ministerio Público, dado que el delito también genera un daño al interés público); y b) que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (pretensión resarcitoria, que la puede sustentar directamente en el proceso penal si se constituye en actor civil). Por su parte, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia de los cargos que se le han formulado o, al menos, recibir una sanción atenuada.

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

En ese contexto, el proceso penal debe estructurarse en diversos momentos: postulación de las pretensiones opuestas, contradicción, probanza, solución e impugnabilidad de la decisión que resuelve el conflicto de intereses. Al respecto, opinamos que la fase de investigación preparatoria es la llamada a cumplir el momento de postulación de las pretensiones, dado que persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa[31]. En cambio, la fase de

[29] El principio del proceso penal como marco de discusión de un conflicto de intereses ha sido acogido en algunas legislaciones. Así, el Código Procesal Penal de Costa Rica (1996), en su artículo 7, precisa que: "Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas".

[30] Cabe precisar que nos apartamos de aquella corriente que postula que el conflicto de intereses es entre el presunto autor y el Estado y, por el contrario, nos acercamos a aquellos postulados que personalizan el conflicto entre ofensor y ofendido, dentro del marco de un proceso penal acusatorio con tendencia adversarial. Al respecto, véase: BOVINO, Alberto. "La participación de la víctima en el proceso penal". En: *Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 96 y ss. CHRISTIE, Nils. "Los conflictos como pertenencia". En: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 169 y ss.

[31] Artículo 321 numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004.

juzgamiento es la llamada a cumplir con los momentos de contradicción, probanza y solución del conflicto de intereses[32], dado que en la misma se reciben en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia[33].

La centralidad del juicio oral radica en que las partes podrán argumentar y probar sus pretensiones frente a frente, ya no ante un juez de control o garante (cuya actuación opera en la fase de investigación), sino ante el juez de conocimiento, quien tiene la potestad de resolver el conflicto suscitado. Como señala Binder, el juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se resuelve o redefine de un modo definitivo –aunque revisable– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal[34].

Pero considerar al juicio oral como la etapa principal del proceso[35] también se debe al haz de principios y garantías que lo envuelven a fin de lograr una **calidad de información** al juzgador que le permita resolver la litis puesta en su conocimiento. Por calidad de información se entiende el conjunto de datos filtrados, seleccionados, depurados, tendientes a probar, por un lado, si se ha cometido o no un ilícito penal y, por otro lado, determinar las consecuencias punitivas y, si fuese el caso, civiles derivadas del delito; información que es percibida por el juzgador de manera inmediata e imparcial, a través de una actividad contradictoria de las partes[36], con pleno respeto a la presunción de inocencia y en presencia de la comunidad.

En ese sentido, la inmediación, la contradictoriedad, la imparcialidad, el principio de inocencia y la publicidad son el conjunto de principios que al operar en el juicio oral permitirán que el juzgador obtenga una

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

[33] Cfr. SOSA ARDITI, Enrique; FERNÁNDEZ, José. *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 39.

[34] Cfr. BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 233.

[35] Artículo 356 numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004.

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

información de calidad y confiable, que permita fundar su decisión en torno al conflicto suscitado entre el ofensor y el ofendido[37].

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

III. La necesidad de contar con la etapa del juicio oral en el proceso penal

Juan Enrique Vargas Viancos, primer Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Cejas), organismo internacional vinculado a la OEA con sede en Chile, ha señalado las siguientes razones que justifican la necesidad de adoptar, en el proceso penal, la etapa del juicio oral[38]:

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

[37] Como indica Vázquez Rossi, el juicio es el medio de establecimiento de la verdad judicial. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables. Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal. La realización penal*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 404.

[38] Cfr. VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. *Lecciones aprendidas: introducción de los juicios orales en Latinoamérica*; pp. 5-6. Disponible en <www.juanenriquevargas.cl> (consultada el 10/10/2008).

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

- **Gobernabilidad y desarrollo económico.-** Paralelamente, el creciente desarrollo experimentado por nuestras economías, signado por formas más abiertas y competitivas de transacción tanto interna como externamente, dejaron en evidencia rápidamente que un posible obstáculo para la consolidación de tal modelo eran las debilidades institucionales en los diversos países del área y, fundamentalmente, las trabas que implicaba un sistema jurídico y de justicia arcaico y lento, causante, en buena medida, de la inestabilidad en las relaciones jurídicas y, por ende, del aumento de los costos de transacción.

  Diversos estudios en el área han demostrado, por ejemplo, la mayor predisposición de negociar con personas conocidas, por la facilidad para resolver informalmente potenciales conflictos, que hacerlo abiertamente con cualquier oferente, aun cuando con este se pueda alcanzar un mejor precio.

  Igualmente, se han podido comprobar los nocivos efectos que las inestabilidades institucionales –de las que no quedan ajenos los poderes judiciales– causan, por ejemplo, en los volúmenes de la inversión extranjera. Por otra parte, el propio fenómeno de la evolución económica implica la incorporación de nuevos sujetos a la vida económica formal del país, con la consiguiente demanda por servicios judiciales que, tal como están hoy concebidos, presentan serias limitaciones de acceso.

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

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

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

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

La acción de los dos últimos factores mencionados explica que por primera vez exista en América Latina una política tan coherente entre los diversos Estados en materia judicial y una estrategia de cambio que en lo medular es bastante similar. Esto ha provocado, además, un acercamiento entre los diversos poderes judiciales, ministerios de justicia, organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema y expertos en la materia que no tiene parangón.

Por otro lado, y siguiendo con la opinión de Juan Enrique Vargas Viancos, existen factores que obstaculizan la implementación de la oralidad (y, por ende, del juicio oral) en el proceso penal; estos factores son[39]:

[39] Ibídem, pp. 14-16.

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

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

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

  Son estas las circunstancias que los nuevos sistemas procesales pretenden, en última instancia, alterar. Para ello, requieren de una decisión y un compromiso muy firme de parte principalmente del Poder Ejecutivo, pero también de los restantes poderes del Estado, para poder concretarse. En buena medida, lo que un gobierno hace al apoyar estas reformas es ceder parte del poder que hoy ejerce directamente y entregárselo a los ministerios públicos, con grados mayores de independencia política, y a los propios tribunales.

  Por eso no es de extrañar que haya habido casos de gobiernos que se han encargado de abortar iniciativas de cambio en tal sentido, que ellos mismos habían sugerido originalmente, al darse cuenta de lo que implicaban.

  La voluntad política que debe acompañar la reforma debe, además, reflejarse en el monto de los recursos asignados para su implementación. El mejor indicador actual para advertir la importancia desmejorada de los sistemas judiciales en nuestros países es el porcentaje

del presupuesto que se les asigna. Los aportes estatales deben sufrir un aumento de importancia a consecuencia de la reforma.

Igualmente, los gobiernos que impulsen estos cambios deben estar dispuestos a dar una larga batalla parlamentaria y de convencimiento público, con la certeza, además, de que la implementación del cambio aparejará, sobre todo en los primeros momentos, serios problemas y críticas como sucede con todo cambio de envergadura que se emprenda.

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

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

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

  A esta circunstancia idiosincrática de los abogados se une la forma de gestionar la profesión, acorde con el modelo escriturado, que no es económicamente eficiente ante sistemas orales. Estos últimos alientan la formación de oficinas legales con un mayor número de profesionales y la manutención de una menor cantidad de juicios por cada uno de ellos, por la mayor dedicación que deben asignarle al tener necesariamente que asistir personalmente a audiencias orales.

  Indudablemente, los necesarios cambios de esta organización impactan también en los costos de la defensa letrada. Por ello, no es de

extrañar que surjan fuertes oposiciones a la implementación de las reformas por parte de las asociaciones gremiales de abogados.

Otro sector con gran capacidad de ejercer presión por morigerar la fuerza de estas en materia penal es la policía, la que en el sistema escriturado inquisitivo posee un grado de poder y autonomía inadmisible en un sistema acusatorio oral.

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

- **Desatención de ciertos elementos de la reforma.-** Otro problema que ha sido común en las diversas iniciativas es la falta de una solución adecuada a la necesidad de contar con asistencia jurídica gratuita de calidad para vastos sectores de la ciudadanía que están imposibilitados de acceder a los servicios de abogados pagados –quienes, por lo general, están muy poco preparados para el nuevo sistema–. La figura tradicional de los defensores públicos allegados a los tribunales muestra sus limitaciones tanto en cuanto a cobertura como a la calidad y poder de estos –generalmente mal remunerados–, sobre todo si en materia penal deben enfrentarse a fiscalías mejor estructuradas y con mayores facultades.

  La alternativa de institucionalizar la defensoría pública, como en el caso de Chile, a través de corporaciones con un alto número de funcionarios tampoco ha sido satisfactoria por las deficiencias de política interna y de gestión que se notan en su interior.

  Sin lugar a dudas, el lema de la asistencia jurídica guarda relación fundamentalmente con los recursos que para esta función se destinen, pero no es menos cierto que aún se encuentra pendiente una solución eficiente para la gestión y el control de la utilización de estos. En la reforma procesal penal, la policía ha sido un sector que no ha recibido –o no ha podido recibir– la atención que se merece.

La adecuación de los procedimientos policiales a los estándares del nuevo modelo procesal es sin dudas una asignatura pendiente.

IV. Principios que rigen el juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal

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

1. Principios vinculados con la actividad probatoria

En primer lugar, resalta un conjunto de principios vinculados con la actividad probatoria que se desarrollan en el juicio oral, los cuales son:

- **Principio de oralidad.-** Se encuentra recogido en varios instrumentos internacionales[40] y se le considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador, al ser expresados verbalmente (y consignados en las actas de la audiencia[41]) permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiriera.

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

[40] Artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

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

inmediación entre emisor y receptor, con la consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones[42].

Su importancia, por ende, radica tanto en el aspecto escénico como en el contenido del contradictorio[43], por lo que el abogado litigante requiere sacar el máximo provecho del lenguaje oral, el cual, acompañado del gestual, permitirá una mejor comprensión tanto de la veracidad de su planteamiento como de las falencias del caso de su contraparte que pueda encontrar y resaltar.

- **Principio de publicidad.-** La publicidad permite la participación de la comunidad[44], la que es finalmente la interesada en que la problemática se solucione, observando cómo los jueces cumplen su función, poniendo de manifiesto y censurando los excesos y abusos o, si sucede, la impunidad[45]. Al respecto, señalamos la siguiente jurisprudencia que abona nuestra posición: "La función política de control del Poder Judicial que cumplen los particulares a través de su presencia en un acto judicial público, consiste precisamente en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 8 de diciembre de 1983).

  Por su parte, Oronoz Santana indica que para que se logre una verdadera justicia, el proceso debe realizarse frente a la comunidad, de modo que los ciudadanos aprecien si los funcionarios judiciales desarrollan su actividad de conformidad con las normas procesales, desde el mismo momento en que se formula la acusación hasta la sentencia[46]. Por lo tanto, todas estas ventajas justifican la creación de las condiciones

[42] Cfr. TORRES, Sergio; BARRITA, Cristian. *Principios generales del juicio oral penal*, Flores Editor, México D.F., 2006, p. 27.

[43] Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, Enrique. "Juicio oral". En: *Revista Mexicana de Justicia*, México D.F., enero-junio, 2005, p. 98.

[44] Salvo las excepciones que la ley pueda señalar.

[45] Este principio tiene la particularidad de no referirse a ninguno de los sujetos procesales que intervienen en el caso, sino a personas distintas de esos sujetos; no se refiere a la posibilidad del conocimiento de los actos por las partes, sino a la publicidad popular. Cfr. BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 74.

[46] Cfr. ORONOZ SANTANA, Carlos Mateo. *El juicio oral en México y en Iberoamérica*, 2ª edición, Cárdenas Blasco Editores, México D.F., 2006, p. 157.

apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia.

- **Principio de inmediación.-** En lo que respecta a la inmediación se refiere a la necesidad de que el juez que va a proferir la sentencia aprehenda el conocimiento directo que deviene del acopio probatorio y así logre formar su convicción frente al caso propuesto. Es aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal[47].

  De tal suerte que la aplicación de este principio en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral que debe practicarse las pruebas ante el juez que va dictar sentencia (a excepción de las pruebas preconstituidas y de las anticipadas). Según Roxin, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, las que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral[48].

  En ese orden de ideas, y a fin de clarificar la importancia del principio de inmediación, presentamos dos jurisprudencias: la primera emitida por el Tribunal Constitucional y la segunda por la Corte Suprema de Justicia:

> "Otro punto denunciado por el demandante relacionado con el derecho a la prueba es la afectación del principio de inmediación. Este establece que la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar la sentencia. El accionante sostiene la afectación de dicho principio alegando que el informe final se elaboró sobre la base de diligencias realizadas por varios jueces. Planteada así la presunta afectación, este Tribunal considera que ella no tiene sustento, puesto que, de acuerdo a lo señalado a propósito del principio de inmediación, el cual garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga

[47] Cfr. GUERRERO PERALTA, Óscar. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, p. 153.

[48] Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 395.

contacto directo con todas las pruebas, este no resulta afectado cuando más de un juez en la etapa de instrucción conoce del proceso, ya que ellos no serán los encargados de dictar sentencia" (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente Nº 1934-2003-HC/TC-Lima, fundamentos tercero y cuarto).

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

- **Principio de contradicción.-** La contradicción supone la posibilidad que tienen las partes –llámense fiscal y defensa del acusado– para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, la discusión o debate sobre estas y la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previamente a la decisión final del juzgador[49]. Este principio describe la naturaleza del juicio oral como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica, que garantiza la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre estas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrantes. Por definición, es una etapa dialéctica que exige la neta diferenciación de los sujetos y de la posición de los órganos de la acusación respecto de la defensa y de todos estos respecto al tribunal[50]. En ese sentido, el juez no interviene en la actuación probatoria, salvo contadas excepciones con fines exclusivamente de esclarecimiento.

[49] Indica Sánchez Velarde que salvo que se manifieste un supuesto de aceptación a la acusación fiscal, las pruebas deben debatirse en el juicio oral, pues ello es lo que se espera del esquema acusatorio del juicio para que el juez, realizando labor de valoración, pueda dictar la sentencia que corresponda. Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 569.

[50] Cfr. VÁZQUEZ ROSSI. Jorge. Ob. cit., p. 409.

- **Principio de presunción de inocencia.-** En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: solo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez "absuelve", declara y confirma dicho estado de inocencia[51], mientras que la "condena" es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

  Luigi Lucchini señala que la presunción de inocencia es un "colorario lógico del fin racional asignado al proceso" y la "primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, como suele decirse, esto es, hasta la prueba en contrario"[52]. Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son "la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal" y "la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda"[53].

  Para Nogueira Alcalá, la presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible, determinadas por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes

[51] La expresión "estado de inocencia" es empleada por Gozaini, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se le tiene anticipadamente culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante–) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, lo que parece una contradicción, Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227.

[52] Cfr. LUCCHINI, Luigi. *Elemento di procedura penale*, Barbera, Florencia, 1995, p. 15.

[53] Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*,. 5ª edición, Trotta, Madrid, 2001, p. 551.

mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir[54].

Gozaine indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial[55].

Al respecto, consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual[56], como un derecho público contenido en la Constitución a favor de las personas, que exige que no se considere verosímil la atribución de cargos contra una persona relacionados con la comisión de un delito, salvo que exista decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso[57], así como que se considere como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado. Es un poderoso baluarte de la libertad individual, pues resguarda a los ciudadanos de los atropellos judiciales, y de la seguridad jurídica[58].

2. Principios vinculados al desarrollo en sí del juicio oral

En segundo lugar, se tienen los principios referidos al desarrollo del juicio oral, los cuales son:

- **Principio de continuidad.-** Surgió en oposición al fragmentarismo discontinuo de los procedimientos escritos. En efecto, por la misma necesidad de los requisitos de la percepción, no puede haber espacios temporales considerables entre los diversos actos producidos

[54] Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". En: *Ius et praxis*,. Nº 11, Talca, 2005, p. 221 y ss.

[55] Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, Nº 6, 2006, p. 158.

[56] Las garantías individuales son derechos públicos que deben ser respetados por las autoridades, limitaciones en el ejercicio de sus funciones, y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución. Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, Porrúa, México D.F., 2003, p. 98.

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

[58] CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 232.

durante la audiencia[59]. La prueba debe estar viva en los sentidos de los jueces, que la deben tener palpitando en sus memorias al tiempo de dictado de la sentencia; de allí que la instrumentación de la audiencia no apunte a hibernar la prueba como ocurre en el juicio escrito. Aunque cabe señalar que en la legislación comparada se tiene la posibilidad de grabación, de que se efectúen resúmenes o de levantar versiones taquigráficas; sin embargo, es excepcional y obedece a la ratio de facilitar la tarea de los sentenciadores[60].

Para Ricardo Levene, el principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión[61].

- **Principio de concentración.-** La concentración de los actos en el juicio oral impone la necesidad de que lo que se haga sea en presencia de los que en él intervienen en forma sucesiva y sin perder la debida continuidad. Ello permite que las conclusiones, tesis y solicitudes que se presenten no pierdan el hilo conceptual entre el momento en que se acopian y el que se discuten, además que sean continuos al instante en que se toma la decisión. San Martín Castro acota que es una novedad en el nuevo código la profundización de los principios de unidad y concentración del debate, dado que entre sesiones de una misma audiencia no pueden intercalarse o realizarse otros juicios, salvo que en ese lapso concluya, es decir, si la nueva causa lo permite[62].

[59] El artículo 360 del Código Procesal Penal de 2004 precisa que instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La audiencia solo podrá suspenderse: a) por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor; b) por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y, c) cuando este Código lo disponga. La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que este no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

[60] Al respecto, señalamos el artículo 394 Código Procesal Penal de Argentina; véase: CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Derecho Procesal Penal. El procedimiento en los Códigos de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 234.

[61] Cfr. LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal argentino*, tomo I, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 112.

[62] Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 39.

- **Principio de identidad física del juzgador.-** La exigencia de identidad física del juzgador parte de la necesidad de que el juez presencie físicamente toda la audiencia del debate oral y de que sea quien personalmente dicte la sentencia, sin posibilidad de delegación alguna[63]. Ello con el objetivo de que quien dicta el fallo sea el mismo que presenció en forma directa e inmediata la producción y acopio de los elementos probatorios, así como también su discusión[64].

  Para graficar el impacto de este principio en la legislación y jurisprudencia, cabe citar lo expresado por el Tribunal Constitucional:

  > "En ese sentido, el hecho de que se desconociera la identidad de los magistrados encargados de llevar a cabo el juicio oral lesionó el derecho al juez natural, toda vez que el justiciable no estaba en la capacidad de poder conocer con certeza quiénes [eran] las personas que lo juzgaban" (sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente Nº 2926-2002-HC/TC, fundamento sexto).

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

  a) La negativa a estar presente: la estrategia defensiva es un asunto que concierne, salvo actos claramente inadmisibles para el

[63] Sin embargo, el artículo 359, numeral 2 del Código Procesal Penal de 2004 establece como excepción a este principio la ausencia prolongada de uno de los miembros del colegiado o la aparición de algún impedimento. En ese caso, el juez será reemplazado por una sola vez por el llamado por ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. No obstante, la licencia, jubilación o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

[64] Cfr. ALARCÓN GRANOBLES, Héctor. *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 49.

apoderado, exclusivamente a la defensa y al imputado; así, si la defensa opta porque el imputado no asista al juicio oral, en principio, es una decisión considerada válida y de exclusiva responsabilidad de la defensa (un caso inadmisible sería que el juicio se efectúe sin la presencia de ningún abogado defensor, porque, al menos, debería estar el de oficio). En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la posibilidad de que se juzgue en ausencia al acusado si este se niega a hacerse presente en el juicio[65], en contraposición con lo que asume la Corte Suprema de Justicia.

b) La imposibilidad de informar al acusado: esto ocurre cuando el Estado ha desplegado todos los medios a su disposición para dar con el paradero del acusado y, a pesar de ello, no lo encuentra.

V. La preparación del juicio oral

La preparación del juicio o debate oral gira en torno a dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo. Lo subjetivo comprende la delimitación del órgano juzgador, así como la concurrencia de las partes a la audiencia. Sobre lo primero, el Código Procesal Penal distingue dos órganos juzgadores: el colegiado (compuesto por tres miembros) y el unipersonal. El colegiado conocerá materialmente de los delitos que tengan señalados en la ley en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de

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

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

Sin embargo, indica que "las diligencias de confrontación, de debate pericial o de reconocimiento estarán sujetas a las mismas reglas" (propuesta de modificación al artículo 256 del Código de Procedimientos Penales de 1940). Sin embargo, como se acotó, en el Derecho comparado se está flexibilizando el principio de presencia física del acusado. Para mayores detalles, véase: BERNAL CUÉLLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 212.

seis años; los demás casos son de competencia de los juzgados penales unipersonales[66].

En lo referente a la concurrencia de las partes, la audiencia del juicio oral no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. Cuando son varios los acusados y alguno de ellos no concurra la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los inconcurrentes sin justificación. Igual trato merecerá el acusado que injustificadamente deje de asistir a la audiencia.

En lo atinente a cuestiones objetivas, se tiene lo referente al lugar de juzgamiento, la instalación de la audiencia y la ubicación de las partes en esta. Con relación a lo primero, lo usual es que se disponga que el juzgamiento tenga lugar en la sala de audiencias que designe el juzgado penal, salvo que por razones de enfermedad u otra causal justificada sea imposible la concurrencia del acusado a la sala de audiencias, en cuyo caso el juzgamiento podrá realizarse, todo o en parte, en el lugar donde aquel se encuentre, siempre que su estado de salud y las condiciones lo permitan.

Por otro lado, la audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal –o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado–, del fiscal, del acusado y su defensor. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia.

Finalmente, en lo referente a la ubicación de los sujetos procesales en la audiencia, lo más recomendable es que el juez penal tenga a su izquierda al abogado defensor y al acusado, y a la derecha el agente del Ministerio Público. Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la sala de audiencias. Estas posiciones ayudan al ejercicio del derecho del acusado, quien puede comunicarse directamente con su defensor sin que por ello paralice la audiencia.

[66] Esta distinción también la encontramos en la legislación comparada, dado que, en materia de juzgamiento y por celeridad procesal se ha considerado oportuno dividir la competencia según la gravedad del delito. Al respecto, consúltese los diversos informes sobre los procesos penales en América Latina presentados en la obra colectiva: MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (coordinadores), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

VI. Características del juicio oral

Las características del juicio oral son:

- **Es judicial.-** Su dirección y realización está a cargo del órgano jurisdiccional.
- **Es pública.-** Porque la audiencia puede ser presenciada por terceras personas que velan por el cumplimiento de los principios y garantías que rodean al juicio oral.
- **Es oral.-** Porque para garantizar la inmediación del juez con los órganos de prueba y facilitar la actividad de las partes, el medio de comunicación verbal es el más adecuado.
- **Es dialéctica.-** Porque en la fase del juicio oral se desarrollan los actos de prueba, los que descansan en el examen y contraexamen que las partes realizan sobre los órganos de prueba.
- **Es dialógica.-** Porque las partes tratarán de comunicar al juez que fallará que su teoría del caso es la más certera o, al menos, que la de su contraparte no lo es tanto.

VII. Estructura del juicio oral

Según la reforma latinoamericana, el juicio oral debería estructurarse de la siguiente forma:

1. Fase inicial
- Instalación de la audiencia
- Alegatos preliminares
- Se pregunta al acusado sobre su conformidad con la acusación

2. Fase probatoria
- Examen del acusado
- Examen de testigos
- Examen de peritos
- Oralización de la prueba documental

3. Fase final
- Alegatos finales
- Deliberación y votación de la sentencia
- Sentencia

VIII. Una necesaria aclaración: ¿el juicio oral tendrá un tiempo de duración en horas?

Últimamente se han levantado opiniones que postulan que una de las bondades del juicio oral es la rapidez de su celebración, así como de la expedición de la respectiva sentencia.

Al respecto, es cierto que la consagración positiva del derecho fundamental a un juicio penal dentro de un plazo razonable es producto de una cultura jurídica contemporánea, cuya inspiración responde a la necesidad de afianzar los postulados del Estado de Derecho (y evitar el resurgimiento de regímenes políticos totalitarios, como los que asolaron el mundo en el periodo de entreguerras). Sin embargo, de allí a creer que con todos los principios, garantías, técnicas y estrategias ese plazo razonable va a durar horas o días, es más que una simple ilusión o utopía.

Para comprobar lo señalado, señalaremos ciertos datos estadísticos de países que han adoptado el modelo acusatorio con tendencia adversarial y, por ende, cuentan con cierta experiencia en cuanto a realización de juicios orales; veamos:[67]

- **Bolivia.** Con motivo de la reforma procesal penal operada en Bolivia en 1999 –en vigencia a partir del 31 de mayo de 2001–, se realizó un estudio sobre la relación costo-beneficio de la reforma, el cual en materia de plazos de duración del proceso destaca una reducción de 87%, que equivale a 2 245 días, con una relación de 1 a 8.

  Así, se determinó que mientras en el antiguo sistema los procesos duraban aproximadamente siete años y medio, con el nuevo llegaban a 265 días en promedio si no se formulaban recursos y a 336 días si se presentaban. En particular, se observó que en la mayoría de los casos tramitados bajo el nuevo proceso las diligencias preliminares tomaban aproximadamente cinco días, la investigación preparatoria 178, el juicio 83 y la fase recursal 70 días. Ni el más utópico

[67] Datos tomados de MARCHISIO, Adrián. *La duración del proceso penal en la República Argentina. A diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 107-112.

procesalista boliviano hubiese pensado un juicio oral de horas o de un par de semanas.

- **Costa Rica.** Según estadísticas del año 1993, antes de la reforma, la etapa de juicio tenía una duración promedio de 6 meses y 3 semanas. En 1994 la duración fue de 8 meses y 1 semana. En 1995 la duración fue de 8 meses. El relevamiento de 1996 da cuenta de una duración de 10 meses y 1 semana. Finalmente, en 1997 la duración fue de 12 meses y 1 semana.

- **Guatemala.** La actividad del juicio puede durar hasta 3 meses, y un mes y medio el período de impugnaciones.

- **Paraguay.** En un estudio realizado a aproximadamente once juicios, se determinó que el lapso entre el hecho y el inicio del juicio fue de 308 días en promedio (con un registro mínimo de 147 y un máximo de 531 días), y entre la formulación de la acusación y el inicio del juicio oral el tiempo promedio registrado fue de 190 días (mínimo 56 y máximo 307 días).

- **Venezuela.** Los plazos de duración del proceso respecto al primer semestre del año 2001 arrojan un promedio de 58 días desde que ingresa el caso al Ministerio Público y se aplica el principio de oportunidad, y 82 desde cometido el hecho. En el caso de la celebración de acuerdos reparatorios, estos duran 49 días desde que ingresa el caso al Ministerio Público y 66 desde la comisión del hecho. La suspensión condicional del proceso se aplica en promedio a los 68 días de ingresado el caso y 73 desde la comisión del hecho.

En estos datos se puede apreciar el promedio de duración de un juicio oral; y ello es lógico si se toma en cuenta que no todos los juicios son iguales; los hay complejos que, por obvias razones, tomarán más tiempo, y aquellos que concluyen en forma simplificada (y se dice en forma simplificada porque hay normativas, como la peruana, que han establecido que si el acusado acepta los cargos formulados en su contra en la acusación del Ministerio Público, el juicio oral no tiene por qué continuar, esto es, concluye, procediéndose al dictado de la respectiva sentencia)[68].

[68] Ibídem, p. 110.

Solo en el caso de Chile las investigaciones empíricas (estudios realizados en el primer año de implementación del nuevo sistema) han calificado la duración del proceso como razonable, con un promedio de 196 días (6 meses y medio) desde la comisión del delito hasta el inicio del juicio oral, y un promedio de duración de la audiencia de juicio oral de 4,5 horas[69].

Pero no todos los juicios, por su magnitud y envergadura, tendrán una tasa de duración promedio como la chilena, máxime si esta descansa en el hecho de que la aplicación de un mecanismo consensuado de solución del conflicto penal ha conllevado la abreviación del juzgamiento (como ocurre en el Perú, a través de las figuras tales como la terminación anticipada del proceso y la conclusión anticipada del juicio oral, donde las audiencias concluyen en horas, resolviéndose, además, el conflicto penal).

Por lo que consideramos que el trámite sumarísimo del juicio oral no es una características per se del mismo, sino que es la consecuencia de haber aplicado un mecanismo que lo abrevie; en ese orden de ideas, el proceso acusatorio enarbola tanto la importancia de la fase de juzgamiento (como etapa central del proceso), como la gran utilidad (en términos de tiempo y costo) de la utilización de mecanismos consensuales (o alternativos) de solución al conflicto penal.

[69] Dado que se ha hecho referencia a la experiencia peruana, uno de los eslóganes políticos más usados y que resalta las virtudes del nuevo proceso penal es que de ahora en adelante los procesos penales –ya no el juicio oral– tendrán una duración de horas. Obviamente, ello es realizable –sino obsérvense los datos empíricos provenientes de la reforma chilena–, pero solo a través de los mecanismos consensuados de solución al conflicto penal; es decir, cuando hay una aceptación, por parte del inculpado, de los cargos formulados en su contra, así como del deber de reparar el daño cometido a cambio de recibir algún tipo de beneficio (como, por ejemplo, la reducción de la pena, la suspensión en la ejecución de la pena, etc.). Estos mecanismos consensuales pueden darse durante la averiguación previa (a través del principio de oportunidad, donde el beneficio a obtener es que el Ministerio Público archive las investigaciones), durante la investigación formalizada (a través de la terminación anticipada del proceso, que implica una reducción de la pena a favor del imputado por aceptar los cargos formulados en su contra), durante la etapa intermedia (a través de las figuras antes señaladas y que conlleva bien al sobreseimiento de los actuados o bien a una reducción de la pena), así como durante el juzgamiento (por medio de la figura de la conformidad del acusado con los términos de la acusación, que implica la imposición de la sanción solicitada por el Ministerio Público, el que previamente negoció con la defensa, llegando, digámoslo, a un acuerdo, válido y legal). Como se aprecia, la duración sumarísima del proceso penal, incluyendo el juicio oral, no depende per se del propio proceso, sino de un conjunto –concreto y específico– de instituciones procesales, denominado mecanismos consensuales de solución del conflicto penal. En pureza, todo eslogan político debería referirse a tales mecanismos, a fin de evitar que el ciudadano común tome una imagen no correspondiente al proceso penal en sí.

Por tal razón, no por un tiempo de duración breve se demuestra la eficacia del juicio oral en un país –más aún, como etapa central del proceso, la actuación de pruebas requiere del tiempo necesario a fin de garantizar los principios del juzgamiento y los derechos de los sujetos procesales–, como tampoco implica una carta blanca a irregularidades que se cometan durante su realización[70].

[70] En ese sentido, nuestra interpretación de la real dimensión de la duración promedio del juicio oral, sin aplicación de mecanismos consensuales de solución del conflicto penal, no implica que no defendemos el derecho a un plazo razonable, máxime si tal derecho ha transcurrido por diversas etapas históricas hasta su consagración como un derecho humano. Así, una primera fase correspondió a la interpretación que en 1968 realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wemhoff, en el que se intentó dar respuesta a una de las cuestiones que aún no han sido suficientemente dilucidadas: qué implica un plazo razonable. Pese a que la Comisión elaboró la llamada teoría de los siete criterios para establecer los límites de este plazo, el Tribunal rechazó el planteo y por consiguiente también esa teoría, pero estableció que el plazo debía computarse desde las primeras indicaciones formales contra el imputado y extenderse hasta la absolución o condena (sin precisar si debe incluir la tramitación ante la casación). En ese sentido, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos continuaron con la tesis del no plazo sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que consideró que no es posible cuantificarlo en años y meses, sino que es preciso hacer un análisis global del caso en concreto sobre la base de: a) la complejidad del caso, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades. Este fue el criterio que sentó desde el principio la Comisión en el caso Firmenich, donde señaló que, más allá de lo que establezca la ley como límite temporal de la prisión preventiva, es todavía posible que su duración sea razonable después de cumplido dicho plazo. A este caso le siguió un importante número de precedentes, pero en términos generales estos tampoco permiten establecer reglas precisas como parámetro orientador.

Un segundo periodo lo podemos encontrar en España, donde la disposición constitucional del artículo 24.2 de 1978 que señala literalmente el derecho de todo individuo a tener "un proceso público sin dilaciones indebidas", conllevó que el Tribunal Constitucional español rechace las salidas compensatorias que puedan adoptarse al tiempo de la sentencia condenatoria, por considerar que la cuestión de la prolongación del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia ni de la responsabilidad criminal alterada por la aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de la dilación del proceso. De tal modo, la única solución propuesta es la responsabilidad funcional, en su caso la vía de la reparación civil y las potestades de gracia de los demás poderes (indulto y remisión condicional de la pena). En el caso de Italia, el tema repercutió más en el intento de establecer procedimientos acelerados para evitar largas tramitaciones (juicio abreviado, *patteggiamento*, juicio directísimo, juicio inmediato, etc.) que en la implementación de instrumentos precisos que impidan la continuación del proceso una vez comprobada la demora.

El sistema anglosajón ya había reconocido estos conceptos en la Carta Magna de 1215. Estados Unidos los incorporó, en particular, en la Constitución de Virginia y en la enmienda 6ª de su Constitución (1787), que literalmente indica: "en todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido y público". Sin embargo, la interpretación que se hizo de estos principios fue similar a la del TEDH, con la salvedad de que frente a su violación la justicia norteamericana optó por declarar la nulidad de la acusación, con lo cual tampoco brindó una solución definitiva al problema, porque surgió el riesgo de que el imputado sea sometido a un nuevo juicio debido a que la anulación impediría hablar de un primer juicio. Para mayores detalles, véase: MARCHISIO, Adrián. Ob. cit., pp. 85-89.

capítulo 3

Los sujetos procesales que intervienen en el juicio oral

Capítulo 3

Los sujetos procesales que intervienen en el juicio oral

I. ¿Sujetos procesales o partes?

Usualmente hemos observado el uso indiscriminado de los términos "sujetos" y "partes", lo que da a entender, equivocadamente, que son vocablos equivalentes o semejantes. Por otro lado, su empleo está en función de una determinada razón, subrepticia, pero razón al fin y al cabo. Así, algunos prefieren utilizar siempre el término "sujetos" como una manera de no tomar partido en la problemática –que veremos más adelante– acerca de la existencia de partes formales en el proceso penal; en otros casos, se utiliza la definición "sujetos" como una designación genérica, sin compromiso con la técnica procesal[71].

Al respecto, consideramos que ambos términos presentan significados diferentes, lo que impide su uso indiscriminado; sin embargo, teniendo en cuenta el contexto del uso de las palabras, ambas representan instituciones existentes en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial.

En efecto, según Leone, los "sujetos" son las personas entre las cuales se constituye la relación procesal. Son "sujetos" de la relación procesal el

[71] Cfr. LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. *Sistemas de instrucción preliminar en los Derechos español y brasileño. Con especial referencia a la situación del sujeto pasivo del proceso penal*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, Madrid, 1999, p. 508.

Ministerio Público, el acusado y el juez. Es evidente que el juez se destaca de los otros sujetos porque está en un plano superior y distinto, pues mientras los otros sujetos comparecen ante él solicitando la actuación de la ley o con una petición de incoación del procedimiento penal, el juez está llamado a dirimir tales solicitudes. Es la distinción fundamental. Sin alguno de los sujetos no existe proceso[72].

En ese orden de ideas, la expresión "sujetos" es genérica y sirve para cualificar a las personas entre las cuales se forma la relación procesal, la misma que ha surgido por el conflicto de intereses generado por la comisión de un ilícito penal[73], considerándose como sujeto del proceso, pero no como parte, al juez, quien es un órgano supraordenado a los demás y que debe decidir el conflicto. Esa condición de órgano "extrapartes" es imprescindible para que exista el elemento característico de la imparcialidad. Además, constituye un imperativo del sistema acusatorio y de la heterocomposición[74].

Ahora bien, cuántos tipos de "sujetos" encontramos en el proceso penal. Al respecto, y siguiendo a Jaime Guasp, encontramos dos tipos: aquellos que han de emitir la decisión y aquellos que solicitan tal decisión[75]. Sin embargo, un sector de la doctrina estima que los sujetos son únicamente el acusador, el acusado y el juez[76]. Disentimos de ello, pues hay otros sujetos procesales perteneciente al grupo que pretenden, aspiran e incluso solicitan una decisión; así tenemos el caso de la víctima, la cual, al constituirse en actor civil, hace suya la pretensión resarcitoria; igualmente el tercero civil, quien participa del conflicto de intereses suscitado entre el acusador y el acusado, en el extremo de la responsabilidad económica de este.

[72] Cfr. LEONE, Giovanni. Ob. cit., p. 247.

[73] En efecto, al hablar de delito debemos de pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable, y que ambos persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal. En palabras de Schünemann, no se trata de una mera oposición contraria al hecho, sino una oposición de intereses directa y sin restricciones jurídicas. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. Ob. cit., p. 54.

[74] Cfr. LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. Ob. cit., p. 509.

[75] Cfr. GUASP, Jaime. "Administración de justicia y derechos de la personalidad". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 17-18, Madrid, 1944, p. 75 y ss.

[76] Cfr. LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. Ob. cit. p. 509.

No obstante, y en lo referente a la gama de personas intervinientes en el proceso penal, la doctrina alemana, siguiendo la terminología de la StPO[77], utiliza la terminología "participante" y "sujeto". Como explica Gómez Colomer, "participante procesal" incluye a todo aquel que toma parte en el proceso como juez, fiscal, ayudante de este, inculpado, abogado defensor, testigo o perito, autor privado, autor accesorio, autor civil, autoridad administrativa, auxiliar de los tribunales, denunciante, etc., o sea, todos aquellos que de una forma u otra, bien por ser órganos estatales de la administración de justicia, bien por ser personas particulares afectadas por el hecho punible, cumplen un papel en el desarrollo de un proceso concreto[78].

En cambio, el término "sujetos" es más restrictivo, dado que denota a aquellas personas esenciales para la supervivencia del proceso, sin cuya presencia no existiría.

Al respecto, discrepamos de la corriente alemana, debido a que fundamenta la noción de "sujetos" en la esencialidad de las personas para el proceso, pues de esta forma solo se podría considerar como tales al acusador (sujeto activo), al acusado (sujeto pasivo) y al juez, soslayando completamente a la víctima, aún si se constituye en actor civil. Ello confirma la tónica de siempre: excluir de toda consideración procesal a la víctima a pesar de que la norma la dota de legitimidad para intervenir activamente al constituirse, por ejemplo, en actor civil, en el desarrollo del proceso penal.

Por el contrario, la noción de "sujetos" descansa en la dinámica de la actividad procesal que tales pueden realizar: solicitar-decidir, lo que incluye al actor civil y al tercero civil[79]. Ahora bien, si de esencialidad se trata, el proceso, que nace de un conflicto de intereses a dilucidar, necesita de tales personas dado que la misma relación conflictual exige

[77] Como explica Gómez Colomer, puede pensarse que la StPO ha pretendido poner de manifiesto que no ha adoptado un "proceso penal de partes", quizá porque no existen partes que luchen entre sí por intereses propios (con lo cual disentimos), que tengan una contradicción de intereses, y que los persigan y defiendan en igualdad de condiciones. La moderna doctrina alemana sigue la denominación legal, empleando la terminología: participantes y sujetos. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.* Bosch, Barcelona, 1985, p. 68 y ss.

[78] Ibídem, p. 69.

[79] Y es la postura adoptada por el nuevo Código Procesal Penal de 2004, el cual en la Sección IV regula al "Ministerio Público y demás sujetos procesales" (artículos 60 al 113).

que los "participantes" se agrupen en aquellos que solicitan (aspiran o pretendan, en atención a los intereses que han hecho suyos) y aquellos que resuelvan (decidan o den una solución heterocompositiva al conflicto suscitado).

No obstante, tenemos que hacer, al menos, algún tipo de pronunciamiento sobre aquella tesis que postula que si la víctima, el Ministerio Público o ambos participan como sujetos en el proceso penal, se quiebra el principio de igualdad, pues amparándose en la persecución de un derecho patrimonial o en la representación del interés social, se permite que sean dos –el fiscal y la parte civil– quienes pretendan la limitación de la libertad u otro derecho del sindicado, cuando uno de aquellos sujetos –la parte civil– no tiene legitimidad para pretender lo discutido[80]. Esta posición tiene como base considerar que en el proceso la discusión sobre la imposición de sanciones penales solo puede presentarse entre quienes tienen legitimidad para procurarla y evitarla, es decir, entre el Estado y el sindicado. Así se conforma una litis en condiciones de igualdad[81].

Al respecto, una vez más queda demostrado cómo el fundamento que se da al proceso penal influye en el contenido de las instituciones procesales. En ese sentido, si se considera que la base del proceso penal es permitir que el Estado, legítimamente, imponga una sanción luego que, vía actividad dialéctica, se demuestre la responsabilidad del procesado por el delito atribuido, entonces, solo cabe considerar como sujetos al Estado y al acusado. Y decimos "sujetos" por ser el juez quien ingresa en la dinámica procesal en aquella faceta del *ius puniendi* denominada "imposición de sanciones al caso concreto", cuyo titular es el Estado. Pero que, si hubiésemos empleado el término "partes", se caería en el absurdo de considerar al magistrado como parte en el proceso penal.

[80] Es la tesis formulada por el profesor colombiano Sanpedro Arrubla, quien agrega que la posibilidad que el Ministerio Público intervenga y tome partido por alguna de las tesis que se oponen –acusación y defensa– rompe el equilibrio natural, aun cuando tome partido por la tesis expuesta por el sindicado. Cfr. SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "Sujetos procesales dentro del proceso penal colombiano. Acto Legislativo 03 de 2002". En: *Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. VII sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 344.

[81] Véase la conferencia de: SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "Razones para excluir la participación de la víctima en el proceso penal colombiano". En: *II Foro sobre la justicia en Colombia. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, s/p.

Sin embargo, si se considera que el fundamento del proceso está dado en la consecución de sus dos finalidades: solucionar el conflicto de intereses generado por la comisión de un delito, así como legitimar la imposición de la sanción estatal, entonces se puede admitir como sujetos a la víctima, a la fiscalía y a las denominadas "partes civiles" (actor civil y tercero civil), dado que el delito, al generar intereses privados (de absolución o atenuación por el lado del imputado, y de restitución o reparación por el lado de la víctima), así como intereses públicos o sociales (en virtud a la dañosidad social que produce la comisión de cualquier delito), exige la intervención en el proceso –valga la redundancia– de los interesados, quienes en forma dialéctica defenderán o apoyarán las legítimas expectativas presentadas ante el órgano jurisdiccional, el cual tendrá que resolverlas en el marco del proceso penal.

No se puede hablar del delito sin considerarlo como un fenómeno jurídico-social que genera situaciones de conflicto entre sus intervinientes. Pensar que todo se reduce a la lucha entre el Estado y el acusado (entre el "bien" y el "mal") implica despersonalizar al fenómeno delictivo, olvidar no solamente a la víctima (como usualmente se denuncia), sino también a otros personajes como el tercero civil y, aún más, al propio Ministerio Público. Convertir en objetos a los sujetos, denotar su mera intervención sin ningún tipo de calificativo jurídico conlleva el regreso a vetustas concepciones, propias del siglo XIX.

Por otro lado, está la noción de "parte". El concepto de partes (contrapuestas) está íntimamente ligado a la idea de conflicto de intereses, lo que ha llevado a un sector de la doctrina procesal a negar la existencia de partes en el proceso penal, exactamente por rechazar la existencia de un conflicto de intereses en el proceso penal. Otro argumento que contribuye a esa posición es la situación del Ministerio Público en el proceso penal, puesto que para algunos autores, su presencia se debe a un poder-deber de actuar la voluntad de la ley, ya que no participa en la relación jurídica material. Así, para Manzini el Ministerio Público no es parte porque no solicita al juez en su propio nombre y ni siquiera su actuación está vinculada a un derecho subjetivo, sino al poder-deber de actuar[82].

[82] Cfr. MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* tomo I. Traducción de Sentis Melendo y Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 115 y ss.

Asimismo, la doctrina mayoritaria alemana destaca que el proceso penal no es proceso de partes. La razón principal para sostener ello proviene del lugar y las funciones legales que posee la fiscalía, y en menor medida de la diferenciación entre sujetos y participantes procesales[83]. Un sector de la citada doctrina ha elaborado la denominada teoría de la posición jurídica, la cual atiende a la situación de un sujeto en la estructura procesal, y a las facultades que le asigna la ley. Dicha tesis descansa en tres principios[84]:

- La persona sometida a la investigación penal no puede ser tratada como objeto del procedimiento sino como sujeto interviniente en el proceso penal. El imputado pasa de ser un inquirido a ocupar y desarrollar el papel de partícipe, con poder para conformar el procedimiento junto a los demás sujetos procesales y dentro del margen que la ley prevé.
- La eficacia de la administración de justicia no puede considerarse como un principio fundamental del proceso penal.
- Las desventajas propias de la situación procesal del investigado deben corregirse durante el procedimiento.

Frente a ello, consideramos equivocada la tesis que niega la existencia de partes en el proceso penal y, por el contrario, somos de la opinión que el concepto de “partes” se construye a partir del objeto del proceso penal[85]: la discusión de las pretensiones de acusación y de reparación. A partir del mismo, vamos a introducir el concepto de “parte” como aquella que formula y aquella a quien se le formula las pretensiones de acusación y de reparación, objeto del proceso. El órgano jurisdiccional no es parte, es sujeto de la relación procesal. Es un órgano supraordenado a las partes, y ante él –como destinatario– es formulada la pretensión.

Así, compartimos la opinión de Birkmeyer, quien señala que parte es la persona que en el proceso y frente a otra requiere una decisión sobre una

[83] Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Ob. cit., p. 305.

[84] Cfr. ESER, Albin. “La posición jurídica del inculpado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana”. En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*,. Editorial Idemsa, Lima, 1998, p. 19 y ss.

[85] Comparte esta opinión: GUASP DELGADO, Jaime. “La pretensión procesal”. En: *Estudios Jurídicos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 614. LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. Ob. cit., p. 478 y ss.

pretensión discutida o no por el adversario, en el modo y con las formalidades propias del proceso penal[86]. Sin embargo, y valga la insistencia, el juez es sujeto pero no es parte, y le cabe a él decidir acerca de las pretensiones (intereses) deducidas en la relación conflictual.

Al respecto, Moreno Catena y Cortés Domínguez[87] acotan que no cabe duda –al menos desde un punto de vista formal (y también material desde la óptica del acusado)– que existen partes en el proceso penal.

Por un lado, se hallan los sujetos que postulan en el proceso una resolución de condena, necesaria para abrir el juicio oral, las partes acusadoras: el Ministerio Fiscal y el acusador.

Por otro lado, están las personas frente a quien se pide la actuación del Derecho Penal por entenderles intervinientes en la comisión de un hecho delictivo: el acusado, que es titular del derecho a la libertad y en todo caso se le considera como parte en sentido material. Desde luego, nadie pone en duda la presencia de verdaderas partes cuando se trata de la pretensión civil de restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización de los perjuicios causados con los hechos delictivos que la ley permite acumular al proceso penal, pronunciándose el tribunal jurisdiccional sobre ambas.

II. El rol del juez en el juicio oral

Una vez delimitado el significado de sujetos procesales, en este capítulo analizaremos el rol de algunos de ellos dentro de la dinámica del juicio oral, empezando por el papel que cumple el juzgador.

En principio, en cuanto a la estructura, por lo general, los nuevos órganos de investigación y de enjuiciamiento en el ámbito hispanoamericano, en la actualidad, presentan, en su escalón inferior, un tribunal o juzgado de garantías, penal o de investigación preparatoria, que se ocupa de la vigilancia de la investigación a cargo del Ministerio Público, así como de

[86] Citado por: GUARNIERI, José. *Las partes en el proceso penal*. José Cajica, México D.F., 1952, p. 45.

[87] Cfr. MORENO CATENA, Víctor / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 97.

la vigilancia de sus decisiones que afecten derechos individuales de los imputados.

En lo referente al juez de control o de garantías, la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia estudia la figura del juez de garantías, ubicándolo de la siguiente forma: "Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación no solo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad".

Al respecto, se puede señalar que el control más que un cargo es una función (rol). El juez ejerce un control respecto a las violaciones de derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad), de manera previa o, para algunos casos, anticipada. Asimismo, asegura la legalidad de la prueba ejerce una protección a la comunidad, aprueba la aplicación del principio de oportunidad, dejándose en claro que no atiende a la resolución del juicio de responsabilidad, sino a los aspectos previos del proceso.

Por otro lado, y en el mismo nivel jerárquico que los juzgados de garantías o de investigación preparatoria, están los tribunales o jueces colegiados o de sentencia o de conocimiento, y el tribunal del jurado en las causas de su competencia. Estos conocen de los plenarios y dictan sentencia

en primera instancia, absolviendo o condenando al imputado en el juicio oral y público. Habitualmente, los tribunales de sentencia están formados por tres jueces profesionales, salvo para los delitos menores, en los que pueden estar formados por uno solo (se les conoce como juzgados unipersonales). Se contemplan igualmente tribunales de escabinos en algunos países en los que el tribunal de sentencia se constituye por jueces profesionales y ciudadanos legos elegidos por sorteo o con arreglo a otros sistemas.

Los jueces de sentencia o de conocimiento no solo asumen el compromiso de administrar justicia penal, sino que igualmente están convertidos por la ley en un jueces constitucionales que deben velar por el acatamiento y cumplimiento de los lineamientos señalados en la ley, pues nada más y menos que se encarga de definir la pretensión punitiva, pero en observancia de las normas constitucionales[88].

La segunda instancia se ha generalizado igualmente en Hispanoamérica, de manera que la causa fallada por el tribunal de sentencia puede ser revisada por un órgano superior, tal como señalan los tratados en materia de derechos humanos. Esta función viene encomendada, por lo general, a cortes supremas o tribunales superiores únicos para todo el Estado o para una determinada región o Estado federado.

Igualmente, deben tenerse en cuenta determinados órganos judiciales especializados creados en algunos países a fin de atender las necesidades concretas de lucha contra el crimen organizado (v. gr. los jueces de narcoactividad y de medio ambiente de Guatemala) o determinadas exigencias técnicas del proceso como son los jueces de ejecución penal. En todo caso, es de ver cómo el juez de garantías es el encargado de supervisar o aprobar el ejercicio del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público en los casos de criminalidad de bagatela *(plea bargaining)*.

Por otro lado, con relación a las funciones que el juez (unipersonal o colegiado) desempeña durante el juicio oral, se debe indicar que el juez debe contar con las destrezas, habilidades y conocimientos nuevos ajustados a la nueva “cultura” del juicio. En efecto, el éxito del proceso de

[88] ALARCÓN GRANOBLES, Héctor. Ob. cit., p. 65.

juzgamiento oral acusatorio depende de una sinergia fundamental entre las partes y el juzgador, en la cual el juez debe no solo resolver el caso con base en las pruebas ofrecidas por las partes, sino también regular su actuación y decidir, como presupuesto a su incorporación, su conducencia y legalidad. Y después, en el acto culminante de su quehacer, valorarlas mediante procesos mentales rigurosos y fallar.

En ese orden de ideas, el juez no tiene que manejar tanto las técnicas de litigación oral (aunque sí tiene que familiarizarse con ellas) que aplicarían las partes en el juicio, sino comprender su valor dentro de un nuevo contexto de juzgamiento con inmediación, controversia y continuidad, donde es el receptor natural del producto de las labores de las partes y en donde tiene la muy noble y delicada labor de definir, la verdad del caso.

Para esto debe poseer además la facultad (y el deber) de controlar las actividades de las partes, el público, la prensa y el acusado, con fines de asegurar el decoro, respeto y eficiencia del proceso. En las tradiciones procesales acusatorias, la natural tendencia de las partes a incurrir en excesos, el escándalo que puede desatar el drama del juicio y las emociones que pueden impulsar a los sujetos procesales al desbordamiento exigen que la figura central del rito tenga en sus manos el poder de control[89].

En ese sentido, se ofrecen las siguientes recomendaciones:

1. Antes de iniciar el juicio, el juez debe considerar la formulación de las “reglas de juego” que se aplicarán en el juicio. Estas pueden consistir en llamamientos de atención acerca de discusiones indebidas entre las partes, duración de alegatos, proscripción de alegatos

[89] En los sistemas anglosajones, la doctrina de “poderes inherentes al juez” permite imponer sanciones fuertes que llegan hasta la privación de la libertad de los infractores. Esto se hace a través del concepto de desacato, que es la conducta impropia de las partes procesales o el público y que incluye obstaculizar, obstruir o desviar el proceso e irrespetar la justicia o al juez. Este poder de aplicación sumaria e inmediata se considera necesario para el manejo del juicio dentro de un marco aceptable. El juez tiene el poder inherente de sanción ante cualquier desacato a fin de proteger los derechos del acusado y los intereses del público, asegurando que la administración de justicia no sea impedida. Por otro lado, las situaciones en un escenario de juicio oral donde el juez debe considerar la imposición de sanciones son muy variadas. En todo caso, sancionar el desacato surte efectos positivos solamente en la medida que su posibilidad sirva para desincentivar a la conducta obstruccionista. El poder no se aplica para fines de retribución sino para fines preventivos. Las categorías (mas no las actividades en sí) que están sujetas a este poder de sanción son: a) impedir, obstaculizar o no prestar la colaboración para la realización de una prueba o diligencia durante la actuación procesal; b) faltarle el respeto al juez en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas; c) solicitar pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes; d) actuar de forma temeraria o de mala fe.

inconducentes, impuntualidad en la asistencia, conducta del imputado y los testigos, naturaleza y pertinencia de las objeciones, y otros incidentes o situaciones previsibles no definidos normativamente.

2. El juez puede hacer patente su disposición en cuanto a la utilización de sus poderes de sanción e insistir en la observancia del deber de lealtad.

3. Al abrir las sesiones públicas, el juez debe informar al público presente y a los medios de comunicación acerca de la necesidad de mantener el decoro y proscribir cualquier actividad que tienda a afectar el juicio negativamente. Si el proceso ha atraído la especial atención de los medios de comunicación, el juez deberá establecer con ellos reglas mínimas de conducta con el fin de garantizar el orden y el respeto, sin que esto obre en contra de los intereses de la sociedad en cuanto a transparencia y publicidad del proceso.

4. Si después de tomar estas medidas de prevención alguna persona incurre en un acto violatorio de las reglas de conducta, el juez debe hacer una simple amonestación, salvo que el acto sea doloso e intencional o que se haya amonestado previamente.

5. En el caso de imposición de alguna sanción, el juez debe anunciar su intención y notificar al sujeto acerca de las violaciones. El sujeto debe ser oído antes de la imposición de la sanción. El juez puede postergar la imposición de la sanción hasta que termine el juicio, a efectos de preservar su continuidad.

Aparte de la función de control, el juez, durante el juicio oral, tiene que desarrollar habilidades y destrezas especiales que le permitan coadyuvar a la emisión de una decisión racional y razonable, tendiente a dar respuesta al conflicto penal suscitado entre las partes.

Así, se sugiere, en primer lugar, el hecho de tomar apuntes. El buen juez toma apuntes durante el juicio y los consulta periódicamente. Recurre a los medios mecánicos o electrónicos de reproducción solamente en última necesidad, ya que estos no son para el juez del juicio sino para las partes que eventualmente consideren alguna impugnación de resoluciones[90].

[90] Consideramos que este debe ser el motivo y la interpretación que se le debe dar a lo regulado en los artículos 275-D al 275-I del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, que describen el uso de videograbaciones durante el juicio propiamente oral. Así, en los citados artículos se dispone lo siguiente:

Tomar apuntes durante un juicio oral es necesario para los siguientes propósitos: a) recordar pruebas importantes; b) revisar las pruebas; c) organizar la información de forma comprensible y de modo que se tenga un fácil acceso; d) ayudar a la eliminación de posibles prejuicios o conceptos errados, manteniendo la imparcialidad, y e) ayudar en el proceso de decisión (fallar).

Asimismo, se recomiendan varios procedimientos generales para hacer más eficaz la tarea: a) utilizar una carpeta que le permita quitar y agregar páginas; b) usar carpetas distintas o divisiones que mantienen separados casos distintos; c) colocar fecha y caso al comenzar cada página; d) dividir cada página en columnas y efectuar los apuntes en un lado, y las aclaraciones resúmenes e índices (para ubicar temas) en la otra columna; e) asegurar que, para ahorrar tiempo, los apuntes sean legibles; f) utilizar abreviaciones y síntesis; g) separar ideas mediante incisos y subrayar utilizando símbolos para puntos o pruebas claves; h) mantener un propio registro de la incorporación e importancia de pruebas físicas, peritajes y croquis; i) revisar periódicamente los apuntes durante el juicio (muchos jueces lo hacen cada día antes o después de sesionar); y j) recordar que los apuntes son personales, no son ni para las partes ni

Artículo 275-D.- Las audiencias se registrarán en videograbación, audiograbación o cualquier medio apto, a juicio del juez, para producir seguridad en las actuaciones e información que permitan garantizar su fidelidad, integridad, conservación reproducción de su contenido y acceso a las mismas, a quienes de acuerdo a la ley tuvieren derecho a ello.

Artículo 275-E.- Las partes y las autoridades que legalmente lo requieran podrán solicitar copia simple o certificada de las constancias que obren en el expediente.

Artículo 275-F.- La conservación de la videograbación, audiograbación o de cualquier otro medio apto estimado por el juez, que integren la causa se hará por duplicado y se depositarán en el área de seguridad del juzgado; cuando por cualquier motivo se hubiere dañado el soporte material del registro afectando su contenido el Juez ordenará reemplazarlo.

Artículo 275-G.- Queda prohibido a quienes no sean partes, disponer de los registros de videograbación o audiograbación de las actuaciones orales, así como ingresar equipos de telefonía, grabación y video al recinto oficial.

El Juez del conocimiento pondrá a disposición de las partes los aparatos, para que previa cita, tengan el acceso pertinente a los registros de la videograbación, audiograbación o de cualquier otro medio que haya autorizado para el registro, a efecto de que le sean facilitados todas las partes y que consten en el proceso.

Artículo 275-H.- A las videograbaciones, audiograbaciones o cualquier otro registro determinado por el juez, se les asignará un número consecutivo, seguido de las iniciales JO y en la constancia de cada actuación se asentará la fecha, hora y lugar de realización, el nombre de los funcionarios y las personas que hubieren intervenido y la recopilación de sus resultados, haciéndose constar en acta que será firmada por el Juez, el Secretario y los comparecientes; si no supieren firmar, imprimirán su huella dactilar.

Artículo 275-I.- El Juez del conocimiento precisará el número de registro de la videograbación, audiograbación u otro registro, ordenará su depósito en el área de seguridad respectiva, así como las medidas convenientes para asegurar su conservación, fidelidad y autenticidad, las mismas que deberán constar en el acta que será firmada por el Juez, Secretario y los que intervengan.

para el público ni para un expediente. Son una ayuda al efectivo y justo proceso de juzgamiento.

Por otro lado, una segunda sugerencia para el desarrollo de habilidades especiales por parte del juez durante la fase de juicio oral es la constante capacitación, así como la adquisición y manejo de nuevos conocimientos; por ejemplo, citamos el hecho de participar en la realización de actividades metodológicas de simulación de casos, donde podrá adquirir el conocimiento básico de las innumerables situaciones que se presentan durante el juzgamiento, en la búsqueda de mejorar su desempeño.

También se pueden citar los convenios de capacitación y formación judicial iberoamericanos, tales como "Aula Iberoamericana", dirigida a la capacitación de jueces y magistrados americanos, tanto mediante programas específicos de formación continuada, como mediante la incorporación de alumnos a la Escuela Judicial española. Asimismo, el "Programa permanente de formación internacional", conjunto de actividades dirigidas a los jueces y magistrados de todo el mundo para que acrediten conocimientos suficientes de lengua española, que, entre otros objetivos, se plantea la "formación de formadores" para preparar a los que van a ser profesores de las escuelas judiciales de sus respectivos países, así como la incorporación de jueces extranjeros a las actividades formativas de tipo continuado de la Escuela Judicial española.

III. El rol del Ministerio Público en el juicio oral

Sobre el Ministerio Público se ha escrito mucho; en principio, es el titular de ejercicio público de la acción penal, así como el director de la investigación; además, es quien tiene la carga de la prueba, el defensor de la legalidad y de los intereses de la sociedad, así como el ente que carece de imparcialidad mas no de objetividad.

Si bien todas las funciones que se le han mencionado son ciertas, en lo que discrepamos es en que estas denoten el fundamento del sistema acusatorio con tendencia adversarial[91]. En efecto, ha habido estudios

[91] Así, cabe citar la opinión de Peña Cabrera Freyre, para quien el nuevo modelo procesal penal de corte adversarial se inspira básicamente en el rol investigador del fiscal despojando de dicha tareas al juzgador, e importa entonces el producto más acabado de todo el tránsito que ha tenido que transcurrir desde la adopción del modelo inquisitivo

que, para explicar en qué consiste este sistema procesal han partido de las nuevas funciones que se le asignan al Ministerio Público, sin explicar por qué esta asignación de competencias. Confiamos no haber incurrido en este error, al haber establecido previamente nuestra lectura de cuál es el fundamento, paradigma o filosofía del sistema acusatorio con tendencia adversarial (vide ut supra).

Volviendo al tema que nos ocupa, la doctrina clásica explica que a la par de los jueces, cuya función consiste en resolver las pretensiones que se les plantean y que constituyen el objeto de un proceso, la legislación establece el funcionamiento de otros órganos a los que les asigna la defensa de los intereses que afectan el orden público y social[92]. Palacio agrega que aquellos órganos se concentran en una institución denominada Ministerio Público, cuyos integrantes realizan funciones judiciales distintas de la jurisdiccional[93].

Tales funciones consisten en el planteamiento de pretensiones y oposiciones a estas, las que les son encomendadas en virtud de hallarse en

con el nacimiento del Derecho canónico. Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del proceso penal en Latinoamérica y Europa continental". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, APECC, Lima, 2008, p. 173. Sin embargo, Bacigalupo nos informa que los orígenes de la reforma procesal que otorgó la dirección de la investigación al fiscal son ideológicamente dudosos. En efecto, en su importante monografía *Fiscalía y tribunal*, Eberhard Schmidt apuntó que la más sobresaliente de las reformas del proceso penal durante el Tercer Reich fue la extraordinaria ampliación que la fiscalía adquirió en el proceso penal, conduciendo a que la fiscalía sea dueña del procedimiento previo. Cfr. BACIGALUPO, Enrique y otros. Ob. cit. p. 18. Como se aprecia, la delegación de la dirección investigadora a la fiscalía puede deberse incluso a ideologías de regímenes tan dictatoriales como el nazi.

[92] PALACIO LINO, Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 585 y ss. En cuanto a la organización del Ministerio Público, cabe apuntar que en el proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de la ciudad de Buenos Aires, cuya autoría corresponde a Gustavo Béliz, se define a la institución con los siguientes términos: "(...) es el órgano judicial que tiene por misión primordial la defensa del orden jurídico y de la causa pública en todos los casos y asuntos que estos intereses lo requieran, como así también –se agrega–, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social" (artículo 1).

[93] De la ponencia del Procurador General de la República de México, Jorge Madrazo Cuéllar, bajo el título "Independencia del Ministerio Público y su ubicación institucional: bases para un modelo adecuado de la organización del Estado" (presentado en la II Reunión Extraordinaria de la Asociación Interamericana del Ministerio Público), es útil destacar que el citado funcionario afirmó que: "En la actualidad, el Ministerio Público varía en nomenclatura y funciones en los distintos países en donde se ha instituido. Atendiendo a su origen francés ha recibido la designación de Ministerio Público. En España, como en diversos países de Iberoamérica se le ha denominado Fiscal, Promotor Fiscal y Ministerio Fiscal". Consignó además que: "El uso de tan diversas denominaciones obedece principalmente al propósito de acentuar algunas de las facultades que le son atribuidas frente a otras, como por ejemplo el calificativo de fiscal que deriva de la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o el de Ministerio Público en el que resalta la preferencia por la investigación de los delitos" (En: *Revista del Ministerio Público Fiscal*. Número especial, Buenos Aires, 1999, pp. 157-166).

juego intereses sociales superiores, cuya realización no admite su supeditación a la iniciativa privada como, por ejemplo, el ejercicio público de la acción penal[94].

Por otro lado, se distingue en doctrina entre "parte" en sentido formal y "parte" en sentido material. Se le incluye al Ministerio Público en la primera de las categorías, toda vez que se manifiesta formalmente como parte en el proceso, promoviendo la acción, requiriendo el dictado de resoluciones, aportando elementos de juicio a través de fundamentaciones y pruebas, interponiendo recursos, etc. Mientras que como parte material encarna el interés público, un ente imparcial en la realización de la justicia, el que a veces puede coincidir con la postura de la defensa[95].

Al respecto, Sagüés, refiriéndose al rótulo que se le impone al ente fiscal de "parte imparcial" dice que es "parte" en sentido formal, no material, y es imparcial ya que el Ministerio Fiscal debe actuar con objetividad[96]. Para Vélez Mariconde su "(...) función es absolutamente objetiva, estrictamente jurídica y siempre ajena a toda consideración de conveniencia política (…) la distinción entre la función requirente y la jurisdiccional (en sentido estricto) es puramente formal", toda vez que ambas "se inspiran en la misma finalidad", procurando "el imperio de la verdad que da base a la justicia"[97].

Asimismo, se califica al fiscal de "parte en sentido procesal", entendida como aquella que postula una resolución judicial (parte activa) frente a otra persona, que es contra quien se insta dicha resolución (parte pasiva). Otros autores prefieren utilizar el vocablo "sujetos" frente al de partes[98].

[94] Tal situación puede ser destacada en legislaciones como la argentina (artículo 66 inciso 1 del Código Procesal Penal de Santa Fe y artículo 142 incisos 1 y 2 de la Ley de la Provincia de Santa Fe N° 10.160). Se ha dicho en ese país que su orden jurídico ha dado otro paso normativo fundamental en aras de la independencia y autonomía del Ministerio Público, esto es, la dación de su Ley Orgánica (N° 24.946), la que consolidó la directiva constitucional y formuló el principio de unidad de la institución sin lesión de las autonomías de cada fiscal.

[95] Para Carnelutti, el Ministerio Público presenta un "aspecto ambiguo entre la parte y el juez" y lo caracteriza como parte imparcial (Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Tomo II, El Ateneo, Buenos Aires, 1944, p. 52).

[96] SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Carrera fiscal". En: *E.D.T.* N° 106, Buenos Aires, 1984, p. 980 y ss.

[97] Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 253.

[98] Clariá Olmedo habla de "sujetos procesales" (Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal.* Lerner, Córdova, 1984).

De todo ello se desprende que, no obstante su carácter de parte, el fiscal, ante la existencia de pruebas que demuestren la inocencia del procesado, forzosamente debe solicitar al juez la absolución de este[99], obrando de forma objetiva.

En Santa Fe - Argentina, el Ministerio Público fue estructurado orgánicamente en una ley especial, la N° 8141 (cuyas normas, en su gran mayoría, salvo algunas modificaciones, fueron receptadas en la actual Ley N° 10.160 - Ley Orgánica del Poder Judicial), con el propósito de crear un órgano de la acción autónomo y cohesionado, especialmente en el orden penal, asignándole funciones encaminadas a realizar todo lo necesario para el acatamiento de la ley. En ese contexto, debe puntualizarse que la precitada Ley N° 10.160, adoptando el principio según el cual el Poder Judicial está estructurado sobre dos pilares: jurisdicción y función requirente (a cargo del Ministerio Público, en la rama fiscal y tutelar o pupilar), ordena en sus disposiciones la labor que le compete a ambos; legislando en el Libro Primero "De los órganos que realizan actividad jurisdiccional" y en el Libro Segundo "De los funcionarios judiciales", dedicando el Título I (constituido por siete capítulos) de dicho Libro Segundo a la organización del Ministerio Público[100][101].

[99] Entre las funciones del Ministerio Público se encuentra la carga de la prueba en juicio de los hechos en que fundará su decisión y sus actuaciones deberán ser regidas por el principio de objetividad. Por el principio de objetividad debe entenderse la correcta aplicación de la ley y el aseguramiento de todos los elementos que favorezcan al imputado, por lo que deberán ser recogidas las pruebas de cargo y de descargo (Cfr. Exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal para la República de Paraguay).

[100] En lo atinente al orden jurídico de la Argentina cabe recordar que, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 24.309 (artículo 3 inciso g), la Convención Reformadora de la Constitución Nacional Argentina de 1994 se abocó al análisis y consideración de la inclusión, en la Carta Magna, del Ministerio Público como órgano extrapoder. Como resultado del trabajo realizado en las ciudades de Santa Fe y Paraná, la aludida Convención aprobó distintas reformas, entre las que se encuentra el texto del artículo 120 de la Constitución de aquel país, mediante el cual se concretó la tan ansiada consagración constitucional de una institución esencial del Estado de Derecho, caracterizada como custodio de los valores superiores del ordenamiento constitucional y del respeto de la legalidad (Cfr. RIVERA, Zulema / PALACÍN, Claudio. "El Ministerio Público en la Constitución nacional". En: *Zeus*, N° 5011, tomo 66, Buenos Aires, 1994, p. 2 y ss.

[101] Al respecto, Quiroga Lavié puntualiza que "(...) si analizamos la definición constitucional del artículo 120, podemos llegar a las siguientes conclusiones: a) la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad implica la legitimación procesal, para estar en juicio cuando lo establezca en forma expresa la ley o cuando los derechos públicos de la sociedad se encuentren desconocidos". En cuanto a la alusión del texto constitucional a "los intereses generales de la sociedad", dice el autor "(...) que no son otros que los derechos de incidencia colectiva tutelados en el artículo 43 de la Constitución argentina (...) c) Y cuando el texto dice: en coordinación con las demás autoridades de la República, no está disponiendo instrucciones vinculantes, (...) sino simplemente que la Procuraduría General de la Nación deberá acordar con los demás poderes públicos (Congreso y Gobierno) la política persecutoria del Estado, si fuera el caso de que la ley dispusiera algún tipo de instrucciones por parte del

Para Sagüés, el Ministerio Público: "Se perfila hoy día como una pieza vital para la construcción del Estado de Derecho. Entrevisto como defensor de la legalidad, su misión no es velar por los intereses de la Presidencia (tampoco por los del Congreso o de la Judicatura)"[102].

Creemos que un Ministerio Público con capacidad para transformarse en una institución fortificadora del Estado de Derecho debe desarrollar un sistema para poder interpretar los intereses generales de la sociedad y el mejor modo de defenderlos. Para ello se deben poner en funcionamiento diferentes programas cuyo objetivo sea el acercamiento del Ministerio Público a la comunidad. Sin embargo, consideramos que la presencia (conceptualizada o no) del Ministerio Público en la Constitución (de cualquier país) debe significar el punto de partida de su revitalización funcional, correspondiente al alto fin de velar por el afianzamiento del orden jurídico, que es la razón de su existencia, según lo entiende el Derecho Comparado[103]. Ello implica el reconocimiento en el máximo orden normativo de todo país de su importancia y de la trascendencia de sus funciones[104].

Procurador General a los Fiscales inferiores" (Cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "Nuevos órganos de control en la Constitución". En: *La reforma de la Constitución*. Rubiazal-Culzoni, Santa Fe - Argentina, 1994, p. 287).

[102] SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 980.

[103] PROCURADURÍA GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. *El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata, 1975, p. 59.

[104] Según Arias Núñez ("Del desarrollo histórico del Ministerio Público"), cualitativamente hablando, hay poco que decir. Un siglo XX consumido en dos guerras mundiales, primero, y luego, polarizado ideológicamente, lo colocó cual tronco inútil flotando en el océano, guiado, o mejor dicho, mecido por las corrientes impuestas por la guerra fría, los aparatos de seguridad del Estado y los intereses políticos económicos de los grupos dominantes. Graficante, desde este punto de vista, resulta la célebre y despectiva referencia de Carnelutti a este órgano como "quinta rueda del coche". Agregó que "Sin embargo, la reforma procesal de fines de siglo lo ha redimensionado, ha depositado en él, llevándolo incluso a su ubicación constitucional en varios países (...) dotándolo de facultades de dirección y control de la policía y asignándole un rol protagónico en la investigación preliminar. Se pretende así crear –sostiene citando a Binder– un auténtico poder de investigación, con capacidad real para investigar delitos, que utilice los instrumentos del Estado de Derecho y, en consecuencia, respetuoso de los principios constitucionales y de la dignidad de la persona"; todo ello en total coherencia con los principios que informan a un sistema de vida democrático. A este sistema político, que afirma la admisión de la tutela del individuo frente al poder del Estado ha correspondido históricamente el paradigma acusatorio, siendo que el sistema acusatorio resulta propio de regímenes liberales (sus raíces las encontramos en la Grecia democrática y la Roma republicana en donde la libertad y la dignidad del ciudadano ocupaban lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico); cfr. MORA MORA, Luis Paulino. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, p. 6. ARIAS NÚÑEZ, Carlos. "Investigación a cargo de los fiscales, sistema acusatorio y organización del Ministerio Público para una investigación eficiente". En: *Revista del Ministerio Público Fiscal*. Número especial, Buenos Aires, 1999, p. 127.

No obstante, no basta con su reconocimiento como órgano constitucional autónomo y objetivo, tampoco con darle la dirección de la investigación penal, sino que la verdadera revolución del Ministerio Público estará dada cuando se desembarace de las dilaciones y distorsiones que el actual proceso penal sufre, disponga de los recursos económicos, logísticos y sobre todo humanos, y maneje adecuadamente las herramientas de investigación y de presentación del caso, técnicas de interrogatorio, como del contrainterrogatorio, etc.

Por otro lado, el fiscal tiene un papel fundamental durante el juicio oral, pues tiene como atribución legal y constitucional preparar la acción penal pública a través de la acusación y, por lo tanto, la carga de la prueba. Con base en las investigaciones desarrolladas en la etapa preparatoria buscará demostrar en juicio la existencia del hecho definido como delictivo, así como la participación y responsabilidad del imputado. La acusación fiscal presenta el caso fundamentando y explicando la comisión de los hechos, sus circunstancias y el grado de participación de los involucrados, y ofreciendo las pruebas que acrediten esa convicción acusatoria.

Sin embargo, sus estrategias, herramientas y técnicas de litigación, como el de los demás sujetos procesales, serán tratadas, con exhaustividad, en los siguientes capítulos.

IV. El rol de la víctima en el juicio oral

El proceso penal no tiene solo como objetivo el descubrimiento de la verdad material y, en su caso, imponer al inculpado la sanción prevista en la ley penal, sino también la realización de pretensiones de carácter patrimonial que se derivan del hecho punible y a las cuales tienen derecho la víctima del delito llamada también agraviado o perjudicado por el ilícito[105].

Víctima es aquella persona que ve afectados sus bienes jurídicos o disminuida la capacidad de disposición de ellos como consecuencia de una conducta infractora de una norma jurídico-penal[106].

[105] Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., p. 150.

[106] Cfr. PEÑA FREYRE, Gonzalo. "La victimología". En: *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, tomo II, Ara Editores, Lima, 2006, p. 822.

La víctima de un delito, nos dice Solé, es aquel sujeto, persona física o jurídica, grupo o colectividad de personas que padece, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito[107].

De conformidad con esta acepción, el Derecho positivo recoge una caracterización descriptiva de la víctima que trasciende una descripción ontológica del ser humano, puesto que víctima puede ser tanto la persona psicosomática como la persona jurídica.

Empero, en el Derecho Comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha distinguido entre víctima y perjudicado. La víctima es el sujeto pasivo del hecho punible, mientras que el perjudicado es aquel cuyos intereses se han visto afectados de manera directa con el hecho punible.

La posición de la víctima en el proceso penal puede ser apreciada desde dos perspectivas. Primero, desde su pretensión individual y económica, dado que requerirá de la asesoría de un abogado para la defensa de sus derechos e intereses en el proceso. Aquí entran en juego sus posibilidades económicas para tal cometido. En segundo lugar, desde la perspectiva otorgada por el legislador, pues habría que analizar qué posibilidades de actuación le permite la ley (y ciertamente sobre esto existe poca lectura doctrinaria y jurisprudencial).

No obstante, en vez de estarse llenando las lagunas existentes en el tratamiento de la víctima, y a pesar de disciplinas científicas tan importantes como la victimología, en la actualidad, y bajo la bandera de una modernísima reforma del proceso penal, cada vez más se está ante el olvido de la víctima, al extremo de prescindir de ella en el proceso penal, so pretexto que lo desnaturaliza.

En efecto, nos encontramos ante una tendencia que procura la eliminación de la pretensión de reparación o resarcimiento del ámbito del proceso penal. En efecto, se le considera como una pretensión contingente[108] de contenido no penal. Es una pretensión de resarcimiento en la que se pide la restitución de la cosa objeto del delito, la reparación de los daños

[107] Cfr. SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 21.

[108] Cfr. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Labor, Barcelona, 1952, p. 394.

producidos y la indemnización de los perjuicios frente a la persona que se afirma responsable civilmente de su importe.

Sin embargo, se le critica porque el alegado principio de economía procesal no justifica y tampoco es capaz de compensar la total confusión lógica que se produce al mezclar dos pretensiones de naturaleza tan distinta como la pretensión acusatoria y la de indemnización. Según López Junior, lo que sucede es una completa violación a los principios básicos de la organización del derecho en sistemas y, por ende, de toda y cualquier lógica jurídica que pretenda orientar el raciocinio y la actividad procesal[109].

Para Bettiol, eso constituye un derrumbamiento del proceso penal, de ser portador de justicia pasa a ser un simple instrumento de tutela de intereses privados[110]. Gómez Orbaneja apunta hacia el peligro de la "privatización del proceso penal", que es completamente incompatible con su finalidad verdadera y el carácter de la pena estatal. El móvil que puede impulsar, y de hecho impulsa en la mayoría de los casos al particular que ejercita la acción penal, no es el interés público en la represión, sino el privado en el resarcimiento por el perjuicio causado por el delito[111].

Asimismo, Sampedro acota que el derecho patrimonial de quien puede llegar a ser víctima de un delito debe ser objeto de un proceso judicial distinto al penal, en el que existan condiciones de igualdad frente a la pretensión, que por su naturaleza solo puede ser el proceso civil. En síntesis, en el proceso penal se discute la libertad u otros derechos y la potestad del Estado para limitarlos, mientras que en el civil, el daño y su consecuencia; en cada proceso solo deben participar quienes tienen legitimidad en la pretensión[112].

Como se observa, estamos ante un doble discurso: por un lado, enarbolamos banderas de protección y mayor protagonismo de la víctima, denunciamos su exclusión en el sistema de justicia penal e, incluso, reclamamos por el exiguo monto que recibe por concepto de reparación civil; y por otro

[109] Cfr. LÓPEZ JUNIOR. Ob. cit., p. 122.

[110] Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*. Traducción de Faustino Gutiérrez, Bosch, Barcelona, 1977, p. 285.

[111] Cfr. GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Vol. II, Bosch, Barcelona, 1951, p. 231.

[112] SAMPEDRO, Camilo. Ob. cit., p. 344.

lado, nos rasgamos las vestiduras afirmando que si se discute la reparación civil en el proceso penal, estamos desnaturalizando este proceso judicial, privatizándolo.

Lamentablemente, este doble discurso se desprende de seguir pensando que en el proceso penal solo está en juego la existencia de un hecho que tiene caracteres de delito y la imposición de una sanción: la respuesta punitiva por parte del Estado que justificó tantos postulados hoy en día abandonados, tales como la indisponibilidad de la acción penal, la observancia a ultranza del principio de legalidad procesal, ver al imputado como objeto de la prueba e incapaz de contradecir nada, etc.

Por el contrario, debemos de ver al proceso penal como el marco donde se discute un conflicto en el que están comprendidos diferentes sujetos, conflicto al que se debe proporcionar la adecuada respuesta jurídica. Si nos centramos exclusivamente en el problema de la represión penal, en el proceso penal, en la imposición de la oportuna sanción al hecho delictivo que se ha cometido, en palabras de Moreno Catena[113], se está desviando la atención de algo muy importante en el curso del proceso, como sería el papel o la respuesta del ordenamiento jurídico a la víctima del delito.

Y el conflicto social creado entre el Estado y el delincuente, relegando a la víctima de toda participación, implicaría que este conflicto social no se atendiera ni se resolviera, pues el proceso se centraría exclusivamente en el aspecto de la pura represión.

Que la víctima tiene intereses particulares claro que sí, es natural, puesto que ha sido, desde su perspectiva, ofendido por la conducta del imputado. Que reclame justicia es connatural a su estatus de perjudicado, y que ese reclamo importe sanción y reparación no desnaturaliza ninguna institución procesal o político-criminal. Asimismo, por el lado del imputado también observamos intereses particulares: que se le declare inocente, o bien, en la hipótesis de un juicio de responsabilidad, que reciba una sanción atenuada. ¿Acaso porque su estrategia procesal apunte a tales intereses, satanizamos al proceso penal, denunciando una “privatización” del mismo? En todo proceso judicial, incluyendo el penal, hay intereses en juego, que se discuten y que motivan el desarrollo de la actividad procesal de las partes.

[113] Cita tomada de BACIGALUPO, Enrique y otros. Ob. cit., p. 151 y s.

Ahora bien, al lado de aquellos intereses privados también están los sociales, los cuales también son producto de la comisión del delito, debido a que algunos de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados por el delito presentan como titular a la sociedad, y aún en el caso de los bienes jurídicos individuales todo comportamiento delictivo importa una dañosidad social que justifica la necesidad de imponer una pena.

Corren ríos de tinta sobre la victimización secundaria del ofendido por el proceso penal, pero ¿acaso no estamos incurriendo en ese error al afirmar que es incorrecto que la víctima tenga como móvil para recurrir al proceso penal la reparación de los daños ocasionados por el delito?

Felizmente, la moderna victimología rechaza tales postulados y, por el contrario, reclama un concepto amplio de reparación. La reparación penal no puede identificarse con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, por las siguientes razones[114]:

- Abarca también la compensación del daño social producido por el delito, además del ocasionado en las personas singulares perjudicadas; de ahí la apertura a la reparación social o simbólica.
- Exige un esfuerzo personal relevante al responsable penal de la infracción.
- Atiende a la pluralidad de dimensiones del daño provocado por el delito, por lo que tiene un contenido fundamentalmente no económico.
- Incluye un canon de exigibilidad, en virtud del cual se excluyen prestaciones no asumibles por el infractor (principio de la reparación en la medida de la propia capacidad).

Respecto a las dos primeras dimensiones de la reparación, puede hablarse, respectivamente, de un “valor de resultado” y de un “valor de acción”, susceptibles de compensar, al menos con relación a determinados delitos, una parte del desvalor propio del hecho injusto cometido[115].

[114] Las cuales han sido tomadas por la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. La referida Decisión Marco representa un importante paso adelante en la fijación de un estándar común europeo para la protección de los derechos de las víctimas. Estructuramos sus contenidos en cinco bloques que se corresponden con los derechos más relevantes: información, participación, asistencia, protección y reparación.

[115] En el Derecho peruano la vía establecida para hacer efectivo este derecho es la acción civil, que puede ser acumulada a la penal y cuyo ejercicio compete incluso al propio Ministerio Público, salvo que la agraviada se haya constituido en actor civil.

Sin embargo, el déficit de cumplimiento de tal obligación por parte del Estado radica básicamente en la insuficiencia de mecanismos que permitan que la indemnización llegue a ser percibida por la víctima en la mayor parte de los casos. La declaración de insolvencia del condenado es el obstáculo con el que tropiezan las legítimas expectativas de las víctimas, ante lo cual debe lamentarse una vez más la escasez de medios con que cuenta la administración de justicia para conocer e identificar el patrimonio real del condenado y las escasas energías que frecuentemente se destinan a este cometido. Pero si a este magro panorama agregamos que se debe excluir del proceso penal el tema de la reparación civil, pensando que, por cambiar la etiqueta, esto es, ir del proceso penal al civil, mágicamente se solucionarán todos los problemas en torno a la reparación de la víctima, caeríamos en la ingenuidad de desconocer los verdaderos problemas que presenta el sistema judicial en cuanto a las víctimas, perjudicados u ofendidos por la comisión de ilícitos penales. Por el contrario, tenemos que analizar cómo dotarle de mayor participación procesal, cómo aplicar las teorías tanto de la prueba como de la cuantificación del daño al ámbito de la reparación civil, etc.

Finalmente, cuál es la participación de la víctima en el juicio oral; al respecto, señalamos una gama de posibilidades que detenta la víctima durante el juzgamiento:

1. La víctima tiene derecho a presenciar íntegramente la audiencia de juicio oral, debiendo guardar el debido respeto.
2. La víctima puede solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas y atentados en contra suya o de su familia. Asimismo, la protección de la víctima es obligación del Ministerio Público, máxime si esta figura se puede aplicar a la protección de los testigos, cuando la víctima cumple tal rol. En esta hipótesis el tribunal en casos graves y calificados puede disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare.
3. Un rol preponderante que cumple la víctima dentro del juicio oral sucede cuando toma la calidad de testigo. Aquí su tratamiento pasa a ser el de un testigo más mientras dure su participación como tal, esto es, hasta que declare, sea interrogada y contrainterrogada; desde ese momento vuelve a tomar nuevamente la calidad de víctima.
4. También tiene, en algunas legislaciones, la facultad de examinar a los órganos de prueba (testigos o peritos).

V. El rol de la defensa en el juicio oral

En principio, entendemos la defensa a la participación conjunta y coordinada (orientada a la comprobación de su caso) entre el abogado defensor y el imputado.

Con relación al imputado, es menester deslindar los títulos que la doctrina le ha atribuido; así tenemos:[116]

- **Imputado.-** Para la persona sospechosa de criminalidad no sometida aún a auto de procesamiento, pero a la que se atribuye la comisión de un hecho ilícito.
- **Procesado.-** La persona sobre quien ha recaído el auto de procesamiento, en términos del sistema mixto.
- **Acusado.-** En el sentido específico de la palabra, para designar a la persona sometida a juicio oral.
- **Condenado.-** Después de la sentencia penal condenatoria firme.

Al respecto, emplearemos el término imputado debido a que los roles que se le atribuyen, así como sus derechos y cargas, son dados aun desde antes de la formalización de la investigación (o, en nomenclatura del sistema mixto, antes del dictado del auto procesamiento).

La imputación[117] indica un verdadero estatus de la persona, que resulta de una disminución de lo que Jellinek denomina el *status libertatis*[118], y por eso la persona en situación de sospecha de haber practicado un hecho punible está desde luego sometida a medidas cautelares personales, reales, diligencias de averiguación previa, etc. La imputación es una

[116] Cfr. ARAGONESES, Alonso. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Gráficas Mesbard, Madrid, 1997, p. 148. Similar es lo que establece el artículo 31 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6, este Código denominará imputado a toda persona, perseguida penalmente, contra quien no se haya dictado auto de apertura de juicio (artículo 274), acusado aquel contra quien se haya dictado el auto de apertura del juicio y condenado a aquel sobre quien haya recaído una sentencia de condena firme".

[117] La imputación no es necesariamente equivalente a la acusación. En efecto, imputado es cualquier persona a la que se le atribuye un acto punible.

[118] Cfr. CARNELUTTI, Francesco. "La imputación penal". En: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 136.

situación genérica subjetiva del sujeto pasivo que tiene como causa la atribución de la autoría de un hecho punible[119].

Frente a ello, al imputado se le considera como la parte pasiva del proceso penal, que es sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos (cuando la pena sea de naturaleza diferente), al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia. Es parte, en cuanto actúa en el proceso por un derecho propio: su derecho subjetivo, sea el derecho a la libertad o sea un derecho diferente (a la libertad de circulación, o a su patrimonio); y es parte pasiva porque ocupa la posición contraria a quienes ejercitan la acción penal. El imputado es, además, parte necesaria en el proceso; esta característica implica que de no existir persona contra quien se dirija la acusación, no puede iniciarse el juicio y, por lo tanto, no cabe dictar sentencia condenatoria; de aquí que se considere como una diligencia de investigación imprescindible la identificación y determinación del imputado[120].

Sin embargo, y acorde con el nuevo sistema procesal adoptado, preferimos conceptuar al imputado, como el adversario del ente investigador y acusador, el cual, conjuntamente con su abogado, son los sujetos que componen la defensa. En ese sentido, el imputado tiene una gama de actividades procesales a desarrollar y en función de sus expectativas en el proceso penal, que lo ubican en una igualdad de armas frente al acusador; asimismo, un haz de derechos y cargas que según la etapa procesal se ven incrementadas.

En lo que respecta a las actividades procesales, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra. Las ampliaciones de declaración procederán si fueren pertinentes y no aparezcan solo como un

[119] Cfr. FOSCHINI, Gaetano. "L' autodifesa dell' imputato". En: *Rivista Penale*, 1955, p. 788.

[120] Cfr. MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit. p. 111. Igualmente, el artículo 32 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica dispone que: "En la primera oportunidad el imputado será identificado por su nombre, datos personales y señas particulares. Si él se abstuviere de proporcionar esos datos o los diere falsamente, se procederá a la identificación por testigos o por otros medios que se considere útiles. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso del procedimiento y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad, aún durante la ejecución penal.

Si fuere necesario para el procedimiento, se tomará fotografías o se podrá recurrir a la identificación dactiloscópica o a otro medio semejante, aun contra su voluntad, pero ello no implicará su ingreso en un registro penal".

procedimiento dilatorio o malicioso. Durante la investigación preparatoria, el imputado, sin perjuicio de hacerlo ante la policía, prestará declaración ante el fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando este lo ordene o cuando el imputado lo solicite. Durante el juicio, la declaración se recibirá en la oportunidad y forma prevista para dicho acto.

Sin embargo, el resto del dinamismo procesal lo hará a través de su abogado defensor[121]. En ese sentido, el abogado defensor debe gozar de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión[122], especialmente de los siguientes:

- Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
- Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
- Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para ejercer mejor su defensa. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
- Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
- Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
- Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
- Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como poder

[121] La primera mención del abogado, por ejemplo, en el Código Procesal Penal de 2004, la encontramos en el artículo IX, numeral 1 del Título Preliminar del citado cuerpo adjetivo, en donde se indica que toda persona tiene derecho a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad.

[122] En lo que respecta al abogado de la víctima, no se hace una mención específica de sus atribuciones, solo menciones genéricas; por ejemplo, el artículo IX, numeral 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 nos dice que el proceso penal garantiza también el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. Asimismo, el artículo I, numeral 3 del Título Preliminar acota que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código.

obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

- Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
- Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
- Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.

Sobre el rol del abogado defensor durante la investigación penal, se puede mencionar lo siguiente:

1. En las declaraciones que realice el imputado ante la fiscalía o ante la policía será obligatoria la presencia de su abogado defensor. Sin embargo, cuando la declaración de los presuntos autores o partícipes del delito se preste ante la policía y no haya concurrido el abogado defensor, el interrogatorio se realizará limitándose a constatar la identidad de aquellos.
2. El abogado participa en las declaraciones de testigos y peritos.
3. El abogado puede recurrir a la asistencia técnica a través de peritajes de parte.
4. El abogado puede participar en las diligencias especiales, tales como:
   - Levantamiento del cadáver.
   - Necropsia.
   - Embalsamiento del cadáver.
   - Examen de vísceras y materias sospechosas.
   - Examen por lesiones y agresiones sexuales.
5. El abogado puede aportar los medios de investigación que estime pertinentes.
6. El abogado puede solicitar al fiscal la realización de determinadas diligencias de investigación. Si el fiscal rechaza la solicitud, deberá

instar al juez de garantía o de la investigación preparatoria, a fin de obtener un pronunciamiento judicial sobre la procedencia de tal diligencia.

7. El abogado podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria el control del plazo y la conclusión de esta etapa cuando se han vencido los plazos tanto ordinario como el extraordinario sin que el fiscal haya concluido la etapa de investigación preparatoria.

Durante la etapa intermedia, la actividad del abogado girará en torno al tipo de pronunciamiento que el fiscal ha emitido; así, si el fiscal ha solicitado el sobreseimiento, se podrá formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. Si ha formulado acusación, se podrá:

- Observar la acusación por defectos formales.
- Deducir excepciones y otros medios de defensa.
- Solicitar la imposición o revocación de una medida coercitiva.
- Solicitar la actuación de prueba anticipada.
- Solicitar el sobreseimiento.
- Solicitar la aplicación del principio de oportunidad.
- Ofrecer pruebas para el juicio oral.
- Objetar la reparación civil.
- Proponer los hechos que se aceptan y obviar su prueba en el juicio.

Por otro lado, durante el juzgamiento, la participación del abogado sería, entre otra, la siguiente:

1. Formular sus alegatos iniciales.
2. Cualquiera de los abogados de los sujetos procesales pueden interrogar directamente al acusado.
3. Participar en el examen y contraexamen, según fuese el caso, de testigos y peritos.
4. Participar en la incorporación de la prueba documental.
5. Formular sus alegatos finales o de cierre.
6. Tiene el derecho a una comunicación constante e inmediata con su patrocinado durante la audiencia.

Pero no todo es activismo procesal, al contrario, se ve envuelto por una gama de derechos y cargas; así, los derechos del imputado, que se pueden hacer valer por sí mismos, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso. Asimismo, los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a[123]:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra cuando corresponda.

[123] En el Derecho Comparado, tenemos el Codice di Procedura Penale, el cual señala los siguientes derechos para el imputado:

a) No podrán utilizarse, tampoco con el consentimiento de la persona interrogada, métodos o técnicas idóneas para influir sobre la libertad de autodeterminación, o que alteren la capacidad de recordar o valorar los hechos (artículo 64.2).

b) Antes de iniciar el interrogatorio, la persona debe ser advertida de su derecho a no declarar (artículo 64.3).

c) El interrogatorio sobre el *merito causae* será de forma clara y precisa; se le informará sobre los elementos de prueba, existentes contra él y, si de ello no deriva perjuicio alguno para el buen fin de las investigaciones, le informará sobre las fuentes de prueba (artículo 65.1).

d) Se le dará oportunidad a que exponga cuanto considere útil para su defensa (artículo 65.2).

e) El sujeto pasivo tiene derecho a nombrar un máximo de dos defensores de confianza (artículo 95) y en el caso de que no haya designado un defensor o se haya visto privado de él, será asistido por un defensor de oficio (artículo 97.1).

f) El sujeto pasivo en situación de prisión provisional tendrá derecho a entrevistas con su defensor desde el mismo momento en que se inició la ejecución de la medida. En caso de arresto (flagrancia) o detención, tendrá derecho a entrevistarse con el defensor inmediatamente después del arresto o detención (artículo 104).

g) El defensor tendrá la facultad de asistir, sin derecho de ser previamente avisado, a las actuaciones de registro e inspecciones urgentes sobre lugares, cosas y personas, así como a la apertura inmediata de los sobres autorizada por el Ministerio Público (artículo 356).

h) En las actuaciones del Ministerio Público, el sujeto pasivo podrá nombrar defensor para asistirle en el interrogatorio, inspecciones o careos (artículo 364).

i) En el curso de las investigaciones fiscales, los defensores tendrán la facultad de presentar informes y solicitudes escritas al Ministerio Público (artículo 367).

Por otro lado, en el Stpo alemán se tienen las siguientes disposiciones:

a) El deber de las autoridades policiales de instruir al sujeto pasivo en su primer interrogatorio, haciéndole presente el derecho a solicitar, en su descargo, la práctica de determinadas pruebas (§ 163.a.4).

b) Se debe ofrecer la oportunidad al sujeto pasivo para que pueda desvanecer las sospechas contra él existentes, así como alegar los hechos y circunstancias que le sean favorables (§ 136.II).

c) Derecho a ser asistido por el defensor en el interrogatorio (§ 136.I). En el caso de que no lo haya designado, el Ministerio Público deberá nombrarle uno.

d) El defensor deberá ser inmediatamente informado de la desaparición de las causas que hayan motivado la exclusión de su conocimiento de los autos (§ 147.5). Con esto se pretende evitar que se produzca la acusación sin que el defensor del detenido conozca previamente el contenido de las investigaciones.

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y a que dicha comunicación se haga en forma inmediata.

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor.

d) Abstenerse a declarar y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia.

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, y a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o se la restrinjan de una manera no autorizada ni permitida por ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o, en su defecto, por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Por otro lado, para garantizar el desarrollo eficaz de los fines del proceso, el sistema jurídico dispone de una serie de instrumentos que implican un mayor grado de sujeción del *status libertatis* del imputado. Con eso, se puede afirmar que la principal consecuencia de la imputación es someter el individuo a la *persecucio criminis* y, por vía refleja, a las medidas que puedan ser adoptadas en esa actividad estatal.

Con respecto a las denominadas cargas procesales a las que está sometido el imputado en el curso del proceso penal tenemos:

1. Comparecencia siempre que sea llamado.
2. Medidas cautelares de carácter personal y real.
3. Interrogatorios.
4. Careos.
5. Reconocimientos.
6. Actos de averiguación y comprobación de su identidad y capacidad.
7. Entrada y registro domiciliario.
8. Registro de libros y papeles.
9. Intervención telefónica.
10. Intervención de la correspondencia escrita.
11. Intervenciones corporales (v. gr. exámenes médicos).

capítulo 4

El planeamiento metodológico para enfrentar adecuadamente el juicio oral: la teoría del caso

Capítulo 4

El planteamiento metodológico para enfrentar adecuadamente el juicio oral: la teoría del caso

I. La necesidad de contar con un planteamiento metodológico: la teoría del caso

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

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

En ese sentido, en una ponencia dictada en el marco del XX Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrada en Lima

del 23 al 26 de septiembre de 2008[124], se comentó, entre otros puntos, la interpretación del artículo 371 del Código Procesal Penal colombiano (2004), el cual señala: "Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, 'podrá' hacer lo propio".

Como se aprecia, se resaltó el término "podrá", el cual, y en el marco de una interpretación literal, denota que es una potestad de la defensa presentar, durante la audiencia del juicio oral y en la etapa de los alegatos iniciales, su teoría del caso.

Se debe tener cuidado con semejante expresión porque, sin perjuicio de que la carga probatoria la tenga el Ministerio Público y del derecho a la presunción de inocencia que le asiste al imputado, la defensa no puede presentarse al juicio oral sin una estrategia. El silencio del abogado defensor o su poco activismo durante el juzgamiento conllevaría el riesgo de que el juez de conocimiento solo reciba información proporcionada por una sola de las partes, esto es, la fiscalía. Por tal razón, lo redactado en el artículo 371 del código colombiano podría originar interpretaciones sesgadas entre los abogados, llegando al absurdo de creer que contar con una estrategia en la arena procesal es simplemente una potestad. Dicho sentido de la norma debe ser totalmente descartado.

En ese orden de ideas, durante el referido certamen académico se levantaron observaciones al comentario esgrimido en el párrafo anterior, que consideramos pertinentes reproducir, así como las respuestas que a estas se efectuaron, a fin de coadyuvar al desempeño de la defensa durante la fase de juzgamiento.

a) Una primera observación consistió en que el carácter potestativo que la normativa colombiana señala para la teoría del caso de la defensa se debe al respeto de una serie de garantías procesales, tales como la carga probatoria, la presunción de inocencia y, sobre todo, el derecho a guardar silencio que tiene el acusado durante el juicio (como ocurrió en los juicios de ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos); por ende, no hay una obligación de expresarse durante

[124] La referida ponencia fue efectuada por Hesbert Benavente Chorres en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, septiembre de 2008).

el juzgamiento. Al respecto, se debe decir que una cosa es la teoría del caso como herramienta metodológica que contiene la estrategia procesal de cada una de las partes, y otra cosa es el silencio del acusado presente durante su juzgamiento (incluso, no sería de absurdo pensar que ese silencio responde a una estrategia adoptada por la defensa).

Por otro lado, el que la defensa cuente con un planteamiento metodológico en nada contraviene la observancia de las citadas garantías procesales; al contrario, sería la concreción de una de ellas, la denominada igualdad de las partes; es decir, si el fiscal dirige su actuación, aun durante el juicio oral, mediante una estrategia, construida, desarrollada y pulida; igual proceder puede realizar la defensa.

b) Otra observación consistió en que el abogado defensor no tiene por qué construir todo un planteamiento metodológico, dado que le puede ser suficiente la errónea estrategia o la mala dirección de la investigación por parte del fiscal o agente del Ministerio Público. Esto es, ¿para qué desplegar y/o exponer toda una estrategia por parte de la defensa, si es suficiente desnudar los errores de la fiscalía?

Al respecto, cabe mencionar que es verdad que la presencia de una deficiente investigación realizada por el fiscal obviamente conlleva a que su estrategia se funde en yerros que en nada le favorecerá[125]. Sin embargo, sería un error del abogado defensor pensar siempre que va ganar su caso por los errores incurridos por su contraparte; eso sería jugar con el azar, máxime si en el diseño de corporatividad aplicado en el Ministerio Público, el caso puede ser respaldado por todo un equipo de fiscales y asistentes, donde no siempre todos errarán. Por el contrario, la defensa debe contar con un plan de trabajo, cuyo éxito, además de la calidad del contenido y aplicación que presenta, se vería respaldado por errores en la estrategia de su contraparte, pero es solo eso, un respaldo, no el sustitutivo.

[125] Al respecto, se puede citar el caso colombiano, en donde se señala la existencia de incentivos perversos en las metas fijadas a los fiscales. Al parecer, tienen como meta objetiva la emisión de programas metodológicos, lo que lleva a que no los usen como planeación de la investigación, sino como resultado en sí mismo; es decir, si tienes un planteamiento eres un buen fiscal, no importando la calidad del contenido este. Cfr. HARTMANN, Mildred; VILLADIEGO, Carolina; RIEGO, Cristián. *La reforma procesal penal en Colombia*. p. 17, disponible en: <www.cejamericas.org/doc/proyectos/informeseguimiento_rppColombia.pdf>.

c) Una tercera observación giró en torno al hecho de que si el fiscal tiene la obligación de contar con un planteamiento metodológico desde el momento en que toma conocimiento de la presunta realización de un hecho delictivo, la defensa no tiene por qué desplegar todo un esfuerzo constructivo e investigador, sino que le basta con participar en las diligencias que el fiscal, como director de las investigaciones, realiza e, incluso, detectar puntos comunes que a la postre sean objeto de convenciones probatorias. Esta observación se ubica en la teoría del caso, no en su etapa expositiva durante el juicio, sino en sus fases de construcción y de recolección del material informativo, las cuales operan durante la investigación (preliminar y preparatoria, respectivamente).

   Sin embargo, no compartimos lo observado. Si con el modelo procesal anterior criticábamos la pasividad de la defensa durante la etapa de instrucción al dejar todo en manos del juez, entonces también será digno de criticar la misma pasividad al dejar todo ahora en manos del fiscal. En ese sentido, si el defensor solicita diligencias de investigación al fiscal y no obtiene una respuesta aceptable, ha de recurrir al juez de investigación preparatoria. Ello en virtud al carácter activo-participativo que debe tener su actuación, aun en etapas tan tempranas como las de investigación; pero lo tiene que hacer sobre la base de una estrategia. Y si participa en las diligencias de la fiscalía, lo hace teniendo como brújula su estrategia, en caso contrario será un invitado de piedra, alguien que golpea al viento, sin objetivo, ni dirección. Asimismo, si durante la etapa intermedia se llega a convenciones probatorias, esa decisión las partes la adoptan en el marco de su estrategia construida, no a ciegas.

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

En suma, y ya desde una perspectiva práctica, la defensa “debe” contar con su teoría del caso, no ir sin una estrategia a la arena del litigio. Asimismo, exponerla durante los alegatos iniciales no le resta efectividad alguna; por el contrario, permite al juzgador tener una visión diferente de los hechos, la cual –y dependiendo de la actividad probatoria a realizarse en el juicio oral (en la cual es imaginable un acusado que guarda silencio

o un abogado defensor callado, sin nada que decir o que espera que la fiscalía cometa errores)– será de recibo en la sentencia.

II. Concepto de la teoría del caso

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

Así, dentro del primer grupo conceptual tenemos a Michael McCullough[126], para quien la teoría del caso "es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado (...) Es la 'trama' para su obra que es el juicio. Como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: a) personajes, b) escenarios, c) elementos temporales, d) acción, e) sentimientos"[127].

Para Torrico Salinas[128], la teoría del caso es una "explicación jurídica". Así, "(...) para el Ministerio Público es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos deben dar una sanción penal en contra de su autor. Igualmente, para la defensa es la explicación jurídica de por qué no debe sancionarse al ser humano a quien se atribuye una conducta o, en su caso, sancionarlo con una determinada penalidad"[129].

Para Abdalá Ricauté, miembro de la Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia, "es el planteamiento que hace la acusación o la defensa, sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan"[130]. Asimismo, para Claudio Lovera, constituye "(...) la

[126] Consultor en Defensa Pública de Checchi and Company Colombia, Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, Bogotá – Colombia, 2002-2004. Trabaja para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y con la Dirección Nacional de Defensoría Pública del gobierno colombiano.

[127] Cfr. MC CULLOUGH, Michael. *Teoria del caso y tema. Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia*, disponible en: <www.abogadoslitigantes.com.co/Teoría%20del%20Caso..ppt>.

[128] Director del Programa de Capacitación Permanente del Instituto de la Judicatura de Bolivia.

[129] Cfr. TORRICO SALINAS, Julio César. *Estrategias de litigación. Teoría del caso y dibujo de ejecución*. Disponible en: <www.gtz-justicia.org.bo/capacitacion/cap_04_eve/005.pdf>.

[130] Cfr. ABDALÁ RICAURTE, Ricardo. *Técnicas del juicio* oral. Disponible en: <http://es.geocities.com/avpenal/juicrlkwk.html>.

narración sucinta de los hechos o de la historia que será presentada y sobre la que se pretende su aceptación (...) debe ser la trama para la 'obra' del fiscal que es el juicio"[131].

Finalmente, para Salas Beteta es "(...) el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana"[132].

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

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

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

[131] Cfr. LOVERA, Claudio. *Teoría del caso*. Disponible en: <http://www.inecip.org.py/proteccion/download/teoriadelcaso.pdf>.

[132] SALAS BETETA, Christian. *Técnicas de litigación oral*. Disponible en: <http://www.ofdnews.com/comentarios/2460_0_1_0_C/>.

Como indica la Procuraduría General de República Dominicana[133], para que podamos afirmar que estamos frente a un caso es necesario:

1. Contar al menos provisionalmente con un cuadro fáctico posible.
2. Constatar que esos hechos tienen relevancia penal porque son subsumibles dentro de alguna norma penal que creemos aplicable.
3. Contrastar esos hechos con la prueba, de modo que cada elemento fáctico sea demostrado por un elemento de convicción.

En ese orden de ideas, la teoría del caso denota la conjunción, según Ana Montés, de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos se han reconstruido mediante la prueba, y han sido subsumidos dentro de las normas penales aplicables de un modo que puedan ser probados; este conjunto es el que se defenderá ante el juez[134].

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

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

En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina **"**teoría del caso**",** la cual es

[133] Cfr. Procuraduría General de la República Dominicana. *Modelo de gestión de fiscalías. Procesamiento de casos*. Disponible en: <www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/modelo>.

[134] Cfr. MONTES CALDERÓN, Ana. *Teoría del caso. Proyecto de fortalecimiento de la justicia Usaid – Nicaragua*, disponible en: <www.cmcaba.jusbaires.gov.ar/content/download/8581/60624/file/teoria_del_caso.pdf>.

elaborada a partir de la prueba y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar. Esta teoría es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el juicio oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia.

III. Niveles de análisis de la teoría del caso

Como se indicó en el anterior punto, si las partes pretenden realizar un análisis estratégico de los hechos materia del proceso penal, entonces se requiere la realización de tres tipos de análisis: fáctico, jurídico y probatorio[135]. A continuación, se desarrollarán cada uno de estos niveles.

1. Nivel de análisis fáctico

Es la reconstrucción de los hechos que el interesado le ha narrado al profesional en Derecho, los cuales son obtenidos, primero, por medio de la *notitia criminis* y, posteriormente, por medio de entrevistas y documentación probatoria[136].

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

Se debe prestar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento. Con ello, se puede definir lo que posee relevancia penal, es decir, si pueden satisfacer o no los elementos que estructuran el delito por el cual es procesada la persona del imputado[137].

Lo siguiente será construir nuestras proposiciones. Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Dicho de

[135] Estos niveles de análisis los encontramos en el artículo 371.2 del Código Procesal Penal de 2004, el cual establece que: "Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas".

[136] Cfr. MONTES CALDERÓN, Ana. Ob. cit.

[137] Cfr. AA. VV. "La dimensión fáctica del discurso y su evaluación". En: *Lecturas complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia y Usaid*, Bogotá, 2003, p. 109.

otro modo, es un elemento legal reformulado en lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, experiencias estas sobre las que un testigo sí puede declarar[138]. Por ejemplo:

1. Que el imputado se encontraba en el lugar de los hechos en el día del homicidio.
2. Que el imputado disparó sobre la víctima.
3. Que la víctima a consecuencia del disparo murió.

Asimismo, desde el lado del defensor, podemos citar como ejemplos las siguientes proposiciones fácticas, conducentes a liberar de responsabilidad al imputado[139]:

1. El imputado no estuvo en el lugar de los hechos.
2. El imputado estaba en su casa cuando mataron a la víctima.
3. El imputado no tenía móvil para matar a la víctima.

Como un punto aparte se quiere resaltar la importancia de que la defensa elabore también su teoría del caso. En efecto, sería estratégicamente una equivocación considerar que como la carga probatoria la detenta el Ministerio Público, la defensa no tiene la necesidad de argumentar a su favor –dado que a la fiscalía le toca destruir la presunción de inocencia–, pues ello conllevaría que en el proceso penal se discuta una argumentación (la de la fiscalía) y no dos (la de la fiscalía y la defensa), y a que el juzgador tenga solo una visión de los hechos (lo presentado por la fiscalía).

Por lo tanto, nos distanciamos del modelo colombiano cuando establece que la presentación de la teoría del caso, al iniciarse el juicio oral, es obligatoria para el fiscal y potestativa para el defensor; para ambos debería ser obligatoria en aras de contribuir a la dilucidación de la controversia jurídico-penal, y aun si se mantiene como potestativa para la defensa, entonces debería declinar esa pretendida facultad, puesto que de no hacer

[138] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación oral en juicios orales*. 2ª edición, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2001, p. 44.

[139] Cfr. SALAS BETETA, Christian. Ob. cit.

la presentación de su teoría habrá dado el primer paso para perder el juicio, en atención, valga la insistencia, a que el juez de conocimiento solo tendría una visión de los hechos.

Recomendaciones:

1. Desmenuzar los hechos materia de proceso, sin caer en generalidades[140]. Los detalles son vitales a la hora de establecer la responsabilidad (o no) del imputado. No hay que dejar nada por asentado, presumido o sobreentendido.

2. Escoger aquellos hechos, especificados, detallados, desmenuzados, que puedan ser conectados, por un lado, con los elementos legales del delito materia de proceso[141], y por otro lado, con la probable presencia de atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad[142].

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

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

5. Evaluar, identificar y separar aquellas proposiciones fácticas fuertes de aquellas débiles. Son fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes que ellas solas satisfacen el elemento completamente. En cambio, la debilidad de una proposición fáctica tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida. La fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente

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

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

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

consideradas, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto las propias como frente a las de la contraparte[143].

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

2. Nivel de análisis jurídico

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la teoría del delito que manejaremos para dotarle de sentido penal a los hechos materia de proceso. En ese sentido, la teoría del delito es una

[143] Nótese que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla; la prueba es crucial, pero es otro problema. Véase: LOVERA, Claudio. Ob. cit.

herramienta de trabajo que permite a las partes analizar de una manera organizada los diferentes contenidos jurídicos y normativos aplicables a una conducta.

Ahora bien, se debe seleccionar aquella teoría del delito que será el instrumento de análisis jurídico, dado que en la doctrina encontramos varias teorías del delito. Así, por ejemplo, aquellos que la construyen bajo una estructura bipartita del delito: antijuridicidad y culpabilidad[144]; otros que tienen una visión tripartita del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad[145]; y otros que agregan un cuarto elemento: la punibilidad.

Frente a ello, y para continuar desarrollando el presente punto, vamos a seleccionar una teoría del delito que parta de considerar los siguientes elementos del ilícito penal: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De esta manera, y apoyándonos en la teoría del delito seleccionada, tenemos el siguiente esquema:

1. Conducta
   - 1.1. Voluntad
   - 1.2. Exteriorización
2. Tipicidad:
   - 2.1. Tipicidad objetiva:
     - a) Sujeto activo
     - b) Sujeto pasivo
     - c) Bien jurídico protegido
     - d) Conducta típica
     - e) Medios típicos
     - f) Resultado típico[146]
   - 2.2. Tipicidad subjetiva:
     - a) Dolo
       - a.1. Dolo directo, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual

[144] Sobre el entendido que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad.

[145] En el entendido que la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

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

a.2. Elementos subjetivos diferentes al dolo

b) Culpa. Consciente o con representación, o inconsciente o sin representación

3. Antijuridicidad
4. Culpabilidad:
   4.1. Capacidad penal o imputabilidad
   4.2. Conocimiento potencial de lo antijurídico de su actuar
   4.3. Exigibilidad de otra conducta

A este esquema se debe agregar los siguientes puntos:

A. Formas de realización del tipo penal:
   a) Actos preparatorios
   b) Tentativa
   c) Consumación
B. Autoría y participación:
   a) Autor. Directo, mediato o coautores
   b) Partícipe. Instigador o cómplice: primario o secundario

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

1. Teoría modificatoria de la responsabilidad penal:
   1.1. Atenuantes: genéricos, específicos o mixtos
   1.2. Agravantes: genéricos, específicos o mixtos
2. Teoría de los eximentes de responsabilidad penal:
   2.1. Aquellos que eliminan la conducta:
      2.1.1. Fuerza física irresistible
      2.1.2. Movimientos reflejos
      2.1.3. Estados de inconsciencia
   2.2. Aquellos que eliminan la tipicidad:
      2.2.1. Error de tipo, ya sea vencible (si no existe el tipo culposo que ordena la ley imputar al sujeto activo), o bien invencible
      2.2.2. Acuerdo o consentimiento
   2.3. Aquellos que eliminan la antijuridicidad:
      2.3.1. Legítima defensa
      2.3.2. Estado de necesidad justificante
      2.3.3. Ejercicio legítimo de un derecho
      2.3.4. Cumplimiento de un deber

2.3.5. Cuando el personal policial o militar, en uso reglamentario de su arma de fuego, causa lesiones o muerte a otra persona

2.4. Aquellos que eliminan la culpabilidad:

2.4.1. Inimputabilidad:

a) Anomalía psíquica
b) Grave alteración de la conciencia
c) Grave alteración de la percepción
d) Minoría de edad

2.4.2. Error de prohibición invencible

2.4.3. Error de comprensión culturalmente invencible

2.4.4. Inexigibilidad:

a) Estado de necesidad exculpante
b) Obediencia jerárquica
c) Miedo insuperable

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

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

A continuación citaremos algunos ejemplos:

a) Para determinar al sujeto activo:
   - Juan, el 20 de marzo del 2005, ingresó a la discoteca Zero.
   - Juan es empujado por X.
   - Juan tuvo un altercado con la víctima X.
   - Juan rompió una botella de cerveza.
   - Juan, con la botella de cerveza, le produce un corte profundo en el cuello de la víctima.

b) Para determinar al sujeto pasivo:
   - X, el 20 de marzo del 2005, ingresó a la discoteca Zero.
   - X, en aquella discoteca, tuvo un altercado con Juan.

- X, a raíz del altercado, recibió un corte profundo en el cuello por parte de Juan, mediante un pico de botella de cerveza.
- X fallece desangrado.

c) Para determinar el dolo:

- Juan, el 20 de marzo del 2005, ingresó a la discoteca Zero.
- Juan es empujado por X.
- Juan tuvo un altercado con X.
- Juan rompió una botella de cerveza.
- Juan, con el pico de la botella, le realiza un corte profundo en el cuello de X.

d) Para determinar la imputabilidad:

- Juan tiene 28 años de edad.
- Juan es arquitecto.
- Juan no había consumido licor cuando estuvo en la discoteca Zero.

Como se aprecia, cada elemento de la teoría del delito seleccionada se ve configurado por más de una proposición fáctica, que previamente han sido elaboradas. Y en ese sentido, este proceso de subsunción debe ser elaborado por las partes al momento de estar construyendo su teoría del caso.

Recomendaciones:

1. No se debe buscar desarrollar un tratado de Derecho Penal, sino que la utilidad del análisis jurídico es establecer o refutar elementos del delito.
2. El proceso de subsunción tanto de la fiscalía como la defensa debe agotar la presencia (o no) de los elementos configuradores del delito, atenuantes, agravantes o eximentes.
3. Los abogados defensores no deben desanimarse si el proceso de subsunción da lugar a la presencia de los elementos del delito; por el contrario, deben continuar con el proceso de subsunción, esta vez, para verificar la presencia de atenuantes. No siempre habrá eximentes, pero tal vez haya atenuantes[147].

[147] Ahora bien, si tampoco hay atenuantes, entonces su estrategia debe ser aquella que le permita una reducción de la pena a mérito de acogerse a algunas de las instituciones procesales que la ley establece, tales como: confesión

3. Nivel de análisis probatorio

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

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

Entre las evidencias con que podemos contar tenemos[148]:

Por su naturaleza física, la evidencia se puede organizar por clases:

1. Evidencia personal o testimonial. Es el llamamiento de testigos y peritos. Comprende el interrogatorio directo para los testigos y peritos ofrecidos por la parte, y el contrainterrogatorio para los testigos y peritos ofrecidos por la contraria.
2. Evidencia documental. Son los documentos, a saber, cualquier superficie que soporte un mensaje comunicante: fotografías, planos, pictografías, fórmulas comerciales (cheques, facturas, letras), fórmulas legales (escrituras públicas, testimonios de escritura pública).
3. Evidencia real. La palabra "real" viene del latín *res*, que significa "cosa". Es la evidencia compuesta por cosas, o sea, por objetos: cuchillos, armas, lesiones visibles en el cuerpo. También es llamada *exhibit* por la doctrina.

sincera, terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz; o bien, de la reparación civil, a través de la transacción o los acuerdos reparatorios. Aunque, claro está, el estudio de estas figuras escapan al marco de análisis de la teoría del caso.

[148] Cfr. MONTES CALDERÓN, Ana. Ob. cit.

Por su fuerza demostrativa, la evidencia se puede clasificar en dos tipos, según:

1. **Evidencia directa:** establece la existencia del hecho en forma inmediata. Ejemplo: en el caso de prueba testimonial, está dada por el testigo que vio la realización de la acción típica (matar, falsificar, librar el cheque sin fondos, el desapoderamiento, la usurpación).

2. **Evidencia indirecta o circunstancial:** en materia de evidencia real, está dada, por ejemplo, por el rastro de sangre; en materia de evidencia demostrativa, está dada, por ejemplo, por la fotografía del vehículo donde consta el hundimiento de la puerta cuyo testigo indica que fue a causa de las patadas del ofensor. En materia de evidencia testimonial, sería el caso del testigo que, por ejemplo, oyó un grito, volvió a ver y pudo constatar que el ofendido estaba herido en el suelo y había varios sujetos, de los cuales uno tenía un cuchillo en la mano. Esta evidencia es indirecta porque el testigo no presenció la acción típica sino su momento inmediato posterior.

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

Frente a lo señalado, brindamos los siguientes ejemplos:

1. La proposición fáctica: “Juan, el 20 de marzo del 2005, ingresó a la discoteca Zero, descansa en las siguientes evidencias:

   - Declaración de Juan.
   - Declaración testimonial del vigilante Y.
   - Declaración testimonial del mesero Z.
   - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la discoteca Zero.

2. La proposición fáctica: “Juan tuvo un altercado con X”, descansa en las siguientes evidencias:
   - Declaración de Juan.
   - Declaración testimonial del mesero Z.
   - Declaración del acompañante de X, su amiga Q.
   - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la discoteca Zero.
3. La proposición fáctica: “Juan con el pico de botella le causó un corte profundo al cuello de X”, descansa en las siguientes evidencias:
   - Declaración de Juan.
   - Declaración del acompañante de X, su amiga Q.
   - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la discoteca Zero.
   - Examen médico-legista.
   - Pico de botella incautado.

Como se podrá observar, cada proposición fáctica descansa en dos o más evidencias. En este caso, y como el ejemplo correspondería a la teoría del caso formulada por la fiscalía, el representante del Ministerio Público podrá dividir a su equipo de trabajo para la identificación y aseguramiento del material probatorio.

Así, un grupo se encargará del área de declaraciones, otro del área de los documentos, otro del área de las pericias, etc. Una adecuada teoría del caso permite saber qué evidencia buscar, dónde hacerlo, así como una funcional división de trabajos, ya sea a la fiscalía o a la defensa. Asimismo, durante el desarrollo del juicio oral permite establecer los parámetros del examen y contraexamen de testigos y peritos, así como el análisis de las demás pruebas[149].

[149] Sobre el debate y análisis probatorio durante el juicio oral bajo el esquema de aplicación de la teoría del caso, véase: BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. Alternativa, Lima, 2005, p.110 y ss.

Recomendaciones:

1. La construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que necesitaremos.
2. También la prueba puede ser fuerte o débil. Allí donde en las proposiciones fácticas el test de fortaleza o debilidad es el test de la superposición, en el caso de la prueba el test es el de la credibilidad[150].
3. Debe anticiparse futuros problemas con probabilidad de presentarse a causa de los efectos que pueda tener la introducción de ciertas evidencias de la contraparte. Estas deben ser siempre revisadas y analizadas para descubrir sus fortalezas y debilidades de modo que se minimicen aquellas y resalten estas[151].

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

TABLA DE CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO			
HECHOS	**TEORÍA JURÍDICA SELECCIONADA**	**SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA SELECCIONADA**	**EVIDENCIAS**
Aquí se redactan las proposiciones fácticas. Recuérdese que los detalles son importantes, por lo que no se debe dejar nada por sentado.	Aquí se identifica los elementos de la teoría jurídica a ser aplicada en el caso: 1. Elementos del delito. 2. Atenuantes. 3. Agravantes. 4. Eximentes.	Aquí cada elemento que configura o descarta algún elemento de la teoría jurídica seleccionada descansa en varias proposiciones fácticas.	Es el material probatorio que permite establecer la veracidad de los hechos. Obsérvese que cada hecho o proposición fáctica debe descansar en dos o más evidencias.

[150] En este sentido, es posible que tengamos proposiciones fácticas muy fuertes, pero respecto de las cuales contamos con pruebas muy débiles.

[151] Los medios de pruebas frecuentemente son manipulados ilícitamente, contaminados, recogidos de manera ilegal o aplicando procedimientos antitécnicos.

IV. Características de la teoría del caso

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil debe cumplir con las siguientes condiciones[152]:

- **Sencillez.** Los elementos que la integran deben dar a entender con claridad y simplicidad los hechos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.
- **Lógica.** Porque debe guardar armonía y debe permitir deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- **Credibilidad.** Para lograrse explicar por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.
- **Suficiencia jurídica.** Porque todo el razonamiento jurídico se basa en el principio de legalidad y, por ende, debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o cuestionar los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba.
- **Flexibilidad.** Ya que inicialmente se concibe cómo será el juicio pero este siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos como todo proceso adversarial. La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso menoscaba la credibilidad de cualquier sujeto procesal.

[152] Cfr. SALAS BETETA, Christian. Ob. cit.

V. Utilidad de la teoría del caso

Para Espinoza Bonifaz, la teoría del caso presenta las siguientes ventajas[153]:

a) Realizar un análisis estratégico del caso.
b) Ordenar y clasificar la información del caso.
c) Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis.
d) Determinar qué es lo que esperamos de la investigación.
e) Seleccionar la evidencia relevante.
g) Detectar debilidades propias.
h) Identificar las debilidades de la parte contraria.

[153] Cfr. ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *Estrategias de litigación oral: Teoría del caso*. Disponible en: <http://www.eldial.com/suplementos>.

capítulo 5

Estructura y fase inicial del juicio oral

Capítulo 5

Estructura y fase inicial del juicio oral

I. Estructura en la cual se analizará el juicio oral

Según la reforma latinoamericana, el juicio oral debería estructurarse de la siguiente forma:

1. Fase inicial	Instalación de la audiencia Alegatos preliminares Pregunta al acusado sobre su conformidad con la acusación
2. Fase probatoria	Examen del acusado Examen de testigos Examen de peritos Oralización de la prueba documental
3. Fase final	Alegatos finales Deliberación y votación de la sentencia Sentencia

II. La fase inicial del juicio oral

Antes que nada, es menester realizar una precisión sobre la metodología de análisis que de aquí en adelante se realizará.

En ese sentido, cada vez que se estudie una fase o institución en concreto del juicio oral comenzaremos desde la perspectiva doctrinal (para ser más exactos, teórico-práctica, pues se brinda al lector casos prácticos que pueden hacer más entendible el soporte teórico que se brinda), la

cual es la base para el desarrollo legislativo de la etapa de juzgamiento en diversos países latinoamericanos.

En ese sentido, la fase inicial del juicio oral, desde la perspectiva teórico-práctica, está estructurada de la siguiente forma:

- La delimitación del objeto de enjuiciamiento y la remisión de los actuados al juzgado (unipersonal o colegiado) que llevará a cabo el juzgamiento.
- La fijación del día y la hora de celebración de la audiencia, así como la indicación de los sujetos procesales, así como los órganos de prueba que deberán presentarse.
- El inicio de la audiencia, el cual se divide en:

  a) Instalación de la audiencia.

  b) Alegatos iniciales o preliminares de los sujetos procesales.

  c) Pregunta al acusado si está conforme o no con los cargos señalados en la acusación del Ministerio Público.

Todos estos pasos serán desarrollados a lo largo del presente punto.

1. La delimitación del objeto de enjuiciamiento y la remisión de los actuados al juzgado (unipersonal o colegiado) que llevará a cabo el juzgamiento

En principio, es menester señalar que en la reforma latinoamericana las etapas procesales de investigación, intermedia y juzgamiento son realizadas en los juzgados, reservándose solo a la Sala o Tribunal Superior de Justicia asuntos de segunda instancia, es decir, los que son materia de recursos impugnatorios.

En ese orden de ideas, hay dos clases de juzgados:

- **Juzgados de control o de garantía.** También conocidos como juzgados de investigación preparatoria. Tales juzgados tienen como función, por un lado, velar por el respeto de los principios, garantías y derechos procesales durante la etapa de investigación, resolviendo los incidentes que en esa etapa se presenten entre las partes, mas no tienen el poder de dirigir las investigaciones (recordemos, esa es

potestad del Ministerio Público); por otro lado, asumen la dirección de la etapa intermedia, como fase de saneamiento y crítica de los pronunciamientos que el Ministerio Público y los demás sujetos procesales formulasen en torno a lo ocurrido durante las investigaciones. Asimismo, en algunas legislaciones, como la peruana, el juez asume la dirección de la etapa de ejecución de la sentencia.

- **Juzgados penales unipersonales o colegiados.** También llamados tribunales de juicio oral. Esta clase de juzgados son los que dirigen y llevan a cabo el juicio oral o juzgamiento. En ese sentido, son de igual jerarquía que los juzgados de control o de garantía, solamente difieren en cuanto a las funciones o competencias que la ley les haya establecido. En ese orden de ideas, ambos tipos de juzgados tienen como superior jerárquico a la sala o tribunal superior de justicia, quien resuelve las impugnaciones que las partes hayan planteado en torno a los pronunciamientos de los juzgados que les causen agravios.

Por otro lado, la división entre juzgados penales unipersonales o colegiados radica en el hecho de que, como todos los delitos (graves o no graves, dolosos o culposos, en grado de consumación o en grado de tentativa), por regla general, tienen que pasar por la etapa de juzgamiento (y se dice por regla general porque cabe la posibilidad de que el conflicto penal se resuelva antes del juicio oral, a través de los mecanismos alternativos o consensuales de solución del conflicto jurídico-penal); para evitar una sobrecarga procesal en los juzgados que llevarán a cabo el juzgamiento es necesario distribuirlos.

La distribución de los casos materia de juzgamiento se realiza en función a la gravedad del delito objeto de juicio, es decir, tomando en cuenta el tipo de pena establecida en la ley penal, así como el *quantum* o monto de duración de esta.

Por ejemplo, en el caso del Perú, si el delito materia de juzgamiento presenta en la ley penal –no en la acusación del Ministerio Público–, en su extremo mínimo, una pena inferior a seis años de pena privativa de libertad, se le considera un delito no grave y, por ende, el juicio oral será realizado por un juzgado unipersonal. A contrario sensu, si la pena, en su extremo mínimo, supera los seis años de pena privativa de la libertad, entonces se le considera un delito grave y, por ende, el juzgamiento será llevado a cabo por el juzgado colegiado.

Para graficar lo señalado, presentamos los siguientes casos prácticos:

Caso práctico Nº 1

A Juan se le acusa el haber asesinado a César; para ello, el Ministerio Público, luego de las investigaciones, ha formulado acusación y el juez de la investigación preparatoria, previo auto de enjuiciamiento, ha remitido los actuados al juzgado penal correspondiente, a fin de que este realice el juicio oral. En ese orden de ideas, para saber quién es el juzgado penal que realizará el juzgamiento, basta con revisar el Código Penal y ver cuál es la pena con el que está sancionado el delito asesinato. Al respecto, el artículo 108 del Código Penal sanciona el asesinato con una pena no menor de quince años (extremo mínimo) ni mayor de 35 años (extremo máximo). Frente a ello, se debe observar el extremo mínimo de la pena y, en este caso, como el extremo mínimo supera los seis años de pena privativa de la libertad, el juicio oral corresponderá a un juzgado colegiado.

Caso práctico Nº 2

A César se le acusa haber cometido el delito de estafa en agravio de Luis. Igualmente, se remiten los actuados al juzgado penal que llevará a cabo el juzgamiento. Para identificar el respectivo juzgado penal basta con ir al Código Penal y ver la pena con la que se sanciona el delito de estafa. Así, según el artículo 196 del Código Penal, la estafa está sancionada con una pena no menor de un año (extremo mínimo) ni mayor de seis años (extremo máximo). Por ende, como el extremo mínimo de la pena, no supera los seis años, será el juzgado unipersonal el que realice el respectivo juicio oral.

En ambos casos, por lo tanto, no dependen de la pena que el Ministerio Público está solicitando en su escrito de acusación, sino del extremo mínimo de la pena establecido en el respectivo Código Penal.

Por otro lado, son juzgados unipersonales o tribunales de juicio oral unipersonal aquellos constituidos por un solo magistrado, el cual tiene la competencia, como se ha indicado en los párrafos anteriores, para conocer el juicio oral para aquellos delitos no graves, teniendo todas las facultades de dirección del debate, disciplinarias y discrecionales. Y emitirá, al concluir el debate oral, la respectiva sentencia, la cual al ser impugnada se elevará a la sala o tribunal superior de justicia para que resuelva la impugnación.

Por otro lado, son juzgados colegiados o tribunales de juicio oral colegiados aquellos constituidos por tres magistrados, de los cuales uno de ellos es presidente. Estos juzgados tienen la competencia para conocer el juicio oral de aquellos delitos graves, teniendo la finalidad de resolver el conflicto sometido a su decisión a través de un método cognoscitivo como es el juicio oral y público (máximo derecho del imputado)[154].

Ahora bien, cómo es que llegan los actuados hasta el juzgado encargado de realizar el juicio oral. Al respecto, debemos remontarnos a la etapa procesal previa al juzgamiento, esto es, a la etapa intermedia en la que se realiza una audiencia que en la legislación comparada recibe diferentes nombres; así tenemos: audiencia preliminar, audiencia de control de la acusación o audiencia preparatoria del juicio.

La referida audiencia es conducida por el juez de control o de garantía o de investigación preparatoria, quien luego de recibir la acusación del Ministerio Público y resolver los incidentes que los demás sujetos procesales hayan promovido a consecuencia de la acusación formulada, emitirá el denominado auto de enjuiciamiento. La importancia, por lo tanto, de esta audiencia es determinar el objeto materia de juzgamiento.

Al respecto, Carocca señala lo siguiente: el rol del juez de garantías consiste en establecer las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieran realizado en ellas, lo que equivale a decir que deberá rechazar aquellas acusaciones que no cumplan con las exigencias legales, tales como las que se refieren a hechos que no han sido objeto de la formalización de la instrucción[155].

Asimismo, otra finalidad de la audiencia preliminar o preparatoria del juicio oral es la determinación de las pruebas que deberán recibirse en el juicio oral. Para estos efectos, el juez debe depurar las pruebas que detalladamente han debido ser ofrecidas por las partes. En ese sentido, el juez debe establecer cuáles son los hechos que deberán probarse, para lo cual debe partir por fijar los hechos sustanciales y pertinentes controvertidos entre las partes, lo que le permitirá excluir todos aquellos medios

[154] Cfr. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral*. Metropolitana, Santiago de Chile, 2003, p. 24.

[155] Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. "Etapa intermedia de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno". En: *Ius et Praxis*, vol. 5, N° 2, Talca, p. 138.

de prueba que sean manifiestamente impertinentes, es decir, que se dirijan a acreditar hechos o circunstancias que no tienen relevancia para la resolución final del juicio.

Igual lógica se da en lo que se refiere a la no admisión de pruebas ofrecidas que tienden a acreditar hechos públicos o notorios; asimismo, no deben admitirse pruebas ilícitas ni dilatorias; fuera de estos supuestos, los demás medios de prueba, por regla general, deberán ser admitidos a fin de que sean actuados durante el juicio oral.

Por otro lado, y durante la audiencia preliminar o preparatoria del juicio oral, los sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. Además, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba (convenciones probatorias), que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El juez, sin embargo, exponiendo los motivos justificatorios, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

Ahora bien, toda esta labor de determinación tanto de los hechos materia del juicio oral como de las pruebas a ser actuadas, incluso las convenciones probatorias que las partes hayan acordado, deben reflejarse en una resolución emitida por el juez de garantías, denominado auto de enjuiciamiento. Así, este auto deberá contener: a) el nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados; b) el delito o delitos materia de la acusación fiscal, con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias; c) los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias; d) la indicación de las partes constituidas en la causa; y e) la orden de remisión de los actuados al juez encargado del juicio oral.

Este auto de enjuiciamiento, denominado por Sergio Casanueva auto de apertura del juicio oral[156], debe ser notificado tanto al Ministerio Público como a los demás sujetos procesales.

[156] Cfr. CASANUEVA REGUART, Sergio. *Juicio oral. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2008, p. 117.

Posteriormente, el auto de enjuiciamiento, conjuntamente con el expediente judicial, los documentos y objetos incautados, serán remitidos al juzgado que llevará a cabo el juicio oral; igualmente, se pondrá a su disposición a los presos preventivos. Al respecto, en el Código Procesal Penal de 2004 esta remisión se da dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación del auto de enjuiciamiento a los sujetos procesales.

En suma, la determinación del objeto materia de juzgamiento, así como la admisión de las pruebas a ser actuadas en el juicio oral es señalada en el auto de enjuiciamiento o de apertura del juicio oral, el cual es emitido por el juez de garantías, luego de haberse realizado la audiencia preliminar o preparatoria del juicio oral, lo que ocurre dentro de la denominada etapa intermedia.

2. La fijación del día y la hora para la celebración de la audiencia, su indicación a los sujetos procesales y a los órganos de prueba que deberán presentarse

Recibidas las actuaciones por el juzgado penal competente –que, como se indicó, puede ser un juzgado unipersonal o colegiado–, dictará una resolución judicial denominada auto de citación a juicio, el cual indica el lugar y fecha de realización del juzgamiento. Además, menciona el o los nombres de los magistrados que llevarán a cabo el debate oral y ordena la citación de todos los obligados a asistir, claro está, con la debida anticipación, a fin de no afectar el derecho a un debido proceso.

En ese sentido, el juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. En la resolución se identificará a quien se tendrá como defensor del acusado y se dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio. El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de inconcurrencia injustificada.

3. El inicio de la audiencia

La audiencia del juicio oral es el momento en que el tribunal oral demuestra su eficiencia y capacidad de respuesta. Es en este momento en que los jueces de lo oral distribuyen su trabajo para efectuar una adecuada recepción del debate propuesto por las partes (teoría del caso) y del material probatorio que se produzca[157].

[157] Ibídem, p. 118.

Ahora bien, la fase inicial de la audiencia del juicio oral se divide en tres actos: (a) instalación de la audiencia; (b) alegatos iniciales; y (c) pregunta sobre la conformidad del acusado con los términos de la acusación del Ministerio Público. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos tres pasos.

3.1. Instalación de la audiencia

Al respecto, es necesario contar con una sala de audiencias, la que debe tener un diseño especial y los espacios requeridos para el propio juzgador, el representante del Ministerio Público, el acusado y su defensor, así como para el público. Además, debe existir una sala de testigos en los que en forma aislada pero cómodamente permanezcan mientras se desarrolla el juicio y tengan que declarar. Deben estar aislados el uno del otro y no tener medio alguno de comunicación ni antes ni después de haber declarado, ya que lo que importa es que sus versiones puedan coincidir o darse cuenta que alguno de ellos miente, o no concuerdan las circunstancias de tiempo, de modo o de lugar que señalan[158].

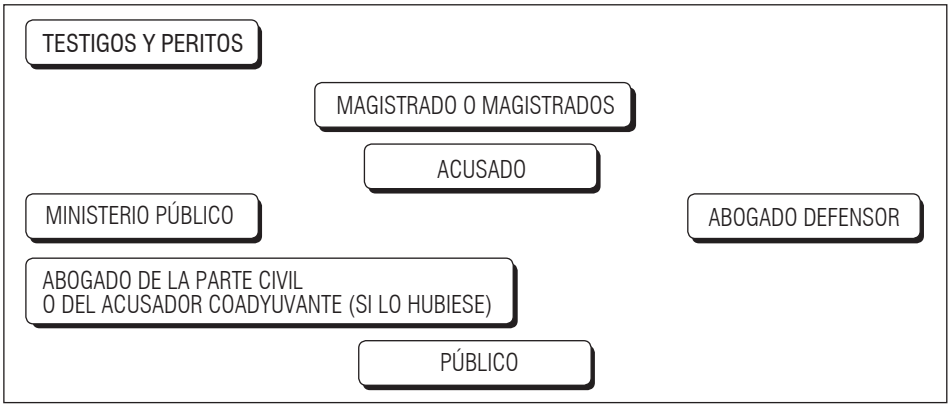
Otra cuestión importante es el registro de la audiencia; para ello se recomienda el uso de la videograbación. Lo registrado en audio y video coadyuvará, por un lado, a la validez de las sesiones que se vayan practicando, dado que las partes podrán revisar lo sucedido y señalar cualquier incidencia que afecte la validez del juzgamiento; por otro lado, como fuente de información o consulta, tanto para las partes como para el juzgador e, incluso, para el órgano de segunda instancia que resuelva la apelación de la respectiva sentencia.

Resueltas estas cuestiones, y llegado el día y la hora de celebración de la audiencia del juicio oral (según lo indicado en el auto de citación a juicio), esta tendrá lugar en la sala de audiencias que designe el juzgado penal, salvo que, por razones de enfermedad u otra causal justificada, sea imposible la concurrencia del acusado a la sala de audiencias.

La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado, el fiscal, el acusado y su defensor. Para ello, el juez penal verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia.

[158] Cfr. ORONOZ SANTANA, Carlos. Ob. cit., p. 307 y s.

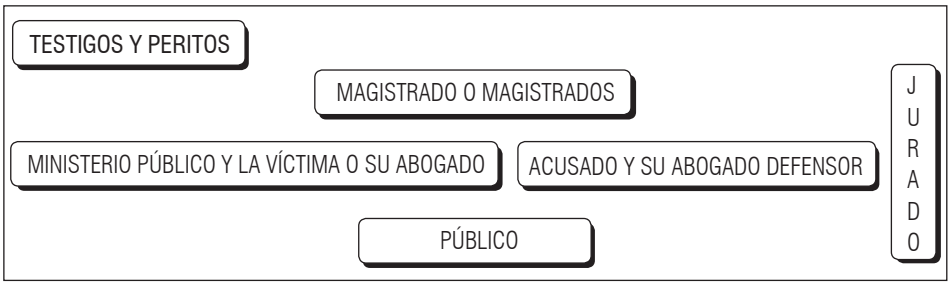
Por otro lado, y con respecto a la ubicación de los sujetos procesales, existen dos modelos: (a) latinoamericano tradicional, y (b) norteamericano. El primer modelo descansa en la tradición inquisitiva latinoamericana que en los últimos siglos conllevó a la siguiente ubicación de los sujetos procesales en la sala de audiencia: el magistrado tiene al frente al acusado, a su derecha al fiscal y al abogado del acusado coadyuvante (conocido en otros países latinos como el abogado de la parte civil), y a su izquierda al abogado defensor del acusado. Asimismo, los testigos y peritos ocupan un ambiente contiguo a la sala de audiencias.



Modelo latinoamericano (tradicional)

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

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



Modelo norteamericano

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

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

Finalmente, instalada la audiencia, el juez unipersonal o el presidente del juzgado colegiado enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

3.2. Alegatos iniciales o preliminares de los sujetos procesales

Una vez instalada la audiencia, el juez o el presidente del juzgado colegiado dará el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin de que exponga resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas[159].

[159] La fase de alegatos preliminares no están presentes en todos los juicios orales de Latinoamérica. Así, en el caso de Cuba, una vez instalada la audiencia, el presidente pasará a disponer la lectura de las conclusiones provisionales del fiscal y de la defensa. Esta lectura la realiza el secretario. En lo que respecta al escrito acusatorio, se lee el relato de los hechos y la calificación del delito y sus circunstancias, reservándose la lectura del escrito de oposición de la defensa para cuando esta así lo solicite, pues en muchos casos esas conclusiones se limitan a exponer que se encuentra inconforme con las correlativas del Ministerio Público, sin detallar las diferencias. En otros casos el secretario se circunscribe a decir que la defensa formuló conclusiones oponiéndose a las del fiscal. Para mayores detalles, consúltese: BODES TORRES, Jorge. *El juicio oral en Cuba*, Fenaje, Quito, 2007, p. 206.

Posteriormente, en su orden, lo harán el acusador coadyuvante y el tercero civilmente demandado, quienes expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

Al respecto, debe resaltarse la importancia de los alegatos preliminares (también llamados iniciales o de apertura), pues son el momento procesal que tienen las partes para presentar ante el juzgador el caso que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto específico ella debe ser apreciada.

En efecto, a diferencia de los alegatos finales, los iniciales no pretenden analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues esta todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es otro: presentar al juzgador la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta "promesa" acerca de qué hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba[160].

En tal sentido, el artículo 371 del Código de Procedimientos Penales colombiano (2004) precisa que: "Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio".

Igualmente, el denominado "Proyecto Huanchaco" (Trujillo-Perú), en su artículo 256 se indicaba que: "(…) Seguidamente se ingresa a la fase de los alegatos de apertura, donde las partes podrán presentar ante el Juez o la Sala, su teoría del caso, es decir, las proposiciones fácticas que contiene la historia o relato de hechos que piensa demostrar en el juicio así como su pretensión. La presentación del caso marcará la pauta de las destrezas de litigación y la actuación probatoria de las partes durante el juicio (…)".

En estos textos se aprecia, por un lado, el reconocimiento de la aplicación e importancia de la teoría del caso en el proceso penal, y por otro lado, que el momento procesal, no de su construcción sino de su exposición,

[160] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, p. 51.

es durante los alegatos iniciales o preliminares que ocurre una vez instalada la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, el artículo 371 del texto adjetivo colombiano omite mencionar la exposición de la teoría del caso durante los alegatos iniciales; regula de tal forma la primera exposición de las partes durante el juzgamiento que conllevó a que los abogados piensen que están ante la tradicional figura de los alegatos, la cual se puede realizar sin ninguna estrategia ni metodología comunicativa.

En efecto, el citado artículo dispone que, instalada la audiencia, el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

Como se observa, el mensaje normativo es que las partes, durante los alegatos iniciales, expongan un resumen de sus argumentos, sin mayor metodología y con la única habilidad de ser un experto abreviador de sus ideas y que pueda cautivar la atención del juzgador.

No obstante, lo que la moderna doctrina postula no son los alegatos dinámicos sino el uso de un planteamiento metodológico llamado teoría del caso, la cual no es simplemente la narración de una historia en la cual se busca persuadir o llevar a nuestras aguas al juzgador. Por el contrario, es un método que permite establecer una estrategia frente al proceso penal; a su vez, es un sistema analítico que permite establecer un plan de investigación o de defensa para fortalecer los fundamentos fácticos y jurídicos planteados en la teoría del caso, y aquella base probatoria que le dará en el juicio oral credibilidad al caso, versión o posición planteada.

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

en el juicio oral, es decir, si bien su virtualidad la observaremos en esa etapa procesal, su origen data de un momento muchísimo anterior.

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

Esta forma de trabajar daría un cero de utilidad práctica, por las siguientes razones: 1) si en las etapas procesales anteriores, el abogado no ha tenido un plan estratégico que desarrollar y anduvo a "ciegas", entonces no habrá obtenido provecho alguno de la dinámica tanto de la investigación como de la fase intermedia; 2) si por primera vez el abogado elabora un análisis estratégico faltando poco tiempo para el inicio del juicio oral, este puede correr el riesgo de ser incompleto o incoherente, y posiblemente presentar tantos cabos sueltos en contra de la credibilidad de su versión que hubiera preferido hacer el análisis tiempo antes para poder completarlo o fortalecerlo; 3) nuestra antigua praxis forense nos ha demostrado la falta de preparación y conocimiento de aquellos abogados que por la premura de brindar sus alegatos en el juicio oral brindan una serie de argumentos inconexos, ambiguos, que presentan más de una explicación[161] o, peor aún, sin ninguna base fáctico-normativa. Hay que insistir que no estamos en la misma lógica de los alegatos propios del juicio oral, sino en la elaboración, recolección de elementos, depuración y exposición de una estrategia.

Ello obliga a diferenciar la teoría del caso que cada parte pretende comunicar al juzgador del momento procesal para hacerlo, esto es, los alegatos preliminares. Ahora bien, hay textos adjetivos que a la hora de redactar este momento procesal lo hacen en forma confusa.

Como guía se sugieren los siguientes tipos de estructuraciones de los alegatos preliminares:

[161] Es recomendable que se tenga una sola teoría del caso que se pueda comprobar durante el juicio. Múltiples variaciones de acontecimientos no convencen y denotan una falta de preparación por parte del abogado, la carencia de un plan estratégico (con el que se debería contar desde el comienzo del proceso penal), del mismo modo que una mala comunicación con el juez de conocimiento que va a resolver el caso.

- Combinar en una historia general la evidencia que uno espera presentar por intermedio de una serie de testigos;
- Resumir la historia de cada testigo individual; o
- Agrupar la evidencia esperada con relación a teorías jurídicas o proposiciones fácticas discretas.

Durante los alegatos preliminares el abogado puede referirse también a la evidencia que espera que el adversario presente, mostrar auxiliares visuales que uno se propone ofrecer, usar analogías y explicar al juzgador la decisión que se espera que él formule. Más aún, puede pronunciar su declaración inicial con cierta empatía, que sugiera que la equidad y la justicia exigen un veredicto favorable[162].

Por otro lado, y tomando en cuenta la discreción judicial con relación al tiempo, el abogado generalmente estará en libertad de incluir los detalles que prefiera en los alegatos iniciales. Pero las consideraciones tácticas sugieren que es mejor dejar muchos detalles de manera que los propios testigos los revelen. Cuanto más elevado el número de detalles que uno incluye en una declaración, más probable es que el juzgador limite el uso de la palabra. Al margen del posible hastío, una apertura excesivamente detallada puede inducir al juzgador a prestar escasa atención al propio testimonio, o a llegar a la conclusión que el testigo se atiene al libreto bien ensayado que el abogado le suministró[163].

3.3. Pregunta al acusado si está conforme o no con los cargos señalados en la acusación del Ministerio Público

Culminados los alegatos preliminares, el juez o el presidente del juzgado colegiado informarán al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos.

Así, entre los derechos que se le informarán al acusado tenemos: a) el acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si

[162] Cfr. BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 234.

[163] Ibídem, p. 238.

anteriormente se hubiera abstenido, y b) el acusado en todo momento podrá comunicarse con su defensor sin que por ello se paralice la audiencia, derecho que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen.

El juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil; esta es la denominada figura de "la conformidad del acusado con los términos de la acusación", que es un mecanismo consensual entre el Ministerio Público y la defensa, que al cristalizarse origina que ya no se tenga por qué continuar con la audiencia del juicio oral, sino que el juzgador expedirá la respectiva sentencia, cuyo contenido, por regla general, debe ser exactamente igual a los términos de la acusación que el acusado ha aceptado; sin embargo, ello no elimina la presencia de situaciones excepcionales que conlleven a que el juez dicte sentencia en términos diferentes a los de la acusación (esas situaciones las analizaremos más adelante).

El acusado, antes de responder si se encuentra conforme con los términos de la acusación, podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el responsable del Ministerio Público para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá el juicio por breve término. Esta posibilidad de "negociación" entre la defensa y la fiscalía es un mecanismo procesal traído de la justicia norteamericana.

En ese sentido, es jurídicamente factible que se entablen tratativas entre la defensa y la fiscalía en torno a la aceptación de responsabilidad del acusado a cambio de una pena y un monto de reparación civil no tan gravoso para sus intereses. Sin embargo, la justificación de la negociación penal es más pragmática que garantista, máxime si puede entrar en colisión con principios tales como el de proporcionalidad de la pena o de legalidad procesal.

Empero, ello no debe per se descalificar las figuras de la negociación y conformidad del acusado con los términos de la acusación; y ello por las siguientes razones:

- En el modelo acusatorio con tendencia adversarial el paradigma central es que el proceso penal brinde una respuesta a los sujetos involucrados en un conflicto penal; por regla general, esa respuesta debe darse en función de lo que se realice dentro de un juicio oral. Esto significa que todos los delitos, graves o no graves, dolosos o culposos

pasen por la etapa del juzgamiento sin excepción alguna, máxime si el inculpado tiene derecho a un juicio previo, sea cual fuese el delito que se le imputa.

Sin embargo, cuál sería la cantidad de juicios orales en materia de delitos con mayor estadística (v. gr. lesiones, hurtos, omisión a la obligación de pasar alimentos, falsificaciones de documentos, etc.); obviamente, ello conllevaría a una carga procesal en los juzgados de juicios orales difícil de manejar (sin mencionar el juzgamiento de causas complejas, que de por sí son complicadas). Para ello, es menester brindarle a las partes mecanismos alternativos de solución al conflicto penal que originen que los casos que lleguen hasta la audiencia del juicio oral sean aquellos que por su naturaleza compleja o discutida merecen ser enjuiciados y, por ende, los casos de mediana o pequeña gravedad sean resueltos por otros mecanismos, sin saturar al sistema de justicia penal[164].

- La adopción en el sistema de justicia penal de mecanismos alternativos debe ser flexible, es decir, debe haber tales mecanismos tanto extraproceso (como por ejemplo, los centros de mediación penal, que permitan que el conflicto sea resuelto sin llegar a un proceso penal), o bien intraproceso, es decir, dentro del proceso penal. Este último caso, el legislador debe procurar que se apliquen ya sea en la averiguación previa, en la instrucción o investigación formalizada, en la misma etapa intermedia y aun durante la audiencia de juicio oral (claro está, antes de la presentación de pruebas y dictado de sentencia, pues al darse esta ya las partes obtuvieron su respuesta al conflicto).

  Ejemplo de mecanismo alternativo de solución al conflicto penal aplicado en la etapa del juzgamiento es la negociación y conformidad del acusado con los términos de la acusación del Ministerio Público,

[164] Para graficar lo dicho, piénsese en los Estados Unidos. Según un informe de CNN, del 17/10/2006, se estimó que la población en aquel país bordea los 300 000 000 de habitantes. Piénsese que el 1% estén involucrados en procesos penales, cuyas causas lleguen hasta la etapa del juzgamiento. En ese sentido, habrían 3 000 000 de audiencias de juicio oral, cantidad que obviamente el sistema no puede soportar. No obstante, en aquel país, donde tienen un gran desarrollo las técnicas de litigación oral, no todas las causas llegan a juicio, porque las partes optan por acogerse a un mecanismo alternativo de solución del conflicto penal. Ese tipo de pensamiento puede ser recogido y adecuado a la realidad latinoamericana, como apoyo a la sobrecarga procesal que ya experimentamos.

la cual, como se observa, opera en la fase inicial de la audiencia del juicio oral.

- Esta flexibilidad no se contrapone con la *ratio essendi* del proceso penal, propio de un sistema acusatorio con tendencia adversarial; debido que esta *ratio essendi* descansa en una triada: (a) la respuesta a un conflicto penal ocurrido; (b) el sometimiento del conflicto penal a un juicio oral, con los principios y garantías procesales que se requieren; y (c) la posibilidad de las partes de autocomponer el conflicto a través de mecanismos consensuales o alternativos.

Por ende, todas estas razones justifican el porqué de la adopción de mecanismos alternativos de solución del conflicto penal aplicables, aun en la fase inicial de la audiencia del juicio oral.

Por otro lado, si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el juez declarará la conclusión del juicio (por lo que se está ante un mecanismo consensual o alternativo de solución del conflictos penales, que abrevia la tramitación del juicio oral; así, con este mecanismo, por ejemplo, la audiencia terminaría en pocas horas). En ese sentido, la sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que en legislaciones como la peruana no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

Sin embargo, si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez, previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos.

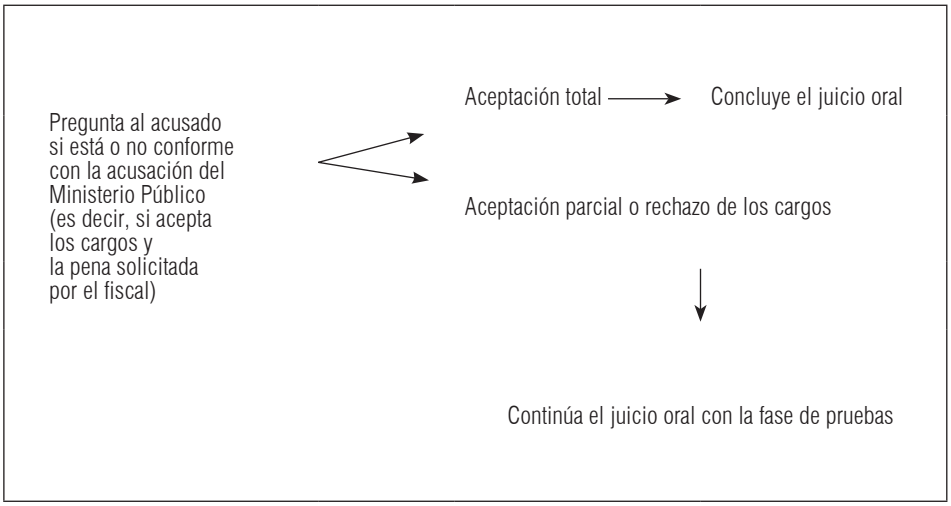
No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado el juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. Esta disposición evita la afectación de principios procesales, dado que por encima de las estrategias de las partes está el respeto a las garantías procesales.

Por ende, si la defensa tiene como estrategia aceptar los cargos y la pena solicitada por el fiscal, sin percatarse, por ejemplo, de la atipicidad de los hechos, el juez deberá intervenir, aun en contra de la voluntad de las partes, porque se estaría afectando al principio de legalidad si se impone una pena a un hecho no calificado como delito en la ley penal.

Por otro lado, si el actor civil o acusador coadyuvante ha observado expresamente la cuantía de reparación civil fijada por el fiscal, entonces no vincula al juez la conformidad que sobre ese extremo ha expresado el acusado. En ese caso, el juez podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio.

Al respecto, cabe comentar que esta disposición aleja toda duda sobre una supuesta indefensión al actor civil dado que en el juego de la negociación cabe la posibilidad de que se haya convenido un monto de reparación civil exiguo, vejatorio para la víctima. Ante ello, basta con que la víctima u ofendida, constituida en actor civil, observe el monto de reparación civil convenido entre la fiscalía y la defensa, para que el juez dilucide esa cuestión en amparo de cualquier interés vulnerado.

Finalmente, si el acusado no expresa su conformidad con los términos de la acusación, entonces el juicio oral continúa en su fase desarrollo de pruebas.



capítulo 6

La fase probatoria del juicio oral: la teoría de la prueba en el proceso acusatorio con tendencia adversarial

Capítulo 6

La fase probatoria del juicio oral: la teoría de la prueba en el proceso acusatorio con tendencia adversarial

I. La segunda fase de la audiencia del juicio oral: la actuación de pruebas

Como se indicó en el capítulo anterior, si el acusado acepta los cargos, la pena y el monto de la reparación civil solicitados por el Ministerio Público, entonces no se tiene la necesidad de continuar con la audiencia del juicio oral, sino que lo que procede es el dictado de sentencia, al haber operado un mecanismo que simplifica la fase juzgamiento.

Por el contrario, al concluirse los alegatos iniciales o preliminares empieza lo que en doctrina se conoce como la segunda fase de la audiencia del juicio oral, es decir, la fase probatoria o de actuación (o desahogo) de pruebas.

Esta fase del juicio oral la entendemos como la central, la más importante del juzgamiento, en donde todas las estrategias de las partes serán confrontadas y confirmadas a través de los actos de prueba que realizarán durante la audiencia, ya sea cuando se trate de declaraciones de personas (acusado, testigos, víctima y peritos), o de información documental y/o material, o por último cuando se extraigan los datos de otras fuentes de prueba.

Aquí el juzgador cede a las partes el rol protagónico en el desahogo de pruebas, siendo las partes quienes a través de las estrategias de litigación oral defenderán su caso y atacarán la de su contraparte. Pero esta actividad probatoria no consiste en una actividad librada al azar; por el

contrario, requiere de un ejercicio racional, razonable y prudente; para ello el litigante debe contar con una estrategia procesal para cada órgano de prueba, así como con las herramientas de litigación oral que el sistema normativo le permite.

En efecto, se debe contar con un planteamiento de litigación oral para cada órgano de prueba, teniendo siempre como brújula la teoría del caso que el litigante pretende demostrar como la válida.

Por ende, en la dinámica del juicio oral (en el contexto de un proceso penal de corte acusatorio), las partes ya no deben esperar una actuación del juez sobre los órganos de prueba, sino que son aquellas las que, por ser las interesadas en demostrar su caso, deben realizar un rol activo.

En ese sentido, como la dinámica de la prueba cambia, al convertirse en el núcleo de la etapa central del proceso penal (juicio oral), consideramos conveniente dividir la fase probatoria del juzgamiento en una serie de sucesivos capítulos, los cuales son:

- Teoría de la prueba en el proceso acusatorio con tendencia adversarial.
- La declaración del acusado.
- La declaración de los testigos.
- La declaración de los peritos.
- El análisis de las pruebas materiales y documentales, así como de otros órganos de prueba.

II. Concepto de prueba

La prueba o cuestión probatoria, como señala Vázquez Rossi, es el conocimiento que se hace presente en el proceso y se refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal. Se vincula con los diversos sistemas procesales e ideas de verdad, conocimiento y plausibilidad socialmente imperantes, siendo el destinatario de

tales componentes el juzgador, que a la luz de las constancias decidirá por la certeza de las respectivas posiciones[165].

Como se puede apreciar, hemos resaltado dos figuras: sistemas procesales y verdad, dado que consideramos que estas dan sentido y significado a la actividad probatoria. En efecto, en lo que respecta a los sistemas procesales, si se estuviese en uno de corte inquisitivo, el juez no necesitaría que las partes le soliciten determinado medio de prueba. Puede ser necesario para comenzar la instrucción que el fiscal efectúe el requerimiento, pero una vez hecho este el juez es el dueño de la investigación y dispone las medidas de prueba que él estime necesarias o útiles.

En cambio, cuando prevalece el sistema acusatorio, como el que propugna nuestro Código Procesal Penal, son las partes las que, en principio, deben ofrecer las pruebas para que ella se produzca[166]. Y se dice "en principio" porque, como se adelantó en el punto anterior, al no adoptar un sistema acusatorio puro, cabe la posibilidad, como así lo establece el artículo 155.3 del Código Procesal Penal, que en el juicio oral el juzgador decrete pruebas de oficio[167].

Igual contextualización de la prueba opera cuando hacemos referencia a la "verdad". Así, Cafferata Nores nos comenta que el objeto del procedimiento penal es la averiguación de la verdad real o histórica[168]. Se habla de verdad real en contraposición al concepto de verdad formal, propia del proceso de Derecho privado, donde el objeto del litigio es lo que las partes disputan y donde rige el principio dispositivo[169].

[165] Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., p. 280.

[166] Cfr. CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. Ob. cit., p. 127.

[167] Valga la insistencia, al adoptar un sistema acusatorio puro no cabe la posibilidad de las pruebas de oficio, y ello ocurre, por ejemplo, con el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (véase artículos 56 y ss., especialmente el artículo 367).

[168] Rige el principio de instrucción, o sea, el principio con arreglo al cual el tribunal debe investigar la verdad material y no conformarse con lo que el Ministerio Público y el imputado someten a su consideración, le exponen y le solicitan. Por consiguiente, el juez penal no se conforma con la llamada verdad formal y la ley no confía respecto de una consecuencia jurídica tan importante y terminante como la pena, en el criterio de quienes participan en el proceso. Cfr. BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 75.

[169] Cfr. CAFFERATA NORES, José. "Proceso penal y verdad histórica". En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 49.

Sin embargo, el jurista argentino Vivas sostiene que la Constitución solo requiere la verdad en términos de verificación de la imputación, para destruir el estado jurídico de inocencia y no la verdad real en el sentido inquisitivo[170]. Igualmente, Bovino precisa que la verdad que debe probarse en un procedimiento de Derecho privado no se diferencia de la que debe probarse en un procedimiento penal, exceptuando el estándar probatorio y la carga de la prueba. Así como las partes, en el procedimiento de Derecho privado, traban la litis y determinan el objeto de discusión probatoria, en el procedimiento penal es la acusación el acto que cumple idéntica función[171].

Frente a lo señalado, somos de la opinión que la verdad buscada a través de la prueba es aquella destinada a verificar la acusación durante el juicio y, como indica Maier, no como principio que guía la investigación y el procedimiento en busca de una eventual verdad material o histórica[172].

En efecto, en un momento inicial del proceso solo puede hablarse de afirmaciones que sostiene una parte, que por sí solas resultan insuficientes para llegar a sustentar la sentencia, requiriéndose, por lo tanto, la actividad de verificación en el proceso, es decir, de elementos que, fuera de la simple aseveración de las partes, proporcionen el mismo resultado, de modo que los hechos, en el balance final de la actividad procesal, se presenten como ciertos (o, al menos, con suficiente grado de certeza que despeje toda duda razonable), para alcanzar una verdad, no absoluta, real o histórica, sino relativa, dentro del contexto dialéctico del proceso, con sus propios y exclusivos medios[173].

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

[170] Cfr. VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 238.

[171] Cfr. BOVINO, Alberto. *Principios políticos…* Ob. cit., p. 61.

[172] Cfr. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal…* Tomo I, Ob. cit., p. 854.

[173] Cfr. MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 371.

III. Elementos de la prueba

Por su estructura es factible identificar los siguientes elementos:

- **Fuente de prueba**. Es el origen de donde emana la información. Así, las fuentes pueden ser: personas (víctima, testigos o peritos), lugares, objetos y documentos. Sobre la fuente de prueba cabe la tacha, que consiste en la imposibilidad jurídica de la fuente para manifestar su información al proceso; usualmente, la tacha se aplica contra personas, ya sea testigos[174] o bien peritos.

- **Medios de prueba**. Son aquellos instrumentos o vías que permiten el ingreso de la información al proceso penal. En ese sentido, de la fuente testigo se tiene su medio de prueba, la testimonial; del perito se tiene como medio de prueba la pericia; del lugar o de las cosas, el medio de prueba es la inspección; y de los documentos los medios de prueba serían la exhibición, el reconocimiento y el cotejo.

  Al respecto, también puede cuestionarse la admisibilidad de los medios de prueba a través de la oposición, la cual descansa en su falta de pertinencia o utilidad, o en la inobservancia de alguna norma procesal sancionada con nulidad, o en la afectación de algún derecho constitucional.

[174] Sin embargo, en un modelo acusatorio con tendencia adversarial, toda persona que tenga información sensorial o bien de oídas de lo sucedido y que es marco de análisis en el proceso penal es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento, estando sujeta a las reglas del examen y del contraexamen, así dicha persona presente algún vínculo familiar, afectivo, amical, laboral, etc., con el acusado. En efecto, en modelos no acusatorios, el tema de la vinculación entre el testigo y el acusado era trabajado como una causal de inadmisibilidad de su declaración en el juicio oral; es decir, no era relevante lo que tenía que declarar, sino que, de plano, se le excluía de declarar por el solo hecho de tener algún vínculo o relación con el acusado, conllevando a una duda de su imparcialidad. No obstante, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, lo relevante no es la relación que tenga el testigo con el acusado, sino lo que tenga que declarar. Otra cosa es que el testigo mienta para favorecer o perjudicar al acusado. Pero el hecho de mentir no es una cuestión de admisibilidad de la prueba, sino de credibilidad, que son las partes a través del examen y del contraexamen los llamados a establecer. Ello está recogido en el texto adjetivo chileno de 2000; es decir, en lo que respecta a la prueba testimonial, se regula el principio del no testigo inhábil, propio de un modelo adversarial. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad. En ese sentido, sería recomendable, por la salud del modelo acusatorio peruano, que se consagre el principio del no testigo inhábil en el Código Procesal Penal de 2004, a fin de que las partes, durante la etapa intermedia, no cuestionen la admisibilidad de la prueba testimonial propuesta por el hecho de haber un vínculo entre el testigo y el acusado que conlleve a dudar de su imparcialidad, sino que ese vínculo sea trabajado como una cuestión de credibilidad durante la fase del juicio oral y en el marco de la teoría del caso que cada una de las partes ha elaborado.

- **Resultado de prueba**. Es la convicción del juzgador en torno a la materia controvertida o cuestionada, por ejemplo, respecto a la verosimilitud de la posición de la fiscalía o de la defensa. Igualmente, se puede cuestionar el resultado probatorio a través de los medio impugnatorios.

IV. Objeto de la prueba

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

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

Asimismo, las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en acta celebrada en la audiencia preliminar o preparatoria del juicio oral, la cual se realiza durante la etapa intermedia.

V. Carga de la prueba

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

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

VI. Las pruebas de oficio

Al respecto, la posibilidad de las pruebas de oficio se sustenta no en si el juez renuncia o no a su imparcialidad, sino en el hecho de que la actividad probatoria se configura en función del modelo procesal adoptado. Y, en ese orden de ideas, debemos de enfatizar que el sistema procesal penal no es acusatorio-adversarial puro, por lo tanto, aún se le da al juez un papel activo, orientado a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia material.

Por tal razón, legislativamente hablando, es viable que el juez, durante el juicio oral, ordene pruebas de oficio sobre la base de que no solamente es un instrumento funcional destinado a administrar normas jurídicas, ni a repartir en términos de justicia formal aquello que corresponde a cada quien[175]. Por lo tanto, desde una perspectiva material, el adoptar un modelo procesal con "tendencia" acusatorio-adversarial legitima que nuestro texto adjetivo aún mantenga, por excepción, la figura de las pruebas de oficio.

Pero, a pesar de esta afirmación tenemos que hacer ciertos reparos que, al final, pueden hacer surgir en el lector la impresión que el camino más adecuado sería una total responsabilidad probatoria de las partes, en especial del representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba y es el llamado a verificar los términos de su acusación[176].

Así, en primer lugar, en el artículo 155 numeral 3 del Código Procesal Penal del 2004, que regula las pruebas de oficio, se indica que la "(...) Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan las pruebas de oficio". Sin embargo, en ninguno de sus apartados menciona esos casos, ni tampoco existe norma legal alguna que se haya ocupado de ese tema. Una referencia para el legislador serían los códigos cordobeses (Argentina) que utilizan fórmulas más circunstanciadas[177].

[175] Sobre el papel actual del juez, véase: MONROY GÁLVEZ, Juan. *La función del juez en el Derecho contemporáneo*. San Marcos, Lima, 2004.

[176] No por nada durante el juicio oral se han establecido técnicas de examen, por ejemplo, a los testigos y peritos, como son: examen directo, contraexamen y reexamen, a fin de coadyuvar con la actividad probatoria de las partes.

[177] El Código de Córdoba (Ley 8123) regula la denominada investigación suplementaria, la cual constituye un procedimiento (eventual) que se lleva a cabo como un acto inicial y preparatorio del juicio, estando destinada a cubrir omisiones de la instrucción o a evitar dificultades en la producción de pruebas durante la audiencia del debate.

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

En tercer lugar, está el tema de las objeciones que, como sabemos, son un medio para ejercer el derecho de contradicción cumpliendo las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad, b) evitar la introducción de pruebas ilegales, y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas. Si ello sucede, el abogado que objeta debe guardar silencio y esperar a que el juez resuelva, luego contestar la objeción o reformular la pregunta; debe, al fin y al cabo, convencer al juez de que la prueba es irrelevante o inconducente.

Pero si la persona objetada es el propio juez, ¿cómo se podrá cumplir con esa finalidad? Porque, obviamente, el juzgador cree que su intervención es relevante y conducente, salvo que se lleve al extremo el principio de buena fe, esto es, que el juzgador a la llamada de atención que haga el abogado, declare fundada la objeción hecha en su contra y reformule su pregunta, siendo ello utópico por todas las implicaciones psicológicas que subyace a la formulación de una pregunta, su objeción y su reformulación[178].

Por ende, son razones que deben llamar la atención sobre si es necesario mantener un modelo procesal con tendencia a lo acusatorio-adversarial que justifique la permanencia de figuras como la prueba de oficio, o bien

Así, en el artículo 365 enumera los actos que de oficio el juez o tribunal puede disponer: a) reconocimientos de personas que no se hubieran practicado durante la investigación preparatoria; b) declaración de testigos que no pudieron comparecer al debate; c) reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba; d) pericias y demás actos que no pudieron practicarse durante el debate. Para mayores detalles, véase: CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 110 y s.

[178] Sobre las objeciones, véase: CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 83 y ss.

indagar si es más ventajoso adoptar un modelo acusatorio puro, con los cambios políticos y jurídicos que ello implique, en donde ya no tiene cabida la actividad probatoria oficiosa.

VII. Valoración de la prueba

En la valoración de la prueba, el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

Asimismo, para valorar la prueba indiciaria el juez requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

VIII. Diferencias entre los actos de prueba y los actos de investigación

Siempre ha reinado entre los operadores jurídicos la confusión sobre si todas las diligencias que realizaban tanto el Ministerio Público, durante la investigación, y el juez penal, durante la instrucción, eran actos de pruebas; incluso, generó en la praxis judicial el empleo de los términos: “de lo probado” o “de lo acreditado”. Sin embargo, es una equivocación equiparar las diligencias de investigación con los actos de prueba y ello por la presencia de, por lo menos, cuatro diferencias, las cuales son:

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

- **Por el momento procesal en que se realizan**. Los actos de investigación, por ser preparativos e informativos, se realizan con anterioridad al juzgamiento; de ahí la necesidad de que, previamente a la fase de juicio, exista una etapa de investigación. En cambio, los actos de prueba se realizan dentro del juicio oral; ello porque al llegar a la fase de juzgamiento las partes presentan ante el juzgador el caso que van a demostrar como verosímil, y se valdrán para ello de la actividad que realizarán en el juicio; de ahí la importancia de los actos que se realizan dentro del juicio oral.

Sin embargo, una excepción la encontramos en la denominada prueba anticipada, en virtud de la cual ante la necesidad y urgencia de realizar una diligencia, la cual sería irreproducible o de difícil reproducción en la fase de juzgamiento, se actúa en la fase investigación, teniendo el valor de prueba. Para ello, se debe realizar ante el juez de la investigación preparatoria y en presencia de los demás sujetos procesales.

- **Por la aplicación del principio de contradicción**. Se entiende por principio de contradicción la potestad que tiene una parte de realizar un examen crítico de lo aportado por su contraparte, a tal punto de restarle valor por falta de credibilidad bien de la fuente de información o del contenido de esta.

  En ese sentido, los actos de investigación, por el objetivo que persiguen y por el momento procesal en que se realizan, no están sujetos al principio de contradicción, máxime si la investigación, por su naturaleza, es científica, objetiva y libre. En cambio, los actos de prueba sí están sometidos al principio de contradicción, dado que en el juicio oral cada una de las partes tratará de demostrar que su caso es el verosímil y que el caso de su contraparte es falso o equivocado; incluso tendrán que contradecir la prueba que su contraparte presente.

- **Por los pronunciamientos que sustentan**. Los actos de investigación, por regla, sustentan los pronunciamientos del fiscal, por ejemplo, la decisión de archivar la denuncia o formalizar la investigación preparatoria depende del resultado de las diligencias de investigación iniciales o preliminares; igualmente, decidir la formulación de la acusación o requerir el sobreseimiento de la causa depende de las diligencias de investigación preparatoria que el fiscal como director realizó. Por otro lado, los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del juez; en ese sentido, condenar o absolver al imputado dependerá de la valoración que haga el juez de las pruebas aportadas durante el juicio oral.

IX. La prueba anticipada

En doctrina se distingue entre prueba anticipada y prueba preconstituida, que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos. Pero, en todo caso, tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce

antes de la oportunidad en que debiera hacerse, que como bien sabemos, es el juicio oral, puesto que es la etapa en que tiene lugar el juicio propiamente como tal, constituyendo todas las anteriores actuaciones una mera preparación de este.

Teniendo en común la característica ya anotada, lo que distingue a la prueba preconstituida de la prueba anticipada es que en la primera el medio de prueba se produce incluso "con anterioridad a la existencia de un conflicto", precaviendo que este pueda llegar a ocurrir en el futuro. Ejemplo por antonomasia de esta clase de pruebas son los documentos, especialmente las escrituras públicas y privadas, mediante las cuales se deja constancia de los términos de un contrato.

Si bien el campo de acción de las pruebas preconstituidas parece ser el proceso civil, donde predomina el documento como medio de prueba, también tienen aplicación en el proceso penal, como cuando en los bancos y grandes tiendas se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos. Otro ejemplo serían las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de tráfico ilícito de drogas, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

En la prueba anticipada, en cambio, la prueba se produce con posterioridad a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso. Aquí nuevamente es preciso hacer algunas distinciones derivadas, a su vez, de la necesidad de fijar ciertos medios de prueba "perecibles", esto es, aquellos que pierden su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo.

Ejemplos de este tipo de prueba son los exámenes físicos a los que son sometidos las víctimas de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio, lesiones, delitos sexuales, etc.) o los análisis de laboratorio de muestras orgánicas, tales como sangre, semen, pelos, etc., con el fin de individualizar a la persona a las que corresponden, o bien pesquisar la presencia de alguna substancia química en ellos (tales como veneno, alcohol, estupefacientes, etc.).

Caen también dentro de la categoría de pruebas anticipadas la inspección ocular y la fijación fotográfica o por otros medios de ciertos objetos o lugares (por ejemplo, el aspecto que presentaba el lugar en que sucedieron los hechos). Si bien es cierto que todo medio de prueba pierde su aptitud probatoria pasado algún tiempo, en los casos nombrados, esto

ocurre en un lapso muy breve de manera que es necesario fijarlos de inmediato, aunque se vayan a presentar en el juicio mucho después. Es lo que algunos autores denominan “pruebas en conserva”.

Pero el concepto de prueba anticipada que recoge, por ejemplo, el Código Procesal Penal del 2004 es otro pues no atiende al carácter intrínsecamente perecible de la prueba, sino a la imposibilidad de rendirla en el momento y lugar donde haya de realizarse el juicio oral o, más exactamente, a la probabilidad de que ello ocurra.

En efecto, según el texto adjetivo, durante la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de una prueba anticipada en los siguientes casos:

- Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que ello no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.
- Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior.
- Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

La solicitud de prueba anticipada se presentará al juez de la investigación preparatoria y hasta antes de remitir la causa al juzgado penal, siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma. La solicitud precisará la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio.

También se indicará el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio. La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público

asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

El juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada.

El juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.

En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.

Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible.

La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente sin posibilidad de aplazamiento.

Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su inconcurrencia no frustra la audiencia.

Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral.

Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia puede ser aplazada al día hábil siguiente, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor.

El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia.

Contra la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada, que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica y que decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia, procede recurso de apelación, con efecto devolutivo. Finalmente, las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia.

Por otro lado, si el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate del juicio oral, las partes podrían solicitar al juez que se reciba su declaración anticipadamente. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia.

En ese sentido, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de debate de juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en este. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia. Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez, quien practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia.

La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá grabarse en video en su totalidad y, concluida esta, se le entregará al Ministerio Público el disco compacto en que conste la grabación y copias de dicho testimonio a quien lo solicite siempre que se encuentre legitimado para ello.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

Por otro lado, cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados no debería permitirse que se verifique el primer análisis sobre la totalidad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida que se practique un peritaje independiente con posterioridad el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado, si este ya se

encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que conjuntamente con el designado por el Ministerio Público practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquel.

Aun cuando no comparezca a la realización del peritaje el perito designado por el defensor del imputado, o este omita designar uno para tal efecto, la pericia se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo anterior, la pericia en cuestión deberá ser desechada como prueba, si se ofrece.

Finalmente, cuando sea necesario recibir declaraciones que, por algún obstáculo excepcionalmente difícil de superar (como la ausencia, la distancia insuperable o la imposibilidad física o psíquica de quien debe declarar), se presuma que no podrá ser recibida durante el juicio, las partes podrían solicitar al juez competente la práctica de la diligencia. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiese para la fecha del debate, la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio.

En ese sentido, la solicitud contendrá las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporar y es indispensable. El juez ordenará el acto si lo considera admisible y necesario, valorando el hecho de no poderse diferir para la audiencia de juicio sin grave riesgo de pérdida por la demora. En ese caso, el juez citará a todos los intervinientes, sus defensores o representantes legales, quienes tendrán derecho a ejercer en el acto todas las facultades previstas para su intervención en la audiencia.

El juez hará constar el contenido de la diligencia en un registro con todos los detalles que sean necesarios, en el cual incluirá las observaciones que los intervinientes realicen. El registro contendrá la fecha, la hora y el lugar de práctica de la diligencia, será firmada por el juez y por los intervinientes que quieran hacerlo. Cuando se trate de actos divididos o prolongados en el tiempo podrán constar en actas separadas, según lo disponga el juez que dirige el proceso. Se podrá utilizar, a petición de parte o de oficio, una grabadora de audio o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta en la que constará el método utilizado y la identificación del resguardo.

Si las reglas señaladas en los párrafos precedentes son estrictamente observadas, el registro y las grabaciones del acto que hayan sido dispuestas se podrán incorporar a las audiencias por lectura o reproducción.

X. La estructura de la actividad probatoria durante el juicio oral

Para desarrollar este apartado, examinaremos cuatro puntos: (a) identificar aquellos que se consideran medios probatorios y no actos de investigación; (b) las reglas de la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes; (c) las reglas de actuación de las pruebas en el juicio oral; y (d) la valoración judicial de la prueba.

a) Medios probatorios

En principio, los hechos objeto de demostración pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley: confesión del acusado, prestada en audiencia ante el juez, corroborada con otras pruebas, testimoniales, pericias, confrontaciones, documentos, objetos, inspecciones, indicios, presunciones, etc.

Excepcionalmente, pueden utilizarse otros medios de prueba distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. En ese orden de ideas, la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo a los previstos, en lo posible.

Por otro lado, no deberían ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

b) Reglas de la admisión de las pruebas

En principio, tenemos que distinguir el juicio de admisión de las pruebas –que realiza el juez de control o de garantías– del juicio de credibilidad de las pruebas –que opera en el juicio oral e incide en la actividad cognitivo-valorativa del juzgador–.

En lo que respecta al juicio de admisión de las pruebas, estas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez de control o de garantías, durante la etapa intermedia, decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, expedido en la respectiva audiencia (llámese intermedia o preparatoria del

juicio oral) y solo podrá excluir las que no sean pertinentes o estén prohibidas por la ley.

Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución. Además, los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

Al respecto, en un modelo acusatorio con tendencia adversarial toda persona que tenga información, sensorial o bien de oídas, de lo sucedido y que es materia de análisis en el proceso penal es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento, estando sujeto a las reglas del examen y del contraexamen, aun cuando dicha persona tenga algún vínculo familiar, afectivo, amical, laboral, etc., con el acusado.

En efecto, en modelos no acusatorios, el tema de la vinculación entre el testigo y el acusado era trabajado como una causal de inadmisibilidad de su declaración en el juicio oral; es decir, no es que considerara irrelevante lo que tenía que declarar, sino que, de plano, se le excluía de declarar por el solo hecho de tener algún vínculo o relación con el acusado, por dudarse de su imparcialidad.

Sin embargo, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, lo relevante no es la relación que tenga el testigo con el acusado, sino lo que tenga que declarar. Porque es ilógico eliminar de plano el testimonio del cónyuge que presenció cómo mataban al otro cónyuge por el vínculo marital que tienen.

Otra cosa es que el testigo mienta para favorecer o perjudicar al acusado. Pero el hecho de mentir no es una cuestión de admisibilidad de la prueba, sino del juicio de credibilidad de las pruebas; por lo que son las partes a través del examen y del contraexamen los llamados a establecer el peso y veracidad de las pruebas que, en el juicio oral, se están actuando.

Ello está recogido en el texto adjetivo chileno de 2000; es decir, en lo que respecta a la prueba testimonial se regula el principio del no testigo inhábil, propio de un modelo adversarial; es decir, en el proceso penal chileno no existen los testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de

vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

En virtud del principio del no testigo inhábil, las partes, durante la etapa intermedia no han de cuestionar la admisibilidad de la prueba testimonial propuesta por el hecho de haber un vínculo entre el testigo y el acusado que conlleve a dudar de su imparcialidad. Ese vínculo debe ser trabajado como una cuestión de credibilidad durante la fase del juicio oral y en el marco de la teoría del caso que cada una de las partes ha elaborado.

c) Reglas de la actuación de las pruebas

Según la doctrina, el debate probatorio seguirá el siguiente orden:

a) Examen del acusado.

b) Actuación de los medios de prueba admitidos (testmoniales y pericias).

c) Oralización de los medios probatorios (materiales y documentales).

d) Actuación de otros medios de prueba.

En ese sentido, el juez o presidente del juzgado colegiado, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos. Asimismo, el juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce el poder de conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan las aclaraciones pertinentes o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba, solo cuando hubiera quedado algún vacío.

d) Valoración de la prueba

En la valoración de la prueba, el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

Asimismo, y como se indicó en los puntos anteriores, la prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado, b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra-indicios consistentes.

Finalmente, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

capítulo 7

La fase probatoria del juicio oral: la declaración del acusado como primer órgano de prueba examinado

Capítulo 7

La fase probatoria del juicio oral: la declaración del acusado como primer órgano de prueba examinado

I. El acusado como órgano de prueba

Se denomina órgano de prueba a aquella persona cuya participación le permite al juzgador introducir en el proceso elementos probatorios.

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

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

Al respecto, Schönke precisa lo siguiente: "Por lo que atañe al Derecho Procesal, se ha investigado de modo especial hasta qué punto el proceso penal debe ser transformado por un proceso de partes. Contra una reforma de tal clase se alzan consideraciones de suma importancia. Un puro proceso de partes, en cuanto es lucha entre ellas, puede conducir a fáciles peligros para un inculpado a causa de deficiencia en los medios de prueba o en la formación del perjuicio. Pero, ante todo, no se da en un puro proceso de partes, la necesidad de investigar la personalidad del autor, en especial Radbruch ha demostrado a este respecto, que las reformas del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal deben arrancar de las mismas ideas fundamentales. Si se abandona en el Derecho Penal

la punición por el puro hecho, no es posible que sobre el ámbito procesal se exija una reforma en el sentido de una investigación de la personalidad del autor. Un puro proceso de partes entraña además otros peligros a los derechos del inculpado en particular frente a la necesidad de la generalidad de una protección eficaz contra el delincuente. Así, si la idea jurídica exige protección activa del inculpado contra el abuso de los medios estatales, de ello se infiere también la exigencia hacia una defensa de la generalidad frente al delincuente. Por todo ello, el proceso penal no puede ser ni un puro proceso de partes, ni tampoco un estricto proceso inquisitorial, ya que de ninguna manera la adopción de uno de estos principios contrapuestos puede conducir a un procedimiento que corresponda a la idea jurídica aunada con las necesidades prácticas"[179].

De similar idea es Carlos Viada, quien críticamente señala: "Sin embargo, el fenómeno se ha producido bajo el signo acusatorio, invocando unos derechos procesales intocables, que amenazan la misma esencia del *ius puniendi*, y desconocen la autentica misión de las garantías que el ordenamiento reconoce al imputado. Es equivocado hablar de derechos en el proceso penal, cuando lo exacto es hablar de garantías y cargas procesales. Aquellas como principios institucionales del proceso penal, en cuanto instrumento para la realización de la justicia; y las cargas, como nexos jurídicos que surgen entre los sujetos del proceso. Si en el proceso penal predomina y urge que se exprese la relación fáctica en función del derecho punitivo a través de la sentencia, no puede haber la disponibilidad de las partes sobre el procedimiento, como sucede en el proceso civil, aunque la estructura institucional sea común y se desenvuelva a través de un sistema contradictorio, que da oportunidad a las partes de exponer sus puntos de vista sobre las alegaciones contrarias, al tiempo que salva la imparcialidad del órgano jurisdiccional. **Por ello, el sistema acusatorio concebido como sistema con igualdad de partes no puede ser adoptado íntegramente, come ya apuntara Merkel; pues si se quisiera asegurar al imputado la posición exclusiva de parte, ello sería contradecir el principio fundamental del proceso penal, esto es, el principio de la verdad material. En efecto, este principio requiere el dominio de la materia procesal, de los órganos llamados**

[179] Cfr. SCHÖNKE, Adolf. "Evolución del Derecho Penal y Procesal Penal en Alemania a partir del año 1945". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo IV, Fascículo I, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951, p. 11.

a la investigación de la verdad, de los medios de prueba personales y reales; de ahí que suponga, además, la condición de que el imputado tenga también la posición de objeto de prueba"[180].

Frente a ello, consideramos equivocada la tesis que niega la existencia de partes en el proceso penal y, por el contrario, somos de la opinión que el concepto de partes se construye a partir del objeto del proceso penal[181]: la discusión de las pretensiones de acusación y de reparación. A partir de este, vamos a introducir el concepto de partes como aquellas que formulan y aquellas a quienes se les formula las pretensiones de acusación y de reparación, objeto del proceso. El órgano jurisdiccional no es parte, es sujeto de la relación procesal. Es un órgano supraordinado a las partes y ante él, como destinatario, es formulada la pretensión.

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

Ahora bien, como parte que es, el imputado participa en el proceso penal en forma efectiva, aportando lo suyo en la discusión procesal y denunciando cualquier infracción a la legalidad de las actuaciones procesales. Para ello, se le debe asegurar un mínimo de garantías y principios, que en contra de la opinión de Schönke, se ven traducidos a través del principio de la igualdad de armas. Es decir, dotándolo de la misma participación –según los parámetros legales de tiempo, lugar y modo de ejecución que se encuentran disciplinados en la norma procesal penal– que sus contrapartes: Ministerio Público y actor civil (en este último caso, solo si se ha optado por su constitución).

Así, compartimos la opinión de Birkmeyer, para quien parte es la persona que en el proceso y frente a otra requiere una decisión sobre una

[180] Cfr. VIADA LÓPEZ-PUIGCEVER, Carlos. "Comentarios a la sentencia del 22 de diciembre de 1961". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XV, fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, p. 350 (el resaltado es nuestro).

[181] Comparte esta opinión: GUASP DELGADO, Jaime. Ob. cit., p. 614. LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. Ob. cit., p. 478 y ss.

pretensión discutida o no por el adversario, en el modo y con las formalidades propias del proceso penal[182].

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

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

II. El planeamiento metodológico que debe realizar la defensa

La función forense (investigador y argumentador para el juicio oral) del defensor comienza desde su designación en una litis penal, de inmediato deberá imformarse de los hechos denunciados, de los medios de convicción recogidos; igualmente, deberá intentar conocer la versión del indiciado o imputado a la brevedad. La investigación es una tarea introductoria que permite desplegar las demás, es una labor constante que perdurará durante todo el proceso penal[183].

[182] Citado por: GUARNIERI, José. Ob. cit., p. 45.

[183] Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Proceso penal en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo de instrucción para defensores*, 2ª edición, Usaid, Defensoría del Pueblo de Colombia y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, p. 21.

Desde la óptica del defensor como director de la labor de investigación, obviamente se visualiza a un profesional que reconoce los diversos planos de indagación[184]:

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

- **Respecto de medidas cautelares.** La circunstancia que una persona pierda sus bienes materiales y, más importante aún, su libertad, involucra al defensor en la investigación para prevenir o modificar las medidas impuestas. Una buena labor de investigación y documentación del caso puede resultar definitiva para evitar la afectación o restricción al ejercicio del derecho a la libertad o, por lo menos, para obtener la medida menos grave para tal afectación.

  El juez debe indagar, en cuanto a este tipo de decisiones preliminares, los antecedentes de todo tipo del imputado, su arraigo, su profesión u oficio, sus actividades económicas, su núcleo familiar, sus actividades con la comunidad, su capacidad económica, sus vínculos con entidades gubernamentales, sociales, eclesiásticas, etc. La defensa debe entonces orientar de manera inmediata su investigación hacia los temas pertinentes en aras de controvertir los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios invocados por la fiscalía para la medida cautelar, cuidándose de no revelar su estrategia de defensa, en tan temprana instancia del proceso penal.

- **Seguimiento.** Desde la entrevista inicial, el investigador de la defensa debe no solo identificar posibles evidencias, localizarlas, valorar

[184] Ibídem, pp. 22-23.

su idoneidad y aporte según la estrategia de defensa, etc. Resulta fundamental crear mecanismos que permitan la planificación y el seguimiento de toda la indagación.

1. Elementos para diseñar una estrategia de defensa

En principio, la estrategia de defensa penal es la técnica de planificar, proyectar y dirigir las actuaciones de la defensa hacia un resultado concreto. El defensor deberá estudiar su caso. Al principio será un análisis preliminar constituido por las diversas opciones que tiene el proceso, luego se planificarán actuaciones, se establecerán tareas de acuerdo con un cronograma, se analizarán los avances y se valorará cualquier cambio o requerimiento de investigación.

Así como el fiscal diseña un programa metodológico, se espera que la defensa planifique, controle, supervise, evalúe, oriente y asesore jurídicamente la investigación en pro de la mejor estrategia de defensa. El propósito de la estrategia es mantener un control sobre el caso, dar seguimiento y evitar la improvisación, siempre con un objetivo específico: el mejor resultado posible para el imputado.

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

- Visualizar y desarrollar sus opciones, revaluándolas permanentemente, en aras de fortalecer su teoría del caso.
- Prever y reaccionar adecuadamente ante las estrategias de la contraparte, de manera que se minimice o anule cualquier peligro.

Diseñar una estrategia requiere interiorizar el proceso mediante el estudio y análisis, la debida preparación y, por supuesto, una comunicación clara con el imputado. A continuación, algunos aspectos a incluir en la guía de trabajo[185]:

- **Conocer el hecho atribuido.** El conocimiento de los hechos atribuidos es la base fundamental para el diseño de cualquier estrategia de

[185] Ibídem, pp. 99-105.

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

- **Dominio técnico-jurídico.** El defensor deberá conocer las características y ventajas de la aplicación del principio de oportunidad o cualquier otra medida alterna. Podría ser que frente a un caso existan diversas opciones, entonces deberá analizar cuáles son las más ventajosas para su patrocinado. Asimismo, el defensor debe conocer los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del delito atribuido al imputado, así como otros temas relacionados con el Derecho Penal.

- **Conocer los elementos probatorios existentes.** El conocimiento de los elementos probatorios es otra pieza medular al diseñar una estrategia de defensa. Ello implica tener acceso a esas evidencias, sean materiales, periciales o de cualquier naturaleza, a fin de tener un acercamiento y analizar básicamente: (1) el elemento probatorio que aportan al proceso, su relevancia en la imputación; (2) revisar su legalidad y autenticidad; y, (3) tomar decisiones respecto de posibles impugnaciones y planificar actos de investigación, ya sea la solicitud de nuevas pericias, adiciones o aclaraciones.

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

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

- **Elaborar una guía de trabajo.** No es posible dejarlo todo a la memoria del defensor; así como se sugiere una guía para atender la entrevista, es conveniente que se utilice un formato para registrar la

estrategia de defensa, con indicación de una serie de eventos que luego pueden olvidarse, confundirse o, cuando se dé alguna sustitución de defensor, incluso desconocerse.

2. La entrevista inicial entre el defensor y su cliente

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

En ese sentido, para efectuar la entrevista, el defensor deberá tener presente[186]:

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

- **Condición de tiempo y lugar.** El abogado debe contar con suficiente tiempo así como disposición para mantener un diálogo claro y privado, durante el cual tanto él como su representado, solventen todas sus dudas y definan actuaciones. El derecho a la privacidad de su comunicación es exigible y está en manos de cada profesional hacerlo valer.

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

[186] Ibídem, pp. 73 y ss.

A. Datos preliminares:

a) **Presentación del defensor.** El defensor debe indicar su nombre, el lugar donde lo podrá localizar el imputado y sus parientes, su horario de atención, sus funciones como defensor, la naturaleza del servicio y si está vinculado a la Defensoría de Oficio.

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

B. Atención del caso:

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

b) **Derechos del imputado (especial referencia al derecho de abstención) y necesidad del relato al defensor.** El abogado debe explicar la condición de indiciado, imputado o acusado que su patrocinado asume dentro del proceso y los derechos que posee. Debe expresarle que uno de los derechos más importantes que tiene es el de abstención, en qué consiste y las implicaciones en caso de renuncia; luego enfatizar la necesidad de contar con su colaboración para ayudarle, por lo que resulta esencial –si es su deseo– que le manifieste lo ocurrido en torno a los hechos denunciados.

El defensor le solicitará que se refiera a su versión de los hechos (si tiene alguna), la escuchará con atención, anotando los datos de utilidad; esta actividad es básica para concretar la estrategia del debate, además, desde el punto de vista del acusado causa muy buen efecto, pues se ofrece un espacio donde la persona experimenta que en realidad se le dio

oportunidad de hablar. Resulta útil permitirle que se refiera a los hechos de manera espontánea (con intervenciones puntuales para evitar divagaciones); luego el defensor podrá interrogar sobre lo manifestado por el procesado u otras dudas.

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

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

e) **Indagación sobre la captura.** Si la persona atendida está capturada es necesario que el defensor se informe sobre los detalles de la detención: hora, lugar, circunstancias (si existía orden o no), si se ejecutaron inspecciones o intervenciones corporales, reconocimientos, secuestros, allanamientos; si se le informaron sus derechos al momento de la detención o fue objeto de presiones para dar una declaración, si presenta algún tipo de lesión a causa de la captura o por

hechos posteriores a esta. Todos estos datos tienen el propósito de verificar la licitud de las actuaciones y su eventual cuestionamiento.

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

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

h) **Deberes del imputado.** Para la entrevista inicial será prioritaria la explicación al imputado de los actos que puedan traducirse en una privación de libertad. Así, debe señalarle los efectos de su incomparecencia a las citaciones judiciales o de un cambio de domicilio sin notificar o requerir autorización a la autoridad judicial. Si se presenta una circunstancia excepcional por la cual se viera imposibilitado de comparecer al llamamiento judicial, el abogado debe advertirle la necesidad de que se lo comunique a la mayor brevedad y –de ser factible– aportar un comprobante de la situación (ejemplo,

si sufrió un problema de salud importante, la constancia del centro hospitalario donde fue atendido), a fin de acreditar la existencia de una causal suficiente. Pero igualmente el abogado debe subrayar la necesidad de que se comunique fluidamente con él para la toma de decisiones y la búsqueda de las mejores opciones.

i) **Retoma de compromisos.** Al finalizar es importante recapitular en los compromisos contraídos por ambas partes, con indicación de fechas. Ejemplo, el imputado debe localizar al testigo, llevarlo para que se entreviste con el defensor; por su parte, el defensor deberá solicitar determinada pericia, etc.

- **Actitud leal y comprometida.** El defensor durante la entrevista –como en todo el proceso– debe ser leal y honesto con su patrocinado, no debe engañarlo, tampoco garantizar resultados. Es conveniente que inicie esta sesión advirtiéndole que aunque no puede prometer resultados concretos (pues la conclusión del juicio depende de muchas variantes), sí le garantiza que como su abogado defensor hará lo posible para ayudarlo y lo asistirá con todos los medios disponibles pero legales para ello.

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

3. Sobre la recomendación de que el investigado declare o se abstenga

El derecho a la no autoincriminación forma parte del derecho de defensa y se activa desde las diligencias de investigaciones iniciales o preliminares. Esto significa que a partir de ese momento es obligatorio que las autoridades manifiesten al investigado los derechos que tiene, entre ellos, el de guardar silencio (de implicaciones probatorias durante el juicio), pero además señalarle que de renunciar a este derecho se le garantiza la asistencia legal, vale decir, el derecho a declarar en presencia de un abogado. Es importante, entonces, indagar al defendido en caso de que haya renunciado a aquel derecho para establecer si tal renuncia cumple con las condiciones de validez, es decir, si fue informada, voluntaria y libre, condiciones que debe acreditar el fiscal, quien tiene la carga de la prueba sobre tales requisitos de validez[187].

Por otro lado, se establecen las siguientes reglas que determinan la recomendación de declarar o abstenerse de hacerlo[188]:

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

- **Si se considera más ventajosa para la defensa la posibilidad de declarar, valore:** (1) la oportunidad: un proceso judicial toma su tiempo y una manifestación típica del derecho de defensa es brindar la oportunidad de declarar al imputado en cualquier fase; por esa razón, el defensor deberá valorar bien el momento en que debe producirse, incluso considerando cualquier ventaja que la ley otorgue como sucede con las reducciones de pena en etapas tempranas del proceso; (2) la necesidad: el defensor debe interiorizar el proceso y determinar

[187] Ibídem, p. 81.

[188] Ibídem, pp. 83-86.

qué tan imprescindible resulta para el éxito del litigio la declaración del imputado, considerar que nadie lo puede obligar a declarar, que está protegido por la presunción de inocencia y que la carga de la prueba le corresponde al fiscal; (3) si la versión del acusado resulta plausible; un relato ilógico o exagerado tiene efectos tan devastadores como una actitud irónica o prepotente, por esta razón el defensor deberá escuchar al imputado antes de que este declare, para hacer cualquier recomendación en torno al contenido, así como respecto de las cuestiones de forma; (4) las aptitudes y opinión del imputado.

4. La preparación al defendido que va a brindar su declaración

Cuando la mejor o única alternativa es que el imputado declare, el defensor debe tomar algunas previsiones, no debe limitarse a manifestar que el consejo profesional es declarar y pasivamente esperar que los hechos se desarrollen. La decisión de declarar implica adoptar varias medidas[189]:

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

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

[189] Ibídem, pp. 87-92.

- **Recomendaciones previas.** El abogado debe dar algunas orientaciones generales al imputado: que esté tranquilo, que se tome el tiempo necesario, que sea concreto, que exponga su relato cronológicamente si es posible y conviene para la defensa, que precise fechas, nombres, lugares, etc.

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

- **Previamente, escuche el relato del imputado y realice las precisiones necesarias.** El abogado debe solicitar al procesado que declare como si estuviera en el despacho judicial y hacerle preguntas previendo las que pudieran realizar las otras partes. Le corregirá y explicará cualquier enmienda en su declaración para que interiorice la razón de sus observaciones. Deberá escuchar al imputado tantas veces como sea necesario para garantizar que su declaración no le afectará.

- **Interrelacione la declaración.** Si hay evidencia documental, material, pericial o incluso declaraciones que se opongan o se relacionen con el relato del imputado, resulta indispensable que el abogado se prepare para atenderlas. Algunos ejemplos: si la declaración del sindicado es opuesta a la del ofendido, deberá proyectar las preguntas que posiblemente le efectuarán, así como las correspondientes respuestas de acuerdo con la estrategia diseñada. Otro supuesto podría ser el manejo de evidencias materiales o documentales que con seguridad le serán mostradas al sindicado, ya sea para referirse espontáneamente a ellas o dar respuestas a cuestionamientos.

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

- **Explique cómo ejercer el derecho de abstención aun cuando se vaya a declarar.** Si al agente se le imputan varios hechos, el defensor deberá aclararle que tiene la opción de declarar con respecto a

unos hechos y abstenerse en cuanto a otros (si son varios ilícitos, los imputados tienen el derecho de no autoincriminación frente a cada uno de ellos) e, incluso, respecto de los acontecimientos en los cuales decidió declarar, podrá acogerse a su derecho de abstención en cualquier momento.

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

III. La declaración del acusado en el juicio oral

Para Riego, uno de los elementos más importantes del juicio oral es la declaración del imputado. De hecho, tal como el sistema inquisitivo estableció toda una concepción de la declaración del imputado basada en la idea de la búsqueda de la verdad y el sometimiento del imputado al interés estatal, el juicio oral, en cambio, plantea otra lógica completamente diversa, en la que el principal valor es el de la participación del imputado en el juicio oral.

Su declaración o su silencio son ahora expresión de su autonomía y la expresión más importante de su derecho a la defensa. Estas manifestaciones, por otra parte, están protegidas con miras a garantizar que se ejerciten de manera completamente voluntaria[190].

[190] Cfr. RIEGO, Cristian. La declaración del acusado en el juicio oral. Disponible en: <www. enj.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=380>.

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

La fuente formal que de modo más claro consagra la defensa material es, probablemente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La regla mencionada abre todo el catálogo de garantías judiciales que constituyen el debido proceso, prescribiendo "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (…)". Este enunciado expresa lo que constituye el centro de la defensa y de todas las demás garantías: el derecho a hablar y, consecuentemente, a ser oído y, además, el derecho a participar en el proceso.

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

Ahora bien, la toma de declaración del acusado durante el juicio oral genera una serie de cuestiones que es menester abordar.

1. El derecho del acusado a no incriminarse

La no incriminación es una modalidad de la autodefensa pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo

constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

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

La finalidad de dicho derecho es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre su propia responsabilidad penal, mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del inculpado que haya sido conseguida mediante la violación del derecho a la no autoincriminación.

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

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

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

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

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

En ese sentido, el fiscal podría presentar un caso muy débil, que por sí mismo no podría conducir a una sentencia condenatoria, al concentrar toda su argumentación en el hecho de que el imputado ha guardado silencio como elemento central de la convicción de culpabilidad.

Al respecto, los jueces deben preservar la presunción de inocencia exigiendo que el fiscal pruebe su caso y centrando su análisis en las pruebas. El silencio del imputado, entonces, puede ser un elemento de reafirmación de la versión acusadora y, en el contexto de un caso sólido, un factor especialmente elocuente, pero su utilización no debe transformarse en una especie de inversión de la carga de prueba por medio de la cual el caso del fiscal siempre aparezca validado por medio del silencio del imputado.

El silencio de cualquier persona frente a una imputación, en cualquier contexto de la vida social, es en principio ambiguo, es decir, son diversas las explicaciones de semejante conducta. Por cierto una de ellas será la de que la persona no tiene defensa que exponer porque, en efecto, es culpable de lo que se le imputa.

Pero hay otras también válidas como, por ejemplo, que la persona prefiere no entrar a discutir el asunto en el escenario en que se plantea porque no lo considera apropiado, o prefiere preparar antes su defensa de la mejor manera o considera que la imputación en sí misma no la daña y prefiere no validarla haciéndose cargo de ella. Así, podría haber muchas explicaciones de esa conducta y es por eso que nada se puede deducir de ella en principio.

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

Estas explicaciones tienen que ver precisamente con la eventual debilidad del caso del fiscal, esto es, que el imputado no habla porque de hacerlo podría entregar elementos informativos que eventualmente refuercen el caso del fiscal, por lo que el imputado prefiere que el tribunal falle

sobre la prueba del fiscal dado que las debilidades de esta conducirán a la absolución.

En este contexto, el tribunal no puede deducir nada del silencio porque este tiene varias explicaciones posibles. Es la fortaleza del caso del fiscal lo que hace elocuente al silencio del imputado; en la medida que el caso de la acusación sea más fuerte se van cerrando las ambigüedades respecto al silencio del imputado y es cada vez menos explicable su silencio.

2. El derecho del acusado de declarar en cualquier momento del juicio oral

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

En ese sentido, el acusado tiene la posibilidad de pedir ser oído en cualquier momento del juicio, de acuerdo con consideraciones puramente estratégicas. En todo caso, siempre que haga uso de esta facultad debe soportar las cargas de que sus declaraciones puedan ser utilizadas como prueba en su contra y la obligación de someterse al contraexamen del o de los acusadores.

Para Riego, siendo el derecho a la defensa una expresión de la autonomía individual, el imputado tiene derecho a ejercerla en el momento en que le parezca oportuno; negarle esta posibilidad es impedirle ejercer el acto fundamental de su manifestación como sujeto procesal, precisamente en la etapa en que esta cobra su máxima expresión que es en el juicio oral[191].

Ahora bien, desde una perspectiva estratégica, ¿cuál debe ser el momento procesal oportuno para que la defensa decida que el acusado declare en la audiencia del juicio oral? De acuerdo con un criterio elemental de juego justo y de orden, lo lógico es que el defensor incluya la declaración del imputado en algún lugar del grupo de las pruebas que presentará. En

[191] Ídem.

ese sentido, lo más estratégico sería que el abogado defensor incluya la declaración de su patrocinado después de las pruebas de cargo y de descargo, como colofón a su estrategia o teoría del caso.

3. Otros derechos del acusado

Tomando en cuenta los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, se puede afirmar que el acusado es titular de los siguientes derechos:

1. El derecho a la tutela judicial efectiva. La tutela judicial en el proceso penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustentación del proceso penal, sino solo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos incriminados.

   Por otra parte, este derecho a la tutela judicial efectiva implicaría también el derecho a que se establezca un recurso contra la sentencia que condena a una persona; derecho al recurso que reconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 14.5, al señalar que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

2. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El derecho a juez ordinario exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motivó el proceso, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. También exige que la composición del órgano venga determinada por ley y que en cada caso se siga el procedimiento legalmente establecido.

3. El derecho a la defensa y asistencia de letrado. No es solo un derecho fundamental del imputado-acusado, sino algo más; para el órgano jurisdiccional la presencia del acusado es un deber ineludible y para este un derecho no renunciable, es decir, un derecho-deber, que sería una concreción del derecho de contradicción.

   En efecto, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado comporta que el interesado pueda encomendar su representación y

asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.

4. El derecho a un proceso debido. El debido proceso denota aquel proceso que reúne las garantías necesarias para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural.

   4.1. El derecho a ser informado de la acusación formulada. Este derecho comprende dos aspectos: uno de contenido y otro temporal. El primero se refiere a la información que debe recibir el imputado-acusado: el hecho punible que se le atribuye con todas sus circunstancias, y los derechos que le asisten.

   En el aspecto temporal podríamos a su vez distinguir entre: (a) el derecho de información preprocesal: toda persona detenida debe ser informada de modo inmediato y en forma que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención; (b) el derecho de información procesal: es la información relativa a la incoación del proceso.

   4.2. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. La presunción de inocencia libra al acusado de la necesidad de probar, pero no le impide hacerlo. Por ello, pese a que en el proceso penal rige el principio de investigación oficial, las partes (defensa y acusación) pueden realizar alegaciones fácticas y después la prueba de estas.

   4.3. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ambos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce con la inactividad del sujeto sobre el que recae una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

   4.4. El derecho a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que exige un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que puede estimarse de cargo, de forma que apreciando esa actividad probatoria, unida a otros elementos de juicio, el juez pueda dictar sentencia.

IV. Toma de la declaración del acusado en el juicio oral

Retomando la figura de la conformidad, si el acusado no está conforme con los términos de la acusación fiscal, entonces continuará el juicio oral.

En ese sentido, el siguiente paso consiste en la posibilidad de que las partes puedan ofrecer nuevos medios de prueba. Solo se admitirán aquellos que las partes hayan conocido con posterioridad a la audiencia intermedia o preparatoria del juicio oral; es decir, el momento procesal de presentación y admisión de pruebas es durante la etapa intermedia; en el caso de la presentación de las pruebas, la misma se da, por parte del Ministerio Público, a través de su escrito de acusación, y por parte de los demás sujetos procesales, dentro del plazo que señale la ley; posteriormente, en la audiencia intermedia, el juez de control o de garantía o de la investigación preparatoria decidirá sobre la admisión de estas.

Sin embargo, las legislaciones latinoamericanas modernas como, por ejemplo, la colombiana, chilena y peruana permiten, durante la etapa de juicio oral, la incorporación al proceso de nuevas pruebas, cuando las partes aduzcan que han tenido conocimiento de la existencia de estas después de la realización de la audiencia intermedia o preparatoria del juicio oral.

Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba no admitidos en la audiencia intermedia, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez unipersonal o el presidente del juzgado colegiado decidirán en ese mismo acto, previo traslado del pedido a los demás sujetos procesales.

Posteriormente, se inicia el debate probatorio a través del examen del acusado; para ello, se debe recordar que el acusado tiene derecho a no declarar; en ese sentido, el juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Ministerio Público[192].

[192] Parece ineludible analizar también la posibilidad de que en el juicio oral se haga uso de las declaraciones que el imputado haya hecho en forma previa. Para ese efecto, es útil hacer una distinción clara entre el contenido de la declaración, esto es, la información que ella contiene, y el medio en el que consta, puesto que, como veremos, la

Sin embargo, si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas: a) el acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso; b) el interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y la reparación civil; c) el interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles; d) no son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiese declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria.

Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas. El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas. Finalmente, el último en intervenir será el abogado del acusado sometido a interrogatorio.

Por otro lado, debe haber una estrategia a la hora de formular las preguntas al acusado; la doctrina ha desarrollado más estas estrategias o sistemas de interrogación en lo referente a la toma de declaración del testigo o del perito, por ende, será en esos capítulos donde los desarrollaremos

ley establece diversas restricciones en cuanto a la lectura de ciertos documentos en los que constan declaraciones prestadas en forma previa en tanto que no dice nada respecto de el contenido de la declaración.

En principio, como regla general, podemos decir que las declaraciones que el imputado haya formulado fuera del juicio sobre hechos relevantes constituyen una información que puede ser incorporada al debate y, por supuesto, valorada por el tribunal en su fallo. Una declaración previa del imputado puede haber sido formulada en cualquier contexto, fuera o dentro del proceso, verbalmente o por escrito, en un ámbito público o privado, lo que la hace relevante en su vinculación con los hechos del juicio.

El hecho de que la declaración no está siendo prestada directamente frente a los jueces genera la necesidad de usar medios de prueba que la reproduzcan en el juicio, esto agrega a los problemas generales de credibilidad de toda declaración otras dificultades como son la credibilidad del hecho de haber sido prestada, su integridad, la exactitud de su reproducción, la sinceridad o ambigüedad con que pudo haber sido formulada. La parte que pretenda utilizar para sus objetivos probatorios una declaración prestada en forma previa deberá, ya sea por la vía de otras pruebas o por la de la argumentación, hacerse cargo de estos eventuales problemas y los jueces, a su turno, deberán considerarlos al momento de valorar el contenido de la declaración.

En principio, es una información de mejor calidad la que proviene de una declaración prestada en el juicio oral porque es posible excluir los problemas señalados, que se generan como producto de la mediación, y se pueden concentrar los esfuerzos de los litigantes y del tribunal en la valoración de la credibilidad de lo que el imputado afirma.

Si bien las legislaciones latinoamericanas modernas no rechazan en general las declaraciones previas del imputado, lo que sí hace es restringir muy fuertemente el uso de algunos medios de prueba de estas declaraciones. Estas restricciones recaen, en general, sobre algunos documentos que dan cuenta de declaraciones prestadas en forma previa y veremos que el análisis de estas restricciones supone hacer distinciones entre diversas categorías de documentos.

en detalle. Sin embargo, nos permitimos formular algunas pautas para la formulación de preguntas.

- **En el caso de que el Ministerio Público interrogue.** Como se indicó, lo usual, según la reforma latinoamericana, es que el abogado defensor sea el último en interrogar al acusado, ello en aras de preservar su derecho de defensa. Por tal razón, si el acusado decide declarar, entonces quien deberá formular las preguntas en primer lugar será el representante del Ministerio Público.

  Para ello, el fiscal, antes de interrogar, debe tomar decisiones que giran en torno a las siguientes alternativas:

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

     En ese orden de ideas, la primera parte de su libreto girará en torno a establecer si va a interrogar al acusado por hechos ocurridos en forma cronológica o por hechos agrupados en temas. La decisión que tome debe estar en función de la teoría del caso que pretende acreditar durante el juicio oral.

     Ahora bien, debe también tomar en cuenta las ventajas y desventajas de ambas opciones. En ese sentido, la ventaja de lo cronológico es que permite una claridad al observador (que en este caso es el juez) de los sucesos acontecidos; sin embargo, la desventaja es que puede darse el caso de que los sucesos principales se pierdan en un mar de hechos irrelevantes o sin mayor significado.

     Por otro lado, la relación temática presenta como ventaja que el fiscal solo resalte los hechos relevantes que están en conexión con su teoría del caso; no obstante, el riesgo es que si no da tanto las pautas como las pausas de claridad, origine que el juzgador no entienda todo lo que el fiscal pretende hilvanar.

2. **Emplear preguntas abiertas, cerradas, así como introductorias o de transición.** Una vez que el fiscal haya optado la manera como desarrollar su interrogatorio, tiene que dotarlo de contenido a través de la lógica de las preguntas.

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

   Por otro lado, están las preguntas cerradas, las que tienen como función centrar la respuesta del interrogado a un punto concreto (por ejemplo, ¿cuáles son las características del auto con el que usted se marchó del banco?).

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

   Ahora bien, lo ideal es que el fiscal combine los tres tipos de preguntas, evitando aquellas que pueden ser materia de objeción por parte de la defensa. Estas mismas sugerencias también deben ser observadas por el acusador coadyuvante, si lo hubiese, claro está, enmarcado en su pretensión de reparación (o acción) civil.

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

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

capítulo 8

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los testigos

Capítulo 8

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los testigos

I. Concepto de testigo

El testimonio es el medio de información más usual en la vida corriente; es indispensable para toda la vida social al permitir a cada uno completar indefinidamente su experiencia personal con la de los demás. Fiarse en las aserciones de los otros es una necesidad práctica, al mismo tiempo que la fuente de la certeza empírica a la que es menester acomodarse y de la cual constituye una variedad la certeza histórica[193].

¿Qué se entiende por testigo y cuál es su función en un proceso? Testigo es toda persona que es llamada al proceso por presumirse que tiene conocimientos relacionados con el hecho que se investiga, con el fin de que declare lo que al respecto conozca[194]. De un modo muy semejante, Ramos señala que testigos son las personas que en una u otra forma pueden tener conocimiento de los hechos o pueden aportar datos de utilidad para la instrucción de la causa[195].

[193] Cfr. GORPHE, F. *La apreciación judicial de las pruebas*, citado por KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. p. 127.

[194] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 259.

[195] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 76.

Es de destacar, por lo tanto, que el testimonio o prueba testimonial, en general, reúne tres características determinantes: es una prueba indirecta, en tanto no media identificación entre el hecho a probar y el hecho presenciado por el investigador o juez; es histórica, por cuanto a través de ella se reconstruyen hechos pasados, que pueden o no subsistir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron antes de ella; y es personal, pues es un acto procesal que proviene de una persona física y concreta.

En general, la doctrina reserva la denominación de prueba testimonial para la prueba de terceros, ajenos a las propias partes, aunque en estricto rigor y, particularmente, tratándose de la víctima de un delito, su intervención procesal probatoria puede, sin dudas, calificarse de testimonio. Por su parte, la prueba testimonial de terceros puede ser clasificada en testigos comunes y testigos técnicos o peritos.

II. La toma de declaración del testigo

La toma de declaración del testigo durante la audiencia del juicio oral puede presentar hasta cinco modalidades: a) examen directo; b) contraexamen; c) reexamen; d) recontraexamen; y, e) interrogatorio del juez.

Sin embargo, antes de comentar cada una de estas modalidades es pertinente señalar que al inicio de la toma de declaración del testigo se deben observar las siguientes reglas generales:

- El juez (unipersonal o presidente del juzgado colegiado), después de identificar adecuadamente al testigo, dispondrá que preste juramento (si confiesa alguna religión) o promesa de decir la verdad.
- La declaración de los testigos se sujeta –en lo pertinente– a las mismas reglas del interrogatorio del acusado.
- Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba testimonial y luego las restantes.
- Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la sala de audiencia.
- No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio.

- El examen del testigo menor de edad será conducido por el juez con base en las preguntas y contrainterrogatorios presentados por el fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar del menor y/o de un experto en psicología. Si, oídas las partes, se considerase que el interrogatorio directo al menor de edad no perjudica su serenidad, se dispondrá que el interrogatorio prosiga con las formalidades previstas para los demás testigos. Esta decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio.

- El juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate cuando limiten el interrogatorio u objetar las preguntas que se formulen.

- Si un testigo declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

- Durante el contrainterrogatorio las partes podrán confrontar al testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

- Los testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

- A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieran declarado en la audiencia.

- Cuando el testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, el juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.

- El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro procesado, un testigo o un perito, no dirá la verdad en

su presencia. De igual manera se procederá si en el interrogatorio de un menor de edad es de temer un perjuicio relevante para él o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo o perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su integridad física o salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo debe instruírsele sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.

- Los testigos que no puedan concurrir a la sala de audiencias por un impedimento justificado serán examinados en el lugar donde se hallen por el juez.
- Si se encuentran en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta donde estén o empleará el sistema de videoconferencia; en el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes.
- En casos excepcionales el juez comisionará a otro órgano jurisdiccional para la práctica de la prueba, pudiendo intervenir en ella los abogados de las partes; el acta deberá reproducir íntegramente la prueba y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través de video, filmación o audio.

III. El examen directo del testigo

Habiendo establecido las reglas generales para la declaración de testigos en el juicio oral, pasaremos a analizar una primera modalidad de examen, que es el examen directo de testigos.

Este examen consiste en la revisión, en el juicio oral, de los testigos que la propia parte presenta.

Es respecto a estos testigos de donde resulta posible –para la parte que propone, presenta y examina al testigo– desarrollar el relato de manera tal que permita la comprobación de las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso.

Para Baytelman y Duce, el principal objetivo del examen directo es extraer del testigo la información que la parte que presenta al testigo en el juicio requiere para construir la historia o el trozo de historia que este puede proporcionar. Así, la relevancia del examen directo es que constituye

la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal[196].

Asimismo, los objetivos que la parte debe lograr con el examen directo al testigo que presenta son:

- **Solventar la credibilidad del testigo.** Significa entregar elementos de juicio para convencer al juez de que determinado testigo es una persona digna de crédito. El peso del testigo –su credibilidad y poder de convicción para el juez– estará fuertemente determinado por algunas características personales, conocimientos, circunstancias en las que apreció los hechos, etc. Para ello, quien lo examina deberá formular preguntas orientadas a obtener información sobre estos aspectos (preguntas de legitimación o acreditación del testigo).
- **Acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso.** El examen directo que se esté realizando debe obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas de la teoría del caso del examinador, es decir, aquellos hechos y detalles que apuntan a que la historia realmente ocurrió como el examinador lo señala.
- **Acreditar e introducir al juicio prueba material.** Un tercer objetivo del examen directo, aun cuando pudiera no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de prueba material (objetos y documentos) por medio de sus declaraciones.

  En efecto, es a través de las declaraciones de testigos (y peritos) como los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas. Ejemplo: ¿cómo introducir al juicio el arma supuestamente utilizada en el homicidio materia de proceso? y ¿cómo establecer que esa arma fue utilizada por el acusado?

  Obviamente el arma, por sí sola, expresa poco; no es suficiente que el fiscal la presente y sea el mismo quien responda todas estas interrogantes, por la sencilla razón de que es una parte más en el proceso penal. El fiscal tendrá que acreditar los hechos, por ejemplo, a través de los testigos que llame a declarar, los cuales mediante su relato tendrán que convencer al juez de que el acusado empleó el

[196] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal*…, Ob. cit., p. 107.

arma a fin de realizar un homicidio. Pero son las declaraciones de los testigos (y/o peritos) las que establecen los medios de acreditación e ingreso al juicio de la prueba material.

- **Obtener información relevante para el análisis de la prueba.** Es común que los testigos puedan aportar información que permita evaluar la credibilidad de otras pruebas que se presentarán en juicio, o contextualizar las historias o relatos que provendrán de otros testigos o de otros medios de prueba. No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, sino de información contextual que pueda servir para fortalecer la teoría del caso del examinador o desacreditar la de su contraparte.

Por otro lado, la estructura básica del examen directo descansa en dos etapas o contenidos: una primera destinada a acreditar o legitimar al testigo, y una segunda que tiene por objeto el relato de los hechos que componen su testimonio.

Así, en lo que respecta a la acreditación del testigo, Neyra Flores[197] indica que el juez debe conocer al testigo y humanizarlo, señalando como ejemplo el examen directo a la agraviada de un delito contra la libertad sexual:

- **Fiscal:** Testigo diga su nombre.
- **Agraviada:** Juana Ríos Pérez
- **Fiscal:** Sra. Juana ¿a qué se dedica?
- **Agraviada:** Soy secretaria.
- **Fiscal:** ¿cuál es su estado civil?
- **Agraviada:** Divorciada.

[197] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio. *Técnicas de litigación oral*. Disponible en: <www.cadperu.com/virtual/file.php/1/moddata/data/3/10/3050/TECNICAS_DE_LITIGACION_ORAL.pdf>. Asimismo, Neyra Flores acota que no se puede presentar prueba del buen carácter del testigo porque será objetable por impertinente. Solo se acepta cuando la otra parte cuestiona su buen carácter. Ejemplo:

Fiscal: Sra. ¿Tiene antecedentes penales?

Agraviada: No, por ningún delito.

Fiscal: ¿Tiene Ud. buena reputación?

Agraviada: Sí, de persona respetuosa, honrada, trabajadora y católica. Asisto todos los domingos a misa.

- **Fiscal:** ¿Dónde trabaja?
- **Agraviada:** Trabajo en el Estudio Arias Arias.
- **Fiscal:** ¿Qué labor realiza?
- **Agraviada:** Preparo cartas, saco fotocopias, archivo documentos y toda labor auxiliar.
- **Fiscal:** ¿Desde cuándo labora ahí?
- **Agraviada:** Hace 5 años.
- **Fiscal:** ¿Trabajó antes?
- **Agraviada**: Sí, a medio tiempo, pues simultáneamente estudiaba secretariado jurídico y requería dinero para pagar mis estudios y mantener a mis hijos y madre.

No obstante, el fiscal o el abogado defensor no deben volver rutinarias las áreas de acreditación de los testigos. En nuestra cultura legal pareciera que ser profesional y tener familia son elementos que hacen siempre creíble a una persona. Al menos eso parece cuando uno observa que preguntas destinadas a establecer la profesión del testigo, su estado civil y el número de hijos, se repiten casi como un ritual en los juicios orales.

Las áreas de acreditación surgirán como consecuencia de las necesidades específicas del caso concreto. Habrá casos en los que la relación con una persona será la principal acreditación que necesita el testigo, pues vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona; en otras serán sus capacidades de percepción de los hechos; en otras la acreditación se tendrá que hacer sobre la conducta previa del testigo que podría dañar su credibilidad frente a los jueces (problemas de alcoholismo, de drogadicción, meretricio, etc.).

Una vez que se ha acreditado la solvencia del testigo se está en condiciones de ir sobre las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar. Si el testigo es presencial, normalmente su relato incorporará los hechos del caso tal cual ocurrieron según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como el lugar en que ocurrieron los hechos, su descripción, fechas y tiempos, personas participantes, hechos concretos presenciados por el testigo, descripción de situaciones o lugares, etc.

Si el testigo es referencial (de oídas), no solo tendrá que relatar los hechos referenciales, sino también las fuentes y circunstancias a través de las cuales se enteró de tales hechos.

Finalmente, el examinador debe tomar en cuenta cuatro reglas esenciales:

- **Prepare al testigo.** Recuerde que los testigos están nerviosos cuando atestiguan en juicio; asimismo, los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo; además, los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de su testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla[198].

  Por ello, la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar dichos errores y poder presentar a los jueces información relevante de manera inteligible, clara y creíble. Un litigante profesional va al juicio a exponer información, no a buscarla; en ese sentido, no hace preguntas cuya respuesta desconoce.

  Así, el abogado tiene que reunirse previamente con el testigo, recorrer juntos el relato, explorar los detalles relevantes, conocer sus debilidades, explorar explicaciones razonables para anticiparlas en el examen directo. Sin una preparación en esta línea, o convencido de que lo conoce bien por el solo hecho de haber leído sus declaraciones previas en el expediente, solo presentará a juicio un testigo desprevenido, y el juez observará que el abogado no se ha preparado, pues, por ejemplo, se muestra sorprendido, atónito ante una respuesta imprevista de su propio testigo.

- **Organice los testigos y testimonios que presentará en el juicio oral.** El fiscal o el abogado defensor ya conocen a sus testigos, sus relatos, sus detalles, sus habilidades y defectos, sus horarios, sus ritmos de vida. Ahora, con tal información, debe organizarlos siempre en función de la estrategia general del caso que pretenden que sea admitida por el juzgador. En ese sentido, la organización del examen directo tiene dos grandes temas: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

[198] Cfr. GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral*. Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 87.

En el primer caso, el orden de presentación de los testigos es una decisión estratégica de importancia, que se ha dejado en libertad para las partes. Al respecto, se pueden presentar, como sugerencias, los siguientes tipos de organizaciones: a) situar a los testigos más sólidos al comienzo y al final de la lista de testigos, de modo que aquellos de importancia marginal o respecto de quienes se tenga dudas vayan al medio; b) organizar los testigos en forma cronológica, presentándolos en el orden en que fueron apareciendo en la escena del delito, a fin de ir recreando los hechos ante el juzgador tal y como ocurrieron; c) estructurar la historia alrededor del "testigo estrella", y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de él; o d) agrupar a los testigos de acuerdo con la cantidad de información que cada uno tenga del caso, ofreciendo primero al testigo que pueda dar cuenta del relato general de los hechos y después los testigos que aporten relatos parciales.

En el segundo caso, y una vez que ya sabemos quiénes son los testigos que van primero, los que siguen y los finales; ahora nos surge otro dilema: frente al testigo que está a punto de declarar, ¿cómo ordenamos su información? Al respecto, se sugiere que esta sea estructurada en forma cronológica, existiendo diversas formas de organizar la cronología.

Así tenemos un esquema Nº 1[199]:

a. Pregunta del primer hecho.

Pregunta de los detalles de este hecho.

b. Pregunta del segundo hecho.

Pregunta de los detalles de este hecho.

c. Etc.

En este primer esquema el orden del examen directo se organiza sobre la base de la cronología de hechos y, en cada uno de estos, el litigante se detiene en los detalles relevantes. Una vez agotados, el litigante vuelve sobre el orden o sucesión cronológica de los hechos.

[199] Cfr. BERGMAN, Paul. Ob. cit., p. 71.

En un esquema Nº 2, tenemos[200]:

a. Se permite al testigo hacer un relato general y progresivo acerca de los hechos.

b. Se dan detalles de los hechos relevantes.

En este esquema el litigante permite que el testigo señale los detalles de la historia que él desee para al final preguntarle por algunos de ellos, mencionados o no por él, que destacan por su importancia con relación a las proposiciones que se quieren probar.

- **Emplee el tipo de preguntas adecuadas a los fines que pretende obtener con su testigo.** Existen tres tipos de preguntas que se pueden utilizar durante el examen directo. Así, en primer lugar, están las preguntas abiertas, las cuales tienen como fin invitar al testigo a brindar la respuesta en sus propias palabras. Estas preguntas típicamente siguen el siguiente tenor: ¿qué hizo el día 21 de marzo?; ¿qué sucedió después que entró en la casa?; ¿qué hizo luego?

  La principal ventaja es que permite al testigo explicarse con sus propios términos, permitiendo al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Sin embargo, la desventaja es que los relatos que genera el testigo pueden no aportar todos los detalles que el abogado necesita conseguir de él, o bien incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés.

  Por otro lado, están las preguntas cerradas, cuyo propósito es invitar al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles y, por lo mismo, focalizan la declaración en aspectos específicos del relato. Por ejemplo: ¿qué marca es su auto?; ¿de qué color era su cabello?; ¿cuál es el nombre de su hermana?

  Es necesario remarcar que la pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada (porque sería materia de objeción), sino que deja abierta la opción por limitada que esta sea. Asimismo, la principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante, en términos de poder obtener del testigo toda la

[200] Ídem.

información que este posee, y solo la información relevante. En cambio, la desventaja es que la credibilidad del testigo puede verse dañada en la medida que las preguntas cerradas no permitan o dificulten al juzgador formarse una opinión acerca de cuánto sabe realmente el testigo.

Por otro lado, están las preguntas de introducción o transición; en efecto, cuando se está cambiando de tema, resulta útil encabezar las preguntas con una formulación que permita a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo, facilitando la comprensión de la información que se espera del testigo. Se trata de encabezados que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato. Por ejemplo: señor X, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional.

Luego de toda esta sucinta exploración, cabe señalar que la forma común en que se prepara un examen directo es la combinación de preguntas abiertas y cerradas, así como el uso de preguntas de introducción y transición. Lo normal será iniciar los relatos con preguntas abiertas que permitan al testigo hablar sobre los hechos que conoce. A partir de este relato inicial, se utilizarán preguntas cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos.

- **El abogado debe recordar que el centro de la atención no es él, sino el testigo por ser la fuente de información.** Lo poco o mucho que sepa el abogado es irrelevante a la hora de la valoración que realice el juzgador. Sin embargo, las posturas que adopte el examinador frente al examinado también son puntos que pueden favorecerle.

  En efecto, el examinador debe emplear un lenguaje común, a fin de lograr que el testigo y el juzgador lo entiendan. Asimismo, el examinador debe escuchar al testigo, es decir, prestarle atención, dar a entender que lo que está declarando es importante; ello le ayudará a estar atento a cualquier desliz que pudiera cometer a la hora de su declaración, a fin de hacer las aclaraciones del caso.

  Por otro lado, se recomienda que el examinador no lea un listado de preguntas mientras examina a su testigo porque se concentrará en su libreto y no en las respuestas del testigo, perdiendo el estado de alerta y dejando pasar finalmente oportunidades para reaccionar

ante la información que el testigo esté aportando; otra cosa es la utilización de minutas temáticas que guien al abogado, es decir, un listado de temas principales sobre los que el testigo debe declarar, pero nunca un grupo de preguntas completo para ser leído durante la audiencia. Finalmente, siempre es útil el apoyo de gráficos, es decir, un apoyo audiovisual, que fortalezca la declaración del testigo.

IV. El contraexamen del testigo

Una segunda modalidad de interrogar al testigo es el contraexamen.

Esta modalidad se realiza después del examen directo y es ejecutado por la parte contraria. Sus fines son, por un lado, cuestionar la credibilidad del testigo que fue examinado anteriormente y, por otro lado, procurar que el testigo reconozca aspectos positivos para su caso y negativos para el contrario.

En lo que respecta a la primera finalidad, el contraexamen busca cuestionar al testigo como fuente de información. En ese sentido, en un sistema de libre valoración de la prueba la desacreditación del testigo es necesariamente concreta; hay que darle al juzgador razones reales –en oposición a meros prejuicios– que permitan efectivamente decir que el testigo, como fuente de información, no es confiable, es decir, información concreta; no basta la sola mención que es un drogadicto, alcohólico, meretriz, etc., porque per se ello no conlleva a considerarlos menos dignos de confianza –o que es más probable que mienta–, eso es prejuicio.

Por otro lado, en lo que respecta a la segunda finalidad del contraexamen, esta se desprende en las siguientes acciones:

- **Desacreditar el testimonio.** En este caso, se trata de atacar la credibilidad, no ya de la persona del testigo, sino de su testimonio. El factor que clásicamente desacredita más al testimonio está constituido por las condiciones de percepción. Dichas condiciones pueden pertenecer a circunstancias personales del testigo (miopía, sordera, estado mental, temor, consumo de drogas), o bien circunstancias externas (ruido ambiental, oscuridad, distancia, el hecho de que el objeto sea igual a muchos otros, etc.).

- **Acreditar las proposiciones fácticas del contraexaminador.** Hay ocasiones en las cuales se pueden obtener de un testigo contrario testimonios que afirmarán las proposiciones fácticas del contraexaminador, es decir, que puedan corroborar ciertos elementos de su propia versión de los hechos. Adicionalmente, se le envía al juzgador la señal de que no se ha mentido en esos puntos y, por ende, tampoco en los otros.

- **Acreditar prueba material propia.** En la misma lógica que la anterior, si un testigo de la contraparte puede acreditar la prueba material del contraexaminador, este se verá favorecido frente al juzgador.

- **Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte.** Si se puede obtener de los testigos de la contraparte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña el caso de la parte rival de manera importante. Que el testimonio de los testigos de una parte con los de la otra sean inconsistentes suele pasar, pero que las declaraciones de los testigos del adversario sean inconsistentes ya genera, como ganancia, la pérdida de credibilidad de los tales.

Por otro lado, se deben de observar las siguientes reglas esenciales del contraexamen:

1. **Estructure el contraexamen en forma temática.** Como se recordará a la hora de estructurar el examen directo, la recomendación ha sido que ello se haga en un orden cronológico. En el caso del contraexamen, en cambio, la construcción de una historia íntegra y coherente suele no tener demasiada importancia. En el contraexamen se trata de apuntar hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser imputadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática.

2. **Emplee declaraciones previas del testigo contraexaminado.** Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada y que consta en algún soporte, cualquiera que sea este. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia pública o privada: un interrogatorio ante la fiscalía o policía durante la investigación preparatoria, una declaración de impuestos, una carta a un familiar, etc.

   La utilidad de las declaraciones previas puede ser doble: por un lado, y dentro de la dinámica del examen directo, sirve para que el testigo refresque su memoria. Así, el artículo 378 numeral 6 del CPP de

2004 indica que si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente de lo que dijo en su interrogatorio anterior. Su justificación es mejorar la calidad de la información que el testigo o perito incorpora al juicio.

Por otro lado, el empleo de las declaraciones previas sirve, dentro de la dinámica del contraexamen, para manifestar inconsistencias entre lo declarado ante el juzgador y lo manifestado anteriormente. En ese sentido, las legislaciones latinoamericanas modernas han regulado que se dispondrá el empleo de declaraciones previas si en el interrogatorio surge una contradicción con lo declarado anteriormente que no se pueda constatar o superar de otra manera. En el fondo, lo que se intenta es desacreditar al testigo debido a que se trataría de una persona que cambia sus versiones sobre los hechos, lo que impacta en su credibilidad.

Para ello, hay cuatro pasos que se sugieren deben ser empleados para alcanzar los fines del contraexamen: (1) fijar la declaración actual inconsistente, es decir, se debe pedir al testigo que fije exactamente cuál es su testimonio, ese que lo ha de desacreditar; (2) establecer las condiciones de legitimidad a la declaración anterior, esto es, que el propio testigo dé como válida la existencia y contenido de una declaración prestada anteriormente; (3) acreditar la declaración previa, es decir, mostrarle al testigo el documento o soporte material que contiene su declaración anterior a fin de que la valide y sea incorporada al juicio; (4) obtener la declaración previa inconsistente, esto es, se lee en voz alta aquella porción de la declaración que resulta inconsistente con respecto a la declaración actual.

Para graficar lo señalado tomaremos como referencia un ejemplo brindado por Baytelman y Duce.

- **Primera fase: fijar la declaración actual inconsistente**

Pregunta (P): ¿Y dice que la persona a quien usted vio violando a la señora Martita tenía un tatuaje en la espalda?

Respuesta (R): Así es.

P: ¿De qué tamaño era?

R: Era grande, como del porte de mi mano, más o menos…

P: ¿Dónde estaba exactamente el tatuaje?

R: En la espalda, justo debajo del cuello.

P: ¿Y recuerda cuál era el motivo del tatuaje?

R: Era algo así como un pájaro en llamas.

(Si se observa, el contraexaminador ha incidido en una porción de la información dada por el testigo: la existencia, ubicación y diseño de un tatuaje en la persona que se le imputa el delito de violación. Seguramente es una seña importantísima a la hora de identificar al presunto responsable de la violación).

- **Segunda fase: establecer las condiciones de legitimidad a la declaración anterior**

P: Señor testigo, ¿recuerda haber sido interrogado por la policía un par de días después de que estos hechos tuvieron lugar?

R: Sí.

P: Y usted sabía que esos policías estaban tratando de dar con el paradero del violador de la señora Martita, ¿verdad?

R: Por supuesto.

P: ¿Y usted quería contribuir con el trabajo de la policía en este caso?

R: Claro, quería que agarraran al degenerado…

P: Y por eso, cuando la policía lo entrevistó, usted se esforzó por darle todos los detalles que recordaba sobre lo sucedido, ¿no es verdad?

R: Sí, me acordaba de todo perfectamente.

P: ¿Le dijeron ellos que todo el detalle, por insignificante que pareciera, podía ayudar?

R: Sí, me dijeron eso varias veces.

P: Y usted se esforzó por recordar todo lo que pudiera, ¿no es así?

R: En efecto.

P: Y cuando terminó de declarar, ¿firmó una transcripción de dicha declaración?

R: Sí.

P: Y supongo que leyó antes de firmarla, ¿verdad?

R: Sí.

P: ¿Les hizo saber a la policía de alguna imprecisión?

R: No.

P: La leyó y la firmó.

R: Sí.

P: Porque la transcripción de hecho reflejaba lo que usted les había dicho a los policías.

R: Sí.

(Obsérvese que el segundo grupo de preguntas estaba referido a establecer, por un lado, la existencia de una declaración previa dada por el testigo y, por otro lado, que el contenido de la misma reflejaba exactamente lo que percibió el testigo, de ahí la importancia de haber establecido que firmó la transcripción de la declaración, luego de haberla leído y sin encontrar ninguna imprecisión).

- **Tercera fase: acreditar la declaración previa**

P: Señor testigo, le voy a mostrar un documento. Le voy a pedir que lo mire con atención y que me diga si lo reconoce.

R: Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron.

P: ¿Es esta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar detalles útiles, solo dos días después de cometido el delito?

R: Sí.

P: ¿Cómo sabe que se trata de su declaración?

R: Bueno, aquí está mi firma que yo le dije había estampado una vez concluida y leída la declaración.

(Nótese que la credibilidad de cualquier documento –en este caso, de la manifestación policial– se establece por la propia persona, a quien se le tomó la declaración o manifestación. Asimismo, se debe recordar que el documento por sí solo no habla. Debe cambiarse la mentalidad de que basta solo con resaltarse el párrafo u oración que nos interesa. En la mecánica del nuevo juicio oral, si se va ingresar un documento –en este caso una declaración previa– durante el desarrollo del juicio, se hará a través de la validez y credibilidad que establezca el testigo o perito responsable de este; y es de la confrontación entre lo que declaren y el contenido del documento de donde se obtendrá el máximo de beneficio.

- **Cuarta fase: obtener la declaración previa inconsistente**

P: ¿Podría por favor leer al juzgador la parte de ella en que aparece mencionada la palabra “tatuaje”?

R: Bueno… no está, señor.

P: ¿Ni una sola mención a un tatuaje?

R: Bueno, lo que pasa es que…

P: Señor testigo, ya habrá oportunidad de que nos explique qué es lo que pasa. De momento, lo que quisiera que le dijera al juzgador es si aparece en esa declaración, en alguna parte, la palabra “tatuaje”.

R: No, señor, en ninguna.

P: Señor juez, no tengo más preguntas.

(Obsérvese la inconsistencia detectada entre lo declarado por el testigo en el juicio y lo declarado ante la policía. Sin embargo, también se debe resaltar que al haberse detectado la inconsistencia, el contraexaminador no hizo ninguna pregunta de más, no cometió la imprudencia de preguntar: ¿qué paso? o ¿por qué?, las cuales son interrogantes prohibidas de ser formuladas, por estrategia, por el

contraexaminador, dado que si las hace originará que el testigo se justifique, salga bien librado de la red de preguntas, y no deje ningún beneficio al contraexaminador).

3. **Utilice preguntas de tipo sugestivas de un solo punto, así como abiertas.** Las preguntas sugestivas son aquellas en donde la interrogante lleva implícita la respuesta, por ejemplo, ¿usted olió a gas cuando ingresó a la casa? Y es de un solo punto porque se refiere a un pedazo de información que se pretende resaltar (a diferencia de las preguntas compuestas, que llevan en su estructura dos o más preguntas).

   Sin embargo, en lo que respecta al examen directo, las preguntas sugestivas están prohibidas y son materia de objeciones; ello porque la información debe llegar al juzgador, por primera vez, a través de la respuesta que dé el testigo; no hay otro vehículo que dé credibilidad a la información sino la propia declaración de la fuente de prueba.

   No obstante, en el contraexamen el empleo de preguntas sugestivas no debe estar prohibido dado que son la clave del contraexamen temáticamente orientado, al permitir dirigir la respuesta del testigo a la parte específica de información que se persigue, allí donde un testigo hostil va a estar permanentemente intentando eludir, evitar, rodear o adornar la respuesta.

   Igualmente, tomaremos como referencia el ejemplo propuesto por Baytelman y Duce[201]: el señor Kiev fue acusado por su cónyuge de cometer abusos deshonestos en agravio de su hija Ana, varias veces en el año X. El contraexamen que hizo el abogado de la defensa a la señora Kiev –la madre de Ana y denunciante en este caso– fue como sigue:

   P: Señora Kiev, usted declaró en el examen directo que su marido había abusado de su hija en varias ocasiones.

   R: Así es.

   P: ¿Y eso la impactó mucho?

   R: Por supuesto. ¡Cómo no me iba a impactar!

[201] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal*…. Ob. cit., pp. 178-182.

P: Por supuesto. ¿Encaró a su marido con lo que Ana le había contado?

(Obsérvese el primer tema en el que el abogado defensor incide en el contraexamen: la reacción de la señora Kiev, antes las probables violaciones de su hija, por medio de preguntas sugestivas).

R: No.

P: ¿Le hizo saber de alguna manera que usted sabía lo que estaba ocurriendo?

R: No.

P: Señora Kiev, ¿cuántas veces recuerda que Ana le haya dicho, durante el año X, lo que su padre le hacía?

R: No sé… tres… quizás cuatro.

P: En tres, quizás cuatro oportunidades, su hija de 12 años le dijo que estaba siendo abusada sexualmente por su padre ¿y usted no hizo nada?

R: No.

P: ¿No llamó a la policía?

R: No.

P: ¿No pidió ayuda a nadie?

R: Estaba recién llegada, no dominaba bien el idioma… no sabía a quién recurrir.

(Obsérvese que un testigo que se ve acorralado, en hostilidad, intuitivamente, buscará una salida para escapar del hostigamiento. El contraexaminador debe estar atento).

P: Hablando de eso, usted abrió una cuenta corriente en el Banco Americano hacia fines del año X, ¿no es verdad?

R: Sí, creo que fue alrededor de esa época.

P: Y seguramente no supo bien al principio en qué banco le convenía abrirla, ¿no es así?

R: Bueno, pregunté en un par de lugares.

P: De manera que fue a un par de bancos antes de decidirse por el Banco Americano, ¿es eso correcto?

(Obsérvese que el contraexaminador está ingresando a un segundo tema en su interrogatorio, esto es, si la señora Kiev tenía el suficiente manejo del idioma a través de una actividad cotidiana: abrir una cuenta bancaria; si eso es cierto, entonces cae su argumento de que no dominaba bien el idioma para poder denunciar las presuntas violaciones de su hija Ana).

R: Sí.

P: Y los ejecutivos que la informaron no hablaban polaco, ¿no?

R: No, no hablaban polaco.

P: ¿Hablaban inglés?

(Aquí estamos ante una típica pregunta sugestiva, es decir, la interrogante lleva implícita la respuesta, pero no cabe una objeción porque, como se ha dicho, es un tipo de pregunta básica y necesaria en el contraexamen)

R: Sí.

P: Igual que el ejecutivo que finalmente tramitó su cuenta en el Banco Americano.

R: Sí.

P: Y usted hizo todo ese proceso sola, ¿no es verdad?

R: Bueno, a veces me acompañaba mi marido.

P: Pero muchas veces no.

R: Así es, muchas veces no.

P: Muchas veces tuvo que lidiar sola con ejecutivos que le pedían documentos y datos sobre su persona.

R: Sí.

P: Y le pedían que llenara formularios que estaban en inglés.

R: Sí.

P: Y al parecer se pudo entender con ellos, pues le abrieron la cuenta.

R: Sí, supongo.

P: Pero seis meses después, hablando mejor el idioma, no fue capaz de llamar a la policía, ni a un hospital, ni al centro comunitario de

su municipalidad cuando supuestamente Ana le dijo por primera vez que estaba siendo abusada por su padre.

(Aquí estamos ante una pregunta que implica una conclusión, que es muy riesgosa, porque si no se sabe controlar el curso del interrogatorio, puede generar que el testigo explique por qué no hizo exactamente lo que el contraexaminador pretende graficar al juzgador).

R: Es que usted tiene que entender….

P: Señora, estoy tratando de entender, así que le ruego que responda a mi pregunta, ¿contactó a alguna persona para que le ayudara con el hecho de que, según Ana, su padre estaba abusando de ella?

R: No.

(Obsérvese como el contraexaminador evitó que la testigo formulase cualquier tipo de explicación que haga caer por los suelos lo que se buscaba con el contraexamen. Obviamente, se debe ser muy sutil para evitar generar en el juzgador la imagen que no se le quiere dejar hablar al testigo, y que el contraexaminador teme lo que este puede decir).

P: Pasando a otra cosa, señora Kiev, ¿cuántas veces tomaron vacaciones usted y su marido en el año X?

(Aquí el contraexaminador pasa a un tercer tema: las relaciones entre la señora Kiev y su marido, en un contexto donde ella supuestamente sabe que su hija fue violada por su marido. Claro está que ello no puede ser tan claro para la fiscalía como para que considere que es una pregunta impertinente, sin relación con el proceso, y por ende formule una objeción o intuya a donde quiere llegar el contraexaminador. Al respecto, el contraexaminador, sin tener que decir todo lo que pretende lograr con este tercer tema, debe ser contundente en señalar que si se le deja continuar con esta línea de pregunta se podrá observar su relación con el caso).

R: No sé, déjeme ver. La primera vez salimos en junio, arrendamos un auto y recorrimos la costa oeste. La segunda vez fue en octubre, viajamos a Canadá.

P: Señora Kiev, ¿no la escuché además decir en el examen directo que su marido la invitó a un crucero por el Caribe, en mayo?

R: Cierto, fueron tres veces entonces las que salimos.

P: Y me parece haberle oído decir que este crucero había sido… ¿cuál fue la expresión que utilizó? Ah, sí, su "segunda luna de miel".

R: Sí, dije eso.

P: ¿Podría explicarnos a qué se refería?

R: Bueno, hacía tiempo que no podíamos tomarnos vacaciones e iban a ser las primeras en nuestro nuevo país, además cumplíamos ese mes 20 años de casados.

P: ¿Era, entonces, una situación romántica?

R: Sí, supongo que podría decirse de ese modo.

P: ¿Y cómo estuvieron las relaciones con su esposo en ese viaje?

R: Fantásticas.

P: Déjeme ver si recapitulo bien lo que me dice. Si su hija de 12 años le confesó que su padre estaba abusando de ella, un mes después ¿usted sale con el abusador de su hija a una romántica segunda luna de miel?

(Igualmente es una pregunta que implica una conclusión: debilitar el testimonio de la madre de la supuesta víctima de violación, quien además denunció el hecho. Claro está, hay que tener control del curso del interrogatorio porque cualquier puerta abierta que se le deje al contraexaminado hará que se justifique de tal forma que quede bien librado del acoso de preguntas).

R: Yo quería proteger a mi hija.

P: Entiendo. Y luego, mientras la situación en su hogar se ponía todo lo tensa que usted nos ha referido, se tomó otras dos vacaciones con su marido.

R: Sí.

P: Pese a que estaba abusando de su hija.

R: Bueno… sí, quizás no debí hacerlo.

P: Yendo a otra cosa, usted nos dijo en el examen directo que había traído a su madre desde Polonia para que protegiera a Ana, ¿es eso correcto?

(Nótese que el contraexaminador logró, por un lado, evitar alguna salida justificatoria de la contraexaminada que haría caer por los suelos lo que está buscando con el contraexamen, y por otro lado, le permitió ingresar a un cuarto tema de análisis: la supuesta venida de la abuela de Ana a fin de protegerla de los abusos sexuales que estaba supuestamente sufriendo).

R: Sí, así es.

P: ¿De qué manera se supone que debía ella protegerla?

R: Bueno, la idea era que Ana no estuviera en la casa sola con su padre mientras yo hacía mi turno en el negocio.

P: La protección consistía, pues, en que su madre estuviera con Ana en la casa cuando usted no estuviera.

R: Sí.

P: Sin embargo, poco después de llegar su madre, ella comenzó también a trabajar en el negocio, ¿no es verdad?

R: Sí. Nos estaba yendo muy bien y yo sola no podía con todo el negocio.

P: Así que le pidió a su madre que la ayudara.

R: Sí.

P: Que compartiera el turno con usted.

R: Bien, sí.

P: Y mientras estaba en el negocio, no estaba en la casa protegiendo a Ana… ¿me equivoco?

R: No, por supuesto que no.

P: Su señoría, no tengo más preguntas.

Se puede observar que las preguntas formuladas por el contraexaminador se relacionaban con temas concretos y estaban en función de un solo objetivo: mostrar al juzgador las debilidades de la historia de este testigo.

Por otro lado, también en el contraexamen se pueden utilizar preguntas abiertas; ello como estrategia para no producir la sensación de que es el abogado –y no el testigo– quien está dictando el testimonio, a través de las preguntas sugestivas. Se debe evitar despertar suspicacias en el juzgador de que el contraexaminador no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o está ocultando información. Resulta útil, pues, intercalar preguntas abiertas, cuidando el contraexaminador que ello sea en zonas seguras del contraexamen, donde no se requiera demasiado control.

4. **No formule conclusiones al finalizar el contraexamen.** Tras los contraexámenes formulados, por un lado, al testigo que observó al presunto violador de la señora Martita y, por otro lado, a la mamá de Ana, víctima de violación, y una vez encontradas las inconsistencias, se observa que el contraexaminador no se dirigió al juzgador y elaboró conclusiones de su contraexamen por la sencilla razón que, por estrategia, no es conveniente hacerlo máxime si después del contraexamen cabe la posibilidad, y lo veremos en la siguiente pregunta, de un reexamen (directo) a fin de salvar las contradicciones incurridas por el testigo. Las inconsistencias encontradas deben ser expuestas y aprovechadas al máximo en los alegatos finales, señalando que el caso de la contraparte es débil e inconsistente.

V. El reexamen del testigo

A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieran declarado en la audiencia. Esto justifica la posibilidad, por un lado, del reexamen (directo) y, por otro lado, el recontraexamen de testigos, respectivamente.

El reexamen es el nuevo interrogatorio, posterior al contraexamen, que efectúa la parte que hizo el examen directo al testigo. Su finalidad es rehabilitar al testigo cuya credibilidad ha sido debilitada en el contraexamen; para ello, se le formulan preguntas en concretos puntos de su declaración (que hayan aparecido inconsistentes, falsos o inverosímiles), a fin de que los explique.

Ejemplo:

Fiscal: Señor Juan, a la pregunta del abogado defensor, usted indicó que en una declaración anterior no había escuchado cuando el acusado admitió los hechos, ¿podría usted indicar por qué?

Asimismo, se sugiere observar las siguientes recomendaciones:

1. Solo se debe emplear el reexamen cuando el testigo pueda aclarar o rehabilitarse, porque puede producir un recontraexamen aún más perjudicial.
2. No se debe repetir todo el examen directo, solamente se debe incidir en las áreas cubiertas en el contraexamen para aclarar las dudas que surgieron; en caso contrario, pueden objetarse las preguntas por ser repetitivas. Por ende, más que cronológico, debe ser temático.
3. Es conveniente emplear preguntas cerradas, así como de transición.
4. Es fundamental el uso de interrogantes tales como por qué o para qué, dado que invitan a una explicación o justificación por parte del testigo.

VI. El recontraexamen del testigo

El recontraexamen es el nuevo interrogatorio, posterior al reexamen, que realiza la parte que hizo el contraexamen al testigo. Su finalidad es cuestionar la razonabilidad de la explicación dada por el testigo en el reexamen, o bien volver sobre la impugnación original o datos obtenidos durante el contraexamen y hacer que el testigo se reafirme.

Asimismo, se sugiere observar las siguientes recomendaciones:

1. Solo se debe recontraexaminar cuando sea necesario y viable; en caso contrario, puede favorecer aún más la explicación dada por el testigo durante el reexamen.
2. Si no se va a recontraexaminar, se debe aprovechar la oportunidad para expresarle al juzgador la decisión de no hacerlo, de manera estratégica. Ejemplo:

Juzgador: Sr. abogado, ¿desea efectuar un recontraexamen?

Abogado: Su señoría, no nos parece necesario.

3. Si se va a efectuar el recontraexamen se debe limitar a las áreas cubiertas en el reexamen, por ende, también debe estructurarse en forma temática.
4. Las preguntas a utilizarse seguirán siendo sugestivas de un solo punto y, en forma estratégica, las de tipo de abiertas.

VII. El interrogatorio del testigo por parte del juez

El juzgador también puede examinar a los testigos, siempre y cuando se cumplan dos condiciones:

1. **Excepcionalidad.** Es decir, no suple la actividad de las partes. Menos aún si estas han procedido con una estrategia deficiente.
2. **Interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.** En ese sentido, la finalidad de las preguntas del juzgador no gira en torno: a) establecer el relato o historia de los eventos; b) hallar inconsistencias en lo declarado por el testigo; c) permitir que el testigo se explique ante probables inconsistencias de sus declaraciones; d) cuestionar la credibilidad de las explicaciones dadas por el testigo; todo ello es actividad y responsabilidad de las partes. En ese orden de ideas, el juzgador solo interroga por temas que no han sido objeto del examen directo, contraexamen, reexamen ni recontraexamen.

VIII. Las objeciones

En todo este periodo de declaraciones son de vital importancia las objeciones, dado que son un medio para ejercer el derecho de contradicción. En términos generales, tienen por finalidad permitir que el juicio se adecue a los principios de buena fe, lealtad y presunción de inocencia.

Para Castro Ospina cumplen las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad; b) evitar la introducción de pruebas

ilegales, inconducentes, superfluas o repetitivas; y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas[202].

Doctrinalmente, las preguntas que pueden ser materia de objeciones en el juicio oral son:

- **Preguntas capciosas o engañosas**. Son aquellas que en su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Ejemplo: se le muestra al testigo un grupo de fotografías de autos similares y se le pide que identifique cuál es el auto involucrado en el robo. La pregunta le sugiere que uno de esos autos es el implicado, pero el engaño está en que el auto, supuestamente involucrado en el robo, no está en el conjunto de fotografías.

- **Preguntas impertinentes**. Mediante estas preguntas se intenta obtener del testigo información que no tiene una relación sustancial con los hechos que son objeto de prueba, es decir, que no resultan relevantes para decidir el asunto que se encuentra bajo la decisión del juzgador.

- **Preguntas sugestivas**. Es sugestiva cuando ella misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta. Ejemplo: ¿bebió usted en la discoteca Zombie el día 14 de febrero del año X? Cabe recordar que son objetables cuando se utilizan en el examen directo, mas no en el contraexamen.

- **Preguntas conclusivas**. La regla general es que el rol de los testigos es el de relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos (lo que vio, oyó, palpó, olió, degustó). En ese sentido, las conclusiones a las que un testigo pudo haber arribado son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suele considerarse información de baja calidad.

- **Preguntas que requieran la opinión de un testigo lego**. Al igual que en las preguntas conclusivas, las opiniones del testigo lego son, en principio, inadmisibles por la falta de experticia del testigo en determinadas cuestiones. Ejemplo: ¿Hablaba en serio Pedro cuando hizo la amenaza?

[202] Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra. Ob. cit., p. 84.

- **Preguntas confusas**. Son confusas aquellas preguntas que por su defectuosa formulación no le permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indaga. En ese sentido, la confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación.
- **Preguntas ambiguas**. La ambigüedad se da por el hecho de que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intentan indagar.
- **Preguntas vagas**. La vaguedad se da por la amplitud o falta de claridad en la pregunta.
- **Preguntas compuestas**. Cuando la pregunta contiene más de una interrogante. Es decir, son preguntas que incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Ejemplo: ¿Y usted fue de vacaciones al Caribe luego de que le notificaron la quiebra?
- **Preguntas repetidas**. Son objetables porque ya han sido preguntadas y contestadas en el juicio, habiendo el riesgo de la capciosidad debido a que en el fondo lo que se pretende obtener con estas preguntas es que el testigo en algún momento y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior.
- **Otras preguntas de corte tendencioso, ininteligible, especulativo, argumentativo**. Que vulneran la excepción de declarar, referidas a un testimonio de oídas, que tergiversen la prueba, perentorias, que incluyen amenazas, coacciones o premios que tienden a ofender al declarante.

Por otro lado, la objeción debe ser planteada tan pronto como sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del respectivo testigo. El momento, por lo tanto, es una fracción de segundo que supone que el abogado está absolutamente compenetrado con la labor que realiza su contraparte.

IX. El testigo de oídas y su valor probatorio

Si el testigo es quien declara sobre aquello de lo cual tuvo conocimiento, es menester considerar que su aceptación ha de estar supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos que harán de su declaración una prueba legítima y veraz; por ejemplo: a) que lo declarado tenga relación directa con

la materia del juicio, rechazándose, por ende, cualquier dato intrascendente o no ateniente al tema en conocimiento; b) que los antecedentes entregados para la consecución del juicio deben, en cuanto a su origen, haber sido obtenidos con total respeto de las garantías fundamentales de la parte contra la cual se presentan; y c) el testimonio prestado debe estar revestido de veracidad, siendo este último elemento fundamental, pues dotará a la declaración de la importancia debida, haciendo necesaria y fundamental su introducción a la investigación.

Al respecto, se levanta una nueva figura de testigo, el denominado testigo de oídas. Para Cristian Maturana, son aquellos que conocieron los hechos a través del dicho de una de la partes o de terceros[203]. Eduardo Urbano Castillo, por su parte, lo entiende como manifestación "(...) de la prueba testifical de quien personalmente escuchó o percibió *audito proprio* u otra persona le comunico *audito alieno*, hechos objeto del proceso"[204].

En un sentido similar, María Isabel Velayos realiza un análisis sobre la prueba entregada por el testigo de referencia y lo que debe entenderse por tal: "Es la prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos provenientes de un tercero, el cual es quien verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado; dicho en otros términos, se equiparan las nociones de testimonio y testigo cuando se estudian desde la perspectiva de prueba de referencias"[205].

En el Derecho anglosajón tal prueba es conocida con el nombre de *hearsay evidence* (la prueba de lo oído), noción que se caracteriza por poseer un mayor grado de amplitud con respecto al testimonio de oídas, es así que en palabras de María Isabel Velayos: "Dentro del término testimonio de referencia se admiten un amplio espectro de medios probatorios, que abarcan desde el testigo de referencia strictu sensu, hasta la prueba documental y las declaraciones previas de un mismo testigo deponente en juicio"[206].

[203] Cfr. MATURANA MIQUEL, Cristian. *Los medios de prueba*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 101.

[204] Cfr. CASTILLO URBANO, Eduardo; TORRES, Ángel Miguel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi, Madrid, 2000, p. 77.

[205] Cfr. MARTÍNEZ VELAYOS, María Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal*. Universidad de Alicante, Valencia, 1998, p. 24.

[206] Ídem,

La regla *hearsey* está a su vez compuesta de dos axiomas, tales son: i) la oralidad, elemento distintivo y que es visto como la forma más perfecta y adecuada para la introducción de las manifestaciones de conocimiento de terceros en la fase decisoria de los procesos[207]; y ii) la inmediación objetiva, según la cual los medios probatorios más idóneos, por razón de cercanía y proximidad a los hechos históricos acaecidos, para suministrar claridad cognoscitiva sobre la certeza de las afirmaciones objeto de prueba, serán acogidos con prioridad a otros medios más distantes.

Ambos postulados, en especial el primero, otorgan un valor importante al testimonio de oídas, al situar a la oralidad dentro de las formas más aconsejables en torno a la obtención de datos que permitan reconstruir un hecho pasado. En este sentido, es factible destacar, como una característica esencial de nuestro proceso penal, el principio de oralidad.

De estas tres definiciones surge como cualidad distintiva del testimonio de oídas que los antecedentes sobre los cuales declara tienen su origen en lo dicho por las partes o terceros relacionados con el juicio.

Finalmente, en lo referente a su valor probatorio, en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra una sentencia condenatoria.

[207] Ibídem, p. 92.

capítulo 9

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los peritos

Capítulo 9

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los peritos

I. El rol del perito en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

En principio, los peritos son personas que cuentan con un saber especial en un área de conocimiento derivado de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su saber es un aporte y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de ello. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso[208].

El saber que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que entrega, en el área de su conocimiento, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general. Como se puede apreciar, el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conocimiento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso[209].

[208] Cfr. QUEZADA, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Conosur, Santiago, 1994, p. 360.

[209] Cfr. DUCE, Mauricio. "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal". En: *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Nº 5, México D.F., 2006, p. 62.

Sin embargo, la especialización del perito no proviene solo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En ese sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y posdoctorados en su respectiva disciplina.

Por otro lado, lo primero que es necesario precisar es que el rol del testimonio experto en juicio es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del juzgador que de otra manera no podría generarse. Esta información no puede ser entregada al juzgador por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una "persona promedio". Por lo mismo, el aporte central de los peritos normalmente se produce en el lenguaje de opiniones que surgen como consecuencia de la utilización de conocimiento experto para comprender ciertos hechos o fenómenos.

Lewis distingue cuatro tipos o especies de peritajes[210]:

a) Aquel en el que el experto entrega una opinión sobre hechos directamente observados. Se trata de situaciones en que el perito observa hechos sobre los que declara pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto, por ejemplo, tratándose de un experto en huellas digitales o balística.

b) Aquel en el que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, es decir, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Típicamente se produce en casos en que el experto es confrontado con hipótesis de diversa índole en donde se le pide que asuma como verdaderos ciertos hechos que no ha tenido oportunidad de presenciar.

c) Aquel en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa, aun cuando no estén relacionados necesariamente con hechos concretos o específicos del caso, como por ejemplo, cuando un perito es convocado a juicio para

[210] Ibídem, p. 63.

relatar acerca de los procedimientos adecuados para obtener conclusiones o realizar exámenes sobre determinados objetos, todo lo cual se hace para tantear credibilidad de otras pericias del caso.

d) Aquel en el que el experto declara sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado. Se trata de declaraciones sobre hechos y no opiniones, pero que solo podrían ser entregadas por alguien que tiene conocimiento experto que lo habilita para percibir ciertos hechos, como por ejemplo, cuando un perito hace análisis microscópico de una sustancia mucosa encontrada en la víctima y afirma que dicha sustancia contenía espermatozoides.

Tal como se señalaba, se puede apreciar que el énfasis central del aporte del perito está dado por su capacidad de entregar opiniones al tribunal basadas en su experticia.

Por su parte, Roxin distingue tres formas de contribución de un perito en un juicio[211]:

a) Cuando informa sobre principios generales de la disciplina.

b) Cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales.

c) Cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales.

Se puede observar que la idea de perito y cuál es su función o contribución específica en un sistema procesal penal son relativamente sencillas. Siendo así, ellas deben tenerse en cuenta al momento de hacer juicios sobre la admisibilidad de la prueba de expertos en juicio.

Por otro lado, en el aspecto normativo, el artículo 259 del C de PP 1940 precisa que concluidas las declaraciones de los testigos se examinará a los peritos o técnicos citados, tomándoseles juramento o promesa de honor de decir la verdad. El fiscal, el acusado o la parte civil pueden solicitar que se examine a los peritos o técnicos en el caso de que no hubiesen sido citados por el tribunal, el que resolverá si procede o no ese examen.

[211] Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 238.

Los dictámenes periciales presentados en la instrucción o en la audiencia se leerán obligatoriamente.

En este escueto enunciado normativo subyace toda la ideología que en torno a la prueba pericial establece el proceso penal inquisitivo e incluso el mixto con tendencia a lo inquisitivo, ideología que empieza con la consideración de los "auxiliares de la administración de justicia", es decir, expertos que ponían su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas.

Ello originaba las siguientes consecuencias: (a) el trabajo de los peritos estaba exclusivamente al servicio de las necesidades de conocimiento del juez; (b) su designación quedaba entregada básicamente a dos hipótesis: (1) casos en los que la ley expresamente indicaba la necesidad de contar con una opinión experta, y (2) en el resto de casos, la decisión quedaba entregada fundamentalmente a la decisión discrecional del propio juez; (c) otro elemento en esta lógica era que el sistema establecía una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos (en esta lógica se establecía un sistema bastante cerrado en el que no cualquiera podía ser objeto de designación como perito para un caso); (d) con relación a la forma de rendirse la prueba pericial, esta era centralmente concebida como un informe o dictamen escrito.

La prueba era dicho documento y no el perito en sí mismo. Ello era lógico y coherente con el carácter escrito del proceso inquisitivo en nuestro país. Es por eso que más que el perito, la prueba estaba constituida por el "informe pericial" que se entregaba al tribunal por escrito.

Por otro lado, la lógica descrita cambia de manera radical en el nuevo sistema. Así, los peritos son concebidos como "peritos de confianza de las partes" y no como "auxiliares del tribunal". Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no un perito a juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan.

Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo con el cual los jueces dejan de tener iniciativa o roles

relevantes respecto a la producción de información y rendición de la prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes[212].

Esto no significa que los peritos son "serviles" a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlos estará asociada a lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, y si ello es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. Tampoco significa que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez de garantías en la audiencia preliminar o de control de la acusación.

Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez las más significativa es que el sistema pericial se flexibiliza por completo. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención de que sea admitida como perito.

Por otro lado, tenemos que el artículo 172 numeral 1 del Código Procesal Penal del 2004 señala que la pericia procederá siempre que para la explicación y mejor comprensión de algún hecho se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Ello significa que el primer principio en el que descansa la prueba pericial en el nuevo texto adjetivo es el de necesidad del conocimiento experto. Se trata de un principio que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es solo exigible para este tipo en particular de prueba.

La necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio solo se justifica cuando el juzgador por sí solo no estaría

[212] En esta misma línea Granados sostiene, para el caso de la reforma procesal penal colombiana, "La concepción en un sistema acusatorio de que el perito es de las partes y no de la *curia*". Cfr. GRANADOS, Jaime. "La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia". En: *Revista de Derecho Penal contemporáneo, Nº 11*, abril-junio, Bogotá, 2005, p. 78.

en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el juzgador está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde debiera ser declarada inadmisible este tipo de prueba (prueba superflua o redundante).

Asimismo, el artículo 173 numeral 1 del Código Procesal Penal del 2004 indica que se escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto, se escogerá entre los designados o inscritos según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que consagra el principio de idoneidad del perito.

Este principio se refiere a la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Se trata también de un requisito que resulta bastante obvio. Si el sistema permite presentar expertos que están en condiciones de colaborar con las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, es lógico que exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte u oficio sobre la cual prestará declaración en juicio.

Para ello se requiere que la idoneidad del perito sea acreditada en el área de conocimiento en el que se pretende que declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante a efectos de su aporte en el caso. Así, por ejemplo, si se pretende incorporar a juicio la opinión de un experto con formación en química, el objetivo de su declaración en juicio debe permanecer centrado a esa área y no, por ejemplo, ampliarse a aspectos psicológicos del comportamiento de la persona que visitó su laboratorio para la toma de las muestras respectivas. Si se acredita como químico solo puede declarar en el área de su experticia. En este sentido, el hecho de acreditar a alguien como un “experto” no lo habilita para hablar de cualquier cosa.

Por otro lado, el artículo 362 numeral 5 literal b del Código Procesal Penal de 2004, aunque señala una regla general para la admisión de medios probatorios, acota que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En ese sentido, estamos ante otro principio, el de pertinencia o relevancia de la prueba pericial. Como se indicó, se trata de un requisito de admisibilidad común establecido para todo tipo de prueba en

el nuevo código. Cabe señalar que la pertinencia de una prueba también suele ser conocida como la relevancia de esta, por eso se emplea ambos términos en forma indistinta.

La pertinencia o relevancia de una prueba se puede determinar en varios niveles de análisis. En el nivel más simple y sencillo, el que podríamos denominar como "relevancia lógica" de la prueba, se entiende que ella será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. Así, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando "(...) no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa"[213].

Como se puede apreciar, en este primer nivel de análisis, el factor central que determinará la relevancia de una prueba tiene que ver con su potencialidad para probar hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, sin importar cuan razonables sean o no esos hechos, cuestión que será objeto de evaluación final por parte del juzgador al momento de decidir el caso.

Asimismo, se puede identificar un segundo nivel mucho más sofisticado de análisis que podría llevar a limitar muy fuertemente la procedencia de prueba en nuestro país. Así, a este nivel se le conoce como "relevancia legal". La relevancia legal tiene que ver centralmente con un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe sopesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en el juicio y los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación a este.

Este análisis de costo-beneficio tiene por objetivo determinar si el valor probatorio potencial de la evidencia es superado por el "perjuicio" que esta crea o por los "costos" que produce. En consecuencia, el juez, al admitir una prueba a juicio, no solo debe mirar el vínculo lógico de la prueba concreta con los hechos a debatir, sino además debe balancear el aporte de dicha prueba en la solución del caso en comparación con diversos perjuicios que podría generar para su resolución o el funcionamiento general del sistema.

Finalmente, el artículo 378 del Código Procesal Penal del 2004 ha establecido ciertas reglas a la hora de examinar al perito durante el juicio oral. Estas reglas son:

[213] Cfr. BOFILL, Jorge. "Preparación del juicio oral". En: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 274.

a) El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se les exhibirá y preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba.

b) Si un perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para que haga memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

c) Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso de ser necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

d) Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

e) Los peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

f) A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Todas estas reglas ya no apuntan a la admisibilidad de la prueba pericial, por el contrario, se refiere a la credibilidad tanto del perito como de su informe, las que se establecen en el juicio oral a través de las cinco modalidades de interrogatorio:

- Examen directo.
- Contraexamen.
- Reexamen.
- Recontraexamen.
- Interrogatorio del juez.

II. El examen directo de peritos

El examen directo de peritos queda sometido a las reglas y recomendaciones dadas para el examen (directo) de testigos. Sin embargo, hay ciertas peculiaridades que se deben indicar.

En primer lugar, a diferencia del examen de testigos, el de peritos empieza con la exposición y contenido del informe pericial. Luego, solo a partir de este informe, el perito se somete a las preguntas tanto del examen y, como veremos luego, del contraexamen.

En segundo lugar, y de acuerdo con el principio de idoneidad del perito, las primeras preguntas del examen directo deben girar en torno a establecer la experticia del perito, que legitime su declaración. Es decir, debe acreditarse al perito como una fuente de información confiable, ya sea apuntando al grado de conocimientos que posee o bien a su experiencia. En el primer caso, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios, su maestría o doctorado, sus publicaciones e investigaciones, etc. En el segundo caso, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuántos años, a la cantidad de ocasiones en que ha participado en situaciones como las que son materia de prueba, etc.

En tercer lugar, a la hora de obtener la declaración del perito en el juicio no se debe emplear preguntas orientadas en forma cronológica, por la sencilla razón de que el perito no ha sido testigo presencial de los hechos. Por el contrario, debe estructurarse el examen directo de peritos en forma temática, es decir, tendiente a cubrir las distintas conclusiones y los procedimientos efectuados.

En cuarto lugar, el examinador debe tener presente que, a la hora que el perito está respondiendo a las preguntas, va utilizar un lenguaje técnico, según su experticia (grado de conocimiento y experiencia), por lo que el desafío está en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos. A continuación, señalamos un ejemplo brindado por Baytelman y Duce[214]:

[214] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. Ob. cit., p. 347 y ss.

P: Doctor Martínez, usted nos acaba de decir que le fueron entregadas dos muestras, una recogida del auto del acusado y otra de la alfombra de la víctima. ¿Qué exámenes practicó sobre ellas?

R: Bueno, se practicó la prueba *Diocipren 19.*

P: ¿En qué consiste esa prueba?

R: Consiste en el análisis químico de las muestras en que se les aplica sulfatos nitríticos, a fin de determinar su idoneidad biológica.

P: ¿Qué significa esto de que le "apliquen sulfatos nitríticos"?

R: Bueno, en palabras simples, se trata de un químico que se vierte en la muestra que produce una reacción que permite identificar la composición química de esos elementos.

P: ¿Y a qué se refiere cuando dice "idoneidad biológica"?

R: Es el término técnico que ocupamos para decir que dos muestras distintas corresponden a la misma identidad física.

P: Si entiendo bien doctor, eso quiere decir que si hay idoneidad biológica en dos muestras, ¿ellas corresponden a un mismo cuerpo?

R: Exactamente, es eso lo que quiere decir idoneidad biológica.

P: Doctor quisiera que ahora…

Se debe tener presente que la ostentación de palabras técnicas puede no significar nada ante los oídos del juzgador.

En quinto lugar, se debe tener presente que de la declaración de peritos, a diferencia de los testigos legos se busca obtener opiniones y conclusiones, y a ello debe orientarse las preguntas, desde las abiertas, pasando por las de transición y terminando con las cerradas.

III. El contraexamen de peritos

Igual que el caso del contraexamen de testigos, aquí lo que se busca es restar credibilidad a lo informado por el perito de la parte adversaria; sin embargo, ello importa adentrarse en los conocimientos especializados de este, a fin de poder dirigir el contraexamen. Supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar el

trabajo en el contraexamen, revisar aquello que el perito ha escrito sobre el tema, etc.; por ende, es una actividad compleja y complicada.

A continuación se sugieren las siguientes líneas de contraexamen de peritos:

- Que el perito no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido en el examen directo. Ejemplo: el perito, que ha realizado el examen físico de la víctima de un robo ha sido examinado además por el estado psicológico de esta, cuando ello pertenece a una disciplina científica distinta.

- Que el perito no es fiel a su ciencia, dado que las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina, es decir, no ha empleado los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones.

IV. El reexamen de peritos

Aquí también se presenta la misma lógica que en el reexamen de testigos, esto es, terminado el contraexamen, la parte que propuso al perito, puede solicitar un nuevo interrogatorio con la finalidad de rehabilitar su credibilidad afectada por el contraexamen. Igualmente, el reexamen debe estructurarse en forma temática y dirigirse a las áreas cubiertas por el contraexamen.

V. El recontraexamen de peritos

Igualmente, al término del reexamen, la parte contraria puede solicitar un nuevo interrogatorio al perito, a fin de demostrar bien la ligereza de las explicaciones dadas por el perito durante el reexamen con respecto a la credibilidad de su declaración, o bien lograr que el perito se reafirme en las inconsistencias detectadas durante el contraexamen.

VI. El interrogatorio de peritos por parte del juez

Al igual que en el interrogatorio de testigos, solo el juez puede examinar al perito, en forma excepcional y para tocar algún tema no tratado durante el examen directo, contraexamen, reexamen o recontraexamen.

capítulo 10

La fase probatoria del juicio oral: la prueba material y documental

Capítulo 10

La fase probatoria del juicio oral: la prueba material y documental

I. La prueba material

En principio, se debe diferenciar la prueba material de la prueba documental. La primera recae en todo tipo de objeto relacionado con los hechos materia de delito (por ejemplo, el arma homicida), los cuales deben ser exhibidos y examinados por las partes. La segunda, recae en escritos, grabaciones audiovisuales, computacionales y similares, en los que consta información relevante acerca del caso, los cuales deben ser leídos o reproducidos por cualquier medio idóneo para su percepción en el juicio, con indicación de su origen.

En ese sentido, en lo referente a la prueba material, los instrumentos o efectos del delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.

La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

Al respecto, se sugieren la observancia de los siguientes pasos:

- Elegir un testigo o perito idóneo para reconocer el objeto, pudiendo ser el propio acusado. Al decir idóneo, nos referimos a que pueda

reconocer el objeto y dar razones que hagan verosímil dicho reconocimiento. Ejemplo: el policía que recogió el arma en el sitio del suceso.

- Exhibir el objeto al testigo, perito o acusado, preguntándole si lo reconoce. Para ello, se requiere de un sistema de marcación de objetos. Por ejemplo: se le muestra al declarante lo que ha sido previamente marcado como el objeto número 1 y se le pregunta si lo reconoce. Así el sistema de marcación de objetos evitará que se formulen preguntas sugestivas que sean materia de objeción de la contraparte. Ejemplo:

  Examinador: ¿Reconoce este cuchillo encontrado en la escena del crimen?

  Contraparte: Objeción, pregunta sugestiva, del testigo debe salir información del lugar y uso del objeto que se le muestra.

- Pedir al testigo, perito o acusado razones de su reconocimiento. Esto es ideal cuando se examinan a policías o peritos de la fiscalía que han recogido, cuidado y, si fuera el caso, examinado el objeto materia de reconocimiento a través de la denominada cadena de custodia (procedimiento a seguir para con los objetos recogidos o incautados, a fin de que sean marcados o rotulados de cierta manera que los vincula al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quienes los han manipulado en cada eslabón de la cadena, hasta su presentación en juicio).

  Al respecto, el artículo 220 numeral 5 del Código Procesal Penal del 2004 ha señalado que la Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados.

- Ofrecer el objeto en la prueba. La petición es realizada a quien está dirigiendo el juicio oral, quien deberá preguntar por las objeciones de las demás partes. Si no hay objeción o ellas son rechazadas, el objeto se declara ingresado en la prueba, y puede ser utilizado de ahí en adelante por todos los involucrados, tanto en el resto de la presentación de la prueba como en los alegatos, y no requiere ser reconocido nuevamente.

- Utilizar el objeto, es decir, insertar el objeto en el relato o caso que se está presentando en el juicio oral.

Para graficar estos pasos, una vez más, tomaremos como referencia un ejemplo dado por Baytelman y Duce[215]:

Primer paso: elegir un testigo o perito idóneo para reconocer el objeto, pudiendo ser el propio acusado.

Fiscal: Policía Torres, una vez que detuvo al sospechoso ¿lo registró?

Policía: Sí, señor.

Fiscal: ¿Produjo ese registro algún resultado?

Policía: Sí, encontré un revólver en el bolsillo del sospechoso.

(Obsérvese, se está ante un examen directo de un testigo. En ese sentido, el testigo elegido por la fiscalía es el policía que registró al sospechoso del delito materia de juicio. Obviamente, la importancia de su declaración no gira en torno a establecer si vio al acusado realizar el delito en agravio de la víctima –si también presenció ello estaríamos ante un importante testigo–; por el contrario, su utilidad consiste en insertar una información al juicio: existe un objeto, esto es, el arma que se empleó en el homicidio materia de juicio. Esta información la va establecer la propia persona que registró al agente e incautó el arma).

Segundo paso: exhibir el objeto al testigo, perito o acusado, preguntándole si lo reconoce.

Fiscal: (tomando el arma, que se encuentra en su poder en una bolsa) Policía Torres, le muestro lo que ha sido marcado como el objeto número 12 de la fiscalía.

Policía: Sí, señor, es el revólver que portaba el sospechoso ese día.

(Aquí, el fiscal a través de su pregunta no sugirió que era el arma que el policía encontró e incautó, dado que si hubiese formulado una pregunta sugestiva en el examen directo que está realizando a su testigo sería

[215] Cfr. BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación oral...* Ob. cit., p. 301 y ss.

materia de objeción por la contraparte. Se debe recordar que la primera mención de la información la tiene que hacer el examinado).

Tercer paso: pedir al testigo, perito o acusado razones de su reconocimiento.

Fiscal: ¿Y cómo sabe usted que se trata del mismo revólver?

Policía: Bueno, en primer lugar porque se trata de un revólver marca Colt, calibre 38, con cacha de madera de color café claro, que coincide con el arma del acusado. Además, una vez que lo encontré puse un autoadhesivo en el marco del gatillo, donde dejé marcadas mis iniciales y un código que relaciona el arma con el caso.

Fiscal: ¿Es ese el procedimiento normal?

Policía: Sí señor, así no confundimos las pruebas de cada caso.

Fiscal: ¿Qué hizo con el arma?

Policía: La puse en la bolsa plástica de evidencia y la sellé.

Fiscal: ¿Para qué hizo eso?

Policía: Bueno, eso también es un procedimiento normal. De esta manera me aseguro de que nadie toque el arma o cualquier otra pieza de evidencia hasta que esta llegue a nuestro laboratorio. De ese modo, nadie puede alterar la prueba y solo yo soy responsable de ella, al menos hasta que la entrego al laboratorio.

(Nótese cómo utilizando la “cadena de custodia”, el examinado da las razones que permiten la credibilidad del objeto materia de reconocimiento. De ahí la importancia de preparar a las fuerzas policiales en este tema. Por otro lado, también obsérvese el empleo de preguntas cerradas y no sugestivas, comentadas en el punto referido al examen directo de testigos).

Cuarto paso: ofrecer el objeto en la prueba.

Fiscal: Su señoría, quiero ingresar el objeto número 12 del Ministerio Público en la prueba.

Presidente: ¿Señor defensor?

Defensa: No hay objeción, señor presidente.

Presidente: Marcada como la prueba número 8 de la fiscalía.

(Obsérvese que una cosa es la numeración que cada una de las partes da a sus objetos, en espera de que sean admitidas al juicio como pruebas, y otra cosa es la numeración del juzgador, la cual está en función de las pruebas que ya han sido admitidas a juicio.

Quinto paso: utilizar el objeto

Fiscal: Policía Torres, ¿podría mostrarle al juzgador dónde exactamente llevaba el revólver el sospechoso?

(Nótese que una vez que ha sido reconocido e ingresado el objeto como prueba al juicio, se pueden hacer todas aquellas preguntas que lo vinculen con el acusado; antes no, serían materia de objeción: la falta de acreditación del objeto. En ese sentido, se rompe aquella lógica que afirmaba que todos los objetos que presente el fiscal deben ser considerados como pruebas porque el fiscal no va a mentir en cuanto al origen y procedencia de esta. En el nuevo juicio oral, esa lógica de la confianza a ciegas se ve sustituida por la "lógica de la desconfianza", dado que el fiscal es una parte más en el proceso y debe de acreditar todos los objetos que muestre en el juicio. Pues quizás la policía sembró el arma, la droga u otro objeto delictivo, o quizás el fiscal en su desesperación de probar el caso trajo el cuchillo de su cocina. Mil y una hipótesis pueden darse sobre el origen de los objetos. Por eso la necesidad de su acreditación a través de un testigo o perito idóneo, incluso a través del propio acusado, con los pasos antes señalados).

Sin embargo, ello no significa que la contraparte no realice un contraexamen al testigo o perito, cuyo testimonio permitió el ingreso a juicio del concreto objeto. Ello no con la finalidad que se revise la decisión de admisibilidad de la prueba, sino para restar credibilidad a lo que está declarando el testigo o perito. Recuérdese que una cosa es la admisibilidad de la prueba y otra muy diferente su valor o falta de inconsistencia.

Por ejemplo, el contraexamen buscaría establecer: 1) afectar la credibilidad del policía como persona (si ha tenido algún tipo de sanción por manipulación de las evidencias); 2) afectar la credibilidad de su testimonio (cuestionar la validez del procedimiento de cadena de custodia que empleó; si hubo una tercera persona que corrobore lo que dice; etc.). En

otras palabras, a pesar de que el arma ha sido admitida a juicio, no significa que con un buen contraexamen se reste credibilidad a la forma de actuar del policía, claro está, según el ejemplo dado.

II. La prueba documental

Por otro lado, está la prueba documental. La doctrina nos informa que solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: a) las actas conteniendo la prueba anticipada; b) la denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones; c) los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes; también se dará lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe; d) las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto; también serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el caso anterior; y, e) las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contengan diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en el Código o la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

En ese sentido, debe señalarse que ningún objeto o documento ingresa a juicio sin previa acreditación a través del examen a una fuente de prueba, sea el acusado, testigo o perito. No basta con decir que no asistió al juicio pero se tiene su declaración previa, a fin de que se proceda a su lectura y su posterior valoración por parte del juzgador. Ello, en la lógica del proceso penal acusatorio con tendencia adversarial, no sucede. Si la fuente de prueba no viene a declarar en el juicio, no tendrán valor probatorio sus declaraciones previas.

Sin embargo, y tomando en cuenta la legislación comparada, es posible identificar tres excepciones a lo señalado en el párrafo anterior, es decir, se podrá leer un documento sin presencia de una fuente de prueba a ser examinada –a fin de que acredite el origen de este– cuando:

- No pueden estar presentes los autores por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero, porque fue realizada la toma de su declaración vía exhorto, o simplemente por causas independientes de la voluntad de las partes. Estos informes o declaraciones se actúan a través de la lectura del acta que la transcribe, para su posterior valoración por parte del juzgador.

- Porque son actos que si bien fueron realizados durante la investigación preparatoria, ya ingresaron al proceso como prueba anticipada, no requiriéndose un reexamen de admisión en el juicio oral; solo su actuación a través de la lectura del acta que la transcribe, y su posterior valoración por parte del juzgador.

- Porque son actos que si bien fueron realizados durante las diligencias preliminares de investigación, sin estar formalizada la investigación preparatoria, tienen el valor de prueba preconstituida al ser diligencias objetivas e irreproducibles, actuadas conforme a lo previsto en las normas legales. Basta su actuación a través de la lectura del acta que la transcribe y su posterior valoración por parte del juzgador.

Una vez establecida la presencia de algunas de estas excepciones se debe observar el siguiente trámite para su lectura u oralización:

1. La oralización tendrá lugar cuando indistintamente lo pida el fiscal o los defensores. La oralización se realizará en orden: la inicia el fiscal, continúa el abogado del acusador coadyuvante y del tercero civil, y la culmina el abogado del acusado. Quien pida la oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil.

2. Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.

3. Los registros de imágenes, sonidos o soportes informáticos podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

4. Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes

para que, si lo consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

Por otro lado, según el artículo 383 numeral 2 del CPP de 2004, todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor. Ello significa que si se pretende ingresar a juicio algún otro documento, fuera de las excepciones señaladas antes, deberá seguir los mismos cinco pasos señalados para la acreditación de los objetos.

capítulo 11

La fase conclusiva o final: los alegatos finales

Capítulo 11

La fase conclusiva o final: los alegatos finales

I. Concepto de la fase conclusiva o final del juicio oral

Luego de haberse desarrollado la tan extensa actividad probatoria, es momento de que las partes elaboren sus conclusiones o alegatos finales de todo lo acontecido; todo ello orientado a convencer al juzgador de que su caso es el más verosímil y que el de su contraparte presenta inconsistencias, debilidades o flaquezas.

Asimismo, esta etapa del juicio oral también comprende el análisis o deliberación que realiza el juzgador de todo lo ocurrido, a través de un criterio de conciencia razonable, el cual dotará de contenido al pronunciamiento o sentencia que se emita, dándose así por concluida la etapa procesal del juzgamiento.

II. Concepto de alegatos finales

Los alegatos finales o conclusiones son actos procedimentales que realizan el Ministerio Público y la defensa –en casos extremos, el mismo acusado, pues si tiene derecho a defenderse por sí mismo no hay impedimento para que formule conclusiones– con el objeto de fijar su posición[216].

[216] Cfr. SAID, Alberto. *Los alegatos*. Oxford University Press, México D.F., 2004, p. 111.

Para el Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ramírez[217], las conclusiones tienen, al menos, estas connotaciones:

- Fijan la posición del Ministerio Público y la defensa.
- Las posiciones no son (o no deben ser) fruto de la improvisación, capricho u otro interés subjetivo, sino de lo que ha sucedido en el proceso.
- Son un verdadero análisis argumentativo jurídico.
- En ellas se expresan las consecuencias de las propias alegaciones.

III. Objeto de los alegatos finales

El principal objeto es convencer al juzgador de que las proposiciones fácticas alegadas son exactas. Un segundo objetivo es formular razones en el sentido de que la exactitud de las proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de la justicia. Sin duda, la parte de un argumento referida a la "promoción de la justicia" debe estar vinculada con la evidencia.

IV. El contenido de los alegatos finales

Se sugiere que a la hora de exponer los alegatos finales se tomen en cuenta el siguiente contenido:

- **Debe permitir comunicar la teoría del caso.** El alegato final debe ser capaz de dar cuenta cómoda y creíblemente de la teoría del caso. Es decir, se debe persuadir al juzgador de que las cosas efectivamente ocurrieron como se las está diciendo, por lo que se exige aplicar la consecuencia jurídica solicitada.
- **Deben establecerse conclusiones.** Una conclusión es una específica visión acerca de qué proposición fáctica resulta acreditada por la prueba presentada en el juicio y del modo en que esta debe ser valorada. Estas conclusiones deben ser específicas y concretas.

[217] Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ADATO, Victoria. *Prontuario de Derecho Procesal Penal mexicano*. Porrúa, México D.F., 1991, p. 442.

- **Debe presentar una coherencia lógica.** Los alegatos finales deben ser lógicamente coherentes en el sentido de que las proposiciones fácticas hagan lógicamente plausible el relato que la teoría del caso contiene, y todo ello depende de la fuerza de la prueba.

- **Debe estar estructurado.** Los alegatos finales son actos de comunicación que buscan persuadir al juzgador de que la prueba corrobora una teoría del caso y se conforma el derecho invocado. No se trata de engañar o emocionar al juzgador, sino de dotarlo de razones fuertes para que decida el caso en determinado sentido (favorable a la parte). Para ello, deben estructurar los alegatos finales de tal forma que logren tal cometido. A continuación, señalaremos opciones para estructurar los alegatos finales:

  - **Estructura temática.** Descansa en la existencia de uno o más hechos poderosos gravitantes. Por sí solo o con muy poca ayuda resulta determinante. Ejemplo: la fiscalía cuenta con el hecho de que el semen encontrado en la víctima pertenece al acusado; el examen de ADN no dejó dudas en ese sentido; la defensa ha presentado 18 testigos que dicen haber estado con el acusado el día y hora del crimen, todos ellos declaran consistentemente al respecto, pero ello no logra desvirtuar el hecho de que el semen hallado es del acusado.

    Una vez identificado el hecho se puede construir el resto del caso y evaluar desde allí la credibilidad del resto de la prueba.

  - **Estructura cronológica.** Permite entregar al juzgador una visión ordenada de los hechos ocurridos, haciendo que recree mentalmente y de manera secuencial las circunstancias y el suceso que motivan la pretensión. Sin embargo, presenta como desventaja que se puede perder la centralidad de los hechos esenciales en un mar de otros hechos que solo tienen significado a la luz de tales acontecimientos principales.

V. Técnicas de argumentación de los alegatos finales

Las técnicas de argumentación que pueden ser empleadas durante la exposición de los alegatos finales son:

- **Analogías.** La falta de familiaridad con las cuestiones jurídicas o fácticas confieren a las analogías un poder persuasivo especial. Las analogías pueden transformar lo extraño en conocido. Cuando un juzgador acepta que una situación poco conocida es bastante semejante a otra conocida, a una situación cotidiana, es probable que el propio juzgador evalúe del mismo modo ambas situaciones.

  Se sugiere resaltar las contradicciones incurridas por el acusado. Por ejemplo, supongamos que usted estaba planeando visitar un museo y deseaba saber si abría los domingos. Llama al museo y la telefonista le asegura que el museo estará abierto. Al día siguiente vuelve a llamar y la telefonista le dice que estará cerrado sin mayores explicaciones. La contradicción destruirá nuestra confianza en la telefonista. En el mismo sentido, señalo que uno no puede confiar en el relato del acusado.

Ejemplo

0El caso de la defensa gira en torno a que el acusado estuvo manejando con cuidado porque es contratista y transportaba muebles de cocina muy caros, para entregarlos en un edificio en construcción. ¿Pero qué es manejar con cuidado como transportista de muebles de cocina muy caros?

Es posible comprender muy bien con cuánto cuidado manejaba el imputado. Quizás el juez no sea contratista y nunca transportó muebles de cocina en un camión. Pero sin duda llevó un niño pequeño en su automóvil o una costosa figura de cristal que acababa de recibir como regalo. Sabe que instintivamente se maneja con más cuidado cuando se transporta niños u objetos valiosos.

Sin embargo, se recomienda que nunca se utilicen analogías que muestren al juzgador bajo una luz desfavorable, como por ejemplo: todos hemos pasado la experiencia de robar golosinas a un niño pequeño.

Tampoco utilice analogías muy extensas porque es más probable que uno mismo y el juzgador se pierdan de tal modo en ella que olviden la idea que inicialmente uno intentó ilustrar.

- **Las guías.** Una guía es un breve esbozo con el cual uno puede iniciar una argumentación, quizás después de algunas fórmulas trilladas, como el hecho de agradecer al juzgador su atención. Una guía tiende a conferir cierto sentido de coherencia y organización a una

argumentación. Más aún, puede ayudar a superar el limitado alcance de atención de un juzgador.

Ejemplo

Afirmamos que la evidencia demuestra claramente que la señorita X estaba fuera de la ciudad en el momento del tiroteo y que, por consiguiente, es inocente. En primer lugar, revisaré algunas instrucciones dadas por el juez, destacando la que asigna a la acusación la carga de demostrar la culpabilidad de la señorita X, más allá de toda duda razonable. Después, examinaré brevemente el testimonio de la señorita X y de los dos testigos que declararon que la acompañaron fuera de la ciudad cuando sucedió el tiroteo, y demostraré la elevada credibilidad de este testimonio. Posteriormente, destacaré los muchos elementos inverosímiles y las contradicciones contenidas en los relatos de los testigos de la acusación. Al finalizar mi argumentación, pediré que se pronuncie una sentencia absolutoria.

- **Orden de la argumentación.** Si las esperanzas de uno descansan principalmente en la incapacidad de la contraparte para afrontar la carga de la prueba, entonces se puede esgrimir, en primer lugar, los defectos de la historia, relato o caso de la contraparte y luego las bondades del caso que se presenta. Si, por el contrario, las esperanzas de uno descansan en la solidez de sus proposiciones fácticas, se debe empezar por allí, antes de explorar las debilidades de la evidencia de la contraparte.

- **Tener en cuenta los comentarios o preguntas del juzgador, emitidos durante el juicio.** Los comentarios de un juez durante la discusión, así como las preguntas que él formula a los testigos o peritos generalmente son indicios acerca de las conclusiones provisionales del juez. Por lo tanto, corresponde que el abogado se refiera a ellos, sea para reforzar las reacciones favorables o para intentar la superación de las desfavorables.

capítulo 12

El juicio oral en Latinoamérica

Capítulo 12

El juicio oral en Latinoamérica

I. Colombia

La fase de juzgamiento se inicia con la presentación del escrito de acusación por parte del Ministerio Público. Dentro de los tres días siguientes, el juez de conocimiento fija día y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, la cual finaliza con la determinación de la fecha para adelantar la audiencia preparatoria, la que tendrá que realizarse en un término no inferior a quince ni superior a treinta días siguientes a la realización de aquella.

Concluida la audiencia preparatoria, dentro de los treinta días siguientes, se lleva a cabo el juicio oral que finaliza con el anuncio del sentido del fallo. Si este es condenatorio se entrará a individualizar la pena, para lo cual se concederá el uso de la palabra a las partes con el fin de que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable.

Luego, dentro de los quince días calendario, contados a partir de la terminación del juicio oral, habrá de señalarse fecha para proferir sentencia, a la que se incorpora la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

Por otro lado, cabe resaltar lo que dispone el artículo 371 del Código Procesal Penal colombiano: “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio”.

En ese sentido, la presentación de la teoría del caso compete primero a la fiscalía y luego a la defensa, si lo desea, exponiendo ante el juez de conocimiento su particular teoría, fundada en los elementos de conocimiento hasta ese momento existentes. Es una exposición oral y descriptiva que hacen las partes del caso y las circunstancias en que ocurrió el delito. Se trata de una narración histórica y breve de lo acontecido, acompañada de la enunciación si así se prefiere, y los elementos materiales probatorios que demostrarán la verdad de lo afirmado. Se conoce también como alegato de apertura o declaración inicial que precede el debate probatorio.

Asimismo, en lo concerniente al periodo probatorio, este ha sido estructurado siguiendo los lineamientos del sistema acusatorio con tendencia adversarial norteamericano; así tenemos:

- **Con relación a la prueba testimonial.** El artículo 391 del texto adjetivo acota que todo declarante, luego de observadas las formalidades de ley, será interrogado, en primer término, por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo[218], se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

  En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio[219] que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto

[218] El interrogatorio directo observa las siguientes instrucciones: a) toda pregunta versará sobre hechos específicos; b) el juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa; c) el juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo; d) el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de estos; e) el juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente. El juez de conocimiento intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

[219] El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: a) la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado; b) para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral. El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.

(reexamen). En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo. Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte en el recontrainterrogatorio si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto, sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.

- **Con relación a la prueba pericial.** Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas. Asimismo, el perito también es sometido a interrogatorio[220] y contrainterrogatorio por las partes[221].

- **Con relación a la prueba documental.** Para que genere convicción probatoria, la prueba documental descansa en las ideas de autenticidad e identificación. En ese sentido, la autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes:

  1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.

  2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.

  3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.

  4. Mediante informe de un experto en la respectiva disciplina.

[220] El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos: 1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto; 2. sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto; 3. sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables; 4. sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación; 5. sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso; 6. sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza; 7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio; y 8. sobre temas similares a los anteriores.

[221] El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones: 1. la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado; 2. en el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

II. Costa Rica

El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en forma oral, pública, contradictoria y continua.

En el día y la hora fijados, el tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Quien lo preside verificará la presencia de las partes, los testigos, peritos e intérpretes; declarará abierto el juicio, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír. Inmediatamente ordenará al Ministerio Público y al querellante en su caso que lean la acusación y la querella; ellos podrán en forma breve explicar el contenido. De seguido se le concederá la palabra a la defensa para que si lo desea indique sintéticamente su posición respecto de la acusación.

Luego, se procede con la toma de la declaración del imputado, explicándole, de ser necesario, con palabras claras y sencillas, el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique y de que el juicio continuará aunque él no declare. Podrá manifestar cuanto tenga por conveniente y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, las partes civiles, la defensa y los miembros del tribunal, en ese orden.

Posteriormente, sigue el interrogatorio de testigos y peritos. En ese sentido, después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside el tribunal le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo; lo iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue de último. El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación. Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

Quien preside el tribunal moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; asimismo, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside cuando limiten

el interrogatorio, así como objetar las preguntas que se formulen. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

Asimismo, los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento por los testigos, los peritos o el imputado. Las grabaciones y los elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos.

Se debe mencionar que, excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas que requieran su esclarecimiento. Este es un indicador de que en Costa Rica –como en los demás países de la región– no se ha adoptado un modelo adversarial puro.

Terminada la recepción de las pruebas, quien preside el tribunal concederá sucesivamente la palabra al fiscal, al querellante, al actor civil, al demandado civil y al defensor para que en ese orden expresen los alegatos finales.

Finalmente, el tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral y con estricta aplicación de las reglas de la sana crítica, dictando la sentencia respectiva, la cual contendrá:

a) La mención del tribunal, el lugar y la fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, los datos personales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio.

b) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que se adhieran a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien votó en primer término.

c) La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados.

d) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables.

e) La firma de los jueces.

III. Cuba

En la audiencia del juicio oral, el alguacil es el encargado de verificar la presencia de los acusados, testigos, peritos y del fiscal, y de informar al presidente del tribunal a la hora señalada para el acto si todos los intervinientes se encuentran presentes o si alguno de estos no se ha presentado. Además de comprobar junto con el secretario, que es su superior inmediato, si la sala se encuentra lista para el juicio y todo está preparado para dar comienzo al acto judicial. Ellos son los encargados de ubicar al acusado, el defensor y el fiscal en la sala y dejar afuera a los testigos y peritos que declararán.

Una vez que estos le informan al presidente que todo se encuentra preparado para comenzar el juicio, este, seguido por los restantes jueces, entra en la sala, ocasión en que el secretario indica a los presentes ponerse de pie, mientras que los jueces y el presidente se acomodan en sus respectivos puestos, y entonces este último indica a los presentes que pueden sentarse. Aquí comienza la función directiva del presidente a través de los siguientes pasos:

- **Pide que el alguacil anuncie la vista;** una vez anunciada la vista, el presidente le indicará a las partes el derecho que tienen de recusar a alguno de los miembros del tribunal. Si formulada la recusación esta es acogida, se suspenderá la vista para que el tribunal se integre con otro u otros jueces y volverá a constituirse, para repetir este paso en cuanto a la posible recusación de los jueces que ahora forman el tribunal.

- **Si no hubiese recusación o esta se hubiese rechazado,** el presidente pasará a disponer la lectura de las conclusiones provisionales del fiscal y de la defensa; quien lo realizará será el secretario de la sala.

- **Luego se da inicio a la práctica de la prueba, comenzando por la declaración del acusado.** Así, en primer lugar, el presidente le preguntará: ¿qué tiene usted que alegar en su defensa? Una vez que el acusado haya concluido con su declaración, será sometido a las preguntas que le formulen tanto el fiscal como el abogado defensor.

- **Luego se procede con la actuación de la prueba documental,** a través de la lectura de los documentos, en primer lugar del fiscal, y luego de la defensa.

- **Posteriormente,** se da inicio a la prueba testifical. En ese sentido, y luego de habérsele tomado sus generales de ley, el presidente dará el uso de la palabra primero a la parte que haya propuesto al testigo, y posteriormente a su oponente, concluyendo con los integrantes del tribunal que deseen formular alguna pregunta a través del propio presidente.
- **Luego,** se continúa con la prueba pericial. Aquí se le da el uso de la palabra al fiscal, luego a la defensa y finalmente el tribunal puede también interrogar al perito.
- **Posteriormente,** se practicará, si hubiese, la prueba de inspección del lugar de los hechos.
- **Concluida la práctica de las pruebas** se da inicio al momento en que las partes deben elevar a definitivas o modificar sus conclusiones provisionales, o que se retire la acusación fiscal.
- **Finalizado el informe de las partes** se le dará el uso de la palabra al acusado. A su término, el presidente dará por concluido el debate y expedirá la respectiva sentencia.

IV. Chile

La fase de juzgamiento se sigue ante un tribunal compuesto por tres jueces profesionales y se desarrollará en forma continua; en él deberán presentarse todas las pruebas que hayan de ser objeto de valoración, prohibiéndose la lectura de actas de declaraciones producidas en las etapas anteriores, con algunas excepciones señaladas en el texto adjetivo.

En ese sentido, todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad con la ley. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El día y hora fijados, el tribunal se constituirá con la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes. Asimismo, verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio. El presidente de la sala señalará las acusaciones que deberán

ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura del juicio oral, advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá y dispondrá que los peritos y los testigos hagan abandono de la sala de la audiencia. Seguidamente, concederá la palabra al fiscal para que exponga su acusación, al querellante para que sostenga la acusación, así como a la demanda civil, si la hubiere interpuesto.

Luego, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa. Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la acusación formulada. En seguida, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese orden. Posteriormente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes[222]. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinieren como acusadores el Ministerio Público y el querellante particular, o si se realizare contra dos o más acusados se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores y a todos los acusados según corresponda. Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que a solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia.

Mención aparte, y en lo que respecta a la prueba testimonial, es de resaltar el principio del no testigo inhábil, propio de un modelo adversarial; es decir, en el proceso penal chileno no existen los testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir

[222] El artículo 330 del Código Procesal Penal chileno señala que, en sus interrogatorios, las partes que hubiesen presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que sugirieren la respuesta. Durante el contrainterrogatorio las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos. Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allane a prestar declaración.

al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

Con relación a los documentos, estos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Los objetos que constituyeren evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto. Seguidamente, se otorgará al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas solo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes. Por último, se otorgará al acusado la palabra para que manifieste lo que estime conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate.

Finalmente, se dicta la respectiva sentencia, la cual, y al igual como en el modelo colombiano, descansa en el principio de que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

En ese sentido, el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. Además, según el texto adjetivo chileno, no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

V. Ecuador

Esta etapa se sustanciará únicamente si existe acusación fiscal. Tiene como objeto practicar todos los actos procesales necesarios para comprobar, conforme a Derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad

del acusado para condenarlo o absolverlo, según corresponda. Esta certeza se debe obtener de la práctica de la prueba que aporten los sujetos procesales, de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal, así como de lo que el código llama "la iniciativa probatoria de los jueces en la audiencia o de las nuevas pruebas que ordene el tribunal", facultad que contraviene los principios del sistema acusatorio.

Los principios del juicio constan en la Constitución Política como también en el Código de Procedimiento Penal y son: la oralidad, la concentración, la inmediación, la publicidad, la contradicción y el principio dispositivo. Cabe señalar que toda audiencia es pública excepto para los casos de delitos sexuales y los relativos a la seguridad del Estado. En estos casos no se permite la transmisión de la audiencia y, en general, los jueces tienen prohibición de dar declaraciones a los medios de comunicación antes y después del fallo en causas penales sometidas a su resolución.

El presidente del tribunal señalará el día y la hora en que se llevará a cabo la audiencia de juicio, para lo cual notificará a los otros jueces del tribunal, al fiscal, al acusado o a su defensor y, si lo hubiese, al acusador particular. Dentro del plazo fijado para que se reúna el tribunal, las partes presentarán la lista de los testigos que deben declarar en la audiencia y además pedirán las demás pruebas para que se practiquen en la audiencia.

El presidente ordenará al secretario o al encargado de notificar que se cite a los testigos para que concurran a la audiencia de juicio.

En el día y la hora señalados se llevará a cabo la audiencia con la presencia de las partes y bajo la dirección del presidente. Comienza con la exposición del fiscal, luego el testimonio del ofendido, quien puede ser interrogado por el presidente, los demás jueces del tribunal y las partes. Posteriormente, expondrá el acusador particular, quien luego de señalar el motivo de su acusación y narrar los hechos de manera circunstanciada concluirá solicitando la práctica de la prueba. Así, se oirá el testimonio de los peritos y testigos solicitados por el fiscal y por el acusador particular, y luego podrán ser interrogados por el presidente, los jueces del tribunal y las partes.

Posteriormente declara el acusado, quien luego de exponer el hecho por el que se encuentra en la audiencia puede ser interrogado por el

presidente, los jueces y las partes. Cuando sea del caso, y si lo quiere el acusado, puede reconocer los instrumentos con los que cometió la infracción, los vestigios que este haya dejado y los objetos que quedaron en el lugar donde se cometió la infracción. Luego sigue la exposición del defensor que concluye pidiendo la práctica de la prueba.

A continuación, el presidente mandará a que se inicie el debate y los alegatos serán presentados por el fiscal, el acusador particular y por último el acusado o su abogado defensor.

El presidente declarará terminado el debate y una vez elaborada el acta del juicio, el presidente ordenará a las partes y al público que se retiren para la deliberación, luego de lo cual el tribunal dictará la sentencia. Esta debe expedirse dentro del tercer día posterior a la clausura del juicio y se leerá a las partes a quienes previamente se convocó. Tres días posteriores a este pronunciamiento se notificará la sentencia. Cuando una de las partes no esté de acuerdo con la resolución emitida por el juez penal o el tribunal podrá impugnarla dentro del plazo de tres días luego de la notificación, utilizando cualquiera de los recursos que la ley ofrece.

VI. Guatemala

En la fase del juicio oral en el proceso penal guatemalteco, recibidos los autos, el tribunal de sentencia dará audiencia a las partes por seis días para que interpongan las recusaciones y excepciones fundadas sobre nuevos hechos.

En el día y hora fijados, el tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. El presidente verificará la presencia del Ministerio Público, del acusado y su defensor, de las demás partes que hubieren sido admitidas, y de los testigos, peritos o intérpretes que deben tomar parte en el debate. El presidente del tribunal declarará abierto el debate. Inmediatamente después advertirá al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder, le indicará que preste atención y ordenará la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales, el presidente le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye y le advertirá que puede abstenerse de declarar y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá, en principio, que

manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación. Podrán interrogarlo el Ministerio Público, el querellante, el defensor y las partes civiles en ese orden. Luego podrán hacerlo los miembros del tribunal si lo consideraren conveniente.

Posteriormente, sigue el examen de testigos y peritos. El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio, le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. Al finalizar el relato o si el testigo no tuviere ningún relato que hacer, concederá el interrogatorio al que lo propuso y, con posterioridad, a las demás partes que deseen interrogarlo, en el orden que considere conveniente.

Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo, a fin de conocer circunstancias de importancia para el éxito del juicio. El presidente moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. La resolución que sobre ese extremo adopte será recurrible, decidiendo inmediatamente el tribunal. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de la noticia, designando con la mayor precisión posible a los terceros que la hubieran comunicado.

A continuación, los documentos serán leídos y exhibidos en el debate con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial y ordenando su lectura o reproducción parcial. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según la forma habitual.

Cabe mencionar que el tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, lo que revela que el sistema guatemalteco no ha adoptado un sistema adversarial puro y que aún está presente, al igual como en otras legislaciones de la región, la figura de la prueba de oficio.

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al querellante, al actor civil, a los

defensores del acusado y a los abogados del tercero civilmente demandado para que, en ese orden, emitan sus conclusiones.

Para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos. La decisión versará sobre la absolución o la condena. Si se hubiere ejercido la acción civil, declarará procedente o sin lugar la demanda, en la forma que corresponda.

Finalmente, se dicta sentencia, la cual contendrá:

1) La mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal; si la acusación corresponde al Ministerio Público; si hay querellante adhesivo sus nombres y apellidos. Cuando se ejerza la acción civil, el nombre y apellido del actor civil y, en su caso, del tercero civilmente demandado.

2) La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y del auto de apertura del juicio; los daños cuya reparación reclama el actor civil y su pretensión reparatoria.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado.

4) Los razonamientos que inducen al tribunal a condenar o absolver.

5) La parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicables; y

6) La firma de los jueces.

VII. Paraguay

El juicio oral y público es la etapa esencial y principal de todo el proceso penal; es la más importante, por ello las etapas anteriores se desarrollan dirigiéndose hacia la sustanciación del juicio. Es allí en donde los conflictos sociales que significaron la apertura de un proceso penal son redefinidos mediante resolución judicial definitiva.

Como normas generales se introducen las reglas básicas y clásicas del juicio, promoviendo la aplicación bajo pena de nulidad de los principios de

inmediación, publicidad y oralidad; se respeta el principio de continuidad del juicio, se admiten suspensiones especiales, y se reconocen los derechos y deberes de las partes durante su desarrollo.

En lo referente a la estructura procedimental del juicio oral, en el día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la sala de audiencia. El presidente, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, declarará abierto el juicio, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder, e indicándole que esté atento a lo que va a oír. Resueltos los incidentes que hubiese, el presidente ordenará inmediatamente la lectura del auto de apertura a juicio y permitirá que el fiscal y el querellante expliquen la acusación.

Una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá que el defensor explique su defensa, siempre que lo estime conveniente. Inmediatamente después recibirá declaración del imputado, explicándole con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar y que el juicio continuará aunque él no declare.

El imputado podrá manifestar lo que crea conveniente y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal, en ese orden. En caso de contradicciones se entenderá que es válida la declaración del imputado en el juicio, salvo que no dé ninguna explicación razonable sobre la existencia de dichas contradicciones. Durante el transcurso del juicio, las partes y el tribunal podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

Posteriormente, se continúa con el examen de testigos[223] y peritos[224]. En ese sentido, el presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio, le concederá la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba.

[223] El presidente llamará a los testigos, comenzando por los que haya ofrecido el Ministerio Público, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los del imputado.

[224] En ese caso, el presidente ordenará la lectura de los dictámenes periciales. Si los peritos han sido citados, responderán a las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron el medio de prueba. Si es posible, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia. Asimismo, el perito tendrá la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su declaración.

Al finalizar el relato, o si el testigo no puede o no quiere declarar, el presidente permitirá el interrogatorio directo, comenzando por quien lo propuso y continuando con las otras partes, en el orden que considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

Con relación a la prueba documental, los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento por testigos, peritos o el imputado. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos en la forma habitual. Las partes y el tribunal podrán acordar, por unanimidad, la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba.

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas que requieran ser esclarecidos, cuidando de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al fiscal, al querellante y al defensor para que en ese orden expresen sus alegatos finales. Todas las partes podrán replicar[225]; finalmente se oirá al imputado.

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción a deliberar en sesión secreta a la que solo podrá asistir el secretario. Asimismo, el tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral y según su sana crítica.

Finalmente, la sentencia se pronunciará en nombre de la República del Paraguay y contendrá: 1) la mención del tribunal, lugar y fecha en que se dicta, los datos personales de los jueces y las partes, los datos personales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio; 2) el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho; 3) la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal

[225] La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversos que antes no hayan sido discutidos.

estima acreditado; 4) la parte dispositiva con mención de las normas aplicables y las costas; y 5) la firma de los jueces.

VIII. Venezuela

En lo referente al esquema procedimental del proceso común u ordinario venezolano, está estructurado en las siguientes etapas:

- La **etapa preparatoria**, la cual tiene por objeto recolectar los elementos de convicción que permiten fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado. Ello supone investigar la verdad de un hecho histórico ("asunto de la vida") que debe ser recreado en el escenario del juicio oral y público. Investigación signada por la objetividad, esto es, dirigida a hacer constar no solo los hechos y circunstancias útiles para erigir los cargos, sino también aquellos que sirvan para fundar los descargos.
- La **etapa intermedia**, llamada también "crítica instructoria", consiste en un control "negativo" de la decisión producto de la fase de instrucción, esto es, de la acusación. El "dueño" de esta fase es el juez de control, juez distinto al que actuará en el juicio oral, lo que refuerza la garantía de imparcialidad. El legislador diseñó esta etapa como autónoma y necesaria con la finalidad de servir de filtro a acusaciones que no cumplen con los requisitos formales (v. gr. vicios en la identificación del imputado) o sustanciales (v. gr. no se ofrece pruebas o estas son impertinentes). Es un tamiz que impide que una persona sea arbitrariamente expuesta a un juicio público. Permite despejar el camino para la decisión sobre el mérito.
- La **fase del juicio oral**, denominada también de juicio o de procedimiento principal, es el núcleo del proceso. En ella alcanzan su máxima intensidad los principios que informan todo el proceso. Dentro de esta fase de juicio oral conviven tres subfases: preparación del debate, debate y sentencia. La sentencia debe dictarse después de la votación o concluido el proceso de formación de la convicción si el tribunal es unipersonal. El tribunal, previa convocatoria verbal de las partes, se constituye en la sala de audiencias y lee el texto de la sentencia. Si por la complejidad del asunto o en razón de la hora es menester diferir la redacción de la sentencia, el juez lee solo la parte dispositiva y expone los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen su motivación. En este caso, la publicación íntegra se hace dentro de los diez días posteriores.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

LIBROS Y REVISTAS

- AA. VV. "La dimensión fáctica del discurso y su evaluación". En: *Lecturas complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia y Usaid*, Bogotá, 2003.
- ALARCÓN GRANOBLES, Héctor. *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.
- ARAGONESES, Alonso. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Gráficas Mesbard, Madrid, 1997.
- ARIAS NÚÑEZ, Carlos. "Investigación a cargo de los fiscales, sistema acusatorio y organización del Ministerio Público para una investigación eficiente". En: *Revista del Ministerio Público Fiscal*. Número especial, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal*. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, McGraw Hill, México D.F., 2004.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación oral en juicios orales*. 2ª edición, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001.
- BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. Alternativa, Lima, 2005.

- BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert; BENAVENTE CHORRES, Saby Sandra. "La negociación penal y la conformidad. Una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 10, Nº 81, Lima, 2005.
- BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio*. *La defensa penal y la oralidad*. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal* y *Procesal Penal*. Traducción de Faustino Gutiérrez, Bosch, Barcelona, 1977.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BODES TORRES, Jorge. *El juicio oral en Cuba*. Fenaje, Quito, 2007.
- BOFILL, Jorge. "Preparación del juicio oral". En: *Revista chilena de Derecho*. vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.
- BOVINO, Alberto. "La participación de la víctima en el proceso penal". En: *Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derecho a no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento". En: *La Constitución comentada*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- CAFFERATA NORES, José. "Proceso penal y verdad histórica". En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Derecho Procesal Penal. El procedimiento en los Códigos de la Nación y de la provincia de Buenos Aires*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, El Ateneo, Buenos Aires, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Ejea, Buenos Aires, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. "La imputación penal". En: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.
- CASANUEVA REGUART, Sergio. *Juicio oral. Teoría y práctica*. 2ª edición, Porrúa, México D.F., 2008.
- CASTILLO URBANO, Eduardo; TORRES, Ángel Miguel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi, Madrid, 2000.
- CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediar., Buenos Aires, 1960.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Lerner, Córdova, 1984.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 1987.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral*. Metropolitana, Santiago de Chile, 2003.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. 18ª edición, Porrúa, México D.F., 2002.
- CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- CHRISTIE, Nils. "Los conflictos como pertenencia". En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Proceso penal en el sistema penal acusatorio colombiano*. *Módulo de instrucción para defensores*. 2ª edición, Usaid, Defensoría del Pueblo de Colombia y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.
- DUCE, Mauricio. "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal". En: *Revista de Ciencias Penales Iter Críminis*, Nº 5, México D.F., 2006.
- ESER, Albin. "La posición jurídica del inculpado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1998.
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Labor, Barcelona, 1952.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 5ª edición, Trotta, Madrid, 2001.
- FOSCHINI, Gaetano. "L' autodifesa dell' imputato". En: *Rivista penale*, 1955.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. 2ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ADATO, Victoria. *Prontuario de Derecho Procesal Penal mexicano*. Porrúa, México D.F., 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano*. 3ª edición, Porrúa, México D.F., 2001.
- GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral*. Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Vol. II, Bosch, Barcelona, 1951.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Bosch, Barcelona, 1985.
- GÓMEZ COLOMER, Juan. "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N°1, Palestra, Lima, 1997.

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, Nº 6, 2006.
- GRANADOS, Jaime. "La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia". En: *Revista de Derecho Penal contemporáneo*. Nº 11, abril-junio, Bogotá, 2005.
- GUARNIERI, José. *Las partes en el proceso penal*. José Cajica, México D.F., 1952.
- GUASP, Jaime. "Administración de justicia y derechos de la personalidad". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 17-18, Madrid, 1944.
- GUASP, Jaime. "La pretensión procesal". En: *Estudios Jurídicos*. Civitas, Madrid, 1996.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*. Porrúa, México D.F., 2003.
- GUERRERO PERALTA, Óscar. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José. "Estándares internacionales para la reforma al sistema penal colombiano". En: *Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Volumen I, Jovene, Napoli, 1961.
- LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo I, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Akal/Iure, Madrid, 1999.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004.
- LÓPEZ JUNIOR, Aury Celso. *Sistemas de instrucción preliminar en los Derechos español y brasileño*. *Con especial referencia a la situación del sujeto pasivo del proceso penal*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho-Departamento de Derecho Procesal, Madrid, 1999.
- LUCCHINI, Luigi. *Elemento di procedura penale*. Barbera, Florencia, 1995.
- MADLENER, Kurt. "Derecho Procesal Penal y derechos humanos". En: *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 1998.
- MAIER, Julio. *La ordenanza procesal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*. Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Tomo I, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traducción de Sentis Melendo y Ayerra Redín, tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- MARCHISIO, Adrián. *La duración del proceso penal en la República Argentina. A diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.
- MARTÍNEZ VELAYOS, María Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal*. Universidad de Alicante, Valencia, 1998.
- MATURANA MIQUEL, Cristian. *Los medios de prueba*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2002.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *La función del juez en el Derecho contemporáneo*. Editorial San Marcos, Lima, 2004.

- MONTERO AROCA, Juan. Derecho jurisdiccional. Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. *Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MORA MORA, Luis Paulino. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORENO CATENA, Víctor. "El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito". En: *Hacia un nuevo proceso penal. Manuales de formación continuada*, N° 32, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Madrid, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". En: *Ius et praxis*, Nº 11, Talca, 2005.
- ORONOZ SANTANA, Carlos Mateo. *El juicio oral en México y en Iberoamérica*. 2ª edición, Cárdenas Blasco Editores, México D.F., 2006.
- PALACIO LINO, Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- PEÑA FREYRE, Gonzalo. "La victimología". En: *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo II, ARA, Lima, 2006.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del proceso penal en Latinoamérica y Europa continental". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, APECC, Lima, 2008.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2001.
- QUEZADA, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994.

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "Nuevos órganos de control en la Constitución". En: *La reforma de la Constitución*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Enrique. "Juicio oral". En: *Revista Mexicana de Justicia*. Enero-junio, México D.F., 2005.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.
- RIVERA, Zulema; PALACÍN, Claudio. "El Ministerio Público en la Constitución Nacional". En: *Zeus*. N° 5011, tomo 66, Buenos Aires, 1994.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alonso. *Derecho Penal español*. 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SAID, Alberto. *Los alegatos*. Oxford University Press, México D.F., 2004.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Carrera fiscal". En: *E.D.T.*. N° 106, Buenos Aires, 1984.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "Sujetos procesales dentro del proceso penal colombiano. Acto Legislativo 03 de 2002". En: *Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. VII sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "Razones para excluir la participación de la víctima en el proceso penal colombiano". En: *II Foro sobre la justicia en Colombia. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

- SCHÖNKE, Adolf. “Evolución del Derecho Penal y Procesal Penal en Alemania a partir del año 1945”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo IV, fascículo I, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951.

- SCHÜNEMANN, Bernd. “La reforma del proceso penal”. En: *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. N° 26, Dykinson, Madrid, 2005.

- SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997.

- SOSA ARDITI, Enrique; FERNÁNDEZ, José. *Juicio oral en el proceso penal*. Astrea, Buenos Aires, 1994.

- TORRES, Sergio; BARRITA, Cristian. *Principios generales del juicio oral penal*. Flores Editor, México D.F., 2006.

- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal. La realización penal*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Lerner, Buenos Aires, 1969.

- VIADA LÓPEZ-PUIGCEVER, Carlos. “Comentarios a la sentencia del 22 de diciembre de 1961”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XV, fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962.

- VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

- VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal penal*. Tomo I, Alveroni, Córdoba, 1999.

PÁGINAS WEB

- ABDALA RICAURTE, Ricardo. *Técnicas del juicio oral*. Disponible en: <http://es.geocities.com/avpenal/juicrlkwk.html>.

- ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *Estrategias de litigación oral: teoría del caso*. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos>.

- HARTMANN, Mildred; VILLADIEGO, Carolina; RIEGO, Cristián. *La reforma procesal penal en Colombia*. Disponible en: <www.cejamericas.org/doc/proyectos/informeseguimiento_rppColombia.pdf>.

- LOVERA, Claudio. *Teoría del caso*. Disponible en: <http://www.inecip.org.py/proteccion/download/teoriadelcaso.pdf>.

- MCCULLOUGH, Michael. *Teoría del caso y tema. Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia*. Disponible en: <www.abogadoslitigantes.com.co/Teoría%20del%20Caso.ppt>.

- MONTES CALDERÓN, Ana. *Teoría del caso. Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Usaid-Nicaragua*. Disponible en: <www.cmcaba.jusbaires.gov.ar/content/download/8581/60624/file/teoria_del_caso.pdf>.

- NEYRA FLORES, José Antonio. *Técnicas de litigación oral*. Disponible en: <www.cadperu.com/virtual/file.php/1/moddata/data/3/10/3050/TECNICAS_DE_LITIGACION_ORAL.pdf>.

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. *Modelo de gestión de fiscalías. Procesamiento de casos*. Disponible en: <www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/modelo>.

- RIEGO, Cristian. *La declaración del acusado en el juicio oral*. Disponible en: <www. enj.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download &Itemid=&gid=380>.

- SALAS BETETA, Christian. *Técnicas de litigación oral*. Disponible en: <www.ofdnews.com/comentarios/2460_0_1_0_C/>.

- TORRICO SALINAS, Julio César. *Estrategias de litigación. Teoría del caso y dibujo de ejecución*. Disponible en: <www.gtz-justicia.org.bo/capacitacion/cap_04_eve/005.pdf>.

- VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. *Lecciones aprendidas: introducción de los juicios orales en Latinoamérica*. Disponible en: <www.juanenriquevargas.cl>.

ÍNDICE

Índice

Presentación..... 5

Capítulo 1

El juicio oral en el sistema acusatorio con tendencia adversarial

I. Un nuevo paradigma: el proceso penal como marco de solución de un conflicto de intereses jurídico-penales 9

II. Un nuevo sistema procesal adoptado en la última reforma latinoamericana: el sistema acusatorio con tendencia adversarial..... 18

III. Un nuevo proceso penal: las fases de investigación, intermedia, juicio oral y ejecución 22

1. Etapa de investigación 22
2. Etapa intermedia 26
3. Etapa del juzgamiento o juicio oral 28
4 Etapa de ejecución 28

Capítulo 2

El juicio oral: concepto e importancia como etapa central del proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

I. El derecho constitucional al juicio previo 33

II. El juicio oral en la dinámica de solución de conflictos de intereses 34

III. La necesidad de contar con la etapa del juicio oral en el proceso penal... 37

IV. Principios que rigen el juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal 43
1. Principios vinculados con la actividad probatoria..... 43
2. Principios vinculados al desarrollo en sí del juicio oral 48
V. La preparación del juicio oral 51
VI. Características del juicio oral 53
VII. Estructura del juicio oral 53
VIII. Una necesaria aclaración: ¿el juicio oral tendrá un tiempo de duración en horas? 54

Capítulo 3

Los sujetos procesales que intervienen en el juicio oral

I. ¿Sujetos procesales o partes?..... 61
II. El rol del juez en el juicio oral..... 67
III. El rol del Ministerio Público en el juicio oral 73
IV. El rol de la víctima en el juicio oral..... 78
V. El rol de la defensa en el juicio oral..... 84

Capítulo 4

El planteamiento metodológico para enfrentar adecuadamente el juicio oral: la teoría del caso

I. La necesidad de contar con un planteamiento metodológico: la teoría del caso..... 93
II. Concepto de la teoría del caso..... 97
III. Niveles de análisis de la teoría del caso 100
1. Nivel de análisis fáctico..... 100
2. Nivel de análisis jurídico..... 103
3. Nivel de análisis probatorio 108
IV. Características de la teoría del caso 112
V. Utilidad de la teoría del caso 113

Capítulo 5

Estructura y fase inicial del juicio oral

I. Estructura en la cual se analizará el juicio oral 117
II. La fase inicial del juicio oral 117
1. La delimitación del objeto de enjuiciamiento y la remisión de los actuados al juzgado (unipersonal o colegiado) que llevará a cabo el juzgamiento..... 118
2. La fijación del día y la hora para la celebración de la audiencia, su indicación a los sujetos procesales y a los órganos de prueba que deberán presentarse..... 123
3. El inicio de la audiencia..... 123
3.1. Instalación de la audiencia 124
3.2. Alegatos iniciales o preliminares de los sujetos procesales..... 126
3.3. Pregunta al acusado si está conforme o no con los cargos señalados en la acusación del Ministerio Público 130

Capítulo 6

La fase probatoria del juicio oral: la teoría de la prueba en el proceso acusatorio con tendencia adversarial

I. La segunda fase de la audiencia del juicio oral: la actuación de pruebas . 137
II. Concepto de prueba..... 138
III. Elementos de la prueba 141
IV. Objeto de la prueba..... 142
V. Carga de la prueba..... 142
VI. Las pruebas de oficio 143
VII. Valoración de la prueba 145
VIII. Diferencias entre los actos de prueba y los actos de investigación 145
IX. La prueba anticipada..... 146
X. La estructura de la actividad probatoria durante el juicio oral..... 152

Capítulo 7

La fase probatoria del juicio oral: la declaración del acusado como primer órgano de prueba examinado

I. El acusado como órgano de prueba 159

II. El planeamiento metodológico que debe realizar la defensa..... 162
1. Elementos para diseñar una estrategia de defensa..... 164
2. La entrevista inicial entre el defensor y su cliente..... 166
3. Sobre la recomendación de que el investigado declare o se abstenga 171
4. La preparación al defendido que va a brindar su declaración 172

III. La declaración del acusado en el juicio oral..... 174
1. El derecho del acusado a no incriminarse 175
2. El derecho del acusado de declarar en cualquier momento del juicio oral 178
3. Otros derechos del acusado 179

IV. Toma de la declaración del acusado en el juicio oral..... 181

Capítulo 8

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los testigos

I. Concepto de testigo 187

II. La toma de declaración del testigo..... 188

III. El examen directo del testigo 190

IV. El contraexamen del testigo 198

V. El reexamen del testigo..... 210

VI. El recontraexamen del testigo..... 211

VII. El interrogatorio del testigo por parte del juez..... 212

VIII. Las objeciones 212

IX. El testigo de oídas y su valor probatorio 214

Capítulo 9

La fase probatoria del juicio oral: la declaración de los peritos

I. El rol del perito en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial 219
II. El examen directo de peritos 227
III. El contraexamen de peritos 228
IV. El reexamen de peritos 229
V. El recontraexamen de peritos 229
VI. El interrogatorio de peritos por parte del juez 229

Capítulo 10

La fase probatoria del juicio oral: la prueba material y documental

I. La prueba material 233
II. La prueba documental 238

Capítulo 11

La fase conclusiva o final: los alegatos finales

I. Concepto de la fase conclusiva o final del juicio oral 243
II. Concepto de alegatos finales 243
III. Objeto de los alegatos finales 244
IV. El contenido de los alegatos finales 244
V. Técnicas de argumentación de los alegatos finales 245

Capítulo 12

El juicio oral en Latinoamérica

I. Colombia 251
II. Costa Rica 254
III. Cuba 256
IV. Chile 257
V. Ecuador 259
VI. Guatemala 261
VII. Paraguay 263
VIII. Venezuela 266

Bibliografía 269