

Capítulo V

Las actividades procesales

(funciones procesales)

1. La actividad probatoria

1.1. LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

La actividad probatoria debe organizarse de modo tal de asegurar la vigencia de los siguientes principios:

- Principio de *inocencia* (CADH, artículo 8.2), al que se hizo referencia en el capítulo sobre normas procesales, que proyecta —entre otras— las siguientes consecuencias (a modo de *principios consecuenciales*, a los que también se hizo referencia en el capítulo respectivo):
 - *In dubio pro reo*. Esta regla implica, en síntesis, que la condena requiere la *certeza positiva* acerca de la responsabilidad penal del imputado como grado de aproximación a la verdad, cualquier otro estado excluye la condena. En cuanto a las circunstancias impeditivas o extintivas (estado de necesidad, legítima defensa, por ejemplo), la duda acerca de su configuración en el caso concreto también favorece al imputado. En el plano normativo, resulta necesaria una referencia expresa a este principio; al respecto se destaca la fórmula del CPP Chile, que exige la “convicción fuera de toda duda razonable” como presupuesto de la condena.¹

¹ CPP Modelo: “Artículo 3. [...] La duda favorece al imputado”. CPP Chile: “Artículo 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal

- *El estado de inocencia y la coerción probatoria.* Debe consagrarse a texto expreso el derecho de no autoincriminación (CADH, artículo 8.2).² El imputado tiene derecho a guardar silencio y a que su silencio no sea utilizado en su contra. Esta garantía debe consagrarse en forma expresa a fin de asegurar su vigencia práctica. A vía de ejemplo se cita el CPP Modelo (artículo 41), en cuanto dispone que antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye y “[...] se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio [...]”.³
- Principio de *defensa* (debido proceso legal)
 - El derecho de defensa comprende el *derecho a la prueba*: derecho a ofrecer pruebas, a que éstas sean diligenciadas (previo control de su admisibilidad), a que sean valoradas por el tribunal al dictar sentencia (motivación del fallo con referencia específica a la prueba),⁴ derecho a controlar las

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 [...]”. CPP Chubut: “Artículo 28. DUDA. En caso de duda, se estará siempre a lo que sea más favorable para el imputado, en cualquier instancia y grado del proceso [artículo 44, VI, C.Ch]”.

² CPP Chubut: “Artículo 8. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad.

”Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendiente a que el imputado declare contra sí mismo o a menoscabar su voluntad.

”A la declaración del imputado deberá asistir siempre su defensor [artículo 45, IV y I, C.Ch.]”.

³ CPP Chubut: “Artículo 82. DERECHOS DEL IMPUTADO. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible que a él le asisten los derechos siguientes: [...] 2) a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad [...]”. El CPP Chile contiene una regulación similar en su artículo 93.

⁴ A vía de ejemplo: CPP Chubut: “Artículo 25. DECISIONES JUDICIALES. REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. SENTENCIA. MOTIVACIÓN. Todas las decisiones

- pruebas aportadas por la contraparte y las decisiones del tribunal en materia probatoria (impugnación de decisiones probatorias).
- El derecho a la prueba rige desde las primeras actuaciones, incluso durante la investigación preparatoria y durante la sustanciación de la solicitud fiscal de prisión preventiva.
 - El derecho a la prueba exige que el rechazo liminar de un medio de prueba sólo pueda fundarse en razones de admisibilidad, manifiesta inconducencia o impertinencia, y en caso de duda debe primar el derecho a la prueba.
 - Principio de *igualdad* de partes, con referencia particular al ámbito probatorio (*efectiva* igualdad de oportunidades de aportación de prueba y de control de la actividad probatoria).
 - Principio de libertad probatoria: derivado del derecho a la prueba y referido principalmente a los medios de prueba admisibles, con el límite de las pruebas inadmisibles (prohibidas por la regla de derecho).
 - Principios de *oralidad* y *publicidad* (CADH, artículo 8, numeral 5). Debe consagrarse la publicidad interna desde las primeras actuaciones (investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público), aunque puede limitarse a título excepcional y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar la eficacia de una medida probatoria. La publicidad externa rige durante el proceso

judiciales, salvo las de mero trámite, deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal [Artículo 169, I, C.Ch.] e indicarán el valor asignado a cada medio de prueba.

”La misma exigencia rige para los requerimientos y conclusiones de los acusadores.

”Sin perjuicio de lo que se dispone para los supuestos de intervención de jurados, las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

”La fundamentación no se podrá reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales [...]”.

penal y se encuentra limitada durante la investigación preparatoria, como garantía para el imputado.⁵

- Principio de *inmediación*. Previsto en el sistema legal vigente (CPP, artículo 135), no tiene aplicación práctica en la generalidad de los casos (aunque en algunos el juez recibe directamente la declaración del imputado o de testigos, con presencia del defensor y del Ministerio Público). A fin de asegurar su vigencia práctica resulta conveniente trasladar la fórmula legal prevista para el proceso civil, que incluye una referencia expresa a la nulidad insanable en casos de delegación de la actividad probatoria por parte del tribunal.⁶ En el derecho comparado se destaca la fórmula del CPP Modelo, que se reitera en otros sistemas regionales.⁷ Con relación a la estructura del proceso penal, la *inmediación* rige indudablemente durante la etapa del juicio oral (tras la acusación fiscal) que se concentra en audiencia, pero también en las etapas iniciales (investigación preparatoria) fundamentalmente en la anticipación jurisdiccional de pruebas. Insistiendo en el aspecto estructural del proceso, la vigencia del principio de *inmediación* determina que la prueba obtenida durante la investigación preparatoria no pueda servir de fundamento a la sentencia de condena, salvo la prueba anticipada

⁵ A vía de ejemplo, CPP Chubut: “Artículo 281. CARÁCTER DE LAS ACTUACIONES. El procedimiento preparatorio será público para las partes o sus representantes, pero no para terceros, salvo las audiencias orales [...]”.

⁶ CGP, artículo 8.

⁷ CPP Modelo: “Artículo 291. *Inmediación*. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

”El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusare asistir, será custodiado en una sala próxima y representado a todos los efectos por su defensor.

”Si el defensor no comparece al debate o se aleja de la audiencia, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el artículo 63”.

- diligenciada ante el juez de garantía y con control del imputado.⁸
- *Identidad física* del tribunal. Conectado con el anterior principio, la identidad física del juez procura asegurar que la sentencia de mérito sea pronunciada por el juez o tribunal del juicio oral que presenció la audiencia de prueba (inmediación). Ello determina que la sentencia sólo puede fundarse en la prueba producida en el debate oral (en audiencia), con plena vigencia de las garantías del contradictorio, y no en la prueba diligenciada por el Ministerio Público durante la investigación preparatoria (con la excepción de la anticipación jurisdiccional de prueba en esta etapa, de medios definitivos e irreproducibles).
 - Principio de *continuidad de las audiencias*. Su vigencia efectiva requiere la fijación de plazos máximos para la convocatoria a la audiencia preliminar y para la audiencia de prueba o debate oral.
 - Principio de *imparcialidad*. En su conexión con la prueba, el principio de imparcialidad frente al caso exige la separación de la función de investigar (que corresponde de principio al titular de la acción) y juzgar.⁹ Nos remitimos en este punto a lo expuesto en las bases sobre normas procesales (principios). En el plano estructural, la tendencia de los nuevos modelos legales refleja la separación competencial entre el juez de garantía o de instrucción (que interviene en la etapa de investigación

⁸ A vía de ejemplo: CPP Chubut, artículo 258. VALOR DE LAS ACTUACIONES. Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, salvo aquellas que fueran recibidas de conformidad con las reglas de los anticipos de prueba y las que este Código autoriza excepcionalmente introducir al debate por lectura.

⁹ A vía de ejemplo, se reitera la fórmula del reciente CPP Chubut, artículo 18: "SEPARACIÓN DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGAR Y DE JUZGAR. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal.

"Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa".

preparatoria) y el juez o tribunal del juicio oral (que interviene en la audiencia tras la acusación y decide la causa).

- Principio *acusatorio* y principio de congruencia. Con referencia particular al ámbito probatorio, el principio acusatorio exige que la prueba esté referida a los hechos alegados por las partes (no introducidos de oficio por el tribunal), y la regla de congruencia exige que la sentencia esté referida a los hechos alegados por las partes (y a la prueba sobre esos hechos).
- Principio de *aportación de parte*. Conectado con el acusatorio, aunque con un perfil conceptual propio, el principio de aportación de parte determina que, de regla, la aportación de pruebas corresponde a las partes, no al tribunal. En este punto, el principio de separación de funciones previsto en el artículo 18 del CPP Chubut puede constituir una pauta interpretativa eficaz.¹⁰

1.2. LOS MOMENTOS DE LA PRUEBA

Según lo expuesto en el capítulo sobre estructura del proceso penal, y siguiendo la tendencia de las reformas procesales en la región, se distinguen los siguientes momentos o etapas de la prueba:

- *Etapas de investigación preparatoria*. Es dirigida por el Ministerio Público como titular de la acción, con el control del juez de garantía y con vigencia del contradictorio, y admite la proposición de pruebas por el imputado con reclamación ante el juez de garantía en caso de denegatoria infundada (CPP Chubut). Se prevé el anticipo jurisdiccional de prueba a solicitud de cualquiera de las partes, la que debe diligenciarse ante el juez de garantía.
- *Etapas del juicio oral*. Las partes podrán proponer la prueba en sus respectivos actos introductorios (acusación y contestación

¹⁰ Véase nota anterior.

de la acusación), cuya admisibilidad será definida en la audiencia preliminar, donde se fijará el objeto de la prueba y se ordenará el diligenciamiento de los medios admitidos en el auto de apertura del juicio oral (CPP Chubut, artículos 295 ss.; CGP, artículo 340 ss.).

1.3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1.3.1. CONCEPTO. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN

La valoración de la prueba consiste en una operación intelectual que el tribunal realiza en la sentencia (definitiva o interlocutoria) y por la cual resuelve acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que forman parte del objeto de la prueba, en función de los medios probatorios admitidos y diligenciados en el proceso (principal o incidental).

Debe distinguirse la valoración de la prueba, como operación intelectual, de la eficacia de los medios probatorios, como resultado de dicha operación intelectual. El tribunal debe valorar la prueba en función del sistema adoptado por el sistema jurídico correspondiente, y como resultado de esa actividad puede llegar a tres posibles resultados: se convence plenamente acerca de la existencia o inexistencia de los hechos (certeza), se convence pero sólo en grado de probabilidad (verosimilitud), o, finalmente, se encuentra en un estado en el que existen tantos elementos que indican la existencia como elementos que indican la inexistencia del hecho (duda).

Desde una perspectiva teórica, esta tarea del tribunal es por completo independiente de la atribución o no de una iniciativa probatoria de oficio. En consecuencia, es posible la existencia de un sistema inquisitivo o acusatorio en el que se consagre cualquiera de los sistemas de valoración: un sistema inquisitivo con prueba tasada, sana crítica o libre convicción, o un sistema acusatorio con prueba tasada, sana crítica o libre convicción.

Sin embargo, la experiencia histórica demuestra que el tema de los sistemas de valoración de la prueba replantea, en un nivel micro, el

tema general de los sistemas procesales: el sistema de valoración tasada o tarifada es generalmente adoptado por los sistemas inquisitivos; el sistema de valoración razonable o de la *sana crítica* es propio de los sistemas acusatorios cuando el tribunal es el propio Estado representado por los jueces o cuando se adopta el sistema de tribunal escabinado; el sistema de la íntima convicción se vincula íntimamente con los sistemas acusatorios que consagran un tribunal popular o el jurado.

En consecuencia, en el marco de un sistema acusatorio como el propuesto, en que el tribunal es el propio Estado, debería optarse por el sistema de la sana crítica.

1.3.2. DERECHO COMPARADO

Los códigos tenidos en cuenta en este informe, que en mayor o menor medida regulan un proceso acusatorio en el que el tribunal es el Estado representado por sus jueces, optan por el sistema de la sana crítica (CPP Modelo, artículo 149; CPP Argentina, artículos 241, 263, numeral 4.º, y 398; CPP Bolivia, artículos 173, 194 y 359; CPP Córdoba, artículo 193; CPP Costa Rica, artículo 184; CPP Chubut, artículos 25 y 329; CPP Paraguay, artículo 175).

Aunque sin utilizar la denominación *sana crítica*, el CPP Buenos Aires establece que para la valoración de la prueba “sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción”, y esta regla es aplicable “en cualquier etapa o grado de los procedimientos” (artículo 210, según ley 12 059).

El CPP Chile, en el mismo sentido, dispone que los tribunales deben valorar la prueba “con libertad”, pero “no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados” (artículo 297). Este último modelo es particularmente exigente en requerir el “señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados”, para “permitir

la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia” y, además, la indicación de las pruebas que hubiere desestimado, “indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

1.3.3. RÉGIMEN EN LAS NORMAS NACIONALES

La Constitución Nacional no impone expresamente un sistema de valoración probatorio. Sin embargo, si recordamos que nuestra Carta consagra un sistema acusatorio, de acuerdo con lo que indica la historia de este sistema podemos colegir que prefiere un sistema de valoración basado en las reglas de la sana crítica (cuando el tribunal es el Estado: artículos 15, 16 y 233, entre otros) o un sistema basado en la íntima convicción (si se decidiera adoptar el enjuiciamiento por jurados: artículo 13).

La preferencia constitucional por el sistema de la sana crítica en el caso de que el tribunal sea el Estado también puede inferirse del artículo 236 numeral 1.º, que en los procesos de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia exige el dictado de una sentencia definitiva motivada, y del propio artículo 12, que exige una sentencia “legal”, ya que de esta norma se ha inferido la exigencia de una sentencia motivada en forma racional, completa y legítima.

En las normas internacionales puede arribarse a la misma conclusión, en cuanto se adopta un sistema acusatorio. En el caso de los procesos que tramitan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguno de los reglamentos de este tribunal internacional (adoptados en virtud de su Estatuto) opta expresamente por ningún sistema de valoración, pero en su jurisprudencia aplica el sistema de la sana crítica (así lo señalan recientemente, entre otros, Alirio ABREU BURELLI, juez de la Corte, y Héctor FIX ZAMUDIO).

El CIC original, cuando el tribunal era el Estado, adoptaba como regla general el sistema de la sana crítica, aunque consagrando varios supuestos de prueba tasada (artículos 223, 237 y 251), y cuando el tribunal

era un jurado se establecía el sistema de la libre convicción (artículo 301), con expresiones muy similares a la ley francesa de 1791, aunque no se podía imponer pena de muerte “sino cuando medien pruebas tan claras como la luz del día”; la confesión no era suficiente si no estaba acompañada de otras pruebas (artículo 312). Esta última norma quedó derogada con la abolición de la pena de muerte, en 1907, y el artículo 301 corrió la misma suerte al suprimirse el jurado, en 1938. Finalmente, la libre convicción fue consagrada para ciertos casos especiales: delitos de proxenetismo (artículo 8.º de la ley 8 080), usura (artículo 9 de la ley 14 095), usurpación (artículo 82 del decreto ley 14 219) y juegos de carreras de caballo y quinielas clandestinos (artículo 6.º del decreto ley 14 319).

El CPP vigente consagró como regla la sana crítica (artículo 174), pero sin derogar las previsiones de leyes especiales con referencia a determinados hechos delictivos, expresión que alude a las leyes recién mencionadas que adoptaron la libre convicción para casos excepcionales. Luego de la aprobación del CPP, se agregaron nuevos casos en que se prefirió la libre convicción: procesos a autores y coautores de homicidio intencional consumado en el marco de la ley de amnistía (artículo 9, inciso 2.º, de la ley 15 737), delitos y faltas por actos de violencia en escenarios deportivos (artículo 4 de la ley 16 359); delitos vinculados a estupefacientes (artículo 61 de la ley 17 016, ley 17 343 y artículo 8.º de la ley 17 835, en la redacción dada por el artículo 28 de la ley 18 026).

Según lo que hemos señalado, las leyes procesales penales predominantemente inquisitivas, como las que han regido en nuestro país desde su independencia hasta el presente, generalmente adoptaron un sistema de prueba tasada; sin embargo, en conjunto con algunas manifestaciones acusatorias en sus etapas finales y gracias a la influencia de las reformas procesales penales posteriores a la Revolución Francesa de 1789, en nuestro país se optó por el sistema de la sana crítica.

Finalmente, el CPP 1997 (que nunca entró en vigencia), de corte acusatorio “atenuado”, al decir de sus autores, eligió el mismo sistema de la sana crítica como regla, sin perjuicio de la subsistencia de leyes especiales

y de la consagración expresa de la regla de la indivisibilidad de la confesión del imputado (artículo 133).

1.3.4. RÉGIMEN A ADOPTAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma, si se opta por consagrar un sistema acusatorio con el Estado como tribunal, debería mantenerse el sistema de la sana crítica. Sin perjuicio de la larga tradición de ese sistema en nuestro país, sería deseable consagrar una norma similar a la mencionada del CPP Chile, que establezca el deber del tribunal de señalar los medios de prueba mediante los cuales se tuvieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, de modo de permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegara la sentencia, y el deber de indicar las pruebas que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones que haya tenido en cuenta para hacerlo. De ese modo se estaría cumpliendo cabalmente el mandato constitucional que exige una sentencia “legal” y “motivada”, lo que supone una fundamentación racional, completa y legítima. Asimismo, se debería establecer que estas reglas de valoración rigen tanto para el dictado de la sentencia definitiva como para las interlocutorias (por ejemplo, sentencia interlocutoria que resuelve un pedido de prisión preventiva o un pedido de excarcelación provisional) y que en caso de incumplimiento de los deberes recién mencionados para la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva se abre la vía del recurso de casación.

Como señalamos al analizar los principios procesales, rige en nuestro derecho el principio de inocencia, según el cual el ordenamiento jurídico debe tratar al indicado de cualquier manera como partícipe en un hecho aparentemente delictivo como si fuera inocente, independientemente de que en efecto sea culpable o inocente; por ello, mientras dura el juicio, la persona debe gozar de la misma situación que un inocente (independientemente de que en realidad lo sea). Una consecuencia directa de esa regla en el tema que nos ocupa es que la sentencia de condena

sólo puede estar fundada en el pleno convencimiento del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación del acusado. Esto quiere decir, por un lado, que no se puede condenar en caso de duda ni aun de probabilidad, ya que se exige la plena convicción del juzgador. Por otra parte, significa que no se puede condenar por presunciones que deriven de omisiones del acusado, y particularmente que éste no puede ser condenado por no colaborar con el tribunal en la búsqueda o en el diligenciamiento de los medios de prueba. También ejemplar en este punto es el CPP Chile en cuanto establece 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”, que “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral” y que “No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” (artículo 340).

1.4. SOBRE CARGA DE LA PRUEBA. LA REGLA *IN DUBIO PRO REO*

1.4.1. INTRODUCCIÓN

Luego de realizada la actividad de valoración para verificar si sucedieron los hechos objeto de la prueba, el tribunal puede encontrarse en una de estas tres situaciones: a) considera que aquellos hechos están plenamente probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; b) considera que la existencia o inexistencia de esos hechos no es enteramente cierta pero es probable o verosímil; y c) duda acerca de la existencia o inexistencia de esos hechos.

En el primer caso, ningún problema existe en torno al tema que nos ocupa: para el tribunal es absolutamente irrelevante determinar sobre quién recaía, en concreto, la carga de la prueba. La función probatoria, en ese caso, ha logrado su finalidad; los hechos invocados están plenamente probados y para el cumplimiento de la función jurisdiccional eso basta, independientemente de quién haya proporcionado el o los

medios probatorios necesarios. Los códigos procesales penales generalmente consagran el denominado principio de *comunidad de la prueba*: sólo interesa que los hechos objeto de prueba hayan sido, a criterio del tribunal, suficientemente probados, con absoluta independencia de que la prueba de esos hechos haya sido suministrada por la parte interesada en su prueba, o por la parte contraria, o por el tribunal en ejercicio de su iniciativa probatoria, en los casos excepcionales en que esta iniciativa se admite. De modo que, si el tribunal considera que se probó plenamente la existencia del hecho descrito en el tipo penal (dar muerte a una persona con intención de matar, por ejemplo), que además se probó plenamente que no existieron causas justificantes (legítima defensa, por ejemplo), ni causas de inculpabilidad (error de prohibición, por ejemplo), ni causas que impidan la aplicación de la pena (pasión provocada por el adulterio, por ejemplo), debe condenar; y si considera que se probó plenamente que no hubo muerte de una persona o que hubo muerte pero el autor no fue el demandado, o que existió el hecho justificante, o la causa de inculpabilidad o de impunidad, debe absolver.

Si se tratara de una medida cautelar (por ejemplo, la prisión preventiva), la *probabilidad* de la existencia del hecho y de la participación del autor resulta suficiente para disponer la medida; a la inversa, la *probabilidad* de la inexistencia del hecho o de la participación del autor lo debe llevar a rechazarla. Por lo tanto, en este caso, si el tribunal alcanza el estado intelectual de probabilidad, tampoco le interesa saber sobre quién recaía la carga de la prueba.

1.4.2. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

El principio de inocencia antes mencionado también impacta en este tema, en virtud de uno de sus derivados: el denominado principio *in dubio pro reo*. Como señalamos al analizar el principio de inocencia, la consecuencia del *in dubio pro reo* en este tema es que el tribunal debe absolver no sólo cuando el demandado acredita plenamente la existencia de hechos que eliminan el delito o la aplicación de la pena, sino también cuando la existencia

de esos hechos es probable o dudosa. Si tomamos nuevamente el caso anterior, si de la prueba resulta que es *probable* que hayan existido los hechos que configuran legítima defensa (esto es, que no se ha probado plenamente su existencia pero ella resulta verosímil) o existe *duda* acerca de la existencia o inexistencia del hecho, en virtud del principio *in dubio pro reo* el tribunal debe considerarlo existente y en consecuencia absolver.

1.4.3. LA REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Cuando al dictar la sentencia definitiva el hecho alegado por el actor se consideraba dudoso o aun meramente probable, en determinados ordenamientos y en ciertas épocas se admitía que el tribunal emitiera un *non liquet*, a través del cual se abstenía de resolver el requerimiento de fondo por no tener la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos invocados, o que realizara una *absolutio ab instancia*, que no impedía un nuevo enjuiciamiento penal.

En nuestro sistema procesal actual, en cambio, como un derivado inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, el ordenamiento jurídico exige que el tribunal resuelva en un sentido u otro; ya no se admite, en ningún caso, que el tribunal se exima de este deber con un simple *sibi non liquere*. Para el cumplimiento de este deber, el mismo ordenamiento le indica cómo debe fallar en ese caso; ésa es, precisamente, la función de las reglas que distribuyen la carga de la prueba. Estas reglas, que actúan cuando la función probatoria no ha logrado su finalidad, le señalan el contenido de su fallo.

Aunque existen varios sistemas sobre el punto, la regla generalmente aceptada es que corresponde al actor (público o privado) la prueba de todos los hechos constitutivos de su pretensión. En consecuencia, volviendo al ejemplo anterior: si al dictar la sentencia definitiva el tribunal cree que es *probable* o *duda* acerca de la existencia del hecho constitutivo (dar muerte a una persona), debe absolver, ya que el actor no cumplió con su “carga” (deber, si es actor público).

Asimismo, si se tratara de una sentencia interlocutoria que resuelve un pedido de medida cautelar (por ejemplo, prisión preventiva) y el tribunal considera dudosa la existencia del hecho o la participación del autor, debe desestimar el pedido, ya que el actor no cumplió con su carga (o deber) de probar.

1.4.4. DERECHO COMPARADO

La regla *in dubio pro reo* como derivado de la inocencia es consagrada en términos amplios en el CPP Modelo (artículo 3.º, inciso 4.º): “La duda favorece al imputado”. En los mismos términos el CPP Argentina (artículo 3.º), el CPP Buenos Aires (artículo 1.º, inciso 3.º), el CPP Colombia (artículo 7.º, inciso 2.º), el CPP Córdoba (artículo 406), el CPP Costa Rica (artículo 9.º, inciso 1.º) y el CPP Chubut (artículos 28 y 329).

La prueba de los hechos constitutivos del delito se establece siempre a cargo del Ministerio Público (CPP Bolivia, artículo 6.º, inciso 3.º; CPP Colombia, artículo 7.º, inciso 2.º; CPP Paraguay, artículo 53; CPP Chubut, artículo 113).

1.4.5. EL SISTEMA CONSAGRADO EN LAS NORMAS NACIONALES

En nuestra Carta rige el principio de inocencia (artículos 7, 12, 20 y 72) y, en consecuencia, su derivado *in dubio pro reo*.

El CIC establecía que la prueba de los hechos alegados en la acusación correspondía al Ministerio Público (artículo 216) y que la ley no reconocía otras presunciones contra el acusado que las que resultaran de los hechos, ni otras responsabilidades que las que se justificaran (artículo 217).

El CPP no consagró expresamente ninguna regla, pero la doctrina ha entendido que el Ministerio Público tiene el *deber* de probar los hechos constitutivos de su pretensión de condena y que rige el principio de inocencia, por aplicación directa del mandato constitucional.

1.4.6. EL SISTEMA A CONSAGRAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma del proceso penal debe regularse este tema en forma cuidadosa y detallada. En el sutil mecanismo de estas reglas se ponen en juego los principios vertebrales del proceso penal.

Esa regulación debe establecer claramente la regla *in dubio pro reo*, explicitando su preciso alcance y su relación con la regla de la carga de la prueba.

1.5. SOBRE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA

1.5.1. REGLAS GENERALES

Como derivación del principio de inocencia, los medios de prueba deben diligenciarse normalmente en el proceso principal, en el que deben regir los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

Todas las pruebas obtenidas por el actor en la etapa preliminar deben ser diligenciadas en el proceso principal, salvo aquellas que se hayan diligenciado como prueba anticipada (por existir un riesgo de frustración) y respetando el contradictorio.

Debe consagrarse la regla de la libertad probatoria: en el proceso penal todos los hechos pueden ser probados por cualquier medio de prueba.

Sin embargo, también como derivado del principio de inocencia, las pruebas obtenidas deben ser legítimas, por lo que se prohíben las que signifiquen una vulneración de derechos o principios consagrados en la Constitución y en las normas internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, deben consagrarse limitaciones derivadas del respeto a la dignidad del ser humano en un Estado de derecho.

1.5.2. RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE PARTE

El derecho a ser tratado como un inocente explica la abolición constitucional de los juramentos de los imputados (“acusados”) en sus declaraciones o confesiones sobre hechos propios, y que se prohíba en

ellas tratarlos como reos (artículo 20). En consecuencia, no se les puede imponer juramento o promesa de decir la verdad, ni pueden ser objeto de ningún tipo de coacción física o síquica.

La declaración del indagado debe perseguir primordialmente una función de defensa y no probatoria. Siempre debe declarar asistido por su defensor, con el derecho de comunicarse libre y privadamente con él antes de la declaración.

Debe admitirse el derecho del demandado a guardar silencio, y la negativa a declarar no puede valorarse como un indicio en su contra.

1.5.3. RESPECTO A LA PRUEBA TESTIMONIAL

El testigo tiene los deberes de comparecer, declarar y decir la verdad.

En la investigación preparatoria, en caso de negativa a comparecer o declarar, el Ministerio Público podrá pedir su citación a través del juez de garantías.

Por la relevancia de sus cargos, ciertas autoridades deben estar eximidas del deber de comparecer, y se habilita su declaración por informe escrito. Ello sin perjuicio de que renuncien a ese privilegio y decidan prestar su declaración oralmente, y sin perjuicio también de la aplicación de nuevas tecnologías, como la videoconferencia.

En el caso de los testigos que residen en lugares distantes del tribunal, debe habilitarse su declaración por tribunal comisionado o su declaración mediante videoconferencia (que siempre resultará más económica y respetuosa del principio de intermediación).

No se puede aplicar al testigo ninguna coacción que implique una limitación de su libertad de expresión, salvo la advertencia de la existencia de sanciones penales para el caso de desobediencia abierta al mandato del tribunal, de no comparecer invocando falso pretexto, de no prestar su concurso a la justicia o de declarar afirmando lo falso, negando lo verdadero u ocultando en todo o en parte la verdad.

Sin embargo, todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiera acarrearle peligro de persecución

penal por un delito. Tendrá el mismo derecho cuando por su declaración pudiera incriminar a ciertos parientes (por ejemplo, CPP Chile, artículo 305).

Luego de recabados sus datos por el tribunal y de formularle las advertencias mencionadas, el interrogatorio debe realizarse en el siguiente orden: primero la parte que lo propuso, luego la contraria y finalmente el tribunal.

En cuanto al tiempo en que el testigo está a disposición del tribunal, debe consagrarse la prohibición de descontar ese tiempo del salario del testigo (por ejemplo, artículo 160.5 del CGP; más ampliamente, en cuanto a las obligaciones laborales y educativas, artículo 313 del CPP Chile). Sin embargo, como esta solución no elimina el problema cuando se trata de un trabajador no dependiente, debe considerarse la posibilidad de pagarle una retribución o indemnización (por ejemplo, artículo 312 del CPP Chile).

Debe regularse detalladamente los casos en que el testigo tiene la *facultad* (ciertos parientes y otras personas) o el *deber* de abstenerse de declarar (deber de secreto).

1.5.4. RESPECTO A LA PRUEBA PERICIAL

El designado como perito tiene el deber de aceptar el cargo, salvo causa justificada o impedimento, los que deberán justificarse sumariamente ante el tribunal. Asimismo, puede ser recusado en caso de que existan motivos que puedan afectar su imparcialidad (debe carecer de intereses en el objeto del proceso y no puede depender o estar subordinado a una de las partes).

Aceptado el encargo, tiene el deber de realizar el dictamen pericial en el plazo establecido por el tribunal.

El costo del peritaje debe ser asumido por quien lo pide. Sin embargo, en el caso de demandados carentes de recursos, debe encargarse el peritaje a un funcionario público, técnico en la materia, quien no podrá excusarse ni percibir honorarios; si no existieran funcionarios públicos técnicos en la materia, el costo del peritaje debe asumirse por el tribunal.

En su exposición ante el tribunal, el perito podrá utilizar nuevas tecnologías (por ejemplo, exposiciones gráficas, simulaciones, etcétera).

1.6. SOBRE MEDIOS IMPUGNATIVOS EN MATERIA PROBATORIA

El deber de fundamentación o motivación de los fallos es una regla general en nuestro ordenamiento, que no rige exclusivamente para la sentencia definitiva sino también para las interlocutorias, en particular aquellas que se pronuncian sobre la inadmisibilidad de la prueba. Por ello, el eventual rechazo de la prueba ofrecida por las partes deberá estar fundado en razones de inadmisibilidad, inconducencia o manifiesta impertinencia.

El derecho a la prueba comprende el derecho a controlar las decisiones judiciales sobre admisibilidad y diligenciamiento de pruebas. El control de las decisiones judiciales sobre admisibilidad y diligenciamiento de la prueba comprende el derecho a impugnar dichas decisiones.

A fin de evitar la excesiva duración del proceso, la apelación de las sentencias interlocutorias denegatorias de prueba debe ser sin efecto suspensivo.

2. La actividad de resolución

(resoluciones judiciales)

2.1. MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Un requisito procesal de todas las sentencias, definitivas o interlocutorias, es que deben contener una motivación racional, legítima y completa. Este requisito se exige en forma expresa en todos los modelos tenidos en cuenta en este informe (por ejemplo, CPP Modelo, artículo 142, inciso final).

La motivación debe incluir una indicación de los hechos que se consideran probados y de las normas de derecho aplicables. Si se trata

de una sentencia de condena, debe referir cuáles hechos se adecuan al tipo penal, objetiva y subjetivamente, la participación del o de los condenados, las causas de su culpabilidad, los elementos tenidos en cuenta para individualizar la pena o la medida de seguridad eliminativa y, en su caso, las circunstancias atenuantes y agravantes. Siguiendo el modelo chileno (artículo 297), debe establecerse el deber de señalar los medios de prueba mediante los cuales se tuvieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, de modo de permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia, y el deber de indicar las pruebas que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones que haya tenido en cuenta para hacerlo. De ese modo se estaría cumpliendo cabalmente el mandato constitucional que exige una sentencia “legal” y “motivada”, lo que supone una fundamentación racional, completa y legítima.

No constituye motivación suficiente la mera remisión a fundamentos contenidos en requerimientos de una de las partes, ni la mera referencia formal a actos realizados en el proceso (por ejemplo, artículo 142, inciso 2.º, del CPP Costa Rica; artículo 124, inciso 2.º, del CPP Bolivia; artículo 36 del CPP Chile; artículo 25, inciso 4.º, del CPP Chubut).

El incumplimiento de este requisito debe determinar la nulidad de la sentencia. Ésta es la solución establecida en los siguientes modelos: artículo 123 del CPP Argentina; artículo 106 del CPP Buenos Aires; artículo 142 del CPP Córdoba; artículo 142, inciso 4.º, del CPP Costa Rica.

2.2. PRINCIPIO O REGLA DE LA CONGRUENCIA

2.2.1. CONCEPTO DE CONGRUENCIA

La regla de la congruencia impone una correspondencia de la sentencia con el objeto del proceso en que fue dictada, correspondencia que, como señala ABAL OLIÚ, consistirá en que no se deje de resolver sobre todo lo que comprende ese objeto ni se resuelva sobre extremos

no comprendidos en él. Adaptando su formulación al proceso penal, el objeto del proceso comprende tres elementos: la mera declaración y la condena que se piden al tribunal (petitorio principal o requisitoria), en razón de haber ocurrido determinados hechos (fundamentos de hecho) previstos en determinadas normas jurídicas penales que imponen aquéllas como consecuencia de éstos (fundamentos de derecho).

En el proceso penal principal —por ejemplo, en primera instancia— el objeto del proceso se determina a partir de la acusación, y puede ser modificado posteriormente por el actor a través de la modificación de la acusación, o por el actor y el demandado por la alegación de hechos nuevos, o en otras oportunidades que prevea la ley.

La sentencia, sea definitiva o interlocutoria, de primera o segunda instancia, debe corresponderse con el objeto del proceso en los tres elementos mencionados: hechos, derecho y petitorio principal o requisitoria.

2.2.2. FUNDAMENTO

Este principio deriva directamente del principio acusatorio, y el fundamento de su consagración reside en la necesidad de respetar el principio de igualdad y sus derivados de bilateralidad, contradicción e imparcialidad del tribunal.

Particularmente en el proceso penal, la variación de los hechos o de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa y generarle indefensión. La determinación de la calificación jurídica por el actor, desde este punto de vista, no sólo limita al tribunal sino que orienta a la actividad defensiva.

En los casos en que como excepción se admite que el tribunal advierta sobre la posible aplicación de una calificación jurídica no incluida en la acusación o en su ampliación, se incluye una posibilidad de reabrir el debate, de modo de no conculcar el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, en estos casos puede verse afectada la imparcialidad, en cuanto el tribunal adelanta una opinión sobre el tema sometido a su resolución.

2.2.3. DERECHO COMPARADO

Todos los modelos tenidos en cuenta en este informe consagran la regla general de la congruencia, con mayor o menor precisión. En ocasiones sólo se alude a la correspondencia de la sentencia con los hechos; en otras se mencionan los hechos y las normas de derecho o la calificación jurídica; en otras, en fin, se mencionan los hechos, las normas o la calificación jurídica y el petitório.

Respecto a los hechos, en general se consagra la regla de la congruencia de la sentencia con los hechos alegados en la acusación o en su ampliación (por ejemplo, artículo 362 del CPP Bolivia). Algunos códigos admiten una excepción fundada en el principio de inocencia: se permite que la sentencia refiera a hechos no alegados en la acusación ni en su ampliación siempre que “favorezcan al imputado” (artículo 365 del CPP Costa Rica y artículo 400, inciso 1.º, del CPP Paraguay).

Existe una tendencia a admitir que el tribunal formule una calificación jurídica distinta a la realizada en la acusación o en la modificación de la acusación, aun cuando ello implique aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas. Generalmente se establece que esto sólo puede ocurrir cuando se advirtió al acusado de la posibilidad mencionada durante una audiencia del proceso principal, y en este caso el acusado tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal debe suspender el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa (por ejemplo, con diferentes matices: artículo 322, inciso 2.º, del CPP Modelo; artículo 341, incisos 2.º y 3.º, del CPP Chile; artículo 332, inciso 1.º, del CPP Chubut; artículo 400, incisos 2.º y 3.º, del CPP Paraguay). Asimismo, en algunos códigos se admite que, si en el momento de dictar la sentencia el juez o tribunal considera la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta a la establecida en la acusación, que no haya sido objeto de discusión durante la audiencia, debe reabrir el debate entre las partes (CPP Chile, artículo 341, inciso 3.º). Estrictamente en

estos casos el tribunal modifica el objeto del proceso, ya que puede modificar la requisitoria fiscal introduciendo una nueva calificación jurídica y aplicando una pena mayor o distinta de la pedida; pero se respetan los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción. Sin embargo, como ya advertimos, esta regulación podría significar una violación al principio de imparcialidad.

2.2.4. NUESTRO DERECHO POSITIVO

Ni la Constitución Nacional ni las normas internacionales tienen un nivel de concreción tan específico como para referir expresamente a la regla de la congruencia. Sin embargo, en esos cuerpos normativos se consagran los principios acusatorio, de igualdad, bilateralidad, contradicción e imparcialidad (ver el capítulo sobre normas procesales penales, en sede de principios), por lo que puede señalarse que la regla de la congruencia deriva directamente de las normas constitucionales e internacionales vigentes.

En el plano legal, el CIC contenía una disposición poco explícita (artículo 317, inciso 1.º), que generó no pocos problemas interpretativos durante su vigencia. Al respecto se perfilaron tres opiniones conocidas: para una parte de la doctrina y la jurisprudencia, el juez siempre estaba vinculado por la acusación del fiscal, en virtud del principio acusatorio; para otro sector, el juez siempre podía aplicar una pena diferente o superior a la pedida por el fiscal, en virtud del principio de legalidad de la pena; finalmente, para un último grupo, el juez estaba en principio vinculado por la requisitoria fiscal, pero podía imponer una pena distinta o superior si la pena pedida por el fiscal era ilegal.

El CPP vigente refirió al tema en el artículo 246 y consagró la tercera tesis perfilada en vigencia del CIC: en principio rige la regla de la congruencia, aunque sólo se consagra expresamente con referencia a la requisitoria o petitorio principal (incisos 1.º y 3.º), y se establece una excepción para los casos en que por error manifiesto la pena pedida sea ilegal, supuesto en el cual el tribunal puede resolver condenando por

una pena o medida de seguridad superior o distinta de la contenida en la acusación (incisos 2.º y 3.º). A nuestro juicio esta norma es violatoria de la Constitución y de las normas internacionales vigentes, por lesionar los principios de igualdad, bilateralidad, contradicción e imparcialidad, así como el acusatorio del que deriva directamente.

El CPP 1997 consagró una norma respetuosa de la Constitución y de las normas internacionales al imponer la regla de la congruencia sin excepciones pero sólo con referencia a la requisitoria o petitorio principal, aclarando que los errores del fiscal pueden ser juzgados, eventualmente, en vía administrativa (artículo 108). Para la segunda instancia y la casación estableció que, si sólo recurrió la parte del procesado o si se trata de segunda instancia automática, no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de aquél (artículo 109).

2.2.5. LAS NORMAS A ADOPTAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma debería consagrarse expresamente la regla de la congruencia, con referencia a todos los elementos del objeto del proceso. Su ubicación sistemática correcta sería en el capítulo relativo a los requisitos de los actos procesales del tribunal, pero es común ubicarla entre los artículos que refieren a la sentencia definitiva.

Respecto a los hechos, debería establecerse expresamente que la sentencia no puede dejar de referir a ninguno de los que forman parte del objeto del proceso, ni referir a hechos que no forman parte de él. En este último caso podría considerarse la posibilidad de consagrar el deber del juez de incluir aquellos hechos que no forman parte del objeto del proceso pero que favorecen al imputado, en aplicación del principio de inocencia. Sin embargo, esta solución podría considerarse violatoria del principio de igualdad.

Al dictar sentencia, el tribunal puede incorporar una norma jurídica no invocada, en virtud del principio *iura novit curia*, pero nunca puede modificar la calificación jurídica, ni modificar el petitorio. En consecuencia, debe establecerse la estricta correspondencia de la sentencia

con la calificación jurídica realizada y con la pena o medida de seguridad solicitada por el actor.

Puede considerarse la posibilidad de admitir la solución —consagrada en el CPP Modelo y varios códigos del área— que habilita al tribunal a realizar una calificación jurídica distinta a la formulada en la acusación o su modificación, aun cuando ello implique aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas, siempre que se haya advertido al acusado de la posibilidad mencionada durante una audiencia del proceso principal y otorgándole suficientes posibilidades de contradicción. Esta solución no conculca los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción, pero resulta violatoria del principio de imparcialidad, dado que el tribunal estaría adelantando opinión sobre el fondo del asunto, por lo que entendemos que esta solución no es aceptable.

3. Actividad de control

(medios impugnativos)

3.1. EN GENERAL SOBRE MEDIOS IMPUGNATIVOS

Debería incluirse una regulación general de los medios impugnativos que incluya los siguientes aspectos mínimos:

- Que indique que todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo norma expresa en contrario.
- Que contenga un listado de los medios específicos de impugnación: a) las excepciones; b) los recursos, entre los cuales deben incluirse los de aclaración, ampliación (y reducción, como diremos enseguida), reposición, apelación, casación, queja y revisión; c) la oposición contra providencias con citación; d) el incidente.
- Que indique cuáles son los requisitos generales de todo medio impugnativo: a) existencia de una resolución impugnable (en principio todas lo son); b) cumplimiento de los requisitos procesales

formales (entre los cuales la forma de expresión, la presentación en plazo, la invocación de un perjuicio, etcétera); c) impugnación a través del medio específico, sin perjuicio de la canjeabilidad del medio impugnativo si se hubieran cumplido los requisitos procesales formales del medio impugnativo correspondiente.

- Que establezca el efecto extensivo de los recursos: cuando existan varios imputados, el recurso interpuesto por cualquiera de ellos favorece a los demás, salvo que se invoquen motivos de agravio exclusivamente personales (por ejemplo, artículo 335 del CPP Modelo; artículo 453 del CPP Paraguay).

3.2. RECURSOS DE ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN O REDUCCIÓN

Estos recursos deberían admitirse contra todas las resoluciones, salvo norma expresa que establezca la inimpugnabilidad.

El de aclaración, para casos en que los fundamentos de la resolución, o el fallo, o ambos, resultan ininteligibles u oscuros.

Los de ampliación o reducción, para defectos de incongruencia por restricción o exceso, respectivamente. Generalmente sólo se incluye el primero, que cubre exclusivamente el caso de incongruencia por restricción, seguramente la más habitual, pero no tiene explicación razonable la ausencia de un recurso inverso, para los casos de incongruencia por exceso.

3.3. RECURSO DE REPOSICIÓN

Este recurso debe admitirse contra todas las providencias de mero trámite y contra las sentencias interlocutorias.

La interposición del recurso debe significar reserva de recurrir en apelación o en casación, si el vicio señalado no es saneado y la resolución provoca un agravio al recurrente (por ejemplo, CPP Modelo, artículo 337; CPP Paraguay, artículo 452; CPP Buenos Aires, artículo 429; etcétera).

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. SU CONSAGRACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Dentro de las garantías mínimas esenciales del proceso penal, las normas internacionales incluyen el 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” (PIDCP, artículo 14, numeral 5.º) o el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 8.º, numeral 2.º, literal *h* de la CADH), aunque generalmente sólo se menciona esta última norma como la que consagra el derecho al recurso ante un tribunal superior.

Un punto debatido en doctrina es si esta exigencia de las normas internacionales se cubre en aquellos sistemas que consagran una instancia única con tribunal colegiado y un recurso de casación para los errores de derecho.

Más allá del problema de si su consagración responde a una necesidad jurídica impuesta por esos tratados o a un tema de oportunidad política, postulamos la inclusión del recurso de apelación contra todas las sentencias (definitivas o interlocutorias), adoptadas por el juez de garantías (en la etapa preparatoria) o por el juez de la etapa de conocimiento y el juez de la etapa de ejecución (en el proceso principal).

En efecto, el mayor obstáculo que se invoca para la consagración de un recurso de apelación en los sistemas que han implantado un sistema acusatorio es que en la segunda instancia se pierde la inmediación. Sin embargo, las nuevas tecnologías de registro audiovisual de las audiencias permiten alcanzar la efectiva vigencia de este principio en segunda instancia, especialmente en cuanto a los medios de prueba personales diligenciados en primera instancia. En efecto, si bien no hay una identidad absoluta entre presenciar las actuaciones, participando activamente, y contemplarlas a través de un monitor de computadora o de un televisor, el registro audiovisual permite que los órganos jurisdiccionales de alzada puedan ver y oír lo mismo que el órgano jurisdiccional de primera instancia. En consecuencia, siempre que se implanten estas

nuevas técnicas, la existencia de un recurso de apelación no distorsiona el sistema propiciado.

La apelación debe proceder tanto por razones de forma como de fondo, absorbiendo al vigente recurso de nulidad.

3.4.2. SENTENCIAS APELABLES

En la etapa de la investigación penal preparatoria, a cargo del Ministerio Público, el juez de garantías puede dictar sentencias que causen agravio tanto al propio Ministerio Público (por ejemplo, la que rechaza el pedido de realizar un allanamiento en el domicilio o un pedido de prisión preventiva) como al imputado (por ejemplo, la que concede una prueba anticipada en una hipótesis en la que no hay riesgo de frustración de la prueba o la que deniega una libertad provisional). A nuestro juicio debería admitirse un recurso de apelación para todas las sentencias, salvo norma expresa en contrario.

En la etapa de conocimiento del proceso principal debe admitirse el recurso de apelación contra todas las sentencias, salvo norma expresa en contrario.

En la etapa de ejecución la regla debe ser la inapelabilidad, salvo norma expresa en contrario.

3.4.3. EFECTOS

La apelación de las sentencias definitivas de condena debe tener efecto suspensivo, y la apelación de las sentencias definitivas absolutorias debe ser sin efecto suspensivo, por lo que, si el imputado estuviere detenido, se debe disponer su libertad provisional.

La apelación de las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, en principio, debe ser con efecto suspensivo.

La apelación contra las sentencias interlocutorias simples debe ser sin efecto suspensivo, y en algunos casos con el llamado *efecto diferido* (que en realidad se trata de una modalidad de efecto no suspensivo con

un procedimiento especial), a fin de evitar una prolongación no razonable del proceso.

3.4.4. APELACIÓN AUTOMÁTICA

Si la sentencia definitiva de primera instancia condena al procesado a una pena o medida de seguridad eliminativa o a ambas a la vez, por más de tres años, debe admitirse la tramitación de una segunda instancia de oficio, pero sólo a favor del imputado.

El imputado debe poder renunciar al recurso en el plazo que tenga para apelar.

3.5. CASACIÓN

Debe admitirse un recurso de casación contra las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas de segunda instancia, por errores de derecho.

Podría admitirse, asimismo, el recurso de casación directo contra las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas de primera instancia, por errores de derecho (*per saltum*).

Debe consagrarse expresamente la posibilidad de adherir a este recurso.

3.6. QUEJA

El recurso de queja debe admitirse por denegación de inconstitucionalidad, casación o apelación, o por otorgamiento del efecto diferido cuando éste no procede.

3.7. REVISIÓN

Debe admitirse un recurso de revisión contra las sentencias definitivas firmes dictadas por cualquier tribunal, en cualquier momento, pero sólo a favor del imputado.

Las causales deben ser taxativas, incluyendo los supuestos conocidos del CPP vigente y CPP 1997. En el caso de aprobación de una ley procesal más benigna, debería admitirse la aplicación de oficio en cualquier etapa del proceso, sin perjuicio de la posibilidad de que el propio imputado lo plantee.