

3.4. Aspectos novedosos de la prueba testimonial.

3.4.1. Las normas especiales de tutela respecto de las declaraciones de menores.

En relación a los menores la normativa procesal ha partido de la idea de una protección más amplia para las personas que se encuentran en una condición de minoridad, ello indica que las reglas de recepción de la prueba testimonial se modifican sensiblemente entre el interrogatorio

al que es sometido un adulto y al que debe ser implementado para recibir la declaración de una persona menor de edad.

El primer aspecto que ha de abordarse es la tutela expansiva de que gozan todas las personas menores de edad, es decir todos aquellos que no han cumplido los dieciocho años, aunque conviene indicar que el régimen de aplicación es diferenciado también de acuerdo a las particularidades de cada persona y a sus necesidades, la protección es gradual, no es la misma, ni puede aplicarse de la misma manera a todos los destinatarios.

El conjunto normativo tiene una doble dimensión por una parte las que se derivan de los instrumentos internacionales que regulan ámbitos de tutela de los menores y por otra, las normas locales incluido el régimen que desarrolla el Código Procesal Penal. Las normas que refieren una especial tutela respecto de la protección de los menores son las siguientes: a) La convención de los derechos del Niño. Se refiere en estos casos una protección especial respecto de los menores, y de la vigencia de sus derechos en relación a las actuaciones de las autoridades Arts. 2.1, y 4 de la Convención⁵¹; b) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En este aspecto la tutela se encuentra referida a resguardar al menor de los perjuicios que se derivan de las formas procesales –los interrogatorios – con lo cual reconociéndose su vulnerabilidad, es menester que los procedimientos se adapten a las necesidades del menor, así como a la protección de su intimidad⁵²; c) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En este aspecto dado el reconocimiento de formas de criminalidad organizada respecto de las cuales se tenga que utilizar el testimonio de menores, se deriva un

⁵¹. Arts. 2.1, y 4 de la Convención.

⁵². Artículo 8.1 (a) (e) del Protocolo facultativo.

régimen de protección de los mismos⁵³; d) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (Protocolo de Palermo-Trata). El énfasis se encuentra determinado en la protección de las víctimas de trata y de sus derechos, entre la cual se determina la protección de la privacidad y la identidad⁵⁴.

3.4.2. El interrogatorio del menor. La forma prescrita para la testificación de los menores.

Sobre este aspecto debe considerarse que el testimonio de un menor no puede asimilarse en su forma de producción al testimonio de una persona adulto. Se requiere aquí, un trato diferenciado, precisamente por la desigualdad que existe entre una persona menor y una adulta; este tratamiento diferente, es la regla general cuando se trata de niños y sólo cuando el menor no requiera del mismo no se dispensará, usualmente ello ocurre, cuando la persona es un adolescente, aunque esta situación es también una regla general –es decir admite excepciones– por que hay casos en los cuales, aun siendo una joven, la propia personalidad o la gravedad del hecho requerirá que el testimonio se rinda en la forma diferenciada que la ley ha prescrito.

La ley procesal penal precisamente ha determinado una serie de reglas que hacen que el testimonio de los menores reciban un trato diferente en cuanto a la manera de su recepción⁵⁵; estas formas diversas a las que en la generalidad se disponen para la declaración de los testigos son las siguientes: (1) a declarar en ambientes no formales; (2) El testimonio recibido como anticipo de prueba deberá trabajarse para ser reproducido de esa manera en la vista pública, lo cual significa que el menor ya no declarará en el juicio⁵⁶; (3) que el declarante no puede

53. En este caso los artículos 2, 3, 5 y fundamentalmente el artículo 24 de dicha Convención.

54. Tienen aplicación los artículos 2 (b) y 6.1 del Protocolo.

55. Lo usual es que un testigo declare en la sala de juicio, que ese acto sea individual y sin la asistencia de otra persona, que se interrogado el testigo con la técnica del interrogatorio directo y que se permita en toda su extensión el contra interrogatorio, con el derecho al “careo”, es decir a la confrontación visual entre testigo e imputado en el mismo acto de declarar. Arts. 348 CPP.

56. En este aspecto debe hacerse una relación entre el derecho concedido en el artículo 106 N° 10. (e) y las exigencias del anticipo de prueba que regula el artículo 305. La declaración del menor como testimonio puede anticiparse, pero para que tenga validez, sobre la base de que el menor ya no rendirá su declaración en juicio, tal anticipación debe hacerse de conformidad a lo prescrito en el artículo 305 CPP es decir en la forma de una declaración en juicio, ante juez, y con asistencia del

ser sometido a presiones para contestar al interrogatorio o el contrainterrogatorio⁵⁷; (4) que el niño puede ser sometido a un interrogatorio sugestivo en atención a su edad, discernimiento y capacidad emocional para testificar; (5) que la persona no adulta puede ser interrogado por el presidente del tribunal conforme a un cuestionario de preguntas que presenten las partes y que se aprobará por el tribunal; (6) que en el interrogatorio del menor pueden estar presentes sus parientes, o un experto en ciencias de la conducta, para que brinden facilidades al menor en su testificación.

En el artículo 213CPP se prevé las modificaciones importantes a la ritualidad del testimonio y las pautas a seguir son las siguientes: a) las preguntas han de ser claras y sencillas, esto que es un aspecto clave de la comunicación, en los menores resulta imprescindible para lograr que se comprenda por ellos sin tantos rodeos, los hechos sobre los cuales deben declarar; b) el interrogatorio debe ser un mecanismo que se utilice en una dimensión distinta con el menor de edad, por ello en las modalidades que la ley permite debe respetarse la integridad psíquica y moral del declarante; c) la conducción del juez del interrogatorio si lo estima necesario; d) el auxilio de los parientes o de expertos en las ciencias conductuales. Todos estos aspectos que se han relacionado resultan de aplicación obligatoria cuando el menor tiene menos de doce años.

imputado y de abogado defensor que lo represente; lo cual no significa que no se aplicaran las otras reglas de protección a la persona del menor cuando rinda y se grave su testimonio. En todo caso la regulación del derecho del artículo 106 N° 10 CPP no es un imperativo de regla general, deberá estimarse en qué casos, es procedente aplicar dicha regla, por ejemplo, en algunos casos, no sería aconsejable de acuerdo a las particularidades del mismo, recibir un testimonio del menor por lo reciente del trauma sufrido, en otros casos, lo aconsejable será recibirlo, ello dependerá de las cuestiones singulares del caso de que se trate.

57. En la generalidad de los testimonios, una de las técnicas utilizadas y permitidas por la ley, es el someter al testigo a presiones debidas o razonables, para saber cual es la manera por la que sabe la información que declara, o sobre intereses particulares que pueda tener que afecten individualmente la credibilidad de su testimonio. Esta generalidad de constreñimiento sobre el testigo que es necesaria en un sistema adversativo para que las partes puedan litigar su caso y para conceder completa confiabilidad al dicho del testigo, se reduce sensiblemente cuando se trata de niños; en el caso de adolescentes puede ser permitido dentro de un grado de razonabilidad.

3.4.3. La confrontación en el testimonio de los menores.

Quizá el aspecto más relevante en el testimonio de niños y adolescentes, sea la diferente dimensión que adquiere el derecho al careo⁵⁸, también conocido como derecho a la confrontación del testimonio⁵⁹, el cual es parte del derecho de defensa y se manifiesta cuando el testigo tiene que declarar cara a cara con el imputado, para ser interrogado y contrainterrogado respecto de sus aseveraciones y del por qué de las mismas. Este derecho que cuando se trata de personas adultas adquiere una mayor plenitud, no puede ser ponderado de igual manera que cuando se trata de niños.

Precisamente por ello, aun en sistemas penales que tienen un énfasis mayor sobre el sistema adversarial⁶⁰, en el cual uno de sus pilares, es la confrontación entre testigo e imputado en el juicio oral, se ha entendido que el derecho al careo debe resultar restringido cuando se trata de un interrogatorio de menores⁶¹, por cuanto aunque el derecho a la confrontación es parte del derecho de defensa, y es una garantía fundamental, la misma no puede ser considerada absoluta, y en ciertos casos que tienen la misma dimensión de derecho fundamental, su aplicación debe ser ponderada respecto de los otros intereses que se tutelan.

58. Cuando nos referimos al careo, en este caso no lo hacemos aludiendo a una tradicional forma de desarrollar la prueba testimonial, que es la que antes se regulaba en el Código Procesal Penal de 1996 en el Capítulo III y que era nominado de esa forma; el careo aquí tiene la significación de que el imputado pueda apreciar de vista y oídas cuando depone el testigo.

59. La dimensión aseguradora del derecho al careo se ha explicado de la manera siguiente: a) derecho al careo o confrontación cara a cara con los testigos adversos; b) derecho a contrainterrogar a los testigos adversos; c) derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público como prueba de cargo. CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos". Primera Reimpresión. Editorial Forum. San Juan. Puerto Rico. 1995 p 390.

60. Por ejemplo en la legislación puertorriqueña se garantiza en la regla 40 de evidencias que: "Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a estar interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo". En similar sentido la Enmienda Sexta y la Sección 11 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico prescribe que: "En todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos de cargo".: " CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos". Primera Reimpresión. Editorial Forum. San Juan. Puerto Rico. 1995 p 389.

61. En tal sentido se resolvió el caso *Coy v. Iowa* 487 U.S. 102, 108 S. Cr. 2798 (1988). Y de manera específica refiriendo a lo legítimo de la limitación cuando el acto de confrontación del testimonio provocaría en el menor víctima un serio daño emocional —*serious emotional distress*— *Maryland v. Craig* 110 S Ct. 3157 (1990)

De ahí, se ha entendido que es válido, limitar la confrontación entre menores e imputados⁶², cuando del ejercicio del derecho al careo, pueden resultar graves perjuicios para la indemnidad del menor, y en tal caso, se ha admitido que la declaración sea rendida en condiciones especiales que le permitan a la víctima que su testimonio, no pueda ser confrontado de manera directa –en el sentido de *face to face*– por el acusado; usualmente se ha utilizado el sistema de circuito cerrado para garantizar tanto los derechos de la víctima como del acusado, aquella declara sin tener presente al justiciable, éste puede ver y oír el testimonio de manera inmediata, aunque no confrontando en el mismo espacio físico al testigo.

En el código este aspecto de la tutela de los menores se advierte claramente reconocido cuando se establece que el interrogatorio del menor puede verificarse usando los medios electrónicos o de teletransmisión que permitan salvaguardar su integridad en este caso psíquica, ello trae como resultado que al momento de declarar el menor no tenga que estar cara a cara con el imputado, ello es una consecuencia de los derechos que se han reconocido a las víctimas, y sobre manera en estos casos a las que son menores de edad, por cuanto en el artículo 106 CPP (e) específicamente refiriéndose a la víctima menor de doce años de edad se dice: “.. y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con el...”.

3.4.4. La declaración de los menores. Aspectos de protección del entorno.

El entorno en el cual se rinden las declaraciones de los menores, es un aspecto fundamental para la evitación de perjuicios que le causen al testigo, por cuanto la estructura física de las salas de audiencia, no se corresponden con un entorno menos traumatizante para quienes acuden a lugares completamente formalizados⁶³, los cuales no encajan en la propia visión de mundo de los menores, de ahí la necesidad de resguardarlos también respecto del lugar en el cual van a prestar declaración.

62. También en el mismo sentido LOPEZ ORTEGA Juan José “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol.III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECL. San Salvador. El Salvador. 2001 p 248.

63. Ver lo que expresa LÓPEZ ORTEGA Juan José “La protección jurídica de los niños víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV. Vol. III. Septiembre-Diciembre.2001. Corte Suprema de Justicia. AECL-PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001 p 247

Ciertamente la estructura común de una sala de audiencias de la vista pública no se encuentra diseñada para ambientar debidamente a los menores; en primer lugar, la sala de vistas públicas, es un lugar desconocido completamente para la víctima que de repente, es introducida al mismo, en menores este aspecto puede generar efectos no deseados, por cuanto un entorno completamente formal, es ajeno a la conciencia y comprensión del mismo. En segundo lugar el rito del procedimiento, la distribución y ubicación de los espacios, también podrían impactar sensiblemente en los niños; por cuanto las salas de juicio se diseñan bajo modelos de signos de autoridad, que el menor no puede comprender completamente.

En tercer lugar, la presencia de diferentes personas en esos actos, inclusive de personal armado, son percepciones que pueden afectar la estabilidad emocional del menor, y generarle temor y ansiedad. En tal sentido, las salas de juicios, en su estructura actual no se corresponden con la idea de un lugar que pueda transmitir al niño víctima, paz y sosiego y por el contrario, son estructuras pensadas para adultos, que contribuyen a generar mayor victimidad en los menores.

Lo anterior, hace necesario, la creación de una estructura física que sea acorde con las necesidades de protección de las víctimas, se trata aquí de salas que respondan a la concepción de ambientes no hostiles ni opresivos⁶⁴ para los menores⁶⁵. Sobre este punto, la ventaja que se tiene es que legalmente, tal derecho de la víctima ya ha sido reconocido⁶⁶, lo cual tampoco es algo completamente novedoso, sin embargo, lo fundamental es que el diseño de las estructuras judiciales se corresponde con lo exigido por la ley.

64. Un ambiente no hostil, significa un espacio que sea compatible con la edad y la comprensión del menor, es decir un lugar habitado a su nivel de socialización, un entorno que no le sea extraño al infante, y que sea natural para él. Sobre este aspecto los sistemas de justicia que han desarrollado ambientes no hostiles, los acondicionan en forma de sala juegos de niños, o de guarderías, de sala cuna, o de aulas de kinder o de escuela, con decorados especiales, que incluyen hasta aspectos de relajación en la forma en la cual se encuentran pintados, de acuerdo a los parámetros de la psicología del color y del ambiente.

65. En igual sentido destacando la necesidad de que los testimonios se rindan en ambientes no hostiles LOPEZ ORTEGA Juan José “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” Op. Cit. p 250.

66. El Código Procesal Penal sobre este aspecto reconoció, el derecho de las víctimas menores a declarar en ambientes no hostiles, el artículo 13 N° 13 (a) prescribe “La víctima tendrá derecho... Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años: A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles, y que se grave su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario”. En el nuevo código esta misma protección se tiene prevista en el artículo 106 (e) A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, y de considerarse necesario

por medio de circuito cerrado o videoconferencia...”.

En lo que respecta a las salas para rendir testimonios, los menores se encuentran en un ambiente acorde a los mismos, y a todo lo que lo rodea; lo cual significa que en la recepción de la declaración, no concurre el formalismo del rito⁶⁷, en el sentido que el menor declare ante la presencia inmediata de los jueces y de las partes. En estos casos, el testimonio se recepciona mediante un sistema de circuito cerrado, lo cual garantiza la inmediación del mismo para las partes y jueces. Es más el testimonio rendido por los menores con los resguardos de un anticipo de prueba, debe ser objeto de grabación para que el menor no comparezca a posteriores audiencias a declarar, a menos que fuere absolutamente necesario, ella es la razón de la exigencia de la grabación del testimonio para ser reproducido en la vista pública (artículo 106 (e) CPP).

3.4.5. Conducción del juez del interrogatorio. Auxilio de especialistas o familiares.

Debe considerarse que este aspecto queda reservado a la vigilancia y control del juez. Se vislumbra en esta regla de actuación una modalidad distinta de la actuación del juez, por que usualmente sus providencias se limitan a las peticiones que se hacen por los postulantes. Sin embargo, cuando se trata de el régimen de tutela de los menores, las decisiones judiciales no se encuentran supeditadas al interés de las partes –lo cual coincide en otros aspectos del ejercicio de la jurisdicción– sino que por el contrario el juez puede adoptar diferentes medidas de resguardo de los derechos de los menores, y en este caso en particular, acordar que junto al menor que declara se encuentren sus parientes o un experto en disciplinas de la conducta que halla desarrollado un proceso de socialización previo con el menor.

La dirección de la norma es contribuir a la tranquilidad de los menores, la cual puede verse afectada según el grado de afectación que presente, de tal manera que la presencia de otras personas con las cuales el menor ha desarrollado lazos de afectividad, pueden ayudar a reducir los niveles de ansiedad o temor al momento de declarar, queda claro que la presencia de los padres o profesionales, lo es en un sentido de apoyo emocional sin que puedan incidir en el acto de la deposición del menor. El interrogatorio de un menor puede ser objeto de una reserva parcial o

67. Sobre la reducción del formalismo en la declaración LOPEZ ORTEGA Juan José “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol.III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001 p 246.

total según convenga al caso, pero la restricción de la reserva, es una decisión que afecta la publicidad del debate o de actos conexos con el mismo, y por ello la fundamentación de este acto debe ser expresa y motivada como un acto de reserva.

3.4.6. La declaración del agente encubierto. El Funcionario actuante. Método extraordinario de prueba. Control del testimonio del encubierto.

Se reconoce expresamente en el código actual la calidad de testigos que podrían tener los agentes encubiertos o los funcionarios y empleados que realizaran una actividad policial de investigación de esa naturaleza⁶⁸. Una cuestión importante es mejorar la regulación dispuesta anteriormente en el artículo 15 CPP por cuanto en la misma sólo se reconocía como una excepción a la prueba ilícita la actividad de agentes encubiertos.

El régimen actual es el de reconocer a los agentes de policía, a los funcionarios o empleados de autoridad la calidad de testigos cuando los mismos se hayan infiltrado en organizaciones criminales para tener conocimiento de las actividades y hechos que las mismas realizan; para indicarlo con toda claridad este modelo de testimonio, que es extraordinario en razón a una preordenación del testigo, resulta un verdadero testimonio de referencia, particularmente cuando el testigo ya no solo narra hechos percibidos, sino cuando lo que declara, es a partir de manifestaciones que otras personas han externado a presencia del encubierto; de ahí, la necesidad de que esta prueba debe colmar todos

los presupuestos del testimonio de referencia, en cuanto a relatos de otros esa es su verdadera naturaleza, tal como lo dispone el artículo 221 N° 2 CPP.

3.4.7. El testimonio de referencia. Concepto. Carácter extraordinario. Requisitos de procedencia. Casos de admisión. Supuestos de admisión aún en casos de testigos disponibles.

Doctrinariamente la prueba de referencia se define como cualquier

68. Respecto de algunas nociones sobre la función del agente encubierto ver SELLES FERREIRO Juan "Tratamiento Procesal de la delincuencia organizada" 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. AECL. San Salvador. El Salvador. 2006 pp7 a 18.18.

declaración o información hecha fuera del Tribunal, por una persona (que pudiere tener calidad de testigo) a una tercera persona que normalmente no tendría tal calidad y cuya declaración se pretende incorporar en juicio.

La prueba de referencia esta orientada no probar hechos en juicio, sino a establecer la verdad o no de las aseveraciones o negaciones realizadas, el cual aparentemente es una innovación en la actividad probatoria, por cuanto en la practica de los tribunales ya se había reconocido la cuestión de la prueba referencial, aunque determinada a los vaivenes de las diversas decisiones e interpretaciones de los tribunales, en virtud de ello es que el reconocimiento expreso como una variante del testimonio, genera una mayor certidumbre en los ámbitos de aplicación del testimonio de referencia, ello también es importante por que se evita que la prueba de referencia se pretenda utilizar para establecer hechos en juicio, lo que daría lugar a una degeneración de la actividad probatoria.

Ha de partirse del aspecto general en el sentido que la prueba de referencia no es admisible en juicio, porque de lo contrario se reduciría sensiblemente el derecho del acusado a la confrontación del testigo, de ahí que la limitación a este derecho, sólo puede ser asumida cuando la prueba de referencia sea excepcional, y únicamente cuando se hayan establecido los requisitos de necesidad y confiabilidad, estos aspectos aparecen delimitados en el inciso primero del artículo 220 CPP cuando

se establece la no admisión como regla general de las declaración de referencia y la sujeción de la misma a los parámetros de necesariedad y confiabilidad, si es bueno acotar que estos aspectos son independientes entre si, es decir la prueba de referencia aún siendo confiable y necesaria solo procede de manera excepcional, únicamente cuando la ley prevé el supuesto de admisión.

Como en todos los modelos que sistematizan la prueba de referencia se fijará por ley, los casos cuando procede; y menester aclarar que la prueba de referencia sólo esta referida a la admisibilidad de la misma y no tiene adjudicada un valor por si misma, es decir la suficiencia probatoria, es una cuestión aparte que debe valorar el juez conforme a las reglas de la sana crítica. La prueba de referencia en el modelo salvadoreño, no tiene una capacidad de rendimiento como en otros modelos, en los cuales esta aptitud es muy amplia⁶⁹, en el nuestro se

69. Puede consultarse en sus aspectos originales y vinculado al sistema anglófono respecto del derecho a la confrontación CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos". Volumen I. Primera Reimpresión. Editorial Forum. 1995 pp. 408 a 415

desarrollan causas de procedencia restringidas, las cuales son las siguientes:

I) El primer grupo de casos se dirige a la denominada prueba de referencia tradicional, es decir cuando el declarante original no puede concurrir al tribunal a declarar y por ello procede admitir la declaración de otra persona a quien se le contó el suceso: a) los casos previstos son los de muerte u enfermedad grave, lo cual denota la imposibilidad de comparecencia, se permite una regla de analogía para casos similares cuando se “haga imposible o difícil que comparezca..” como es un supuesto de analogía debe participar de la misma entidad de la causa

prevista, de tal manera que el supuesto no cubre por ejemplo lo que se haya declarado ante policías y fiscales en los actos de entrevista y declaraciones, y que posteriormente el declarante no puede ser ubicado para ser llevado a declarar judicialmente, supuestos de esa naturaleza no se encuentran en modo comprendidos.

b) Lo que si se tiene previsto son las declaraciones cuando funcionen bajo el método encubierto, es decir tratase de una infiltración policial en un grupo o organización criminal en el cual el agente, funcionario o empleado no sólo percibe de vista hechos que suceden, sino que además escucha lo que se dice en esas actividades, debe aclararse que en estos aspectos la prueba de referencia queda más limitada a los aspectos de valoración del conjunto de prueba, y en modalidades como estas, es importante destacar nuevamente que la prueba de referencia no es un sistema de comprobación de hechos, sino de verificar el contenido de veracidad de las afirmaciones.

c) En la retractación de la víctima o del testigo que si ha prestado una declaración anterior, y que declarando en juicio, depone en forma completamente contraria a sus iniciales afirmaciones, es procedente la incorporación de la prueba de referencia, pero en este caso tiene fines predominantemente impugnatorios, con lo cual las declaraciones anteriores pueden ser examinadas a partir de lo que se expresó en un momento determinado, respecto de las afirmaciones posteriores que se hagan por los testigos.

d) Por último aquellas declaraciones que en un momento determinado se han rendido por una persona, estando la misma en un estado de normalidad psíquica y procediendo voluntariamente ha realizado afirmaciones que son en perjuicio de su propia persona, son admisibles como prueba, en este caso con las limitaciones de la prueba por confesión extrajudicial.

II) El segundo supuesto radica en la oportunidad de ofrecer prueba testimonial de referencia, aún cuando la persona estuviese presente para declarar o como lo indica el artículo 222 cuando se trate de un testigo disponible, debe de tratarse en todo caso de manifestaciones hechas por el declarante original y sobre los supuestos siguientes: a) cuando la manifestación ha sido en forma simultánea o inmediatamente después de ocurrido el evento, punto fundamental de la procedencia es la espontaneidad de lo referido; b) cuando las manifestaciones se expresan por encontrarse el sujeto en un estado de excitación al percibir un hecho relevante.

Todas las condiciones enunciadas, así como las condiciones de necesidad y confiabilidad han de establecerse motivadamente para el ofrecimiento de la prueba de referencia, la omisión a esas exigencias genera la inadmisibilidad de la misma.

3.4.8. La prueba de carácter, hábito o costumbre. Procedencia. El fundamento de impugnación en materia de credibilidad. Facultad de contradicción.

Esta modalidad de la prueba testimonial, forma parte de las novedades de reforma a la actividad probatoria, pero en nuestro sistema se circunscribe únicamente a la oportunidad de impugnar la credibilidad de una persona que ha comparecido como testigo o perito o en su caso del imputado, se trata del uso de un mecanismo de prueba que sirve para controvertir otras pruebas de carácter personal, como mecanismo de defensa se garantiza que la parte perjudicada por la prueba de carácter tiene el derecho a contradecirla.

La prueba de hábito o costumbre, al igual que la de carácter forma parte de las innovaciones y trata de regular la admisión de prueba testimonial para probar que una persona es proclive a actuar de una manera específica, es decir que desarrolla su conducta conforme a hábitos, el uso del vocablo costumbre es simplemente un sinónimo, como lo podrían ser, “el uso”, “las prácticas”, y puede tener un contenido

amplio, su fin es estrictamente probatorio para acreditar que la persona ha actuado ya de esa manera, y de ahí habrá de valorarse si en el caso particular su actuación ha sido conforme a esa costumbre, no tiene por ende un contenido de derecho penal material.

3.5. Cuestiones sobre la prueba pericial.

3.5.1. La prueba de peritos. Necesidad de la prueba pericial. Carácter del perito.

Se reconoce la necesidad de que en ciertas áreas de conocimiento especializado, se pueda acudir a personas que en virtud de su formación o experiencia ha alcanzado un grado de dominio en una disciplina determinada pueda informar al juez sobre las particularidades del objeto de estudio. El perito será entonces una persona que solo en atención a sus cualidades objetivas de formación se le pide una opinión para esclarecer un determinado hecho, opinión que además de experta, reviste el carácter de estricta rigurosidad cuando el experto lo es en una ciencia o disciplina reglamentada dentro del saber científico⁷⁰.

3.5.2. Distinción del perito. Instituciones estatales obligadas.

Para evitar disfunciones en la aplicación de la normativa el texto de la ley distingue claramente entre los peritos permanentes y los accidentales. Y de los peritos permanentes, lo son únicamente aquellos que aparecen nominados en el catalogo enunciado por el artículo 226 CPP como cuestión relevante de esta distinción, se considera el rito del juramento, el cual aplica únicamente para aquellos peritos que no sean permanentes. Por ultimo, nombrado un perito de una de las instituciones expresamente contempladas, es obligación de los encargados de la misma, conceder el permiso respectivo, la negación del mismo equivale a una desobediencia.

3.5.3. Calidad habilitante del perito.

Es fundamental respecto de las actuaciones de los peritos, que su calidad habilitante quede debidamente acreditada, no cualquier persona puede desempeñarse como perito, por que requisito *sine quoniam* del acto, es que la persona sea idónea a partir de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (art. 226 CPP) lo cual debe acreditarse debidamente mediante los atestados correspondientes a su pericia en la

⁷⁰. En relación a los aspectos generales de la prueba pericial son útiles las consideraciones de CASADO PÉREZ José María en Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Corte Suprema de Justicia. AECL. San Salvador. El Salvador. 2000 pp. 523 a 532.

materia de dictamen , siempre que la profesión se encuentre reglamentada (art. 227 CPP).

3.5.4. La pericia judicial.

La prueba pericial por regla general es autorizada por los jueces, es decir que la decisión sobre la realización de una actividad que requiere el concurso de un experto que es perito sólo puede habilitarse como pericia, si un juez ordena la realización de tal actividad, de tal manera que la necesidad de descubrir o valorar un elemento de prueba que requiera de conocimientos especiales por una persona experta, es el mecanismo habilitador para que se puedan practicar pericias (art. 226 inciso primero CPP) ello puede ser realizado a petición de parte o de oficio (art. 186, 199, 200, 294 N° 3, 303 CPP).

3.5.5. La pericia en los actos urgentes de comprobación.

Para evitar disfunciones en la aplicación de la normativa procesal respecto de la pericia, se ha establecido una regla especial de actuaciones periciales, aplicable a los actos urgentes de comprobación, ello significa que en esos actos la actividad pericial, será ordenada por el fiscal, y no por el juez, y el aspecto fundamental de la distinción radica en la afectación de los derechos fundamentales de la persona, de tal manera que en estos actos que son urgentes por naturaleza y en los cuales se requiere una asistencia de una persona experta en ciencia, arte o técnica, el ministerio fiscal pueda adoptar las medidas precisas para ordenar la pericia mediante el auxilio de peritos, siempre que tal actividad no requiera de la autorización de un juez, artículo 226 inciso segundo CPP. Esas actividades periciales realizados en actos urgentes de comprobación tienen valor de prueba como pericias, pero deben seguir el cumplimiento de las reglas de las mismas, fundamentalmente en cuanto al dictamen.

3.5.6. Los elementos del peritaje.

En relación al contenido del dictamen debemos de entender que estamos en presencia de los requisitos mínimos del dictamen, sin estos no puede considerarse el evento realizado como un dictamen pericial, se requiere del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 236 CPP ello constituye el dictamen escrito del facultativo, es lo que consta en el expediente escrito y es la base fundamental para desarrollar el interrogatorio del perito en el juicio.

El código contiene en su texto un artículo relativo a la aclaración o ampliación del dictamen pericial, y ello puede proceder de oficio o a petición de parte. De persistir las objeciones al peritaje, puede nombrarse un tercer perito para que evaluando las conclusiones de los peritos anteriores rinda un informe sobre las mismas, e incluso se permite la posibilidad de si fuera necesario se realice otra vez la actuación pericial si ello es posible.

3.6. Prueba de Objetos.

3.6.1 Forma y procedencia

La nueva regulación de la prueba de objetos nos permite distinguir cuál es el verdadero propósito de la exhibición de objetos sometidos a decomiso o secuestro, pues el art. 242 CPP aprobado nos indica tal cosa. Así, la incorporación de objetos al debate del juicio, solo ha de tener cabida, cuando con ellos se pretende “ilustrar los hechos en controversia”. El empleo de la expresión “ilustrar”, quizá resulte imprecisa, especialmente cuando en el párrafo tercero del art. 243 CPP se dice que no van a estar sometidos al mecanismos de incorporación de la prueba de objetos, aquellos que solo tienen “fines *ilustrativos* como maquetas, planimetrías, álbumes fotográficos sobre la escena del delito o similares”.

En términos generales, para incorporar un objeto al debate del juicio, se ha de seguir el proceso de autenticación, pues antes de mostrárselo al testigo o perito, se ha de interrogar sobre las características y la posibilidad de reconocerlo, para luego exhibírselo para que lo señale.

3.7. Prueba documental

3.7.1. Significación del documento

La prueba documental no se ve limitada ahora a la categorización que venía desde el Código de Procedimientos Civiles y que se restringía a los documentos públicos, auténticos y privados, por cuanto el párrafo tercero del art. 244 CPP amplía el concepto de documento, al decir que: Para los efectos de este Código también se entenderá como documento cualquier soporte en el que consten datos o información susceptibles de ser empleados para demostrar un hecho determinado.

Esto se corresponde, de alguna manera, con la definición que de documento propone Cafferata Nores, al decir que documento es:

“el objeto material en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.), mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual (palabras, imágenes, sonidos, etc.). Cuando se relacione con el delito que se investiga, o pueda ser útil para su comprobación, podrá ser incorporado al proceso como prueba.”⁷¹.

Esta ampliación del concepto de documento no significa, por supuesto, que pueda admitirse en el juicio cualquier clase de instrumento en el que se haya plasmado alguna expresión del pensamiento humano, inclusive aquellas actas en las que no se ha hecho otra cosa más que consignar el contenido de un mero acto de investigación, como un acto de vigilancia o un reconocimiento por fotografías para identificación realizado en sede policial, etc. Estos actos de la instrucción, aunque se encuentren documentados en actas, carecen de valor probatorio en juicio, y por ello no pueden siquiera ser ofrecidos, mucho menos admitidos, como elementos de prueba, bajo el argumento de que se trata de documentos. Es lo que debe interpretarse del contenido del párrafo segundo del art. 311 CPP. Las actuaciones que han de tener valor en el juicio y que han sido realizadas durante la instrucción, se restringen a los actos urgentes de comprobación y los anticipos de prueba.

3.7.2 Autenticación

El art. 249 CPP ha previsto que la incorporación de la prueba documental al juicio, esté precedida por la autenticación; esto supone que antes de su lectura, el testigo o la víctima haya sido interrogada sobre el origen del documento y su contenido, así como sobre la posibilidad de señalarlo o reconocerlo. Es decir, que no ha de hacerse una lectura automática de los documentos ofrecidos como prueba.

3.7.3. Copias

a) También se admite como prueba la copia de un documento; pero esta admisión resulta completamente excepcional y solo estará legitimada, cuando el documento original se ha extraviado o ha sido destruido y no exista manera alguna de lograr su reposición; ambas cosas deben ser demostradas por quien ofrece esa copia como prueba documental. Además de demostrar, por los mecanismos que fueren pertinentes, la conformidad de la copia con el original. Art. 247 CPP.

3.8. Cadena de custodia

3.8.1 Finalidad

La cadena de custodia, como institución procesal, se encuentra vinculada con la prueba de objetos y con la prueba documental, porque son estos medios probatorios los que resultan susceptibles de transitar por las distintas etapas que componen a la cadena de custodia, que van desde la incautación hasta el análisis y custodia. Entonces, la finalidad de establecer unas reglas sobre la recogida, análisis y conservación de objetos o documentos, a las que la ley llama cadena de custodia, es garantizar la autenticidad de tales objetos o documentos. Esto es lo que

se infiere del art. 250 CPP, como propósito de la cadena de custodia. Unas finalidades similares identifica el autor J. Federico Campos Calderón, al definir la cadena de custodia como: “El conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, *con el fin de*: a) Evitar la alteración (y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho)”.⁷²

3.8.2 Ámbito de aplicación

Podemos distinguir un ámbito de aplicación espacio-temporal; pero además uno que involucre aquellos objetos que deben estar sometidos a la cadena de custodia.

Con relación a los primeros ámbitos, parece que lo más ordinario ha de ser la aplicación de las reglas de cadena de custodia desde el momento de llegada a la escena del delito o a cualquier otro lugar vinculado con el hecho; una afirmación como esta puede ser respaldada legalmente desde unas de las obligaciones que conforman el estatuto de actuación de la policía, particularmente por lo regulado en los números dos y tres del art. 273 CPP, que se refieren, el primero, a la obligación de Cuidar que los rastros del delito sean conservados y que el estado de las cosas o de las personas no se modifique, hasta que llegue al lugar del hecho el encargado de la inspección y el segundo, contiene la obligación

72. campos calderón, j. federico. Cadena de Custodia de la Prueba, su relevancia en el proceso penal. Editorial Jurídica Continental, San José Costa Rica, 2002, pág. 18.

del policía de hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación. El art. 180 CPP también nos sugiere que el momento inicial de aplicación de la cadena de custodia está determinado por la llegada al lugar del delito o a cualquier otro lugar relacionado con la investigación, y continúa con los actos de recogida y conservación de las cosas que resulten pertinentes para la investigación.

Pero además, la cadena de custodia está limitada, en su ámbito de aplicación, a la recogida y conservación de aquellas cosas en las que resida alguna pretensión probatoria; no parece relevante la aplicación de estas reglas a objetos que carecen de ese propósito o que simplemente han de servir a los fines de restitución o embargo, o en términos generales, a satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito; tampoco han de estar sujetos a estas reglas, los objetos a los que se refiere el párrafo segundo del art. 252 CPP.

3.8.3 Legalidad y valoración.

La autenticidad del objeto incautado está determinada por la posibilidad de haberse mantenido inalterada la cadena de custodia; de tal manera que solo cuando eso es impugnado, la parte procesal que ha ofrecido el objeto o documento como prueba para el juicio, deberá demostrar la integridad de la cadena de custodia.

El juez ha de valorar los efectos de que se haya mantenido o no la cadena de custodia, conforme a las reglas de la sana crítica.

3.9. Diligencias Iniciales de Investigación

3.9.1. Diferencia entre acto de investigación, actos urgentes de comprobación y medios de prueba

El Código Procesal Penal aprobado regula, en nuestra opinión, con mayor claridad lo que constituyen los actos de investigación. Aún cuando no existe una precisión legal sobre el concepto, lo cual resulta innecesario, su sistematización nos permite distinguirlos sin mucha dificultad respecto de aquellos actos procesales que, aunque fueron practicados durante la instrucción, sí asumen la condición de verdaderos elementos probatorios.