

embarazosa, y la acción de apretar los puños puede indicar un esfuerzo de autodisciplina, precisamente para evitar un enfrentamiento. Y lo mismo vale para el silencio. Se puede callar porque se reflexiona, porque no se quiere dar una información, porque se espera que hable otro, porque se quiere subrayar las palabras que se va a pronunciar o por inseguridad”

Bajo la perspectiva de lo dicho la inmediación lo que garantiza es la proximidad de la fuente de información con el juez, naturalmente que habrán algunos aspectos que requerirán algo más allá de la inmediación para poder valorarlos. La inmediación asegura la posibilidad de percibir ciertos actos externos del testigo, más no es capaz de explicar el porqué de ello. Esos aspectos que van más allá de la inmediación pueden requerir una indagación complementaria, de manera tal que sobre la base de una sola sesión se imposibilita poder concluir alguna explicación del porqué de determinada gesticulación del declarante.

3.1.3. Principio de contradicción.

Es regla general que en el juicio existan ideas opuestas de modo que cada parte dirigirá a fortalecer su hipótesis y destruir la tesis de la contraparte.

En el fondo este principio viene a asegurar el principio constitucional de igualdad en tanto permite a las partes hacer aportes probatorios como alegatos que refuercen sus respectivas hipótesis de afirmación (modus ponens) y de refutación (modus tollens)⁴⁵, además se permite poner en las mejores condiciones al juzgador para poder emitir una decisión justa y legal.

Este principio es derivado del principio de la inviolabilidad de la defensa, posibilitando un ejercicio efectivo de los recursos impugnativos, interrogar directamente a los testigos, en el caso de la defensa al ser la última que interroga, argumenta, y se le confiere la última palabra; no sólo tiene su expresión en la posibilidad de externar alegatos, sino además de una efectiva facultad de aportar medios de prueba favorables.

3.2. Actos Urgentes de comprobación, prueba anticipada y prueba preconstituida.

El art. 12 de la Constitución establece: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”

En ese sentido el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere a que “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”

En realidad la exigencia de la publicidad de un proceso ineludiblemente conduce a que la declaratoria de culpabilidad penal de una persona suponga la realización de un Acto Urgente de comprobación, prueba anticipada y prueba preconstituida.

El art. 12 de la Constitución establece: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”

En ese sentido el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere a que “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”

En realidad la exigencia de la publicidad de un proceso ineludiblemente conduce a que la declaratoria de culpabilidad penal de una persona suponga la realización de un juicio en forma oral de lo que deriva la circunstancia que la actividad sea de forma concentrada y con inmediación.

De acuerdo a lo dicho, las pruebas fundantes de la sentencia definitiva deben haberse vertido oralmente y en una audiencia (ésta puede suponer una o varias sesiones), sin embargo la naturaleza propia de la forma en cómo suceden determinadas situaciones hace imposible cumplir a ultranza que las pruebas de un hecho se produzcan en una sola audiencia. Si bien el Código Penal prevé consecuencias jurídicas ante un hecho, esa consecuencia no es aplicable de manera inmediata, aparte de que debe existir un juicio previo, también se prevé un período de investigación

previo al juicio que es útil para que el Estado investigue el hecho y determine si procede o no la celebración del juicio, porque debe considerarse que algunas denuncias pueden resultar infundadas, y por otro lado la defensa debe tener el espacio temporal para preparar su estrategia.

En algunas circunstancias no puede esperarse al juicio para la práctica de alguna diligencia porque se teme que su dilación induzca a la imposibilidad de producción en el juicio: declaración de un testigo que está pronto a morir o viajar, autopsia en el cadáver. En otras circunstancias la evidencia se produce al margen del proceso: algunos documentos públicos, auténticos y privados son producto de la actividad normal de los seres humanos: escrituras públicas, asientos de partidas (nacimiento, matrimonio, defunción); Si bien no se producen en juicio, a la información referida a la documentación que los contiene se le reconoce la posibilidad de generar convicción en un juez.

El código de 1998 no ha resultado claro en su redacción al no presentar una diferenciación de manera expresa para distinguir los diversos supuestos en que se perfila un valor probatorio de actividades no realizadas en el juicio.

Lo anterior ha sido base para que existan confusiones en cuanto a darle la calidad de anticipo de prueba a actividades de investigación que no lo son.

La prueba anticipada tiene de entre sus características la jurisdiccionalidad, situación que no concurre en algunos supuestos de investigación con valor en el juicio en que no ha habido presencia judicial: requisas, registros con o sin prevención de allanamiento.

El nuevo código presenta algunas novedades en la investigación, en que por la urgencia se puede prescindir de la intervención judicial sea para autorizar la realización del acto, o realizarlo de manera directa.

En los términos antes dichos la prueba anticipada está para aquellos supuestos en que las condiciones del juicio operan en el acto, como es la presencia judicial, de las partes, la vigencia del principio contradictorio: recepción de un testimonio., reconocimiento en rueda de personas.

En ese sentido concordante doctrinariamente se dice que los

anticipos de prueba ***“consisten en la ejecución de los medios de prueba en la fase de instrucción o durante la fase de juicio, pero con anterioridad a la vista pública, se le confiere valor probatorio en cuanto hayan concurrido las circunstancias de irrepetibilidad y previsibilidad de tal evento, junto con el cumplimiento de ciertas garantías, básicamente para el respeto de la inmediación judicial y el derecho de defensa”***⁴⁶, más adelante se dice ***“el valor probatorio que se le asigna se fundamenta en la presencia de un juez que asegura su rectitud formal y material, y la posición activa, similar a la del juicio oral, que ocupan las partes”***⁴⁷.

En el sentido anterior CRUZ AZUCENA y otros (1999, p 549) ***”la prueba anticipada es la practicada en el curso del proceso, pero antes del juicio, en virtud de razones de urgencia y seguridad y en un contexto reproductor de los principios regentes del juicio propiamente dicho.”***

Otra expresión que es referida en la doctrina es lo denominado **prueba preconstituida**, que algunos la relacionan con actividades de investigación, otros a supuestos de prueba documental (no documentada) que se realizan al margen de una investigación.

En el segundo sentido se expresa CASADO PÉREZ (2000, p. 86) cuando apunta que prueba anticipada, prueba preconstituida o prueba adelantada son términos sinónimos. En otra parte el referido autor expresa: ***“la prueba preconstituida puede resultar indispensable por razones operativas, en caso de especial complejidad.... aunque si fuese un supuesto sencillo podría obviarse...”*** (p. 534)

En ese sentido RAFAEL DE PINA⁴⁸ expresa: ***“compréndese dentro de esta denominación a los documentos que, siendo anteriores a la incoación de un proceso, pueden ser utilizados como medios de prueba en él y la declaración testifical o confesión obtenidas en diligencias preparatorias del mismo”***.

En realidad lo que caracteriza a la prueba preconstituida es que se desarrolla con independencia del proceso, de ahí que pueden realizarse de manera simultánea al mismo. Tan es prueba preconstituida la escritura presentada por la víctima en un delito de usurpación cuya elaboración

46. SERRANO y otros, (1998), p. 534.

47. P. 536.

48. (1997), p. 241.

lo ha sido antes del momento de la denuncia, como la certificación de partida de defunción que se presenta después de iniciada la investigación.

De igual forma en el contexto salvadoreño se ha dicho: ***“la prueba preconstituida en el proceso penal implica los instrumentos anteriores a él y a los que, pese a haberse iniciado el proceso, se realizan “afuera” de él, sin constituir actos procesales en sentido estricto, y que además, tienen virtualidad para formar la convicción judicial.”***⁴⁹.

Los actos urgentes de comprobación se refieren a aquellos supuestos de investigación que no pueden diferirse en su realización para el momento del juicio, porque la naturaleza del mismo conduce a que si no se realiza en determinado momento después resultará imposible hacerlo o no podrá producir los efectos que sí se darían si se efectúa a la mayor brevedad posible.

De no realizarse la autopsia de forma inmediata y se espera hasta el juicio probablemente por el transcurso del tiempo la reconstrucción del hecho en base a las evidencias encontradas resulte sino imposible, más complicada; de no realizarse de inmediato el registro probablemente sea imposible que la droga o las armas o el cuchillo en la fecha del juicio.

Lo característico de los actos urgentes es que ese acto no se difiera, y no se requiera la presencia judicial en su realización.

Dada la falta de ausencia judicial precisa advertir que si bien la lectura de las actas está permitida, la valoración probatoria puede presentar muchas limitantes, ello como derivado de la falta de contradicción cuando se introduce la información, en ese sentido para el caso si bien la acta de registro de un lugar cerrado, de la realización de una requisita puede ser leída en el juicio, es preciso que los agentes policiales que intervienen declaren en el juicio lo plasmado en las actas, garantizándose con ello la inmediación, y se posibilite que la defensa pueda contrainterrogarlos y con ello generar prueba en el sentido exigido en un juicio.

Concordantes con lo expuesto se dice ***“nunca tendrán valor de prueba anticipada las diligencias hechas por la fiscalía o la policía de investigaciones, aunque los actos sean urgentes e irreproducibles***

y se haya asegurado su defensa. La prueba anticipada sólo la puede realizar el juez.”⁵⁰

En la realización de los actos urgentes de comprobación es preciso distinguir aquellos supuestos en que hay afectación de derechos fundamentales de aquellos en los que no lo hay; en los primeros su realización supone la necesaria autorización judicial, caso en el que es preciso examinar los alcances de la petición de autorización a la autoridad judicial.

El código de 1998 aunque en el art. 270 bajo el título anticipo de prueba, alude a diligencias que constituyen anticipos de prueba, también incluye otros que no lo son, como los registros.

En la redacción del nuevo código se clarifica la diferenciación, y además la negativa judicial para autorizar su realización es susceptible de ser impugnada vía recurso de apelación.

El trámite del art. 270 del código de 1998 alude a un reclamo directo ante la cámara, sin embargo tiene el defecto que al formularse la petición directa ante el tribunal superior se inicia el procedimiento sin que se tengan los insumos suficientes para resolver, lo que hace más burocrática los pasos a seguir para decidir el caso, pues en algunos casos se termina solicitando las diligencias al tribunal que negó la autorización. Bajo el mecanismo de la apelación sin emplazar a la parte contraria, se permite un procedimiento ágil, y a su vez que el tribunal de segunda instancia reciba las diligencias indispensables para mejor proveer, y se dé ello en un período de tiempo más corto.

La regla en el caso de anticipos ha sido establecer un término máximo para su resolución de veinticuatro horas. Ciertamente hay supuestos en que las circunstancias de urgencia exigen no agotar ese término, sino de ordenarlo a la mayor brevedad posible. El legislador se ha decantado en que el fiscal proponga ese término, y que el mismo vincule al juez.

Más que una vinculación a ese término para el juez, debe servir para darle un carácter ágil a la petición de autorización para la diligencia, de ahí que si la complejidad del caso u otras circunstancias especiales inciden en la imposibilidad de resolver en el plazo propuesto constituya ello una base para que el incumplimiento del juez de resolver en el

50. SERRANO y otros (1998), p. 536.

término no sea una razón para agenciarse una responsabilidad de índole disciplinario. En todo caso de no hacerse en el plazo sugerido deben motivarse las razones para ello.

3.3. Actos urgentes de comprobación

3.3.1. Exhumación

La exhumación para efectos penales consiste en la extracción del cadáver de su sepultura con la finalidad de obtener información destinada a orientar una investigación penal, lo que puede ser a través de la inspección técnica, el análisis de algunas piezas.

En el código de 1998 no hay una referencia expresa, lo que no significa que no se pueda hacer. El art. 126 del Código de Salud refiere que ***“La exhumación de cadáveres antes de siete años solamente podrá efectuarse con autorización expresa del Ministerio o de sus delegados de acuerdo a las normas respectivas o por orden judicial”***.

El objetivo de regularla es a los efectos de determinar el trámite a seguir como el orden en los actos posteriores, y en ello se refiere a la necesaria autorización judicial, porque debe entenderse que si bien lo que se extrae es un simple cadáver hay parientes interesados en el destino de ese cadáver.

Se prevé la necesaria intervención del Instituto de Medicina Legal, en ello resulta importante decir que en materia de cadáveres tal instituto es quien tiene la infraestructura y personal adecuado para el referido tratamiento.

La recolección, manejo y traslado de restos óseos, cuerpos en estado de descomposición y evidencias relacionados, que han permanecido bajo tierra y luego son expuestos al medio ambiente en la superficie de la tierra, requieren tratamiento especializado.

3.3.2. Registro. Prevención de allanamiento.

En el registro siempre se ha exigido cumplir con el presupuesto de la prevención de allanamiento en caso de negativa a permitir el ingreso al lugar, el aspecto novedoso que se presenta es en cuanto a que en circunstancias especiales se pueda prescindir.

En realidad la prevención de allanamiento no es más que un principio básico de actuación en el cual el órgano policial antes de recurrir a la violencia en cuanto al ingreso, da la oportunidad al morador para que de forma pacífica acceda a levantar los obstáculos para el ingreso. Lo anterior es exigible en circunstancias normales, sin embargo, debe estimarse que hay circunstancias anormales en lo que el efectuar una prevención puede constituir un serio peligro para los agentes que intervienen en la diligencia, caso en el cual se puede obviar la prevención para permitir levantar los obstáculos del ingreso.

Dado que lo anterior, significa un grado de violencia al afectar la propiedad de una persona (propietario del inmueble) pues puede significar dañar puertas, ventanas, techo, es necesario que la policía justifique ese actuar, de lo contrario significaría una arbitrariedad; sin base alguna que daría pie a invalidar el acto, sin perjuicio de las responsabilidades penales o disciplinarias.

3.3.3. Inspección corporal

La inspección corporal como la misma expresión lo indica, implica una actividad de observación del cuerpo de una persona, sin que lo sea ir más allá.

A partir de lo anterior tiene sus diferencias con relación intervención corporal, en tanto que esta figura ya implica extraer algún tipo de evidencia del interior del cuerpo de una persona, u observar a través de un medio tecnológico el interior del cuerpo.

Según el criterio del legislador en la medida en que no haya consentimiento del interesado y la inspección implique observar áreas públicas requerirá autorización judicial.

En el concepto de áreas públicas es importante considerar el significado que para las personas tienen algunas partes del cuerpo. Naturalmente que las áreas genitales o anales son públicas, en el caso de las mujeres además el área de los senos.

3.3.4. Intervención corporal

La intervención corporal es una actividad invasiva al cuerpo de una persona, en una mayor medida que la inspección pues ya implica

interiorizar en el del cuerpo de una persona, y como tal requiere autorización judicial.

Se establece la posibilidad de obviar la autorización judicial siempre y cuando el defensor haya explicado al imputado las consecuencias del acto.

La realización del acto debe ser realizada en condiciones tales que se evite poner en peligro otros bienes jurídicos, para la salud, la integridad física de las persona, lo que implicará la intervención de facultativos.

Dada la dirección funcional en la investigación en manos del fiscal, es a éste a quien le corresponde plantear la solicitud al juez a los efectos de autorizar la realización del acto, sin embargo en circunstancias urgentes la policía puede avocarse directamente al juez.

En este aspecto es importante decir que la urgencia en la práctica del acto de investigación puede implicar que la intermediación fiscal genere una demora, demora que a su vez conlleve a la pérdida de la posibilidad de lograr el elemento de prueba.

En cualquiera de los casos deberá quedar evidenciado el elemento urgencia como para justificar el que se soslaye la intervención fiscal.

3.3.5. Información electrónica.

Dado el avance tecnológico el hombre dispone de mecanismos electrónicos para almacenar información. En esa actividad de almacenamiento de información entra en juego la intimidad de las personas, por cuanto en algunas ocasiones constan datos que se desea permanezcan al margen del conocimiento de terceras personas.

En ese caso entran en juego los supuestos de información archivada en computadoras u otros equipos electrónicos.

Ingresar a conocer el contenido de los archivos de una computadora puede tener el equivalente a ingresar a una biblioteca personal en la que hay archivos personales de una persona, que por razones de su intimidad está vedado a terceros conocerlos, sin embargo mediante una orden judicial el Estado en el marco de una investigación puede romper ese obstáculo.

La información puede estar contenida en unidades informáticas de almacenamiento de datos entre las que cabe referir: unidades de disco duro, unidades de cinta y cassettes, unidades de disco flexible, discos ópticos.

En algunos supuestos los afectados protegen su intimidad a través del uso de claves (password).

En el evento de obtención de las unidades informáticas debe seguirse el procedimiento de custodia y someterse al criterio judicial para su secuestro por implicar la afección al derecho de propiedad.

La forma en que la información ha de llegar a un juez cuando se trata de prueba informática puede conllevar la necesidad de prueba complementaria para verificar la autenticidad de la información: prueba pericial para poder interpretar la forma de acceso a la información como revelar el contenido de la información y para confirmar o descartar cualquier manipulación; en otros casos puede bastar prueba testimonial que confirme el contenido en los archivos del medio electrónico.

Debe advertirse que el texto de la disposición no hace referencia al correo electrónico.

Cada día en la sociedad mundial el correo electrónico va teniendo mayor importancia al facilitar la comunicación entre las personas, tanto en términos de rapidez como de costo económico, como de un relativo ámbito de intimidad.

Decimos que no se refiere al correo electrónico, pues el acceso al mismo no está en función de un determinado o específico aparato electrónico, si no a un ámbito virtual al que se puede acceder por un aparato o medio electrónico no específico.

Cuando aludimos al correo electrónico y su forma de operar vemos que es similar al correo convencional, por lo que son aplicables las restricciones al acceso de éste; en el sentido anterior CASADO PEREZ (2000, P. 535) cuando dice: ***“si el email en cuestión no ha llegado al destinatario y se encuentra en el servidor, estaremos en presencia de un supuesto prohibido de intervención de la correspondencia (art. 24 Cn.); pero si ha sido abierto el correo por el destinatario, la información será perfectamente secuestrable como si de un documento cualquiera se tratase”***.