

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

DR. DANIEL GADEA NIETO*

SUMARIO

Introducción.	72
Capítulo I: Aspectos generales de la prueba penal.	72
Sección I: Noción general.	72
A. Concepto	72
B. Importancia	73
C. Diferencias	73
Sección II: Los problemas generales de la prueba penal.	73
A. La carga de la prueba.	74
B. Naturaleza de las pruebas admitidas	75
C. Valor probatorio de las pruebas aportadas	76
Capítulo II: La búsqueda y producción de la prueba penal.	77
Sección I: Reglas en la búsqueda y utilización de las pruebas	78
A. Búsqueda de la prueba.	78
B. Utilización de la prueba.	78
Sección II: Apreciación sobre la verificación de la prueba penal.	78
A. Verificación directa	78
B. Verificación indirecta.	78
Conclusión.	80
Bibliografía.	80

* Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

El tema de la prueba en el proceso penal es muy importante para el estudioso y analítico de la problemática que se plantea con respecto a los elementos que permiten establecer la existencia o no de un determinado hecho delictuoso y la posible participación de uno o varios sujetos.

En Costa Rica no es en realidad muy abundante la literatura que desde un punto de vista nacional enfoque los diversos problemas que nos presenta en la realidad cotidiana el proceso penal y por ello se hace imperioso que los investigadores aporten sus puntos de vista al respecto.

El proceso penal parte de la sospecha de la comisión de un ilícito penal y por tal motivo, el Ministerio Público plantea una hipótesis fáctica que debe servir de base al proceso, en donde se va a tratar de

determinar si dicha hipótesis se comprueba para dar base a la acusación o si se desvanece para dar base a un sobreseimiento. Para que la hipótesis planteada por el actor penal pueda determinar alguna de las dos soluciones indicadas es necesario que se introduzcan al proceso datos externos que permitan al juez llegar a una determinada decisión. Lógicamente todo ello nos plantea la circunstancia de determinar a qué parte procesal incumbe establecer las pruebas, cuáles de ellas pueden ser admitidas y luego qué valor se les puede atribuir (capítulo primero).

Lógicamente también adquiere relevancia dentro del proceso penal la forma de cómo se busca y se produce la prueba, la utilización de que ésta es objeto y por último de qué forma se puede llegar a la verificación de ella (capítulo segundo).

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

Sección I Noción general

A. Concepto.

La prueba es aquel medio que permite afirmar la existencia o no existencia de un hecho determinado, o la exactitud o falsedad de una situación.¹

En una denominación genérica prueba significa "todo medio que produce un conocimiento cierto o probable de cualquier cosa".²

Dentro del proceso penal que se instaura, la prueba busca demostrar la existencia de un ilícito penal y sobre todo establecer el grado de participación del sujeto activo del hecho, es decir, si es autor, coautor, cómplice u otro activo del hecho, es decir, si es autor, coautor, cómplice o instigador.

El proceso penal gravita necesariamente sobre el problema esencial de la prueba, ya que ella encamina el proceso hacia una determinada decisión. La

prueba dentro del proceso toca en realidad a todos los sujetos: con respecto al juez, se trata del medio idóneo para determinar su convicción, con respecto al actor penal, es el medio que tiende a comprobar la existencia del delito y la responsabilidad de su autor, con respecto al imputado, permite en cierta forma desmentir la hipótesis que lo incrimina o aminorar dicha imputación.

La prueba es entonces una fuente legítima de conocimiento de la verdad real o histórica que el proceso penal aspira a descubrir para dar base a la actuación justa de la ley sustantiva.³

Hay dentro del concepto de prueba una necesidad de aludir a los elementos objetivos que pueden encontrarse o no en los medios de prueba disciplinados por la ley —a fin de exigir que ellos siempre

1. Merle R. et Vitu A., *Traité de Droit Criminel. Procédure Pénale*, Éditions Cujas, Paris, 1979, pág. 154.

2. Longhi S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921, pág. 4.

3. Vélez Maricónde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, tomo I, 1980, pág. 341.

provengan del mundo externo—⁴. Esta necesidad exterior se presenta con el objeto de que los sujetos procesales puedan valorar y controlar los medios de prueba.

B. Importancia.

Dentro de un proceso penal la prueba trata de establecer si se cometió o no un ilícito penal y sobre todo determinar la participación material de los inculcados.

El proceso penal trata de establecer la verdad real de los hechos, en contraposición a la verdad formal o aparente que surge del proceso civil. La verdad en sí misma es absoluta, pero la percepción que el hombre hace de ella es relativa, en virtud de una serie de circunstancias que rodean el medio de conocimiento humano —que de por sí es imperfecto—, lo cual provoca relatos diversos ante hechos únicos.

Desde este punto de vista el hombre no podría llegar a la exactitud:

"En una óptica fundada en el materialismo dialéctico, los criminalistas soviéticos afirman al contrario como un dogma que los jueces deben y pueden llegar a conocer la verdad absoluta, llamada por ellos verdad objetiva; critican entonces como anticientífica la teoría burguesa y subjetivista, según la cual el juez no puede alcanzar más que una probabilidad acerca de la verdad total".⁵

En materia penal la prueba debe buscarse de manera muy delicada y a veces muy difícil, pues los hechos sobre los cuales se debe investigar pertenecen al pasado. La labor del juez entonces es como la de un historiador, el cual muchas veces parte de indicios inciertos, tratando de reconstruir la actitud de los seres humanos.

El trabajo del juez con respecto a la prueba tiene en más de los casos a complicarse, ya que hay que tomar en cuenta que muchas veces el delincuente trata de ocultar sus actos y borrar las huellas, ayudado muchas veces por cómplices.

C. Diferencias.

Cualquier proceso civil o penal no podría lograr su objetivo si el juez no dispone de pruebas que le permitan establecer su convicción, para poder llegar a una determinada decisión.

El proceso civil y el proceso penal tienen un aspecto que los une, pues en ambos, las partes no pueden ser juzgadas sin haber sido escuchadas por el juez, o al menos estar en medida de presentar sus propias observaciones y defenderse: el principio del contradictorio es esencial en uno y otro proceso y conlleva consecuentemente una libertad necesaria para cada parte (actor, demandado o imputado) en el escogimiento de los medios de defensa o de ataque, de acuerdo con la actitud que se pretende tomar en el proceso.

Pero, aparte de tal punto idéntico de partida, las dos ramas del Derecho se separan y establecen una marcada diferencia. Por mucho tiempo el proceso civil ha estado dominado por el principio fundamental de la neutralidad del juez, es decir, por su pasividad. Esto conlleva en la práctica a un proceso civil en el cual las partes juegan un rol importante dentro de lo que configura el campo del litigio, en el sentido de que ellos son libres de proponer al tribunal las pruebas que consideran útiles para fundamentar sus pretensiones.

Por otra parte, todo lo contrario ocurre en el proceso penal, pues la prueba no es dejada a la discreción de las partes, ya que el juez penal juega un papel totalmente activo dentro del proceso. El juez penal tiene un poder-deber de descubrir la verdad y buscar cualquier elemento probatorio válido que sirva para formar su convicción, pudiendo incluso ampliar aquellas pruebas producidas por las partes que le parecen insuficientes. Hay dentro del proceso penal una preocupación constante por la búsqueda de la verdad, lo cual explica además la existencia de una fase específica, destinada a recoger pruebas que es la fase de la instrucción formal.

Sección II

Los problemas generales de la prueba penal

Dentro de la problemática que prevalece con respecto de la prueba dentro del proceso penal hay tres situaciones que conviene analizar: el aspecto de

la carga de los hechos a probar, la naturaleza de las pruebas admitidas y el valor probatorio de las pruebas aportadas.

4. Sentis Melendo, S., *Fuentes y medios de prueba*, Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968, Buenos Aires, Nº 2, pág. 44.

5. Troussou, *Introduction a la théorie de la preuve judiciaire*, Moscou, 1965, pág. 12 y sigs.

A. La carga de la prueba.

Hay que hacer dentro de este análisis una distinción entre la prueba de hechos y la prueba sobre el Derecho, para establecer en lo que interesa, que la carga de la prueba no se refiere a las cuestiones de derecho, sino que está limitada a las cuestiones de hecho.

En efecto, las reglas de derecho son conocidas por el juez y la prueba no va dirigida al elemento legal de la infracción, sino que versa sobre la existencia del hecho delictuoso (elemento material y elemento moral), así como sobre la imputabilidad de la persona perseguida.

El problema de la carga de la prueba nos presenta un primer principio que establece que son los demandantes del proceso penal (Ministerio Público y actor civil) a quienes incumbe establecer el delito y la participación de la persona imputada: "*actori incumbit probatio*", o también "*la charge de la preuve pèse sur le demandeur*".⁶

Un segundo principio establece que el imputado que invoca un medio de defensa, debe establecer esa realidad; el imputado debe entonces probar lo que alega en su beneficio: "*reus in excipiendo fit actor*", o también "*le demandeur est tenu de prouver ce qu'il soutient*".⁷

Estos dos principios mencionados que son bien conocidos dentro del proceso civil, podría pensarse que tienen el mismo sentido y aplicación dentro del proceso penal. Dentro del proceso civil se da una óptica de tratar de establecer cosas en beneficio propio para obtener el reconocimiento de una determinada pretensión. Mientras que en el proceso penal no hay lucha pues el Ministerio Público no puede considerarse como un adversario del imputado, tratando de buscar su condena, sino que es representante de la sociedad que trata de establecer la verdad real dentro del proceso. En tal sentido, hay un poder-deber de parte del Ministerio Público de invocar dentro del proceso todo aquello que pueda beneficiar al imputado o inculparlo.

Hay luego un tercer principio que se expresa en el adagio de *in dubio pro reo: le doute profite à*

l'accusé.⁸ Aquí se establece que al imputado se le presume inocente hasta tanto no se hayan aportado pruebas decisivas de su culpabilidad que provoquen una sentencia de condena que esté firme.

"Si bien para dictar una sentencia condenatoria se necesita la necesaria certeza de la comisión del hecho punible por el acusado, es lo cierto que respecto de una absolutoria no es condición —sine qua non— que el Tribunal esté convencido de una inocencia, ya que en favor del reo siempre está el principio de inocencia que consagra nuestra Constitución Política".⁹

Este principio de la duda favorable modifica en cierta medida la carga de la prueba.

1) La presunción de inocencia.

El objeto del proceso penal es transformar la sospecha que sirve de fundamento a la persecución en una certeza suficiente que permita pronunciar una sentencia de condena. Cuando la acusación no puede establecer la infracción dentro de sus diversos elementos constitutivos y probar la culpabilidad, el imputado debe ser liberado de cualquier cargo.

El imputado goza de una prueba positiva de "no culpabilidad" mientras no se establezca completamente lo contrario. Incluso el imputado no está obligado a establecer su inocencia mediante pruebas totales, sino que basta que se cree una duda suficiente que impida al juez llegar a la certeza: "En el juicio de valor que debe emitir el Tribunal penal para fundamentar una condenatoria, no basta la duda ni aún la posibilidad cercana a la certeza, ya que es absolutamente necesario que se llegue al convencimiento, no sólo de la existencia del ilícito, sino de la participación culpable del imputado".¹⁰

"En materia penal existe la presunción de inocencia, en virtud de la cual la duda beneficia al acusado y este debe ser tratado como inocente hasta que se llegue a la convicción de culpabilidad".¹¹

Por el contrario a lo dicho, la acusación sólo puede tener éxito si hay pruebas decisivas que permitan formar una certeza total y absoluta en la convicción del tribunal sentenciador.

6. Merte y Vitu A., *op. cit.*, pág. 158.

7. *Ibidem*.

8. *Ibidem*.

9. Tribunal Superior Segundo Penal, Nº 174 de 16,15 horas del 4 de setiembre. Causa contra J.A.C.G. por robo agravado en daño de G.M.Q.

10. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 91 de 10,45 horas del 25 de abril de 1980. Causa contra J.A.G.M. por robo agravado en perjuicio de M. de S. J.

11. Sala de Casación, 1973, I Semestre, Nº 50, contra Alvarado Ramírez y otro.

2) La prueba impuesta al actor.

El Ministerio Público se ve en la obligación a título principal de establecer los diversos elementos de la infracción supuestamente cometida y la culpabilidad de la persona imputada.

Paralelamente la parte civil aportará sus propias pruebas que vienen a complementar la ofrecida por el actor penal.

El principio de actor: *incumbit probatio* es impuesto dentro del proceso penal para efectos de seguridad de los individuos, porque si el autor no puede aportar la prueba de aquello que acusa y transformar en certeza las sospechas que se establecieron sobre la persona perseguida, esta debe ser liberada de todo cargo: el juez sólo puede condenar si está convencido de la culpabilidad:

"Un único elemento probatorio en autos no puede fundamentar el enjuiciamiento y prisión contra la imputada, ya que resulta insuficiente para determinar una resolución represiva".¹²

En síntesis, el imputado no tiene que establecer su buena fe o su falta de participación en la infracción, ya que es un deber de la acusación de establecer la prueba completa contra él.

3) La situación del imputado.

En principio, el imputado que alega un hecho en su defensa que tienda a establecer su falta de responsabilidad, o disminuir o atenuar esa responsabilidad y a excluir o destruir ciertos elementos de la infracción, debe aportar la prueba. En ese sentido el imputado adquiere su carácter de demandante: *"reus in excipiendo fit actor"*. Por tal motivo es necesario a veces que el imputado tome la iniciativa y una posición activa con respecto a la prueba para tratar de destruir la primera impresión causada con la prueba de cargo. Esto lo llevará a presentar dentro del proceso todas aquellas pruebas que le sean favorables para prevenir una resolución desfavorable conforme se vaya desarrollando el proceso.

B. Naturaleza de las pruebas admitidas.

El proceso penal admite el principio de la libertad de la prueba que refiere a la circunstancia de que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo

las excepciones expresamente establecidas por la ley.

Diversas razones justifican este principio: dentro del proceso penal se trata de establecer hechos y no actos jurídicos; la prueba no se puede constituir de previo como sucede en materia civil; por otro lado, los delincuentes actúan difícilmente desenmascarados, esforzándose por ocultar sus actos y pistas que pudieran comprometerlos; la lucha contra la delincuencia resultaría prácticamente imposible, si se siguiera un sistema probatorio muy rígido que excluyera ciertas pruebas. Sólo la ley, por razones especiales, puede excluir en ciertos casos determinado medio de prueba o prohibir el establecimiento de hechos de cierta manera.

1) Límites impuestos por principios generales.

El juez penal nunca puede formar su convicción sobre hechos que no hayan sido producidos durante el debate y sometidos a la libre discusión de las partes, porque si no la convicción del tribunal sentenciador se formaría fuera del proceso.

La búsqueda de la prueba debe ser conducida según el procedimiento correcto en armonía con los valores morales admitidos por nuestra civilización.¹³

El problema se manifiesta también desde la perspectiva del interrogatorio hecho al imputado y a las personas sospechosas. Se debe tomar en cuenta que para que el proceso se mantenga dentro de un plano objetivo, el interrogatorio debe ser leal y no pueden los jueces de debate —aprovechándose de su posición— utilizar triquiñuelas o violencia: el juez no puede mostrar al acusado sus sentimientos de desprecio o de desconfianza hacia su persona.¹⁴

El sentimiento de la objetividad y de lealtad debe entonces privar dentro del interrogatorio, porque si no la función judicial se deshonra para aquellos que manifiestan con sus actitudes un profundo desprecio por la dignidad humana.

Otras veces se dan casos dentro de la fase de juicio donde el juzgador muestra una "pereza de espíritu", pues prefiere a todo precio la confesión que la búsqueda a veces difícil de otros elementos de prueba.¹⁵

12. Tribunal Superior de Alajuela, N° 920 de 16,00 horas del 28 de octubre de 1975. Causa contra C.M.G. por apropiación indebida en daño de J.M.C.H.

13. Bougat Pierre, *La loyauté dans la recherche des preuves, Mélanges Huguenev*, Paris, 1964, pág. 155 y sigs.

14. Rousselet M., *Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle. Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1946, pág. 50 y sigs.

15. Graven J., *Le problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal. Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1950, pág. 313 y sigs.

2) Límites legales.

Cuando se establece que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo las limitaciones propias establecidas por la ley, como es el caso de la tutela que recibe el llamado secreto profesional, para todas aquellas personas que en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte han tenido noticias de un hecho determinado.

También se dan ciertas limitaciones con respecto al uso que moderadamente se le puede dar a las grabaciones, conversaciones telefónicas, video casetes, etc., incluso dentro del marco de la instrucción preparatoria.¹⁶

En ese sentido, cierta jurisprudencia extranjera, específicamente la Corte de Casación en Francia, ha considerado que las pruebas así obtenidas no constituyen una confesión válida dentro del proceso como plena prueba, sino que solamente un indicio susceptible, junto con otros indicios, en los cuales el juez puede fundamentar su convicción, a condición de que dichos elementos probatorios hayan estado a la libre disposición de las partes.¹⁷

C. Valor probatorio de las pruebas aportadas.

Hay tres sistemas que se han desarrollado con respecto a la apreciación de la prueba: el de la prueba legal tasada, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional.

1) Sistema de la prueba legal.

Este sistema consiste en una tarificación que se da al valor de los diversos elementos de prueba. Cuando una prueba es introducida al proceso, ésta se impone al juez con un valor probatorio exacto impuesto por la ley o la costumbre. El juez debe condenar cuando la prueba se produce y liberar cuando la prueba no es aportada.

El origen de la prueba legal se da en el bajo imperio romano, con el abandono al recurso de jurados populares y mediante la concentración del poder jurisdiccional en manos de magistrados profesionales en la llamada "*cognitio extraordinario*". Este tipo de prueba se le encuentra luego en la Europa medieval y postmedieval.

Dentro de este sistema se distinguía las pruebas plenas que tenían como consecuencia la condena o una pena ordinaria (por ejemplo: dos testigos

concordantes en su declaración; una confesión obtenida por medio de la tortura, etc.). Existían además las pruebas semiplenas que eran insuficientes para llegar a la condena de una pena ordinaria, pero que sí permitían el pronunciamiento de una pena reducida (por ejemplo: un solo testimonio o una confesión extrajudicial). Por último existían las pruebas imperfectas o legales que eran el resultado de simples sospechas y eran insuficientes para una condena, pero sí daban inicio al proceso penal.

"Con este sistema de prueba los jueces no eran libres de dar a cada disposición, a cada indicio, a cada elemento de prueba, el valor que a su criterio se les debía atribuir, este valor era preventivamente determinado por las leyes... El magistrado expresaba, más que una sentencia propia, la del legislador".¹⁸

2) Sistema de la íntima convicción.

Este sistema aparece con la Revolución Francesa mediante la reinstalación del procedimiento acusatorio.

Dentro de este sistema el juez aprecia libremente el valor de las pruebas. Pero esta libertad de apreciación nunca puede concebirse como un razonamiento arbitrario, ya que el juez siempre debe seguir un método lógico en la evaluación de los elementos probatorios que le son aportados: a la legalidad en la búsqueda y producción de pruebas, se opone la libertad en su apreciación.¹⁹

Dentro de este sistema la ley no pide cuentas a los jueces (Tribunal Colegiado: magistrados juristas junto con jurado popular, siendo estos últimos quienes establecen la responsabilidad del imputado y los magistrados imponen la pena) de los medios por los cuales se llegó al convencimiento; la ley les prescribe de cuestionarse a cada jurado en el silencio y en recogimiento y de buscar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión ha causado sobre la razón de cada uno de ellos las pruebas aportadas contra el acusado y los medios para su defensa, la ley entonces lo único que les determina es a cuestionarse para formar una íntima convicción.

El sistema de la íntima convicción rige aquellos procesos penales como el francés que recoge esta regla en el artículo 353 del Código Procesal Penal de

16. *Ibidem*.

17. Jurisprudencia francesa: Crim. 12 juin 1952, Crim. 18 février 1958.

18. Longhi S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921, pág. 26.

19. Essaid, *La présomption d'innocence*, Paris, 1971, pág. 284 y sigs.

Francia. Pero hay que advertir que esta regla aplicada para la fase de la audiencia, también puede ser aplicada por el Procurador de la República francesa, cuando en la investigación preliminar, éste decide de proseguir el proceso o dé su archivo.

3) Sistema de la libre convicción o de sana crítica racional.²⁰

Dentro de este sistema no se imponen al juez normas previamente establecidas por la ley con respecto al valor que se le debe dar a un determinado elemento probatorio.

El ingreso de la prueba al proceso va a depender del criterio discrecional que tiene el juez dentro del proceso, tanto en la fase de instrucción como de debate, lo cual lo va a llevar a aceptar sólo aquella prueba referida a hechos conducentes que tengan una relación directa o indirecta con el objeto del proceso.

Aportada la prueba, esta debe ser valorada por el juez conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La lógica se refiere a las leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar qué tipo de juicios son necesariamente verdaderos o falsos.²¹

Las leyes supremas del pensamiento están constituidas por las reglas de la coherencia y la derivación.

Se entiende por coherencia de los pensamientos, la concordancia o conveniencia entre sus elementos.

Por derivación se entiende el hecho de que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado.

De la luz fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber:

- *de identidad*: cuando en un juicio, el concepto sujeto es idéntico (total o parcialmente) al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- *de contradicción*: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos.
- *del tercero excluido*: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible.

A su vez, de la luz de derivación, se extrae el principio lógico de la razón suficiente: por él, todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

Las leyes de la psicología implican el empleo por parte del juez de un procedimiento analítico en la valoración de las pruebas.

"Las normas de la experiencia son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles".²²

Entonces dentro de este sistema ya no hay un convencimiento en lo interno de la persona o inmotivado, sino que debe darse una convicción externa y fundamentada, lo cual hace posible luego el control por los medios de impugnación expresamente establecidos por la ley.

CAPÍTULO II LA BÚSQUEDA Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA PENAL

Dentro del proceso de la búsqueda de la verdad real de los hechos se dan ciertas reglas de acuerdo

con la fase a considerar, pero que imponen a las partes ciertos preceptos que deben ser seguidos.

20. "Libre convicción" es una fórmula de origen alemán que es empleada por los procesalistas italianos: "sana crítica" es una expresión de origen español. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Argentina, tomo I, pág. 353.

21. De la Rúa, Fernando, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo argentino*. Víctor P. de Zavallia, Editor, Buenos Aires, 1968, pág. 181.

22. *Ibidem*, pág. 186.

Sección I

Reglas en la búsqueda y utilización de las pruebas

A. Búsqueda de la prueba.

La búsqueda de la prueba tiene como primer objetivo establecer elementos probatorios válidos y suficientes para que el juez de instrucción pueda determinar, sea el sobreseimiento del imputado o tener la base para la elevación de la causa a juicio.

Para tal motivo le son acordados amplios poderes al juez de instrucción en relación con las personas y con los bienes con el fin de que se cumpla con el objetivo del proceso.

La búsqueda de la prueba puede entonces restringir la libertad de las personas cuando se les obliga a comparecer ante el órgano jurisdiccional bajo la pena de ser compelidos por la fuerza pública si no lo hacen. Pero también puede incidir sobre las cosas, cuando por ejemplo se efectúa una diligencia de registro y decomiso.

Dentro de la instrucción preparatoria la búsqueda de las pruebas es secreta y no contradictoria, puesto que normalmente ella es obra del poder inquisitivo que es asignado al juez de instrucción, sin una participación directa en todos los actos del defensor del imputado, el cual sólo es necesariamente admitido en los actos definitivos e irreproducibles.

La búsqueda de las pruebas es entonces esencialmente dirigida por el juez con base en el principio de investigación judicial autónomo, y aunque también puede ser sugerida por las partes, el juez sólo dará curso a aquella prueba que sea útil y pertinente para la búsqueda de la verdad.

Dentro de la fase de debate, la búsqueda de la prueba se presenta de una manera excepcional, cuando el tribunal de juicio debe realizar en los llamados actos preliminares del juicio el cumplimiento

de actuaciones no producidas u omitidas por el órgano instructor en la fase llamada de instrucción suplementaria (artículo 353 del Código de Procedimientos Penales).

También dentro de la fase plenaria, en principio, las partes se limitan a ofrecer aquella prueba producida durante la instrucción y así deben establecerlo dentro de la audiencia para ofrecer pruebas (artículo 351 del Código de Procedimientos Penales), salvo que en el curso del debate sea necesaria la recepción de prueba indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, con el carácter de prueba para mejor proveer (artículo 387 del Código Procesal Penal), lo cual puede ser ordenado de oficio o a instancia de parte.

B. Utilización de la prueba.

Las pruebas son utilizadas dentro del proceso para dar contenido al principio del contradictorio. Hay entonces una primera constatación que lleva a oponer las pruebas acusatorias y las pruebas justificativas, o pruebas de cargo y pruebas de descargo. Las primeras tienden a establecer la existencia de la infracción o la imputación del individuo perseguido o llevan a establecer la gravedad de los hechos. Las segundas por el contrario, tienden a eliminar o a minimizar la responsabilidad del imputado, o a atenuar —y hasta eliminar— el carácter delictuoso del hecho inculpado.

También pueden dividirse las pruebas utilizables dentro del proceso en pruebas directas y pruebas indirectas, que comprenderían entre las primeras todo tipo de prueba, salvo los indicios que estarían incluidos en la segunda categoría.

Sección II

Apreciación sobre la verificación de la prueba penal

A. Verificación directa.

Las constataciones directas o materiales constituyen una prueba extremadamente segura, ya que permiten una visión inmediata de la cosa objeto del proceso. Éstas se pueden referir en primer lugar a cosas producidas delante del juez: por ejemplo un arma, un documento difamatorio, una carta amenazadora, etc. Normalmente todas estas piezas de

convicción son obtenidas como producto de allanamientos o de requisas.

Las constataciones también pueden dirigirse hacia la víctima, cuando se le somete a ella a un examen corporal para verificar si la infracción ha dejado trazas sobre ella (heridas, cicatrices); lógicamente si la víctima ha fallecido, las verificaciones materiales deben hacerse sobre su cadáver, reali-

zando la correspondiente autopsia o la exhumación del cadáver.²³ La palabra autopsia significa el estudio del cadáver que el examinador hace con su vista y el objeto de una autopsia médico-legal tiene por objetivo establecer las causas de la muerte, ayudar a establecer la manera de la muerte, la hora y por último tratar de establecer la identidad del fallecido.²⁴

En caso de muerte violenta o sospecha de un ilícito penal el juez de instrucción puede ordenar la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que produjo la muerte (Artículo 238 del Código de Procedimientos Penales). Por otro lado, la exhumación consiste en desenterrar un cadáver ya sepultado, con fines civiles para el traslado de fosa o fines penales para establecer la causa del deceso o verificar la identidad del occiso.²⁵

El imputado también puede ser objeto de verificaciones sobre todo con el fin de realizar un examen mental o una investigación sobre su personalidad e incluso para proceder a verificaciones médicas, clínicas y biológicas. Es importante dentro del Derecho Penal la evaluación psiquiátrica dentro del proceso, sobre todo para establecer la relación de causalidad psíquica de un individuo y sus acciones, o sea, para establecer su condición de imputabilidad.²⁶ Las verificaciones médicas son igualmente decisivas como por ejemplo en delitos sexuales, en donde debe hacerse un examen de la víctima que permita establecer si el himen (membrana que se introduce entre el orificio inferior de la vagina y la vulva) está íntegro, o si hay un desgarramiento o ruptura.²⁷ También el autor del hecho en un delito de violación será objeto de un examen físico para tratar de determinar su posible participación en el acto criminal.

Las verificaciones directas también pueden establecerse sobre planos y fotografías de los lugares de la infracción y de las huellas dejadas al cometerse los hechos.

Por último las verificaciones pueden resultar de una visión directa del lugar de la infracción, cuando el juez o la policía judicial se desplazan personalmente al lugar de los hechos.

B. Verificación Indirecta.

La verificación indirecta se produce por medio de la prueba indiciaria o circunstancial. Ésta consiste en recoger y examinar todos los hechos materiales que pueden conducir al descubrimiento de la verdad.

En la prueba indiciaria el juez parte de los hechos conocidos para llegar a la afirmación de hechos a priori evidentes, por ejemplo, la culpabilidad o la inocencia del imputado.

El juez utiliza un procedimiento lógico donde se establece una necesaria relación entre los hechos conocidos y los hechos a probar.

La prueba indiciaria ha realizado grandes progresos gracias a los descubrimientos y avances de las ciencias físicas o químicas y médicas; la policía científica y la medicina legal fueron producto precisamente de este progreso. A partir de esto se ha querido ver un poco exageradamente a este tipo de prueba como la prueba del futuro, ya se ha dicho que tiene un carácter objetivo y se funda en hechos inequívocos.²⁸

Esta posición es evidentemente errónea puesto que los indicios pueden ser falseados; además la prueba indiciaria tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que los hechos deben ser siempre interpretados.

El campo de la prueba indiciaria es muy amplio en razón de la gran variedad de indicios físicos o psíquicos que pueden ser utilizados y que deben ser recogidos y conservados dentro del proceso penal para que se haga un posterior análisis de parte de un experto.

1) La importancia del experto.

La presencia de un experto o de un perito dentro de la prueba indiciaria adquiere singular importancia ya que esto permite utilizar dentro del proceso penal ciertos indicios o pruebas con la ayuda de conocimientos técnicos particulares, que normalmente ni el juez ni las partes poseen.

23. Brocas, *Le droit d'autopsie*, Paris, 1989, pág. 265.

24. Vargas Alvarado, Eduardo, *Medicina Legal*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1977, pág. 92.

25. *Ibidem*, pág. 96.

26. *Ibidem*, pág. 282.

27. *Ibidem*, pág. 232.

28. Merte y Vitu A., *op.cit.*, pág. 202.

Debe quedar claro que el perito no es un testigo como a veces se pretende, sino que interviene en el proceso únicamente en razón de sus conocimientos técnicos. Esto explica el hecho de que el perito puede en cualquier momento ser reemplazado en el proceso por otro especialista que tenga las mismas capacidades, lo cual no ocurre igual con el testigo que es irremplazable. Pero el perito tampoco es un juez, aunque a partir de los elementos de investigación que se le sometan, deba emitir una opinión motivada e imparcial: sus conclusiones no ligan al juez, pues ellas son, como las otras pruebas, sometidas a la libre discusión de las partes y a la libre apreciación posterior de la prueba.²⁹

2) Valor probatorio del peritaje.

El juez no está ligado a las conclusiones que se emitan en el dictamen pericial. El perito es en efecto como todo ser humano, un sujeto que podrá cometer errores y esto debe ser muy tomado en cuenta en la práctica, ya que muchas veces los jueces tienen cierta tendencia a tomar como una verdad irrefutable lo dicho por el perito, pero nada les impide —y esto sería lo más aconsejable— examinar con una visión crítica las conclusiones del experto, al igual que lo debe hacer con cualquier otro tipo de prueba del proceso penal.

CONCLUSIÓN

Es incuestionable la forma de cómo la prueba influye dentro del proceso penal y de qué manera hace trabajar a los diversos sujetos y personas que intervienen. Esta influencia de la prueba provoca actitudes pasivas o activas en razón de las diversas resoluciones que se vayan tomando de parte del ór-

gano jurisdiccional. Esto nos hace concluir que la prueba es energía que impulsa el proceso penal, pues irradia y trasciende con su presencia una serie de situaciones que conciernen a todas las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

BOUGAT PIERRE, *La loyauté dans la recherche des preuves*. Mélanges Hugueney, Paris, 1964.

BROCAS, *Le droit d'autopsie*, Paris, 1989.

CIESLAK, *L'expertise, son caractère juridique et ses problèmes fondamentaux d'après la procédure pénale polonaise*. *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1874.

DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el Derecho Positivo argentino*, Víctor P. de Zavallía. Editor. Buenos Aires, 1968.

GRAVEN J., *Le problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal*, *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1950.

LONGHI S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921.

VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina Legal*. Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1977.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, tomo I, 1980.

ZOLLINGER, *L'intime conviction du juge un l'innocence*. Travail, Institut de Criminologie de Paris, 1977.

JURISPRUDENCIA.

Jurisprudencia Francesa: Crim. 12 juin 1952, Crim. 18 février 1957.

Tribunal Superior de Alajuela, Nº 920, de 16,00 horas del 28 de octubre 1975. Causa contra C.M.G. por apropiación indebida en daño de J.M.C.H.

Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, Nº 91, de 10,45 horas del 25 de abril de 1980. Causa contra J.A.G.U. por robo agravado en perjuicio de M. de S. J.

Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, Nº 174, de 16,15 horas del 4 de setiembre. Cau-

29. *Ibidem*, pág. 216.

sa contra J.A.C.G. por robo agravado en daño de G.M.Q.
Sala de Casación, resolución N° 50. Causa contra Alvarado Ramírez y otro, I Semestre, 1973.
Merle R. et Vitu A., *Traité du droit criminel: procédure pénale*. Éditions Cujas, Paris, 1979.
Rousselet M., *Les ruses et les artifices dans l'instruc-*

tion criminelle, Revue des Sciences Criminelles, Paris, 1946.
Sentis Melendo S., *Fuentes y medios de prueba, Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1968.
Troussou. *Introduction a la théorie de la preuve judiciaire*, Moscou, 1965.

* * *