

CAFFERATA NORES

**LA PRUEBA
EN EL**

PROCESO PENAL

**Con especial referencia
a la ley 23.984**

*3ª edición,
actualizada y ampliada*

Depalma

IV

DEL MISMO AUTOR

Excarcelación y eximición de prisión (en colaboración con otros autores), 1986.

La excarcelación (en colaboración con otros autores), 2ª ed., vol. I, 1988.

Temas de derecho procesal penal, 1988.

La seguridad ciudadana frente al delito, y otros ensayos, 1991.

Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal, 1992.

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

CON ESPECIAL REFERENCIA
A LA LEY 23.984

*3ª edición,
actualizada y ampliada*



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES
1998

VI

1ª edición, 1986.

2ª edición, 1994.

Colaboró en la adaptación al nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) y en esta actualización la doctora MARÍA DEL ROSARIO VALIENTE.

I.S.B.N. 950-14-1669-0



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

Talcahuano 494

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ÍNDICE

PARTE PRIMERA

CAPÍTULO ÚNICO

NOCIONES GENERALES

1. Noción de "prueba"	3
2. Evolución	4
3. Importancia	5
4. Estados intelectuales del juez respecto de la verdad .	6
a) Verdad	6
b) Certeza	8
c) Duda	8
d) Probabilidad	9
5. Trascendencia de los estados intelectuales en las distintas etapas del proceso	9
a) En el inicio del proceso	9
b) Para vincular a una persona con el proceso	10
c) En el momento de resolver la situación legal del imputado	10
1. Certeza negativa: sobreseimiento	10
2. Probabilidad: procesamiento	11
3. Duda: auto de falta de mérito	11
d) En la clausura de la instrucción y elevación a juicio	11
e) En el dictado de la sentencia definitiva	12
6. <i>In dubio pro reo</i>	12
7. Concepto de "prueba"	15
8. Elemento de prueba	16
1. Objetividad	16

2. Legalidad	16
Obtención ilegal	17
Incorporación irregular	21
3. Relevancia	22
4. Pertinencia	22
9. Órgano de prueba	23
10. Medio de prueba	23
11. Objeto de la prueba	24
a) Consideración en abstracto	25
b) Consideración en concreto	26
12. Libertad probatoria	27
a) Noción	27
b) En relación con el objeto de la prueba	28
c) En relación con los medios de prueba	28
13. Actividad probatoria	33
a) Noción	33
b) Medios coercitivos auxiliares	34
c) Exclusión de la carga de la prueba	35
d) Investigación judicial autónoma	38
e) Momentos	39
1. Proposición	40
2. Recepción	41
3. Valoración	43
14. Sistemas de valoración de la prueba	44
a) Prueba legal	44
b) Íntima convicción	45
c) Libre convicción o sana crítica racional	45

PARTE SEGUNDA

MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

CAPÍTULO I

PERICIA

15. Noción	53
16. Fundamento	53
17. Procedencia	54

18. Número de peritos	56
19. Condiciones para ser perito	57
a) Edad	57
b) Salud mental	57
c) Calidad habilitante	57
d) Conducta	58
e) Matriculación	59
20. Incompatibilidades	59
21. Excusación y recusación	61
22. Actuación del perito	62
a) Deber de comparendo y aceptación jurada del cargo	62
b) Obligación del desempeño fiel del cargo	63
c) Sanciones	65
d) Honorarios y reembolso de gastos	65
23. El perito contralor	66
a) Caracterización	66
b) El problema de su imparcialidad	66
24. Trámite de la pericia	68
a) Designación del perito	69
b) Proposición de cuestiones	69
c) Notificación previa a las partes	70
d) Dirección de la pericia: manifestaciones	72
e) Actuación pericial conjunta	74
f) Deliberación	74
g) Dictamen	75
25. Derechos del ministerio fiscal y de las partes	75
a) Ofrecimiento de la prueba pericial	75
b) Recepción de la prueba pericial	76
26. El dictamen pericial	77
a) Concepto	77
b) Forma	77
c) Contenido	78
d) Motivación	79
e) Aclaración del dictamen	80
27. Ampliación o renovación de la pericia	81
28. Pericias especiales	82
a) Pericia psiquiátrica	82
b) Autopsia	82
c) Cotejo de documentos	83

29. Criterios de valoración	83
30. Eficacia probatoria	84
a) La cuestión de la obligatoriedad del dictamen	84
b) Agotamiento de instancias previas	85
1. Aclaración	86
2. Ampliación	86
3. Renovación	87
c) Imposibilidad de que el criterio judicial sustituya al perito	88
31. Pericia e informe técnico policial	90

CAPÍTULO II

TESTIMONIO

32. Concepto y caracteres	93
33. Capacidad testifical	97
34. Incompatibilidades	99
35. Prohibición de declarar y facultad de abstención	101
a) Secreto profesional o de estado	101
b) Parentesco	104
36. Obligación de testificar	106
a) Deber de comparendo	106
b) Excepciones	108
c) Deber de declarar	109
d) Otras obligaciones	110
37. Régimen de la declaración	110
a) Ofrecimiento	110
b) Recepción	112
1. Declaraciones separadas	112
2. Publicidad o reserva	112
3. Oralidad	113
c) Valoración	115
38. Estructura de la declaración	115
a) Advertencias sobre falsedad y juramento	115
b) Generales de la ley	116
c) Declaración sobre el hecho	117
39. Documentación del acto	118
40. Órganos de recepción	119

41. Apreciación del testimonio	119
a) Necesidad	119
b) Sistemas	120
c) Pautas	121

CAPÍTULO III

RECONOCIMIENTO DE PERSONAS Y DE COSAS

42. Introducción	125
43. Concepto	125
44. Procedencia	127
45. Sujeto activo	128
46. Sujeto pasivo	129
47. Estructura y desarrollo del acto	129
a) Juramento	129
b) Descripción previa	130
c) Preguntas sobre conocimiento anterior	130
d) Integración de la "rueda de personas"	131
e) Observación de la rueda	132
f) Identificación y designación	132
g) Multiplicidad de reconocimientos	133
48. Reconocimiento por fotografías	134
49. Órgano de ejecución	136
50. Régimen legal especial	138
51. Documentación	139
52. Valoración	140
53. Reconocimiento de cosas	142

CAPÍTULO IV

RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO

54. Concepto	143
55. Objeto	144
56. Presupuesto	144
57. Finalidad	145
58. Intervinientes	146
a) Imputado	146

b) Testigos	147
c) Peritos	147
d) Intérpretes	147
e) Sustitutos	148
f) Auxiliares	148
59. Desarrollo del acto	148
60. Órgano de ejecución	150
61. Régimen legal especial	150
62. Valoración	151

CAPÍTULO V

CAREO

63. Concepto	153
64. Autonomía	153
65. Reglamentación legal	154
a) Presupuesto	154
b) Intervinientes	155
c) Procedimiento	156
d) Dirección y documentación	156
66. Órgano de ejecución	157
67. Eficacia probatoria	158

CAPÍTULO VI

CONFESIÓN

68. Noción e importancia	159
69. Concepto	161
70. Requisitos de validez	161
71. Valoración	163

CAPÍTULO VII

INSPECCIÓN JUDICIAL

72. Concepto	165
73. Regulación legal	166
a) Fines	166

ÍNDICE

XIII

	b) Medios auxiliares	167
74.	Clases	168
	a) Inspección de personas	168
	b) Inspección de cadáveres	170
	c) Inspección de cosas	170
	d) Inspección de lugares	171
75.	Procedimiento	172
	a) Órgano de ejecución	172
	b) Régimen legal especial	173

CAPÍTULO VIII

DOCUMENTOS

76.	Concepto	175
77.	Regulación legal	176
	a) Prohibiciones	176
	b) Formas de adquisición	177
	c) Utilización procesal	178
78.	Eficacia probatoria	179

CAPÍTULO IX

INFORMES

79.	Noción	183
80.	Autonomía conceptual	184
81.	Concepto y requisitos	184
82.	Reglamentación legal	185
83.	Valoración	186

CAPÍTULO X

TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN

84.	Concepto	187
85.	Autonomía	187
86.	Reglamentación legal	188
87.	Sanciones	189

CAPÍTULO XI

PRESUNCIONES E INDICIOS

88. Concepto de "presunción"	191
a) Aplicación en el proceso penal	191
b) Denominación impropia	192
89. Concepto de "indicio"	192
a) Naturaleza probatoria	192
b) Silogismo indiciario	193
c) Reglamentación legal	194
d) Indicios unívoco y anfibológico: idoneidad probatoria de cada uno	195
e) La tenencia de la <i>res furtiva</i>	196
f) Protección de la prueba indiciaria	197

PARTE TERCERA

CAPÍTULO I

MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA

90. Medios auxiliares de prueba	201
91. Secuestro	201
92. Orden de presentación	206
93. Registro domiciliario	206
a) Objeto	206
b) Finalidad	206
c) Requisitos	207
d) Allanamiento	207
e) Órganos que lo disponen	211
f) Garantías	211
94. Requisa personal	212
95. Clausura de locales	213
96. Interceptación de correspondencia	214
97. Intervención de comunicaciones telefónicas	216
98. Atribuciones del agente fiscal (caso del art. 196)	218

CAPÍTULO II

MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

99. Medios extraordinarios de prueba	221
100. "Necesidad" vs. "moralidad"	222
101. Agente encubierto (y paraencubierto)	223
102. ¿Informalidad o ilegalidad?	224
103. El imputado colaborador ("arrepentido")	225
104. Contradictorio	227
105. La colaboración con la víctima	228

PARTE PRIMERA

"No creo en las ideas «personales». Todas mis ideas, mis convicciones, fueron inspiradas por otros. Simplemente son mías porque las he vivido, experimentado, recreado. Todo es memoria y todo es espejo. Espejo que deforma; por ello es creador".

PIERRE CALAME (1994).

CAPÍTULO ÚNICO

NOCIONES GENERALES

1. NOCIÓN DE "PRUEBA"¹.

En sentido amplio, cabe decir que *prueba* es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente².

¹ He consultado, principalmente, las siguientes obras: Eugenio Florian, *De las pruebas penales* (trad. de Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 1968; Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Bs. As., 1966; Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1981; Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Ejea, Bs. As., 1952; Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Ejea, Bs. As., 1963; Manuel Ayan, *La actividad probatoria en el proceso penal*, "Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", n° VII; Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (trad. de José Manuel Núñez), Bibliográfica Argentina, 1957; Miguel Fenech, *El proceso penal*, Madrid, 1978 (Agesa); Francisco D'Albora, *Curso de derecho procesal penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982; Ricardo C. Núñez, *Código Procesal Penal de Córdoba comentado*, Lerner, Córdoba, 1978; María Cristina Barberá de Riso, *Doctrina penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*, Bs. As., 1983; Andrei Vishinski, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Bs. As., 1951; Raúl E. Torres Bas, *Procedimiento penal argentino*, Lerner, 1986; Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Bs. As., 1996; Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., 1993, y *Justicia penal y Estado de derecho*, Bs. As., 1993; Fabián Balcarce, *La prueba en el proceso penal*; Jorge Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, Santa Fe, 1977; Antonio Magalhaes Gomes Filho, *Direito a prova no processo penal*, São Paulo, Brasil. Pero, principalmente, me he basado, en esta primera parte, en las clases de Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo y Raúl E. Torres Bas, quienes fueron mis maestros, no sólo en mis épocas de estudiante, sino durante mi formación para la docencia universitaria.

² Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, p. 9, señala que "la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la

Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva³.

2. EVOLUCIÓN.

La prueba penal no ha evolucionado siempre acompañando los adelantos de la civilización, sino que más bien, superados ciertos estadios de primitivismo, ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia.

Sin embargo, a muy grandes rasgos, es posible establecer dos momentos netamente definidos. En el primero se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable, y los tribunales se limitaban a practicar los actos necesarios para que aquélla se manifestara (v.gr., juicios de Dios, ordalías, etc.)⁴. En el segundo se impuso a los jueces el deber de formarse por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual: aquí apareció la prueba.

vida humana", y es en "las ciencias y actividades reconstructivas donde [...] adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho".

³ "Prueba" es "todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición", sostiene Máximo Castro, *Procedimientos penales*, t. II, p. 283. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, p. 72, llama "prueba" a la suma de motivos productores de la certeza. Para Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, t. II, § 900, "prueba" es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición. Señala también que "en los siglos bárbaros se creía que la prueba no era esencial para el juicio, pues en esos tiempos se pensaba que sólo la acusación bastaba para obligar al reo a justificarse [...] pero el progreso de la civilización hizo que se rectificara ese absurdo concepto" (§ 833).

⁴ Por ejemplo, puesto el acusado en presencia del cadáver, si de éste manaba sangre se juzgaba que ello era una señal divina de que aquél era culpable. Ver también: Max Weber, *Economía y sociedad*, Méjico, p. 606.

En este último contexto, la prueba penal, en nuestros días, puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial) para el descubrimiento y la valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados. Todo ello, dentro de un marco de respeto por la persona del imputado y de reconocimiento de los derechos de todas las partes privadas.

Por cierto que todo el tema de la prueba se halla íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se acepte. Si está influído por el paradigma *inquisitivo*, la prueba tiene una importancia relativa, pues como el modelo político autoritario que lo sustenta *presupone* la culpabilidad del imputado por la *apariencia* de culpabilidad que funda la imputación o que ésta ocasiona, el proceso se legitima como un castigo en sí mismo (especialmente por medio de la estigmatización que genera o de la prisión preventiva), mientras procura, sin verdadero interés, *reconfirmar* una culpabilidad que por ser *pre-supuesta* va siendo *pre-castigada*. Si el modelo, en cambio, es como el que estatuye nuestro sistema constitucional, dado que éste parte de un estado de *inocencia*, la prueba cobra relevancia sustancial, porque es la única forma legalmente autorizada para destruirlo: no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad.

3. IMPORTANCIA.

La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado "fin inmediato del proceso") debe desarrollarse tendiendo a la *reconstrucción conceptual* de aquéllos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos pudieron

haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones o de inferencias sobre aquéllos.

Además, conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo se podrá admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo cual impide que aquéllas sean fundadas en elementos puramente subjetivos⁵.

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la *garantía*. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva.

4. ESTADOS INTELECTUALES DEL JUEZ RESPECTO DE LA VERDAD.

Ya se dijo que el proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba.

En virtud de ella, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación. La prueba va *impactando* en su conciencia, *generando distintos estados de conocimiento*, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances, como se verá más adelante.

a) *Verdad.*

La verdad que se persigue en el proceso penal es, a diferencia de lo que sucede en sede civil, la históricamente ocurrida, denominada *verdad material*, *verdad correspondencia* o *verdad real*. Conviene, entonces, buscar un concepto de "verdad".

⁵ En tal sentido, mi voto en el T.S.J. de Córdoba, Sala Laboral ("Brizuela c. Minerva", 1984), respecto de una sentencia que se fundamentaba en el "sentido de justicia". La Cámara de Acusación de Córdoba señaló que la denuncia, sin corroboración probatoria, no es suficiente para acreditar la imputación (autos "Rodríguez", n° 27/81).

Partiendo de las definiciones clásicas, cabe decir que “verdad” es la *adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad*.

La verdad, como correspondencia entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se haya podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal, a la cual no se llega en forma sencilla, tanto por las limitaciones propias de su naturaleza “histórica” (no se la puede percibir por experiencia –como se podría hacer con la gravedad o la inercia–, sino que se la debe reconstruir conceptualmente, por las huellas que aquel hecho haya dejado), los problemas, rutinas y prejuicios que influyen en la percepción judicial y las necesidades de solución del caso, como por las limitaciones impuestas por el orden jurídico, que subordina el logro de la verdad al respeto de otros valores, generalmente relacionados con la dignidad humana (entre otras limitaciones).

A partir de estos condicionamientos, habrá que extremar los recaudos para que la verdad que se obtenga en el proceso sea lo *más* correspondiente posible con la realidad de lo ocurrido, al punto de que las pruebas de cargo en él obtenidas sean idóneas para provocar en los jueces la firme convicción, demostrable, de que están en lo cierto (certeza) sobre la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal. Para eso deberán extremar sus “controles de calidad”, y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo.

Asimismo, habrá que garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos a tal fin; y que *sólo* se la admita como *verdadera* cuando pueda apoyársela en pruebas de cargo, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto pensamiento humano: la lógica, los principios de las ciencias y la experiencia común, que son “reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso”.

Es bueno aclarar que la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la *culpabilidad* del imputado: su inocencia *se tiene* por verdadera hasta que se pruebe lo

contrario, lo cual no excluye el derecho de aquél a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado.

b) *Certeza.*

Sin embargo, la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay *certeza*, a la cual se la puede definir como *la firme convicción de estar en posesión de la verdad*⁶.

La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en este tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados *duda*, *probabilidad* e *improbabilidad*.

c) *Duda.*

Entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del *equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla*, todos ellos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizá sea una *oscilación*, porque el intelecto es

⁶ "La verdad sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella; y esto es lo que se llama «estado de certeza»" (Clariá Olmedo, ob. cit., t. I, p. 446). Mittermaier, ob. cit., p. 56, sostiene que la certeza es "el estado del entendimiento que tiene los hechos por verdaderos [...] luego de rechazar victoriosamente todos los motivos contrarios". Para mayores detalles, ver: José I. Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., 1997, ps. 71 y ss.

llevado hacia el "sí" y luego hacia el "no", sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga suficientemente como para hacerlo salir de esta indecisión pendular⁷.

d) *Probabilidad.*

Habrà probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los *elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos*; es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay *improbabilidad* (o probabilidad negativa)⁸.

5. TRASCENDENCIA DE LOS ESTADOS INTELECTUALES
EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO.

La ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, el avance o la conclusión del proceso a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez en relación con la verdad que se pretende descubrir.

a) En el *inicio del proceso* no se requiere más que la afirmación, por parte de los órganos públicos autorizados (Ministerio Fiscal y Policía Judicial) (art. 195), de la posible existencia de un hecho delictivo, para que el juez de instrucción deba dar comienzo a su actividad. En principio, en este mo-

⁷ Hay duda cuando los motivos que conducen a afirmar y a negar se presentan en paridad de volumen (Clarià Olmedo, ob. cit., t. I, p. 446). "Equilibrio que no es, pues, destrucción ni eliminación, sino contraste y compensación. Cabría decir que acaso la duda esté representada, más que por el equilibrio, por la oscilación" (Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, p. 25, nota 22).

⁸ Hay probabilidad "cuando los motivos convergentes hacia la afirmación son superiores a los divergentes de la afirmación" (Framarino, ob. cit., p. 67). Será negativa cuando predominen los motivos que permiten inclinarse por la inexistencia de un hecho, estado que desde el punto de vista positivo equivale a la improbabilidad (Clarià Olmedo, ob. cit., t. I, p. 446).

mento no interesa que haya en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. Pero, indudablemente, se debe someter el inicio de la actividad estatal a pautas mínimas de verosimilitud y racionalidad.

b) Para *vincular a una persona con el proceso*, como posible responsable del delito que en él se trata, hacen falta *motivos bastantes* (fundados en pruebas) para sospechar de su participación en la comisión de un delito (art. 294), lo cual impide una imputación *arbitraria* (la más próxima manifestación del principio de inocencia es la de no ser imputado arbitrariamente). Ello impedirá el sometimiento de aquélla al procedimiento si se tiene la certeza de que no hubo "participación en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible", o ésta aparece como improbable (ya que la improbabilidad de su participación es, lógicamente, incompatible con sospechas motivadas al respecto)⁹.

c) En el momento de *resolver la situación legal del imputado* —diez días después de haberle recibido declaración indagatoria (art. 306)—, se podrá dictar las siguientes resoluciones, según el estado intelectual a que haya llegado el juez respecto de la verdad de los hechos investigados:

1) Si hubiese adquirido *certeza negativa*, deberá ordenar el *sobreseimiento*¹⁰ del imputado, ya que dicha resolución pro-

⁹ El C.P.P. nacional (art. 294) admite —con excesiva generosidad— el llamamiento aun en casos de duda. La importancia de la distinción se advierte cuando se repara en que la convocatoria al proceso, por haber sospecha bastante de participación punible, hace pasible al imputado de restricciones de su libertad. Cfr.: José I. Cafferata Nores, *El nuevo art. 292 del Código Procesal Penal*, "Semanao Jurídico", n° 531, del 27/12/84. Por otra parte, parece irracional que el ejercicio del derecho de defensa exija como precio la "imputación" formal del delito, pues ello suele ocasionar un fenómeno de estigmatización generalmente irreparable. Lo que debe mediar siempre es el aviso, a quien sea objeto de una investigación, de que se la está llevando adelante.

¹⁰ Se puede ver, al respecto: Raúl Torres Bas, *El sobreseimiento*. "Si al decretarse el sobreseimiento del imputado sobre la base de fundamentos referentes a la valoración de la prueba que no generan un convencimiento cierto y dejan latente la probabilidad de que los hechos pudieran haber ocurrido de manera distinta, tal duda afecta el principio de razón suficiente, y la decisión carece

cederá cuando sea *evidente* que la pretensión represiva se ha extinguido, o que carece de fundamento (porque el hecho no fue cometido, o no lo fue por el imputado, o no encuadra en una figura penal, o media alguna causa de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusa absolutoria) (art. 336)¹¹.

2) Si el juez hubiera llegado a obtener *probabilidad*, deberá ordenar el *procesamiento* del imputado, que se autoriza para el caso de que "hubiera elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo" (art. 306)¹².

3) Si estuviera en *duda*, por no haber "mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare (art. 309) (llamado "auto de falta de mérito").

d) En el momento de la *clausura de la instrucción y elevación a juicio*, la ley también sujeta el dictado de las resoluciones autorizadas para esta fase a la existencia de determinados estados intelectuales:

1) La *certeza negativa* determinará, ahora como antes, el *sobreseimiento*.

2) La *elevación a juicio* requerirá probabilidad, cuya existencia derivará, en caso de hacérselo por decreto (art. 349, *in fine*), del hecho de mantenerse la que dio fundamento al pro-

de la necesaria derivación como para considerarla fundada [...]. El sobreseimiento definitivo exige un estado de certeza sobre la existencia de la causal en que se fundamenta. Procede cuando al tribunal no le queda duda acerca de la extinción de la pretensión penal, de la falta de responsabilidad del imputado o de que debe ser exento de pena y *extra lege* podrá plantearse el problema de si procede o no el sobreseimiento definitivo en caso de llegarse a la certeza sobre la imposibilidad de obtener nuevos elementos de convicción que modifiquen el mérito desincriminador" (C.N.C.P., Sala I, causa 49, "Almeyra, María", 10/12/93, reg. 98, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, nº 5, ps. 84/5).

¹¹ Es preciso aclarar aquí que la *falta total de pruebas* sobre los extremos de la imputación delictiva debe tener el mismo efecto que la certeza sobre su inexistencia, determinando el sobreseimiento. Ver: José I. Cafferata Nores, *Reflexiones en torno al desprocesamiento*, "J.A.", 1980-II, p. 84, y Cám. Crim. Cap., "J.A.", 16-814. Es que, como señala Leone (ob. cit., t. 2, p. 127), "a los fines procesales, la prueba negativa de un hecho equivale a la falta de prueba positiva de la existencia del mismo".

¹² Cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 345.

cesamiento¹³, cuyo dictado y mantenimiento son presupuestos legales de la elevación a juicio (art. 346), y en caso de elevación por auto (art. 350), de las pruebas consideradas suficientes para dictarlo.

e) En la oportunidad del dictado de la *sentencia definitiva*, después del debate oral y público, se establece que sólo la *certeza* sobre la culpabilidad del imputado autorizará una *condena* en su contra (art. 3, *a contrario sensu*), pues, gozando éste de un estado jurídico de inocencia constitucionalmente reconocido (art. 18, C.N.) y legalmente reglamentado (art. 1, C.P.P.), únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto¹⁴.

Por cierto que al firme convencimiento de que el acusado es verdaderamente culpable se llegará, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación. Pero este resultado (la superación de las dudas) no podrá obedecer a puras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los jueces, sino que deberá ser la expresión (o el fruto) de una consideración racional de las pruebas del proceso, que *explique* de qué modo pudieron ser disipadas las dudas que había y cómo se llegó, a pesar de ellas, a la convicción de culpabilidad.

6. *IN DUBIO PRO REO.*

De lo precedentemente expuesto surge, con distintos alcances según el momento procesal de que se trate —y con sentido progresivo—, que las situaciones excluyentes de certeza benefician al imputado. La duda (*lato sensu*), que al comenzar

¹³ La exigencia de que se mantenga el estado de probabilidad que originó el procesamiento se sobreentiende, pues, en caso contrario, aquella resolución debería haber sido revocada (art. 311), dictando en su lugar la falta de mérito (art. 309).

¹⁴ Se trata de una exigencia de “certeza apodíctica”; es decir, que “la conclusión es así, y no puede ser de otro modo”, expresa D’Albora, *Curso...*, cit., t. I, p. 146.

el proceso tiene poca importancia (v.gr., sólo la *improbabilidad* impide la convocatoria coactiva a prestar declaración indagatoria), va cobrándola a medida que se avanza, aumentando el ámbito de su beneficio (v.gr., ya no sólo la improbabilidad, sino también la duda *stricto sensu*, impedirán el procesamiento o la elevación a juicio), hasta llegar a la máxima expresión de su alcance en el dictado de la sentencia definitiva (en la cual la improbabilidad, la duda *stricto sensu*, y aun la probabilidad, impedirán la condena del imputado).

En este último momento es cuando se evidencia con toda su amplitud este principio, pues, como ya se vio, el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la *certeza*¹⁵ acerca de la culpabilidad del acusado. De ello se sigue que en caso de incertidumbre éste deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*.

Esta máxima deriva del principio de inocencia (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; "derecho a que se presuma su inocencia mientras no se *pruebe* su culpabilidad", art. 14, ap. 2, P.I.D.C.P., y art. 1, C.P.P.), que le proporciona su justificación político-jurídica, pues sólo en virtud de él se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al imputado, lo beneficie¹⁶. Su formulación expresa se halla en el art. 3, C.P.P., el cual establece que "en caso de duda [p.ej., sobre la existencia del hecho delictuoso, las circunstancias jurídicamente relevantes o la par-

¹⁵ "La declaración acerca de la intervención que a un imputado le cupo en un hecho debe ser fruto de un *juicio de certeza*, cumplido por el tribunal de mérito, según las reglas de la sana crítica racional" (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, "Traico", 9/2/83). La C.S.N. sostuvo que "las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den certeza absoluta de la existencia del delito y de la identidad del delincuente" ("Fallos", 9-290).

¹⁶ ¿Por qué razón la duda debe beneficiar al imputado? Porque goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido. Al contrario, a los órganos públicos predispuestos compete destruirlo, y acreditar acabadamente su culpabilidad. Si éstos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido por el ordenamiento legal *se mantiene*, prevaleciendo sobre el caudal probatorio, el cual, si bien lo puso en tela de juicio, careció de la envergadura legalmente exigida para destruirlo.

ticipación del imputado] deberá estarse a lo que sea más favorable" a éste.

Si no se consiguiera llegar a la certeza corresponderá la *absolución*, no sólo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del imputado¹⁷.

En alguna hipótesis de *casación* se podrá verificar si la sentencia logró correctamente la certeza para condenar en virtud del control de logicidad de la motivación (arts. 456, inc. 2, y 404, inc. 2, en función del art. 398)¹⁸. En caso negativo, no corresponderá la *absolución* del acusado, sino la *anulación* del fallo y su reenvío para la realización de un nuevo juicio (art. 471).

Empero, si bien hasta ahora se ha sostenido que el *in dubio pro reo* es un precepto de carácter procesal, que funciona en el área de la valoración de la prueba¹⁹ (de incumbencia exclusiva de los tribunales de juicio), por lo cual, en general, su observancia en la sentencia ha escapado del control del recurso de *casación*²⁰, se debe reflexionar sobre si una garantía

¹⁷ Para absolver no se necesita la convicción de que la acusación carece de fundamento; también tienen el mismo efecto la pura duda y la probabilidad (cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 345 y nota 11).

¹⁸ Así ocurrirá, por ejemplo, cuando la certeza haya sido lograda violando principios lógicos (v.gr., el de razón suficiente) (T.S.J. Córdoba, "Flores", sent. 40, del 27/12/84).

¹⁹ En general, se sostiene que el principio *in dubio pro reo* no tiene aplicación en el campo de la interpretación legal (cfr.: Vélez Mariconde, *Proyecto...*, cit., p. 47); sin embargo, Núñez, *Código...*, cit., entiende que puede valer como criterio rector de interpretación de la ley penal. En este último sentido, la Cámara 7ª del Crimen de Córdoba decidió que "frente a opiniones tan contradictorias y frente a tan diversos pronunciamientos judiciales, sólo cabe concluir que existe un verdadero estado de duda sobre el real alcance del dispositivo en cuestión (en el caso, el art. 44, C.P.), duda que, aun de derecho, debe favorecer y no perjudicar al imputado" ("Beas", 12/11/82). Parece aceptar este criterio el T.S.J. Córdoba, "Semanario Jurídico", n° 156, p. 240; ídem, C.S.N., "Fallos", 225-119, en *Fallos penales...*, cit., p. 610.

²⁰ "Lleva dicho el más alto tribunal de la Nación que lo concerniente a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, contenido en el art. 3 del C.P.P., es una cuestión de hecho y prueba, propia de los jueces de la causa e irrevisable por la vía extraordinaria" (C.N.C.P., Sala III, causa 119, "Subirán, José", 9/3/94, reg. 89, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 1, p. 36. En igual sentido, se afirmó que "el precepto *in dubio pro reo* es, en principio, de carácter procesal, por lo cual

de estirpe constitucional puede ser reducida, en su funcionamiento práctico, a una mera regla de "autolimitación" del tribunal (una suerte de "obligación natural" a cuyo "acreedor" se le niega acción —en verdad, se le niega un recurso— para exigir su cumplimiento).

7. CONCEPTO DE "PRUEBA".

Mirado desde una óptica técnicamente más estricta, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando en el léxico jurídico ordinario (incluido el de este libro)²¹ no siempre se los distingue

funciona en el área de valoración de la prueba, que es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y no susceptible de control casatorio" (C.N.C.P., Sala II, "Lobato, Gabriel", 14/3/95, reg. 408, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1^{er} trim., p. 68). Sin embargo, parece haber excepciones. Así, el T.S.J. Córdoba, Sala Penal ("Bustos", 6/9/77), dijo: "Si la prueba no permitió desvirtuar la defensa material del imputado confesante y, en todo caso, fundó una duda razonable sobre una circunstancia de valor decisivo que éste invocó, debió aplicarse el principio *in dubio pro reo*, con las consecuencias que marca el art. 410, 3^{er} párr., del C.P.P.". (Ídem, C.S.N., "Fallos", 187-212, 281-690.) Empero, se podría pensar, quizá, que la aplicación de este principio puede ser *indirectamente* verificada por el control de motivación de la sentencia, pues la necesidad de certeza sobre las conclusiones fácticas a que llegue el tribunal de juicio proporciona un contenido particular al principio lógico llamado "de razón suficiente". Es que la observancia de éste en una resolución jurisdiccional "estará sometida a diversos requisitos, según sea el grado de convencimiento requerido por el ordenamiento legal respectivo para arribar a las conclusiones de hecho en que el fallo se asienta. Así, el respeto al aludido principio lógico no estará sometido a las mismas exigencias cuando la ley se satisfaga con un mero juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva (como ocurre, por ejemplo, en relación al auto de procesamiento), que cuando se requiere certeza acerca de la existencia de aquéllos (como sucede respecto de la sentencia condenatoria). Esta última hipótesis exigirá que las pruebas en las que se basen las conclusiones a que se arriba en la sentencia, sólo puedan dar fundamento a estas conclusiones, y *no a otras*; o, expresado de otro modo, que ellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento" (mi voto en T.S.J. Córdoba, "Flores", sent. 40, del 27/12/84). Si esto último no ocurre, la motivación violará el principio lógico de razón suficiente, y podrá determinar la nulidad de la sentencia si se refiere a elementos probatorios de valor decisivo.

²¹ La prueba puede significar *lo que se quiere probar* (objeto); la *actividad* destinada a ello (actividad probatoria); el *procedimiento* fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el *dato* capaz de contribuir

con precisión: 1) el *elemento de prueba*; 2) el *órgano de prueba*; 3) el *medio de prueba*; 4) el *objeto de la prueba*.

8. ELEMENTO DE PRUEBA.

"Elemento de prueba", o "prueba" propiamente dicha, es *todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva*²².

En general, estos datos consisten en los *rastros* o *huellas* que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos (v.gr.: la pericia demostró que la mancha es de sangre).

Del concepto así expuesto se desprenden los siguientes caracteres:

1. Objetividad.

El dato debe provenir del *mundo externo* al proceso, y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes.

2. Legalidad.

La legalidad del elemento de prueba²³ será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.

al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el *resultado convictoral* de su valoración.

²² El concepto es de Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 314, y t. II, p. 201, a quien se sigue en lo sustancial del tema.

²³ Claro que la exigencia de legalidad de la prueba no contradice el régimen de libertad probatoria vigente en el proceso penal: simplemente le proporciona un marco *ético-jurídico*, como señala Schmidt, ob. cit., p. 202.

Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención o su irregular incorporación al proceso.

Obtención ilegal.

A) Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez.

En este sentido, se ha resuelto, por ejemplo, que la prueba recogida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio "carece de aptitud probatoria", y que corresponde dejar sin efecto la resolución dictada en contra del imputado si en ella "se meritúan pruebas recogidas de un allanamiento y secuestro insalvablemente nulo"²⁴. De igual modo, se ha sostenido la nulidad de una sentencia fundada en la confesión del acusado obtenida contraviniendo la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, por haber sido prestada bajo juramento o mediante apremios ilegales²⁵.

²⁴ Cám. Fed. Santa Fe, "Monzón", "J.A.", 1981-III, p. 101; Cám. Fed. Mendoza, "Ortiz", "J.A.", 1970-I, p. 857. De acuerdo: Germán Bidart Campos, nota en "E.D.", t. 98, p. 283.

²⁵ Descalificaron la confesión bajo juramento la C.S.N. ("Fallos", 281-177) y el T.S.J. Córdoba ("B.J.C.", t. XX, p. 233). Una sentencia fundada en la confesión obtenida bajo apremios ilegales fue anulada por la C.S.N., "L.L.", t. 182, p. 225. Ver la nota de Fernando de la Rúa (*Un fallo sobre la confesión y la tortura*) a esta última sentencia, donde plantea el difícil problema del valor de las evidencias materiales (*res furtiva*), rastros o huellas del delito obtenidos mediante la infracción de una norma constitucional ("L.L.", t. 182, p. 246). La C.S.N. ratificó su postura en el caso "Fiorentino", "L.L.", 24/12/84. La Cámara Nacional de Casación también se ha pronunciado al respecto: "El deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir por ilícita [de] la prueba obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales" (C.N.C.P., Sala II, "Méndez, Iván", 27/3/95, reg. 415, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1^{er} trim., p. 39). "Esto es así, toda vez que si el elemento probatorio, que no fue introducido legalmente al debate, no tuvo valor decisivo en la fundamentación de la sentencia, desde que si se lo suprime mentalmente -acudiendo al método de supresión hipotética- la conclusión condenatoria hubiera sido necesariamente la misma, merced a los otros elementos de cargo..." (C.N.C.P., Sala II, causa 28, "Franchi, Antonio", 23/8/93, reg. 26, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, n° 3, p. 85).

Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia de la prueba *ilegalmente obtenida*, a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental²⁶.

En principio, la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional –v.gr., la confesión obligada–, sino también a las que sean su consecuencia inmediata –v.gr., el secuestro del cuerpo del delito del lugar indicado en la confesión forzada–, siempre que a éstas *no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla*²⁷. Lo contrario

²⁶ Este criterio, sostenido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en numerosos fallos, determinó que ciertos sectores de la opinión pública norteamericana “hayan acusado a la Corte, con un criterio simplista, de enervar los esfuerzos de las autoridades en la lucha contra el delito”, señala Daniel Lecuoma, *Crónica de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, “J.A.”, 1969-3, p. 984. Entre nosotros ocurre lo mismo cada vez que un fallo judicial se enrola en esta postura. Ver el fallo de la C.S.N. citado en la nota 28.

²⁷ En contra del texto parece estar Ramón T. Ríos, *El allanamiento ilegal como causa de nulidad del procedimiento penal*, “Zeus”, 14/5/81, por considerar que entre estas últimas pruebas y la específicamente conminada con nulidad no hay dependencia procesal, pues se trata, en cambio, de una simple “derivación causal meramente fáctica”. Sin embargo, este tipo de relación ha sido considerado idóneo para difundir los efectos de la nulidad del acto específicamente conminado por esa sanción, por la Cámara de Acusación de Córdoba, *in re* “Oliva, Ricardo”, del 8/7/85. En el caso, al ser anulado el secuestro de las armas por violación de la garantía de inviolabilidad del domicilio, quedaron anuladas las pericias que sobre la operabilidad de dichas armas se había practicado, haciendo desaparecer, en consecuencia, la calificante del robo por el uso de aquéllas, prevista en el art. 166, inc. 2, C. Penal. Conforme con el texto: Fernando de la Rúa, *Un fallo...*, cit. Se ha sostenido que “corresponde casar la resolución que declaró la nulidad de la requisita del automóvil del procesado, dos allanamientos y lo actuado en consecuencia, por entender que se había violado el art. 224 del C.P.P.N., al no mediar en el caso la correspondiente orden judicial, pues el *a quo* debió fundamentar –sobre la base de circunstancias comprobadas en la causa– el nexo directo e inmediato existente entre esa supuesta actuación irregular y las otras dos diligencias –allanamientos– independientes en cuyo trascurso también fue acreditada la comisión del delito atribuido al imputado. Y, además, asumir la demostración de que, suprimido mentalmente el dato obtenido en la diligencia a su juicio inválida, no existía otra fuente independiente de conocimiento que condujera a los hallazgos posteriores” (C.N.C.P., Sala III, causa 93, “Kolek, Carlos”, 25/4/94, reg. 128, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1994, nº 2-a, p. 60).

importaría una interpretación restrictiva del ámbito de actuación de la garantía constitucional del art. 18, que alteraría su esencia, pues se la reduciría a los casos de quebrantamiento palmario y evidente, y se la privaría de operatividad en las hipótesis de vulneración larvada o encubierta, legitimando el *fruto* de su violación. Además, otorgarle a la desobediencia de la Constitución alguna eficacia (aun indirecta) significaría estimularla en la práctica.

Cierto es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero no lo es menos que el orden jurídico ha optado, en muchos casos, por la impunidad, cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional –v.gr., la familia– (ver nº 35, b, 1).

B) Del orden jurídico vigente surge la prohibición de utilizar ciertos *métodos* para la obtención de pruebas. Así, cabe considerar proscritas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica, sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios. Por ejemplo, no sería legítimo suministrar a un testigo las llamadas “drogas de la verdad” en contra de su voluntad, para obligarlo a decir lo que no quiere. Por ello, el dicho así obtenido sería ilegal y, por ende, ineficaz para formar el convencimiento del juez.

C) La protección de algunos intereses considerados más importantes que el descubrimiento de la verdad, que determina en ciertos casos la prevalecencia de aquéllos sobre ésta, puede derivar en obstáculos probatorios. Tal sucede, por ejemplo, cuando en aras de la *cohesión familiar* se prohíbe a los ascendientes o descendientes del imputado declarar como testigos en su contra (art. 242, C.P.P.).

Consecuentemente, los datos probatorios obtenidos en violación de esta prohibición serán ilegales y no podrán ser válidamente utilizados para formar la convicción judicial.

D) Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquéllas le reconocen la condición de sujeto incoercible del proceso penal. En virtud de esto,

se prohíbe no sólo obligarlo a declarar (art. 18, C.N.; art. 296, C.P.P.), sino que se proscribe igualmente imponerle su intervención en un careo (art. 276) o en una reconstrucción del hecho (art. 221), u obligarlo a realizar un cuerpo de escritura (art. 265). La garantía alcanza, en suma, a su posible intervención como *órgano de prueba*. De ello se sigue que no se podrá utilizar válidamente como prueba lo *dicho* o *hecho* por aquél en cualquier acto probatorio practicado con violación de aquellas reglas²⁸.

Tampoco se podrá utilizar como indicio de culpabilidad el hecho de que el imputado se abstenga de declarar (art. 298)²⁹, o que al hacerlo mienta³⁰, o el modo en que ejerza su defensa³¹, o su negativa a intervenir en un careo, etc.

Sólo cuando el imputado actúe como *objeto de la prueba* podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal. Así sucederá cuando deba ser sometido a un reconocimiento (art. 270), a una inspección (art. 218), etc.³².

²⁸ La C.S.N., en la causa "Montenegro" ("L.L.", t. 1982-D, p. 225), descalificó una confesión obtenida por medio de apremios ilegales, argumentando que "compromete la buena administración de justicia el pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito". Además, tuvo oportunidad de declarar la nulidad de una declaración indagatoria tomada bajo juramento el T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. XX, p. 233.

²⁹ El silencio del imputado no puede, de ningún modo, ser valorado como presunción de culpabilidad o prueba de cargo (Cám. 1ª Crim., "Com. y Just.", t. XXII, p. CXXIV).

³⁰ La utilización de la mera insinceridad del imputado como indicio de culpabilidad es ilegal, ya que deviene violatoria de las normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio (T.S.J. Córdoba, "Serafini", sent. 5, del 14/4/84).

³¹ La conducta procesal del imputado o de su abogado, en orden al ejercicio del derecho de defensa, no puede ser considerada como un indicio de culpabilidad, por más que se aparte de las normas rituales vigentes o revista modalidades inapropiadas" (T.S.J. Córdoba, "Serafini", sent. 5, del 14/4/84).

³² No obstante, la Cámara de Acusación declaró ilegal la extracción coactiva de sangre al imputado para practicar con ella una pericia, argumentando que "se trataría de constreñirlo para que decida facilitar la realización de un medio de prueba que podría contener un factor probatorio en su contra, a la vez que se lo privaría de su «autonomía corporal» sin disposición legal que lo autorice" ("Peralta de Santos", nº 46, del 30/4/80). Opina lo contrario Julio Maier, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, 1982, t. II, p. 49, sosteniendo que si bien en el derecho argentino la extracción de sangre no tiene un precepto positivo

E) También las fuentes extraprocesales de conocimiento o información (v.gr., denuncia anónima, "informes de inteligencia"), que pueden llegar a dar origen a una investigación policial o judicial, deben reunir las *mismas* exigencias de legitimidad requeridas para las pruebas que se pretenda utilizar en el proceso. Si bien en los casos de acción pública perseguible de oficio los órganos de persecución penal deben iniciarla tan pronto tengan noticia, por cualquier medio, de la posible existencia del delito, esto no quiere decir que la noticia (que el medio contiene) pueda ser ilegalmente obtenida o transmitida. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión. Sea *ex ante* o *ex post* al inicio de la investigación, la ilegalidad sigue siendo tal. Y no se puede caer en la hipocresía de intentar validar la ilegalidad de la información permitiendo la realización de "medidas procesales encaminadas a confirmarla", que sí valdrán como prueba, con olvido o desinterés de su espurio origen.

Incorporación irregular.

A) El ingreso del dato probatorio en el proceso deberá ser realizado respetando el *modo* de hacerlo previsto en la ley (o el analógicamente más aplicable en caso de que el medio de prueba utilizado no estuviera expresamente regulado)³³.

B) Además, cuando la ley impusiera alguna *formalidad especial* para su producción, relacionada con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será también condición *sine qua non* para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada. Por ejemplo, si se tratara de

que la autorice, "la teoría general de la prueba en materia penal [...] ha resuelto el problema", pues los actos que implican meramente la colaboración pasiva del imputado "son posibles de realizar aun en contra de su expresa voluntad". Se ha dicho -exageradamente, a mi entender- que las medidas de prueba que tornan al imputado *objeto de prueba* son *cosificadoras* y, por ende, inconstitucionales, no sólo por obligar al encartado a declarar (?) contra sí mismo, sino porque atentan contra la dignidad humana (Ernesto Seguí y Juan M. Villaruel, *El ser humano como objeto de prueba y la dignidad del justiciable*, "Juris", 8/11/82).

³³ Ver el nº 10, sobre el medio de prueba.

un acto definitivo e irreproducible, se deberá notificar previamente a los defensores (art. 201).

C) Otras veces, en virtud de los caracteres propios de la etapa del proceso que se transita, se impone una *forma de recepción* determinada (v.gr., durante el juicio, los testimonios serán recibidos en forma *oral*; arts. 363 y 391), o se la condiciona a la observancia de ciertos requisitos (v.gr., a las actas judiciales sólo se las podrá incorporar al debate si fueron labradas conforme a las normas de la instrucción; art. 392).

D) La inobservancia de cualquiera de estas disposiciones impedirá utilizar el dato conviccional, recibido sin resguardarlas, en la fundamentación de toda resolución (v.gr., si el desarreglo determinó la nulidad del acto de recepción de la prueba), o sólo en la sentencia definitiva (v.gr., un reconocimiento practicado en la instrucción sin observar formas *no* impuestas bajo pena de nulidad; arts. 392 y 382)³⁴.

3. *Relevancia.*

El elemento de prueba será tal no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad (v.gr., como el que se requiere para el procesamiento)³⁵.

Esta idoneidad conviccional es conocida como "*relevancia*" o *utilidad* de la prueba.

4. *Pertinencia.*

El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (v.gr., agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; persona-

³⁴ Al respecto, ver el nº 51, sobre el reconocimiento de personas.

³⁵ En sentido amplio, se podrá considerar también elemento de prueba el dato que sólo proporcione "motivo para sospechar" (v.gr., art. 294), o el que sin producir por sí mismo un estado intelectual de probabilidad, coadyuve con otros a su producción en conjunto.

lidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito)³⁶.

La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello es conocida como "*pertinencia*" de la prueba.

9. ÓRGANO DE PRUEBA.

"Órgano" de prueba es el *sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso*³⁷.

Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último se lo considera órgano de prueba)³⁸. El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).

La ley regula su actuación al ocuparse de los medios de prueba (v.gr., al reglamentar la testimonial establece las normas relativas al testigo)³⁹, y admite la posibilidad de que intervengan como tales tanto aquellas personas que no tienen interés en el proceso (v.gr., un perito) como las interesadas en su resultado (v.gr., el ofendido por el delito)⁴⁰, sin perjuicio del especial cuidado que se debe guardar al *valorar* los aportes de estas últimas⁴¹.

10. MEDIO DE PRUEBA.

"Medio de prueba" es el *procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso*⁴².

³⁶ Ver el n° 11, sobre el objeto de la prueba.

³⁷ Para Leone, ob. cit., t. II, p. 173, es "la persona que es el elemento intermediario entre el objeto de prueba y el juez".

³⁸ Cfr.: Florian, lug. cit.; Leone, lug. cit., nota 45.

³⁹ V.gr., las referidas a la prohibición de declarar, etc.

⁴⁰ El cual, aun cuando actúe como actor civil, deberá declarar como testigo (art. 96).

⁴¹ Ver, al respecto, las especiales advertencias de Florian, ob. cit., t. I, p. 147, y Leone, ob. cit., t. II, ps. 153/155.

⁴² Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 31; Florian, ob. cit., t. I, p. 29.

Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta⁴³, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador⁴⁴ (v.gr., las relacionadas con los actos definitivos e irreproducibles) o restrictivo⁴⁵ (v.gr., las referidas al secreto de la instrucción) de los derechos de los sujetos procesales privados.

La segunda parte de este libro se refiere a los medios de prueba en particular. A ella me remito.

11. OBJETO DE LA PRUEBA.

“Objeto de la prueba” es *aquello que puede ser probado*, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba.

El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que *puede ser probado en cualquier* proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que *se debe probar* en un proceso *determinado*⁴⁶.

⁴³ En cuanto a si la fijación legal de los distintos medios de prueba es taxativa o meramente enunciativa, ver nº 12, c, 2 (sobre límites de los medios).

⁴⁴ Aunque también se incluye este tipo de normas en la regulación de algunos medios de prueba (v.gr., pericial). Las normas generales de garantía se refieren también al ministerio fiscal, como, por ejemplo, el art. 201, C.P.P., que establece la obligación de notificarlo previamente a la realización de cualquier acto definitivo e irreproducible, bajo pena de nulidad.

⁴⁵ Estas restricciones son admitidas sólo en la instrucción, cuyo carácter meramente preparatorio determina que las pruebas recogidas en ella deban ser *reproducidas* en el juicio, etapa en la cual no hay ninguna limitación de la defensa. Por eso, si la prueba fuere *irreproducible*, las normas restrictivas, aun en la instrucción, serán inaplicables (arts. 201 y 204). Claro que dichas restricciones tienden a garantizar el efectivo ingreso de la prueba, pues se las autoriza “siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad” (art. 204).

⁴⁶ Cfr.: Florian, ob. cit., t. I, ps. 51 y 55; Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, ps. 18 y ss.

a) *Consideración en abstracto.*

La prueba puede recaer sobre *hechos* naturales (v.gr., caída de un rayo) o humanos⁴⁷, físicos (v.gr., una lesión) o psíquicos (v.gr., la intención homicida). También sobre la existencia y cualidades de *personas* (v.gr., nacimiento, edad, etc.), *cosas*⁴⁸ y *lugares*.

Se podrá intentar probar también las *normas de la experiencia común*⁴⁹ (v.gr., usos y costumbres comerciales y financieros) y el *derecho no vigente* (v.gr., normas jurídicas extranjeras que fundamentan un pedido de extradición).

En cambio, no serán objeto de prueba los hechos *notorios*⁵⁰ (v.gr., quién es el actual presidente de la Nación), ni los *evidentes* (v.gr., que una persona que camina y habla está viva), salvo que sean controvertidos razonablemente; tampoco la existencia del *derecho positivo vigente* (pues se lo presume conocido, según el art. 20 del Código Civil), ni aquellos temas sobre los cuales *las leyes prohíben* hacer prueba⁵¹ (v.gr., la verdad de la injuria; art. 111, C. Penal).

⁴⁷ "Son derecho los conceptos e institutos establecidos por la ley penal que constituyen su contenido; son hechos los acaeceres históricos ocurridos en la vida real, todo lo que se da en el mundo materialmente, sea en lo psíquico o en lo físico [...] se comprende en esos hechos «la estructuración subjetiva y objetiva, física o psíquica de lo sucedido»" (C.N.C.P., Sala II, causa 16, "Adrianati, Carlos", 28/6/93, reg. 17, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, nº 1, p. 19). "El conocimiento y la intencionalidad en los cuales el dolo consiste no son sino hechos -si bien de naturaleza psíquica- que deben ser comprobados por el juzgador al igual que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva" (C.N.C.P., Sala IV, causa 69, "Godoy, Sergio", 4/2/94, reg. 94, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, nº 1, p. 88). Cabe señalar que no se puede hacer, regularmente, *prueba negativa* (v.gr., probar que no se participó de un delito), pero sí deberán ser probadas las *omisiones*, cuando sean jurídicamente relevantes (v.gr., omisión de auxilio; art. 108, C. Penal).

⁴⁸ Caben dentro del amplio concepto de cosa los documentos, la energía eléctrica, etc.

⁴⁹ Las normas de la experiencia reflejan el común modo de ser y obrar de las personas y de las cosas (Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 21).

⁵⁰ Notorio es el hecho que conoce y acepta como cierto la mayoría de un país o una categoría de personas, recuerda Florian (ob. cit., t. I, p. 90).

⁵¹ Ver lo que se dice en el nº 12, b, sobre las limitaciones de la libertad probatoria en cuanto al objeto de la prueba.

b) *Consideración en concreto.*

En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del "hecho delictuoso" y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado⁵² (art. 193, C.P.P.). Deberá dirigirse también a "individualizar a sus autores, cómplices o instigadores", verificando su "edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad" (art. 193, C.P.P.).

Estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de prueba, aun cuando no haya controversia sobre ellos⁵³, salvo casos excepcionales⁵⁴.

Si se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá no sólo sobre la existencia y extensión del daño, sino, además, sobre la concurrencia de las situaciones que generen la responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado, o restrinjan sus alcances⁵⁵.

Cabe agregar que *no* podrá ser objeto de prueba (ni de investigación) ningún hecho o circunstancia que no se vincule con estos aspectos, cualquiera que sea el pretexto que se invoque.

⁵² La prueba también podrá recaer sobre hechos o circunstancias de interés puramente procesal -v.gr., la existencia de causales de recusación de un juez (art. 58), o la imposibilidad de concurrir a una citación judicial (art. 292), etc.-.

⁵³ Si se tratara, en cambio, de aspectos relacionados *solamente* con la cuestión civil, la conformidad de partes podrá permitir al tribunal prescindir de su prueba. Ver lo que se dice en las notas 81 y 82.

⁵⁴ Como, por ejemplo, la hipótesis del art. 408, referido al caso de que en un juicio correccional el imputado confiese su culpabilidad.

⁵⁵ Tales son los aspectos sobre los cuales versará la actividad probatoria del actor civil (art. 91).

Síntesis.

Tomando como ejemplo la prueba testimonial, es posible apreciar por separado los aspectos que hemos desarrollado precedentemente:

- *medio de prueba*: la regulación legal acerca del testimonio (obligación de atestiguar, citación y compulsión del testigo, forma de la declaración, etc.);

- *elemento de prueba*: el dicho del testigo, sus manifestaciones y respuestas sobre lo que se le interroga, en los cuales transmite el conocimiento que tiene al respecto;

- *órgano de prueba*: la persona del testigo que aporta el elemento de prueba, y lo transmite al proceso mediante sus dichos;

- *objeto de la prueba*: aquello que se investiga y sobre lo cual se interroga al testigo para que diga lo que sepa al respecto⁵⁶.

12. LIBERTAD PROBATORIA.

a) Noción.

El principio de la *libertad probatoria* ha sido caracterizado diciendo que *en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba*⁵⁷.

Esto no significa que se haga prueba *de cualquier modo* —ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba—, ni mucho menos “a cualquier precio”, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana u otros intereses (v.gr., secreto profesional). (Ver nº 8.2.)

⁵⁶ Ver un ejemplo semejante en Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 31.

⁵⁷ Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 198; Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 33. Lo reconocen la C.S.N., “Fallos”, III, 383, y VII, 356; el T.S.J. Córdoba, *Jurisprudencia* . . . , cit., t. II, p. 160, y la Cám. Acus. Córdoba, en autos “De la Colina”, nº 194/76.

Su vigencia se justifica plenamente en cuanto se lo relaciona con la necesidad de alcanzar la verdad⁵⁸, extendiéndose tanto al *objeto* como a los *medios* de prueba. Sin embargo, el principio *no es absoluto*, puesto que hay distintos tipos de limitaciones.

b) En relación con el objeto de la prueba.

En virtud de la máxima en cuestión, es posible hacer prueba sobre cualquier hecho o circunstancia interesante para la investigación. Tal interés debe derivar de la *relación* entre lo que se quiere probar y los hechos de la causa (*pertinencia*), referidos en el nº 11, *b*.

Sin embargo, hay algunas *excepciones* a la libertad probatoria en relación con el objeto que se quiere probar.

1) Conforme a lo dicho, la prueba no podrá recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo (v.gr., extremos de la imputación; daño causado) o indirecto (v.gr., relación de amistad del testigo con el imputado). Cualquier investigación que exceda de estos límites configurará un exceso de poder⁵⁹.

2) Además, hay ciertos temas sobre los cuales no se puede probar por expresa prohibición de la ley penal (v.gr., prueba de la verdad de la injuria; art. 111, C. Penal) o de la ley civil (v.gr., atribución de filiación extramatrimonial a una mujer casada; art. 326, C. Civil, hoy derogado).

c) En relación con los medios de prueba.

La libertad probatoria respecto del *medio de prueba* significa lo siguiente:

⁵⁸ La C.S.N. ha reconocido que "la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual tiene base constitucional" ("Fallos", 253-133).

⁵⁹ Cfr.: Schmidt, ob. cit., p. 198, quien sostiene que esta limitación (que denomina "vinculación temática del tribunal") es una garantía para el imputado.

1) No se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, y si bien se debe recurrir al que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción alguna y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios⁶⁰ (todos son admisibles al efecto).

2) Es posible hacer prueba no sólo con los medios expresamente regulados en la ley, sino con *cualquier otro no reglamentado*, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad. Sin embargo, hay discrepancias acerca del verdadero alcance de la libertad probatoria en relación con este último aspecto.

A) La mayoría de la doctrina sostiene que además de los medios expresamente regulados por la ley, cabe utilizar otros⁶¹, en la medida en que sean idóneos para contribuir al descubrimiento de la verdad. Pero hay quien piensa lo contrario, sosteniendo que la regulación legal de los medios de prueba tiene carácter *taxativo*⁶², por lo cual no se concibe la utilización de uno que no esté expresamente previsto en la ley.

B) El C.P.P. de la Nación no se enrola en el sistema de la taxatividad, pues impone la obligación de ejecutar "las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" (art. 193), a cuyo fin, además de los medios de prueba específicamente regulados, se autoriza la realización de las "demás operaciones que aconseje la policía científica" (art. 184, inc. 4)⁶³.

Sin embargo, la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el *procedimiento* probatorio, pues a éste se lo

⁶⁰ T.S.J. Córdoba, *Jurisprudencia...*, cit., t. II, p. 160. La Cámara de Acusación de Córdoba sostuvo que el C.P.P. no impone que la existencia material de un hecho delictivo sea demostrada de un modo determinado, y no por otros (autos "Contreras", nº 132/82).

⁶¹ Florian, ob. cit., t. I, p. 175.

⁶² Leone, ob. cit., t. II, p. 175.

⁶³ Si bien la norma se refiere a la investigación policial, ninguna duda cabe de que es aplicable a la judicial. Sobre el punto, el T.S.J. de Córdoba ha sostenido que "no es cerrado el elenco de los medios probatorios que la ley reglamenta" ("B.J.C.", t. VI, p. 169). Así, la Cámara de Acusación de Córdoba ha asignado eficacia probatoria a la grabación de voces (prueba magnetofónica) en autos "Lasagno", nº 133/73.

concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes⁶⁴.

Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio probatorio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquél⁶⁵.

C) Además, se deberá observar las disposiciones tendientes a garantizar la defensa de las partes, como requisito para la válida utilización del medio de prueba (v.gr., si se estimara que la prueba será irreproducible, habrá que darle el trato previsto en los arts. 200 y 201).

3) Empero, el principio de libertad probatoria en relación con los medios de prueba admite algunas *excepciones*⁶⁶:

A) En primer lugar, no corresponde admitir medios de prueba que *afecten la moral, expresamente prohibidos* (v.gr., la utilización de cartas sustraídas), *incompatibles con nuestro sistema procesal*⁶⁷ (v.gr., juramento decisorio) o con el *ordenamiento jurídico general argentino* (v.gr., que tiendan a quebrantar la inviolabilidad de la conciencia humana)⁶⁸.

Tampoco serán admisibles aquellos no reconocidos por la *ciencia* como idóneos para generar conocimiento (v.gr., adivinación).

⁶⁴ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 32. Generalmente, su observancia es conminada con la nulidad.

⁶⁵ Por ejemplo, a las investigaciones de carácter técnico o científico les serán aplicables, en general, las normas que regulan la pericial. Es que, como señala Ángela Ledesma (*Medios de prueba no legislados aceptados por la jurisprudencia*, en "Ponencias al XIIº Congreso Argentino de Derecho Procesal", t. I), "todavía no se ha descubierto ningún medio de prueba después de los ya legislados". Los avances son técnicos y científicos, y se adecuan, generalmente, a algunos de los procedimientos probatorios existentes.

⁶⁶ Cfr.: Manzini, ob. cit., t. III, p. 209. Ver también Fenech, ob. cit., p. 109.

⁶⁷ La Cámara de Acusación de Córdoba, por ejemplo, declaró que "los antecedentes de los imputados por delitos anteriores y semejantes a los que se les atribuyen" no pueden ser valorados como indicio en contra de aquéllos si fueron oportunamente sobreseídos (autos "Hierling", nº 69/73).

⁶⁸ Hay otros casos en que la ley impone determinado medio (v.gr., la autopsia para acreditar la causa de la muerte; art. 264), pero *no impide* la utilización de otro distinto. Así, se ha dicho que la causa de la muerte puede ser acreditada por otro medio que no sea la autopsia (T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. III, p. 37); Cám. Acus. Córdoba, autos "Contreras", nº 132/82).

B) En segundo lugar, para acreditar determinado objeto de prueba, la ley puede establecer un medio probatorio específico con carácter obligatorio. Sobre el punto (que se desarrolla a continuación), cabe citar, como ejemplo indiscutible, lo relativo al “estado civil de las personas”⁶⁹, que sólo puede ser probado conforme a lo establecido por la ley civil (art. 206); la inimputabilidad por enfermedad mental, que requiere dictamen pericial para ordenar la cesación de la internación (art. 34, inc. 1, C. Penal), o la condena anterior, acreditable sólo por instrumento público (art. 403, C.P.P.; ley 22.117).

C) Particular atención merece la controversia acerca de si tienen aplicación, en el proceso penal, las *limitaciones* a los medios de prueba *impuestas por las leyes civiles*.

El tema puede ser debatido en dos planos diferentes: en el de la política legislativa y en el de la realidad del ordenamiento jurídico del país, integralmente considerado.

A) Desde el primer punto de vista, corresponderá plantear la *conveniencia o inconveniencia* de que rijan, en el proceso penal, las limitaciones establecidas por las leyes civiles en cuanto a la prueba del estado civil, las relaciones de familia, los contratos, etc.

En este plano, la opinión mayoritaria es negativa, pues se sostiene, en suma, que la vigencia de tales restricciones probatorias podría determinar la impunidad de algunos delitos, en virtud de un “obstáculo completamente artificioso y formal”⁷⁰. Sólo como excepción se admite su vigencia en materia de estado civil, en virtud del interés público existente

⁶⁹ Se ha considerado sometida a esta limitación la prueba de la filiación, el matrimonio, la adopción y la edad (cfr.: T.S.J. Córdoba, *Jurisprudencia* . . . , cit., t. II, ps. 162/4). La Sala I de la Cámara Nacional de Casación ha sostenido, por su parte, que “las reglas del Código Civil atinentes a la valoración de la prueba se aplican sólo cuando el objeto del proceso sea la institución, acto, derecho, etc., que esas normas protejan” (C.N.C.P., Sala I, “Coria, Fabio”, 14/2/95, reg. 408, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1995, 1^{er} trim., p. 67).

⁷⁰ La exclusión de las limitaciones civiles sobre la prueba “es conforme a los fines que quiere conseguir el proceso penal, fines que son distintos a los del proceso civil”, argumenta Manzini, ob. cit., t. III, p. 215. Ver también: Florian, ob. cit., t. I, p. 207.

sobre el tema, por lo cual la posición negativa queda sustancialmente circunscrita a la prueba de los *contratos*.

Por reflejo de esta opinión, el C.P.P. de la Nación dispone que en el proceso penal *no rigen las limitaciones civiles* en cuanto a la prueba, salvo las relativas al estado civil de las personas (arts. 206 y 382).

B) Sin embargo, esta solución legal, que podría ser aconsejable si se la mira exclusivamente desde la óptica de la política legislativa, no resulta correcta si se la enfrenta con nuestro sistema jurídico general.

Centrada la discusión en este último plano, es preciso recordar que según el sistema federal de gobierno que rige en la Argentina, corresponde al Congreso de la Nación legislar sobre contratos (art. 67, inc. 11, C.N.) como materia propia del derecho civil, reconociéndole la consiguiente atribución de establecer normas de carácter procesal (entre las cuales se hallan las referidas a la prueba y sus limitaciones), en la medida en que estén enderezadas a la preservación de la institución contractual y a asegurar la aplicación general y uniforme de las disposiciones que la regulan.

Partiendo de la base de que las limitaciones probatorias establecidas por el Código Civil, en materia de contratos, son fruto de la legítima actividad legislativa de la Nación, es fácil advertir que no pueden ser declaradas inaplicables por una legislación procesal de provincia, pues ello importaría reconocerle a ésta la facultad de derogar leyes nacionales, idea inadmisibles dentro del sistema de la Constitución. Por eso, la enunciación del art. 206, C.P.P., en cuanto a que no rigen en el proceso penal las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, plantea un conflicto que sólo puede ser resuelto por la no aplicación de aquél, ya que es inaceptable que autorice medios probatorios declarados inadmisibles por una ley que, por haber sido dictada por el Congreso nacional con arreglo a las facultades que le son propias, debe ser de plena aplicación en la provincia (art. 34, C.N.).

Así planteado el asunto, será preciso reconocer que las limitaciones en cuanto a la prueba de los contratos, establecidas en la ley civil, deben tener plena vigencia en el proceso

penal, por encima de lo que dispongan al respecto los arts. 206 y 382, C.P.P.⁷¹.

Esta solución fluye de una consideración integral del orden jurídico, y evita una separación en compartimientos estancos entre el derecho penal y el civil. Además, tiende a vigorizar las razones de política legislativa que determinaron la imposición de las referidas restricciones probatorias sobre la existencia, modalidades o abusos en los contratos, evitando que el respeto de aquellas razones dependa de la competencia del juez ante el cual sean ventiladas estas cuestiones.

13. ACTIVIDAD PROBATORIA.

a) *Noción.*

Establecido ya que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real, y que el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la *prueba*, deviene sencillo deducir la necesidad de la *actividad probatoria*, concebida como el *esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba*.

Invocando el interés público en materia criminal, los códigos, en general, han puesto la mayor parte de esta actividad a cargo de los órganos públicos (ministerio público fiscal, policía, tribunales), los cuales, con diferente intensidad según

⁷¹ Es la opinión de Ricardo Núñez, *Limitaciones sobre la prueba en el proceso penal*, "Com. y Just." del 11/4/77. La jurisprudencia sobre el punto no es pacífica. Así, la Cámara de Acusación de Córdoba, que originariamente consideraba inaplicables las restricciones civiles respecto de la prueba (autos "De la Colina", nº 194/76), luego ha sostenido que "la regla de libertad probatoria dispuesta por el art. 215, C.P.P., cede frente a las restricciones probatorias establecidas por las leyes nacionales de fondo y en resguardo de las instituciones reguladas por ellas" (autos "Sein", nº 158/81), y que corresponde indefectiblemente observar las leyes de fondo cuando imponen limitaciones probatorias de manera expresa, sin que se pueda argüir en contra de ello con textos de leyes locales que dispongan lo contrario (autos "Ziporovich", nº 6/83). Parece compartir esta posición el T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. XII, p. 297. La apoya francamente la Corte Suprema de Justicia, "Fallos", 211-437.

la etapa del proceso (o la parte de actividad) de que se trate, intentarán lograr el descubrimiento de la verdad. Los sujetos privados —imputado, querellante, actor civil y tercero civilmente demandado—, en cambio, tratarán de introducir solamente los elementos probatorios que sean útiles para sus intereses particulares, procurando demostrar su aptitud para evidenciar el fundamento de sus pretensiones o la falta de fundamento de las deducidas por la parte contraria.

b) Medios coercitivos auxiliares.

Para asegurar los resultados del esfuerzo probatorio, se autoriza ciertas restricciones de los derechos personales o reales del imputado, o de terceros, cuando ellas sean indispensables a los efectos de garantizar la producción o fiel conservación de las pruebas⁷².

El *imputado* podrá ser restringido en su libertad personal, por ejemplo, cuando hubiese motivos para presumir que “intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones” (art. 319)⁷³.

También los *terceros* podrán ser limitados en sus derechos, con la finalidad de obtener o resguardar pruebas. La víctima de un delito podrá verse afectada en su pudor cuando sea necesaria una inspección judicial sobre su cuerpo (art. 218), o ser temporariamente privada de su propiedad (v.gr., por secuestro de la *res furtiva*) (art. 238).

A su vez, la sospecha de que en un lugar hay cosas pertinentes al delito posibilitará su allanamiento (art. 224), aunque el titular del domicilio nada tenga que ver con el proceso, etc.

Todas estas formas de coerción accesorias sólo se justificarán en la medida en que su aplicación práctica sea indispensable para el descubrimiento de la verdad (art. 280), y deben ser de interpretación restrictiva (art. 2)⁷⁴.

⁷² Cfr.: José I. Cafferata Nores, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983. (Ver *infra*, ps. 201 y ss.)

⁷³ Cfr.: José I. Cafferata Nores, *La excarcelación*, t. I, p. 79.

⁷⁴ Como, en general, todas ellas tienden a asegurar tanto la prueba como la persona del sospechoso, corresponde su estudio detallado al considerar las medidas de coerción en general (cfr.: Cafferata Nores, *Medidas...*, cit.).

c) *Exclusión de la carga de la prueba.*

Antes de seguir adelante corresponde dejar aclarado un importante aspecto.

En el proceso civil rige, por lo general, la carga de la prueba, concebida como el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que si no lo hace *cargará* con las consecuencias de su inactividad, la cual puede llegar a ocasionar que aquélla sea rechazada por no haber probado el hecho que le daría fundamento. En el proceso penal, en cambio, este principio no tiene mayor aplicación práctica.

1) En relación con el imputado, puesto que goza del estado jurídico de inocencia, reconocido por la Constitución (art. 18, C.N.) y por la ley (art. 1, C.P.P.), ninguna obligación tiene de probar su inculpabilidad⁷⁵. Corresponde, al contrario, al Estado, por medio de sus órganos autorizados, el esfuerzo tendiente a demostrar la responsabilidad penal⁷⁶, órganos que tienen también el deber de investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado invoque en su favor⁷⁷, pues su actuación debe estar presidida por un criterio objetivo de justicia.

⁷⁵ La C.S.N. ha sostenido reiteradamente que "viola la garantía de defensa el imponer al acusado la carga de la prueba" ("Fallos", 292-651, 295-872) (*Fallos penales*, cit., p. 678). Se ha dicho, no obstante, que quien invoque que alguien puede portar un arma de fuego, mecánicamente útil para funcionar y con el cargador completo de proyectiles no aptos para el disparo, debe asumir la obligación de demostrarlo, pues lo corriente, razonable y práctico es que quien se provee de una pistola para cometer un ilícito la cargue con balas que sirvan (C.N.C.P., Sala III, causa 18, "Vitale, Rubén", 18/10/93, reg. 41, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, n° 4, p. 53). También, que la prueba de una violación domiciliaria por parte de la policía, sin que nada indique que esto haya ocurrido, incumbe a quien lo invoca (C.N.C.P., Sala II, causa 194, "Ferrari, Juan", 24/10/94, reg. 286, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 4, p. 41).

⁷⁶ Cfr.: Florian, ob. cit., p. 100; Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 45. Aunque, por cierto, el imputado tiene derecho a probar su inocencia.

⁷⁷ A la policía judicial se le impone el deber de "reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación" (art. 183), y al juez de instrucción, la obligación de "investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado" (art. 304), entre las cuales figuran las invocadas

Sin embargo, para sincerar el discurso es bueno responder a la pregunta siguiente: ¿Qué órganos del Estado deben ser los responsables de destruir el estado de inocencia y probar la culpabilidad del acusado? La mayoría (de los autores y los códigos, como lo hace el C.P.P. nacional) piensa que *todos*, es decir, la policía, los fiscales y también (o principalmente) los jueces, cualquiera que sea la competencia funcional que se les asigne (instrucción o juicio).

Esta admisión de la regla del "todos contra uno" (el acusado) es francamente contraria al principio de "plena igualdad" de éste con el acusador (art. 75, inc. 22, C.N.; art. 8, ap. 2, C.A.D.H.). Porque admitir que el juez sea co-responsable (o principal responsable) de la "destrucción" del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo casi un co-fiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular: "Quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor", lo cual no parece, por cierto, un paradigma de igualdad.

2) Tampoco se puede decir que el ministerio fiscal tenga la carga (en términos de proceso civil) de la prueba de la acusación, pues su *interés* no estriba en lograr cualquier condena, sino una condena arreglada a derecho, de modo que incluso frente a la absolución su interés quedará satisfecho si ella así lo es⁷⁸. Pero sí tiene la *responsabilidad* de procurar la prueba sobre los extremos de la imputación delictiva. No es carga probatoria (si quiere, hace prueba, y si no quiere, no lo hace y asume el riesgo de perder); es responsabilidad probatoria (su *deber* es intentar probar).

Ello es así porque el principio propio de un Estado de derecho es que toda acusación debe ser probada, y "le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones". Al estar la "inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta la prueba en contrario, esa prueba en contra-

en su favor (v.gr., legítima defensa, etc.). El ministerio fiscal puede proponer pruebas favorables al imputado.

⁷⁸ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. I, p. 486.

rio debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación⁷⁹.

Tampoco hay que olvidar, a la hora de analizar estas cuestiones, que centrar en el ministerio público fiscal la iniciativa al respecto constituye sólo una ratificación de sus atribuciones, que son de cumplimiento obligatorio, y que sigue siendo el Estado el encargado de procurar el descubrimiento de la verdad. Y si desde el punto de vista institucional está razonablemente asegurada la independencia del ministerio fiscal y su actuación *objetiva*, en el marco de la *legalidad*, no habrá mayor riesgo en imponerle la responsabilidad probatoria en tal sentido, reivindicándola de los jueces.

3) Sin embargo, en la mayoría de los códigos argentinos –también en el C.P.P. nacional– cualquier inactividad del ministerio público fiscal –o de la defensa– puede ser suplida por el tribunal, aspecto que merece reparos, pues parte de la errónea base, ya señalada, de que los jueces son *co-responsables* del descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación, lo cual implica conferirles a estos últimos facultades probatorias autónomas para lograrlo; o, mejor dicho, que los jueces también están encargados de la persecución penal y son los principales responsables del logro de la verdad⁸⁰,

⁷⁹ Aquí se puede advertir la evolución de mi pensamiento sobre las atribuciones probatorias de los tribunales, respecto de lo sostenido en ediciones anteriores de este libro. Cfr.: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, ps. 606 y 611.

⁸⁰ En lo atinente a la cuestión civil la situación no es idéntica, pues si bien el tribunal intentará oficiosamente la prueba de todos los hechos o circunstancias relativos a la acción resarcitoria *en la medida* en que sean también *relevantes* para la penal (ver nota 65), las partes civiles cargarán con las consecuencias perjudiciales que les puedan acarrear las omisiones o los vicios probatorios resultantes de la inactividad oficial al respecto, y que podrían haber sido evitados de mediar instancia de ellas (cfr.: Fenech, ob. cit., p. 94). Y respecto de aquellas circunstancias relativas al daño ocasionado que carezcan de relevancia a los fines de la pretensión penal, dado que la actividad autónoma de investigación no podrá recaer sobre ellas, si las partes civiles no intentan probarlas *cargarán* con las consecuencias de su inactividad. Así, T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. XII, p. 21, en *Jurisprudencia penal* . . . , cit., t. II, p. 165. En contra: Clariá Olmedo, ob. cit., t. I, p. 486. Cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, ps. 196, 197, 198 (nota 22) y 316 (nota 21). Ver: José I. Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., 1997, ps. 41 y ss.

en tanto que el fiscal es sólo una especie de *partenaire*. Esto conspira contra la *imparcialidad* de los tribunales, que puede verse afectada por la acumulación en ellos de funciones que no pueden recaer sobre la misma persona, como son las de investigación y el juzgamiento sobre los resultados de ésta.

d) *Investigación judicial autónoma.*

A pesar de estos cuestionamientos, según la mayoría de las leyes procesales en vigencia –también el C.P.P. nacional–, quien tiene el deber de investigar la verdad mediante la correspondiente actividad probatoria es el tribunal, sin ser condicionado en nada por la estrategia o la pasividad del fiscal o de las partes. Y si bien sus atribuciones al respecto son más amplias durante la instrucción, las tiene también –sólo maquilladas– durante el juicio. Esto ha permitido decir que una de las notas características de la actividad probatoria en el proceso penal –dominado por el “interés público en la justa actuación de la ley penal”– es la atribución a los órganos judiciales de un poder de investigación autónomo, tendiente a obtener las pruebas necesarias para el descubrimiento de la verdad real⁸¹.

⁸¹ Esta potestad debe funcionar con alguna particularidad en relación con la cuestión civil que se pudiera haber planteado. En la medida en que la existencia y la extensión del daño causado por el delito configuren circunstancias relevantes desde la óptica de la pretensión penal (es decir, desde la óptica del bien jurídicamente protegido por esta norma penal), serán admitidas, a ese respecto, las exteriorizaciones del poder autónomo de investigación del tribunal (v.gr., recepción de nuevas pruebas; art. 388). La *coincidencia* entre el interés público y el privado autoriza esta solución.

Empero, en relación con hechos o circunstancias que interesen sólo al ámbito de la *pretensión civil*, el tribunal deberá limitarse a recibir las pruebas ofrecidas por las partes, pues carece de atribuciones para producir pruebas de oficio. Así lo impone la naturaleza privada y disponible de los derechos en juego. En este sentido, interpretando que la potestad autónoma de investigación cede frente al principio que consagra la igualdad de las partes en el proceso, se expidió la Cám. 2ª Crim. Córdoba, en autos “Olmedo”, el 5/6/67. Igualmente falló el juez correccional de 3ª nominación de Córdoba, sosteniendo que aquella potestad no rige si “con la prueba que se pretende introducir se tiende a probar una situación que hace estrictamente a la cuestión civil planteada” (“Lemos”, “B.J.C.”,

Su máxima expresión puede ser observada en la etapa instructoria, pero aun considerablemente reducido subsiste durante la etapa del juicio. Se caracteriza por no estar condicionado ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria.

1) La *autonomía* de este poder reside en el hecho de que el tribunal puede practicar *de oficio*, durante la instrucción, todas las diligencias útiles para el descubrimiento de la verdad (art. 193), y durante el juicio, sólo aquellas taxativamente enumeradas (v.gr., recepción de oficio de nuevas pruebas; art. 388), sin que su actividad en tal sentido pueda verse subordinada a proposición alguna de las partes.

2) Esta potestad investigadora es también independiente de que los hechos sobre los cuales recae no hayan sido *controvertidos* por las partes⁸². De tal modo, y por regla general, la aceptación del imputado en cuanto a su participación culpable en el delito no obsta a que el tribunal busque la prueba al respecto.

e) Momentos.

Se suele distinguir tres momentos en la actividad probatoria: proposición, recepción y valoración⁸³.

t. XXII, p. 268). El T.S.J. Córdoba, dijo que "admitir que pueda obrarse de oficio en lo atinente a la acción civil valdría tanto como aceptar que el tribunal de juicio puede sustituir a esa parte y suplir sus deficiencias u omisiones en la actividad probatoria" ("B.J.C.", t. XII, p. 21, en *Jurisprudencia penal* . . . , cit., p. 165). Coincidiendo, ver: José I. Cafferata Nores, *La acción civil en el juicio correccional*, "Cuadernos del Centro de Estudios e Información del Derecho del Seguro", n° 4/1982. En contra: Manuel Ayan, *Incorporación de oficio de nuevas pruebas sobre la cuestión civil en el curso del debate*, "Rev. Col. Abog. Cba.", n° 12, p. 9.

⁸² Sin embargo, esta regla cede en relación con aquellos hechos que interesan sólo a la acción civil que se podría haber deducido, caso en el cual, por tratarse de un interés netamente privado y disponible, la falta de controversia acerca de ellos tornará innecesaria la investigación autónoma, que se justifica solamente frente al interés público. En tal sentido, ver mi voto en autos "Montenegro", T.S.J. Córdoba, sent. 5/85.

⁸³ Cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 349.

1. *Proposición.*

Es la solicitud que el ministerio fiscal y las partes formulan ante el tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba.

La atribución que se confiere al respecto tiene distintos alcances, según la etapa del proceso:

A) Durante la *instrucción*, el ministerio fiscal y las partes tienen la facultad de *proponer diligencias* (art. 199). También el imputado podrá señalar las pruebas que estime oportunas (art. 299), a lo cual será invitado al prestar declaración. El ministerio fiscal está facultado, en el momento de la clausura y elevación a juicio, para indicar las diligencias probatorias necesarias (art. 347). Sin embargo, en todos los casos, el juez dispondrá la realización de las respectivas diligencias probatorias sólo si las estimare "*pertinentes y útiles*"⁸⁴ (arts. 199, 304 y 348), lo cual indica que la fuente de la obligación del magistrado no reside en la proposición de las partes, sino en su obligación de investigar la verdad⁸⁵.

B) En el *juicio*, en cambio, el ministerio fiscal y los sujetos privados tienen un verdadero derecho de *ofrecer pruebas* (art. 355), al cual corresponde el deber del tribunal de recibirlas (si fueran oportunamente ofrecidas), con la única excepción de que aquéllas fueran evidentemente impertinentes o superabundantes (art. 356)⁸⁶.

C) En todo caso regirá el principio de la *comunidad de la prueba*, en virtud del cual la ofrecida por una de las partes deja de pertenecerle a partir de ese momento, y queda ad-

⁸⁴ También el imputado tiene la atribución de indicar las pruebas que estime pertinentes. Sobre las nociones de pertinencia y utilidad de la prueba, ver lo que se dice en el n° 8, puntos 3 y 4.

⁸⁵ La omisión de practicar las diligencias propuestas que sean pertinentes y útiles no traerá aparejada ninguna nulidad, sino tan sólo la posibilidad de aplicar al magistrado una medida disciplinaria, señala Ayan, ob. cit., p. 179.

⁸⁶ La impertinencia o superabundancia deben ser *evidentes* para autorizar el rechazo (tan evidentes como las causales de sobreseimiento), lo cual no es respetado en muchos casos por los tribunales. Contra la negativa se podrá interponer recurso de reposición y, de persistir en ella, hacer reserva de casación.

quirida para el proceso⁸⁷. Por ello, carecerá de eficacia toda renuncia a su producción o valoración emanada de quien la propuso, salvo que medie consentimiento de las otras partes y del tribunal⁸⁸. El asentimiento general sobre la renuncia no impedirá luego, si fuere necesario, la recepción de la prueba renunciada.

2. Recepción.

El momento de *recepción* ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que surja de su realización⁸⁹.

Corresponde ubicar en este momento, como actividad complementaria de él, la realización de las diligencias tendientes a lograr la recepción de la prueba admitida (v.gr., proposición de peritos contralores, fijación de audiencia para recepción de la testimonial, etc.), incluso aquellas medidas accesorias de coerción destinadas a obtener o asegurar su incorporación al proceso (v.gr., allanamiento de domicilio, etc.; ver n° 13, b).

La actividad de las partes y la reglamentación legal son diferentes según la etapa del proceso de que se trate:

A) Durante la *instrucción*, el juez debe realizar, de oficio o a proposición del ministerio fiscal y de las partes⁹⁰, "las diligencias probatorias conducentes al descubrimiento de la verdad" (art. 193, inc. 1), que se hará constar en actas (art. 208)⁹¹ y que sólo servirán para dar base a la acusación (de allí que si se las quisiera utilizar para fundar la sentencia, deberán ser reproducidas en el juicio).

Las pruebas podrán ser incorporadas sin conocimiento ni intervención de los defensores de las partes cuando la ins-

⁸⁷ En virtud de este principio, la prueba ofrecida por el imputado podrá ser utilizada por el ministerio fiscal para fundar el pedido de condena, etc.

⁸⁸ V.gr., el art. 408, sobre juicio correccional.

⁸⁹ Si el testigo ofrecido, al prestar declaración, dice que nada conoce acerca del hecho sobre el cual se lo interroga, se habrá *recibido* la prueba ofrecida, pero ésta no ha logrado el ingreso de ningún elemento probatorio.

⁹⁰ Ver lo que se expresa en el n° 13, d.

⁹¹ De allí que se diga que la instrucción es "escrita".

trucción sea secreta, por disposición de la ley⁹² o del juez⁹³, o, fuera de estos casos, con su conocimiento y participación, cuando ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o no impida una pronta y regular actuación (art. 202). Sin embargo, en caso de actos definitivos e irreproducibles, no habrá posibilidad alguna de evitar la intervención de los defensores (aun en los casos de secreto legal o judicial; arts. 200 y 204), a quienes se deberá notificar previamente su realización, bajo pena de nulidad (art. 201)⁹⁴.

El ministerio fiscal, en cambio, podrá participar en *todos* los actos de instrucción (para él no hay secreto de ningún tipo; art. 198), y deberá ser notificado de los definitivos e irreproducibles al igual que los defensores (art. 201).

B) Durante el *juicio*, el tribunal deberá, en principio, limitarse a recibir *sólo* las pruebas oportunamente ofrecidas por el ministerio fiscal y las partes (arts. 356, 357 y 382, etc.), en virtud de la vigencia preponderante del acusatorio formal en la segunda etapa del proceso.

Sin embargo, dispondrá *de oficio*⁹⁵, cuando nadie hubiere ofrecido prueba, la recepción de las pertinentes y útiles producidas en la instrucción (art. 356), y también podrá ordenar las indispensables que se hubiera omitido en esa etapa (art. 357). Cuando del debate surgiera la necesidad de realizar una inspección (art. 387), estará autorizado para disponerla, aun de oficio. Igualmente, verificada la existencia de nuevos medios de prueba indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (art. 388), podrá ordenar su recepción, para lo cual le será posible, incluso, suspender la deliberación de la sentencia (art. 397).

⁹² La ley establece el secreto hasta después de la declaración del imputado (art. 204).

⁹³ Después de la declaración del imputado, el juez podrá ordenar el secreto cuando la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, y por un término máximo de diez días, prorrogables por otro tanto (art. 204).

⁹⁴ Se exceptúa de este principio el caso de suma urgencia (art. 201).

⁹⁵ Se trata con ello de asegurar que "el tribunal sentenciante no sea un mero árbitro sometido en su conocimiento a las proposiciones de los intervinientes", señala Maier, ob. cit., t. I, p. 59.

Fuera del caso de la instrucción suplementaria (art. 375), en que la asistencia de las partes es optativa (por desarrollarse antes del debate), la recepción de las pruebas durante el juicio no se podrá llevar a cabo sin la presencia del representante del ministerio fiscal, el imputado y su defensor, bajo pena de nulidad (arts. 290 y 167, inc. 3).

3. *Valoración.*

La *valoración* es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (o sea, qué "prueba" la prueba). Tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre aquél.

Si bien es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), también corresponde a las partes civiles, al querellante, al ministerio fiscal y al defensor del imputado.

Durante la instrucción, estos últimos tendrán la oportunidad de ameritar los elementos de prueba reunidos, para tratar de demostrar que son suficientes para la elevación de la causa a juicio o, al contrario, que no lo son (arts. 347 y 349)⁹⁶ y se debe dictar el sobreseimiento.

Durante el juicio, todos ellos valorarán las pruebas recibidas en el debate, intentando evidenciar su eficacia para provocar la certeza necesaria para condenar, o bien que carecen de tal idoneidad (art. 393), o que las pretensiones civiles deducidas tienen o les falta fundamento (según el interés de quien formule el alegato).

⁹⁶ También podrán valorar las pruebas al fundamentar los recursos que las leyes les concedan contra las resoluciones dictadas en la instrucción (v.gr., apelación; art. 449), o al informar sobre algunas cuestiones incidentales (v.gr., excepciones; art. 341).

14. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conoce: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional⁹⁷.

a) *Prueba legal.*

En el sistema de la *prueba legal*, es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez *debe darse* por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no *puede darse* por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Se suele señalar, como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio conteste de dos personas de buena fama será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se recuerda la que impedía tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del *cuerpo del delito*.

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo.

Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración

⁹⁷ Cfr.: Florian, ob. cit., t. I, p. 302; Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 352.

del juez⁹⁸, porque sintetizan, en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común.

b) *Íntima convicción.*

En el sistema de la *íntima convicción*, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su *leal saber y entender*⁹⁹. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el "buen sentido" (racionalidad) connatural a todos los hombres.

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de *arbitrariedad* y, por ende, de injusticia.

c) *Libre convicción o sana crítica racional.*

El sistema de la *libre convicción o sana crítica racional*¹⁰⁰, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo

⁹⁸ Leone, ob. cit., t. II, p. 156, señala que "aquel régimen no era fruto de un planteamiento arbitrario, sino que, por el contrario, constituía el resultado de un conjunto de experiencias que, si no satisfacen ya a la conciencia jurídica de la sociedad, pueden valer todavía, por lo menos, como sugerencia de particulares cautelas en el examen crítico de las pruebas". Se debería tener *siempre* presente esta reflexión.

⁹⁹ Cfr.: Raúl Torres Bas, *Exposición de motivos al C.P.P. de Entre Ríos*.

¹⁰⁰ Cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 361, y su demostración de que ambas locuciones quieren decir lo mismo.

que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye.

Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano¹⁰¹. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad¹⁰², pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica* (constituídas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontestables de las *ciencias* (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la *experiencia común* (constituída por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad). Parece insuficiente, a estos efectos, el solo uso de la *intuición*, pues aunque se admita que ésta es una forma reconocida de adquirir conocimiento,

¹⁰¹ Ver: C.N.C.P., Sala II, causa 84, "Waisman, Carlos", 4/4/94, reg. 113, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, nº 2-a, p. 21. "El juzgador está vinculado en su valoración por normas no jurídicas, pero sí lógicas, psicológicas y aun experimentales, que dan contenido al método de la sana crítica racional y que regulan el correcto discurso de la mente en sus operaciones intelectuales", dice Ayan, ob. cit., p. 186. Pero la lógica sólo puede vivir, en el razonamiento judicial, aunada a los principios de las ciencias y a la experiencia común, que la sacan del plano meramente abstracto y la encarnan en la realidad de la naturaleza o del hombre. Estas reglas del pensamiento se complementan entre sí en la motivación judicial. Vale la pena poner un ejemplo: ¿Por qué sería contrario al principio lógico de razón suficiente concluir con certeza, frente a la mera tenencia de la *res furtiva*, que fue ese tenedor quien la robó? Porque la *experiencia* enseña que los hombres entran en la tenencia de una cosa por diferentes motivos, entre los cuales figura el de haberla robado, pero también el de hallarla perdida y tomarla, el de recibirla porque se la prestaron, regalaron, vendieron, etc.

¹⁰² La libertad es a los fines de *valorar* las pruebas. Para su introducción, en cambio, es preciso observar las disposiciones legales respectivas. Dicho de otro modo, sólo se podrá valorar con libertad la prueba que fue recibida con resguardo de las normas que la reglamentan.

la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas.

La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las *razones* de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas¹⁰³.

Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio¹⁰⁴ (v.gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su *valoración crítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya¹⁰⁵.

¹⁰³ El principio de la libre convicción "no puede ni debe significar más, y, sobre todo, no debe significar libertad en el juez para sustituir a la prueba (y, consiguientemente, a la crítica de la prueba) por conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión" (Leone, ob. cit., t. II, p. 157). No obstante, se ha advertido que "dado el principio de la libre convicción, cualquiera comprende con qué escrúpulo habrá que proceder en la valoración de la prueba [...]. La misma inflexible virtud del magistrado, no iluminada por el ingenio, ni guiada por la objetividad, puede llevarlo a la injusticia" (Manzini, ob. cit., t. III, p. 199).

¹⁰⁴ "En la sentencia se deberá *precisar* el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo, concretamente, el dato probatorio, pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que arriba deriva racionalmente de esas probanzas, invocadas en su sustento" (T.S.J. Córdoba, "Rivero", sent. 33, 19/11/84). En virtud de ello, se resolvió que "si en la sentencia se sustituye totalmente el contenido de los elementos de prueba por un juicio comparativo entre ellos y el hecho delictivo que se tiene por acreditado, se la priva de soporte real, proporcionándole, en cambio, una fundamentación sólo aparente, que acarrea su nulidad" (T.S.J. Córdoba, "Caparroz", 18/10/84, sent. 24). También, que "la decisión del tribunal *a quo* que de modo escueto confirmó el resolutorio del juez de instrucción «por hallarse ajustado a derecho y a las constancias de la causa» adolece de defecto de fundamentación, dado que la expresión sólo traduce una simple convicción personal, la cual no aparece apoyada en ninguna consideración directamente referida a las razones de carácter objetivo que pudieron informar esa convicción; de modo que no sólo no satisface el concepto de sentencia cuanto forma sustancial del juicio, sino que cierra a las partes toda posibilidad de establecer si la decisión es, en verdad, el resultado de una correcta aplicación de la ley fundada en hechos debidamente comprobados, o no es más que el producto del mero arbitrio judicial" (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Tragant, causa 135, "Risso de Osnajansky", 18/10/94, reg. 142, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 4, p. 36).

¹⁰⁵ La mera "enunciación o descripción de los elementos de prueba no satisface el requisito de motivación de las sentencias, porque no proporciona

Ello acarreará el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre *por qué* se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra), explicación que deberá ser comprensible por cualquier otra persona, también mediante el uso de su razón (v.gr., las partes, el público, etc.).

Se combinan, así, las exigencias políticas¹⁰⁶ y jurídicas, relativas a la motivación de las resoluciones judiciales, con las

los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el tribunal para arribar a determinadas conclusiones ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional, impidiendo así el control de la casación" (T.S.J. Córdoba, "Marshal", sent. 4, del 22/3/84). En igual sentido, se afirmó que "la necesidad de motivación de un pronunciamiento impone al juez el deber de apreciarla razonadamente. No puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las pruebas de la causa, pues si esto fuera posible el pronunciamiento viviría sólo en su conciencia" (C.N.C.P., Sala I, causa 49, "Almeyra, María", 10/12/93, reg. 98, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, n° 5, p. 84). "La motivación de la sentencia surge como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, donde el juez debe valorar todos los elementos de prueba jurídicamente relevantes y que apuntan a las distintas soluciones posibles, inclinándose, en definitiva, por aquella que mejor se compadezca con la valoración efectuada" (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Tragant, causa 171, "Edelap", 11/8/94, reg. 92, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 3, p. 21).

¹⁰⁶ La motivación de la sentencia atañe a "la vigencia, en el ámbito jurisdiccional, del sistema republicano, que tiene como pilares esenciales la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios que los practican, que exige que se *conozcan* las razones a que obedecen sus decisiones" (T.S.J. Córdoba, Sala Laboral, "Brizuela c. Minerva", 1984, folio 822). Se ha señalado, así, que "nuestro más alto tribunal hubo de sostener que la exigencia de que los fallos judiciales tengan una fundamentación suficiente y objetiva deriva concretamente de dos principios de naturaleza jurisdiccional: el de la garantía de la defensa en juicio y el de la forma republicana de gobierno" (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Tragant, causa 135, "Risso de Osnajansky", 18/10/94, reg. 142, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 4, p. 33). "Motivar las sentencias posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues tal exigencia permite exhibir cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según un justo criterio de adecuación. La fundamentación permite que los in-

mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas meramente formales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.

teresados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello le brindará al tribunal *a quem* la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control. Con ello se contribuye a elaborar la jurisprudencia, en tanto se la conceptúa como el conjunto de criterios y enseñanzas que derivan de los fallos judiciales" (C.N.C.P., Sala III, causa 80, "Paulillo, Carlos", 12/4/94, reg. 111, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 2-a, p. 29).

PARTE SEGUNDA
MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

CAPÍTULO I

PERICIA

15. NOCIÓN.

La pericia es el *medio probatorio* con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba¹. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez², supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización aun cuando aquél tenga los conocimientos especializados necesarios.

16. FUNDAMENTO.

Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez "no puede verlo todo", con igual o mayor razón se ha señalado que "tampoco puede saberlo todo"³.

¹ Según Jorge Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1984, t. II, p. 402, la pericia deberá ser ordenada para "obtener o explicar un elemento de convicción". Se ha señalado como notas características de la pericia su *regulación formal* y el *encargo judicial previo* (Luigi Fulci, *Perizia*, en *Novissimo digesto italiano*, p. 963).

² Como sostiene Manzini, ob. cit., t. III, p. 379, aunque acepta que el perito aporta una "contribución original suya de observaciones y de juicios al objeto de la prueba". También Francesco Gabrieli, *Perizia*, en *Nuovo digesto italiano*, p. 885.

³ Cfr.: José I. Cafferata Nores, *La imparcialidad del perito contralor*, "Semnario Jurídico", n° 208/82.

Partiendo de esta base, en ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para *descubrir* o *valorar* un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos (art. 253); es decir, conocimientos propios de una *cultura profesional especializada*. Las diferencias que se puede establecer entre perito y testigo no son tanto los especiales conocimientos de aquél (que también puede tenerlos el llamado "testigo perito"), sino la circunstancia de que el primero conoce y concluye por *encargo judicial* y en virtud de un interés procesal *preexistente* a su misión; en cambio, el testigo percibe *espontáneamente*, y el interés sobre su percepción es *sobreviniente* (ver nº 32).

17. PROCEDENCIA.

Si bien el C.P.P. establece que el juez "*podrá ordenar pericias*", esto no quiere decir que podrá abstenerse de hacerlo cuando⁴ "para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica" (art. 253), pues, en tal caso, o bien renunciará concientemente a descubrir o valorar correctamente una prueba (lo cual no se concibe frente al principio de verdad real), o bien pretenderá obtenerlo con sus personales *conocimientos especializados*, lo cual no sería legítimo, pues afectaría el derecho de defensa de las partes y la "sociabilidad del convencimiento judicial"⁵. (Ver lo que se dice *infra*, b, 1.)

⁴ "En materia de peritación [...], en el caso de que sea necesaria una investigación, el juez tiene el *deber* y no ya la facultad de ordenar la prueba pericial", recuerda Florian, ob. cit., t. II, p. 363, comentando la reforma italiana de 1955. Pero, como señala Leone, ob. cit., t. II, p. 199, esta formulación expresa no es una innovación, sino la consagración legislativa de un criterio ya anteriormente adoptado en doctrina y en jurisprudencia, frente a una redacción ("puede ordenar") similar a la del C.P.P. En contra: Manzini, ob. cit., t. III, p. 394.

⁵ Carecen de significación precisa, dice Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 122, las diferencias entre los términos imperativos de los códigos antiguos ("ordenará") y de los modernos ("podrá ordenar").

a) Por tanto, no se requerirá la intervención del perito:

1) para la realización de *meras comprobaciones materiales*, que pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona (como, por ejemplo, verificar si las llaves secuestradas abren la puerta del lugar del hecho);

2) cuando dentro de la cultura normal, o cultura general⁶, se puede hallar la regla o el criterio para resolver la cuestión; es decir, cuando pueda solucionársela mediante los *conocimientos básicos* de cualquier hombre culto⁷ (como, por ejemplo, mediante la aplicación de la ley de gravedad).

b) Pero —como ya se dijo—, aun cuando el juez *sepa* sobre el tema, aunque esté, por sus particulares conocimientos científicos, técnicos o artísticos, en condiciones de descubrir o valorar *por sí solo* un elemento de prueba, únicamente si el común de la gente estuviera también en condiciones de hacerlo podrá prescindir del perito.

Ello debe ser así como resultado de la vigencia de dos principios: el del contradictorio y el de la “sociabilidad del convencimiento judicial”.

1) Por respeto al contradictorio, las partes no pueden quedar excluidas de *controlar* el ingreso del elemento probatorio descubierto por la pericia, ni de la *valoración* de su eficacia conviccional, como ocurriría si el juez fundamentara su sentencia sobre la base de sus privados conocimientos científicos o técnicos.

2) Además, la “sociabilidad del convencimiento judicial” presupone la posibilidad de que la sociedad pueda, mediante su opinión, *controlar* la decisión judicial sobre la existencia, naturaleza, causas o efectos de los hechos, datos que sin la intervención del perito permanecerían ocultos ante los ojos del público.

c) El juez sólo podrá requerir el auxilio del perito respecto de *cuestiones de hecho*, nunca sobre cuestiones jurídicas, así co-

⁶ Señala Manzini, ob. cit., t. III, p. 378, nota 8, que en este caso no es necesaria la pericia, pues la cultura y la inteligencia del juez son suficientes.

⁷ Dentro de ellos están las llamadas *reglas de la experiencia*. Cuando el punto pueda ser solucionado con la aplicación de ellas, no será necesaria la pericia. Cfr.: Leone, ob. cit., t. II, p. 200.

mo tampoco sobre las consecuencias legales de los hechos que éste descubra o valore en su existencia, causas o efectos.

d) Pero se debe dejar bien sentado, desde ya, que el perito no es "el juez de los hechos", como quizá lo fue en sus orígenes históricos. Al contrario, su opinión no vincula al tribunal: será *tomada en cuenta* como una prueba más, y valorada tanto individualmente como en el conjunto probatorio general. Y si de tal ponderación surgen motivos para descalificar el dictamen, el magistrado podrá prescindir de él, e incluso llegar a una conclusión contraria (no sin antes haber agotado las instancias por aclararlo, completarlo y aun renovarlo), siempre que no pretenda sustituir al perito. (Ver nº 30.)

18. NÚMERO DE PERITOS.

Antiguamente, bajo la idea de que perito y testigo eran conceptos semejantes, y por el imperio de la regla "*testis unus...*", las leyes requerían más de un experto. Hoy, por lo general, tratan de reducir su número para evitar las discusiones entre ellos, que en ciertos casos convirtieron a los estrados judiciales en escenarios de estériles contiendas científicas⁸.

El C.P.P. se enrola, en principio, en el sistema de la designación judicial de *perito único*, salvo que el juez considere *indispensable*⁹ que sean más (art. 258).

La ley no distingue entre nombramiento simultáneo o sucesivo de varios peritos, por lo cual "el juez, durante el cumplimiento de la pericia por parte del perito inicialmente nombrado, puede, si considera oportuna la integración con otros peritos, nombrarlos, creando una colegiación *superveniente*"¹⁰.

También podrá ocurrir que la necesidad de nombrar más de uno surja de que el único perito designado se haya ex-

⁸ Cfr.: Florian, ob. cit., t. II, p. 365.

⁹ "La indispensabilidad de la excepción es dejada a criterio del juez", dice Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 351. Por su parte, Núñez, *Código...*, cit., p. 230, sostiene que esta facultad es discrecional, "discutible sólo en el debate como cuestión preliminar".

¹⁰ Leone, ob. cit., t. II, p. 205.

pedido insuficientemente o haya evidenciado ineptitud, o la pericia sea anulada¹¹ (ver nº 30). Es posible, asimismo, la designación, aun de oficio, de otros expertos en caso de que haya informes con discrepancias fundamentales (art. 262). Estos *peritos nuevos* podrán reexaminar y valorar los dictámenes, o hacer de nuevo la pericia, si a criterio del juez fuera factible y necesario (art. 262).

A su vez, cada parte podrá proponer *otro perito* legalmente habilitado, a su costa (art. 259). Es el llamado "perito contralor" (ver nº 23).

19. CONDICIONES PARA SER PERITO.

Para ser perito se exige capacidad (edad y salud mental), idoneidad y conducta, y estar inscrito en las listas oficiales.

a) *Edad*. En virtud de la importancia del encargo pericial, se exige del perito "madurez de juicio"¹², a la cual se la presume no alcanzada hasta la mayoría de edad. Ello determina la prohibición legal, respecto de los menores de veintiún años (C.C., art. 126), para actuar en tal carácter (art. 255), fundada en su inhabilidad mental por "inmadurez"¹³.

b) *Salud mental*. La naturaleza de la pericia requiere la plenitud de aptitudes intelectuales de los peritos. Por tal motivo, se impide la intervención como tales de aquellas personas insanas, declaradas o no¹⁴.

c) *Calidad habilitante*. Se requiere que los peritos tengan "título de tales en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse", siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas (art. 254). "La reglamentación de-

¹¹ Manzini, ob. cit., t. III, p. 416.

¹² Manzini, ob. cit., t. III, p. 380, nota 18; Florian, ob. cit., t. II, p. 348.

¹³ Núñez, *Código*..., cit., p. 228. No está comprendido en la prohibición ni "el menor que hubiere obtenido título habilitante para una profesión" (art. 128, C. Civil), si ella fuera la tomada en cuenta para su designación como perito, ni el emancipado (art. 131, C. Civil).

¹⁴ Se podrá incluir aquí a los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito (arg. art. 54, C. Civil). De todos modos, la prohibición legal parece demasiado obvia.

be emanar de una autoridad pública y se debe referir a la obtención del título habilitante para el ejercicio profesional, artístico o técnico"¹⁵.

A falta de título, "deberá designarse a persona de conocimiento o práctica reconocidos" (art. 254)¹⁶. Igual solución se prevé para la hipótesis en que no hubiera peritos diplomados o inscritos (ídem).

A fin de que el aporte probatorio sea *serio*, el requisito básico para ser perito es la *idoneidad*, derivada de su capacidad científica, técnica o artística necesaria para descubrir o valorar el elemento de prueba que ni el juez ni el común de la gente podrían descubrir o valorar.

Consecuentemente, se establece la imposibilidad para la actuación como peritos de los "inhabilitados" (art. 255), es decir, aquellas personas que no pueden desempeñar las tareas propias de su título, por disposición de autoridades profesionales o gremiales que gobiernan la actividad científica, artística o técnica de que se trata¹⁷.

d) *Conducta*. Teniendo en cuenta que el perito debe estar libre de toda sospecha, se prohíbe la actuación como tal de "los que hubieren sido eliminados del registro respectivo por sanción" y de los "condenados" (art. 255), tanto a penas privativas de libertad como a inhabilitación o multa. Dado que la norma no aclara hasta cuándo se extiende la prohibición, se podría pensar que ésta subsistirá aun después de cumplida la pena¹⁸. Sin embargo, puesto que el desempeño pericial es una manifestación del ejercicio profesional respectivo, sería excesivo darle a la condena cumplida un carácter estigmativo

¹⁵ Núñez, *Código...*, cit., p. 226. Algunas leyes fijan la materia propia de determinada profesión, asignándole al profesional respectivo la capacidad para ser perito judicial en ella.

¹⁶ Si bien en esta época, caracterizada por el advenimiento de nuevos y múltiples estudios o carreras, no es frecuente la actuación pericial de simples idóneos, es posible hallar algunos casos en que ello acontece (v.gr., ciertos peritos calígrafos).

¹⁷ Por ejemplo, el médico a quien se lo ha suspendido en la matrícula profesional.

¹⁸ Así, Núñez, *Código...*, cit., p. 228, quien entiende que la prohibición rige "mientras, por no mediar una amnistía, no se haya borrado la condena".

perpetuo¹⁹. Lo correcto parece ser limitar los alcances de la prohibición al tiempo de la condena o inhabilitación²⁰.

e) *Matriculación*. Se requiere una doble condición: diploma e inscripción en las listas confeccionadas por el órgano judicial competente.

20. INCOMPATIBILIDADES.

Hay una serie de situaciones procesales que generan *incompatibilidad* para el desempeño pericial.

a) No podrán actuar como peritos en la causa quienes intervengan o hubieren intervenido en ella como jueces, funcionarios del ministerio fiscal, defensores o mandatarios, denunciadores o querellantes, actores o demandados civiles, o fueran víctimas del delito. Estas causales, más que de inhibición (como surgiría de la remisión del art. 256 al art. 55), son de incompatibilidad en la simultánea o sucesiva actuación de una misma persona en una condición bifuncional, inconcebible en el marco de un mismo proceso²¹.

Por idéntica razón, tampoco podrán hacerlo quienes sean imputados o coimputados del delito que se investiga o de otro conexo.

b) Es igualmente incompatible con el desempeño de la función pericial la calidad de testigo en el mismo proceso (aun antes de haber sido recibida la pertinente citación en tal carácter; art. 255)²².

¹⁹ Ver, por ejemplo, la discusión parlamentaria de la reforma del art. 51 del C. Penal, tendiente a dejar claro que la condena penal no debe provocar un "etiquetamiento delictivo" (Cortese), evitando así que el condenado se transforme de por vida en un ciudadano de segunda clase (Celli).

²⁰ Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 366.

²¹ Florian, ob. cit., t. II, p. 351, hace derivar esta incompatibilidad de "la estructura del proceso y de la concepción y el fin de la prueba pericial".

²² Dice Núñez, *Código* . . . , cit., p. 228, que la incompatibilidad sólo rige para la persona que ha adquirido, por la citación, la calidad de testigo en la causa. Creo que se podrá pensar en alguna excepción, como en el caso de que el designado como perito, al hacérsele saber su nominación, manifieste conocer el hecho que se investiga por haberlo presenciado. Ver: Clariá Olmedo, ob. cit.,

c) Tampoco podrá desempeñar la función pericial quien con anterioridad haya actuado como perito, en la misma causa, en relación con puntos diferentes de los que fueron puestos a su consideración, o con los mismos, cuando la pericia haya sido anulada.

d) Tampoco hay compatibilidad entre la actuación como perito y las *situaciones* determinantes del deber o la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial (art. 255). En virtud de esta disposición, no podrán ser peritos:

1) el cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del imputado (art. 242);

2) tampoco los parientes colaterales del imputado hasta el cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad, su tutor, curador o pupilo. El impedimento subsistirá aunque el sujeto sea denunciante, querellante o actor civil, o el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo, ya que si bien en estos casos no habrá facultad de abstención testimonial (cuya existencia originaría la incompatibilidad pericial, según el art. 255), surgirá la incompatibilidad genérica señalada precedentemente en el párrafo *a* (y que está prevista, además, en el art. 256 como causal de inhibición).

3) Por último, no podrán ser peritos los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar, si en el proceso se investigara o la pericia versara sobre hechos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión (secreto profesional)²³. Tampoco los militares o funcionarios públicos, si se tratara de un secreto de Estado (arts. 244 y 255)²⁴.

t. III, p. 370. Por lo demás, una de las causales de inhibición del juez, aplicable al perito por disposición expresa del art. 256, es la de conocer "el hecho como testigo" (art. 55, inc. 1).

²³ Ver nº 35.

²⁴ No me parece claro que puedan actuar como peritos en los casos de liberación del secreto por el interesado (art. 244), por más que desaparezca la prohibición de testimoniar.

21. EXCUSACIÓN Y RECUSACIÓN.

Además de las situaciones de incompatibilidad señaladas precedentemente, la necesidad de *librar de toda sospecha* de parcialidad a la actuación del perito²⁵ determina que la ley lo obligue a inhibirse o a admitir su recusación²⁶, por las mismas causas establecidas para los jueces (art. 256). Ello ocurrirá en los siguientes casos (art. 55, incs. 2 a 8 y 10 a 12):

a) cuando en la causa hubiera intervenido o interviniera como juez algún pariente del perito dentro del segundo grado de consanguinidad;

b) cuando el perito fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado;

c) cuando él o alguno de sus parientes en los grados indicados tengan interés en el proceso;

d) si fuera o hubiera sido tutor o curador, o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados;

e) cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima;

f) si él, su cónyuge, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueran acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se trate de bancos oficiales o constituidos bajo la forma de sociedades anónimas;

g) cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante o acusador de alguno de los interesados, o denunciado o acusado por ellos²⁷;

²⁵ La posibilidad de inhibición o recusación del perito ha sido invocada en apoyo de la teoría que le asigna a la pericia la naturaleza de medio auxiliar del juez, desconociéndole el carácter de medio de prueba. Cfr.: Fulci, *lug. cit.*, p. 964.

²⁶ Se discute sobre la posibilidad de recusar a los peritos contralores. (Ver n° 23.)

²⁷ Se entiende que en *otro proceso*, pues si fuera el mismo se dará, más bien, la situación de incompatibilidad señalada en el n° 20.

h) si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso;

i) cuando tenga amistad íntima o enemistad con alguno de los interesados;

j) si él, su cónyuge, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieren beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

A los fines de la inhibición o recusación del perito, se considera interesados a los imputados, ofendidos, damnificados y responsables civiles, aunque estos últimos no se constituyan en parte (art. 56).

En cuanto al trámite de la recusación, se dispone que el incidente deberá ser planteado antes del dictamen y será resuelto por el juez, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno (art. 256)²⁸.

22. ACTUACIÓN DEL PERITO.

La ley contiene diversas prescripciones sobre las obligaciones y los derechos del perito, tendientes a garantizar su intervención en el proceso y a proporcionar seriedad al dictamen que produzca. Las analizaremos a continuación.

a) *Deber de comparendo y aceptación jurada del cargo.*

Se establece que quien sea designado como perito "tendrá el deber de aceptar el cargo" (art. 257).

1) La ley consagra como deber cívico²⁹ de quien tiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, el de colaborar con la administración de justicia en la función pe-

²⁸ Si se lo planteara después, "el descubrimiento de causales preexistentes podrá constituir antecedente para valorar el dictamen" (Núñez, *Código...*, cit., p. 229).

²⁹ En contra: Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1929, p. 153. También Florian, ob. cit., t. II, p. 382, quien considera que sólo el inscrito en listas oficiales podrá ser obligado a actuar como perito.

ricial, aun cuando se trate de un simple particular. Claro que se le reconoce, como contraprestación de sus servicios, el derecho a percibir honorarios³⁰.

Esta obligación presupone el imperativo de *comparecer* ante el tribunal al ser citado en tal carácter, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública y pagar las costas que causare (art. 257).

Tanto la obligación de concurrir como la de cumplir el encargo pericial están impuestas bajo amenaza de sanción penal (art. 243, C.P.).

2) Sin embargo, si el perito designado tuviese un "grave impedimento", quedará eximido del deber de desempeñar el cargo (art. 257), y deberá poner al juez en conocimiento de esa situación "al ser notificado de la designación" (art. 257) (lo cual importa que aquélla no lo libera del deber de comparendo)³¹. El "grave impedimento" que autoriza la negativa respecto de la actuación pericial puede consistir en la incapacidad o inhabilidad (arts. 254 y 255) del designado, o en la concurrencia de causales de inhibición (art. 256), la imposibilidad material de realizar su cometido (v.gr., por enfermedad o viajes)³², etc.

3) Al aceptar el cargo, el designado deberá *prestar juramento* de desempeñarlo fielmente³³, salvo que se trate de un perito *oficial* del Poder Judicial, el cual actuará bajo el juramento que prestó antes de entrar en funciones.

b) Obligación del desempeño fiel del cargo.

También se consagra expresamente la obligación del perito de "*desempeñar fielmente el cargo*" (art. 257).

³⁰ El perito no tiene derecho, en cambio, a ser *mantenido en su cargo*, y puede ser relevado de su tarea por el tribunal, dice Manzini, ob. cit., t. III, p. 405.

³¹ Si bien la incomparecencia podrá ser justificada si tuviera un impedimento legítimo (art. 154), desaparecido éste, la obligación de comparecer renacerá.

³² Cfr.: Núñez, *Código...*, cit., p. 227.

³³ El juramento "da una nueva garantía de la severidad concienzuda de su examen y de la sinceridad de sus afirmaciones", y atestigua "su buena voluntad para hacer intervenir toda su ciencia y echar mano de todos los medios que da ésta para responder, razonada y positivamente, a las preguntas que se le han hecho", dice Mittermaier, ob. cit., p. 154.

1) Este deber consistirá en *actuar con sometimiento* a las directivas que le imparta el juez (art. 260), observando las disposiciones legales que reglamentan su accionar (arts. 260 a 263); en *expedirse con responsabilidad y veracidad* sobre las cuestiones a elucidar, y en mantener en todo momento "reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación" (art. 266).

2) En el desempeño de su cargo, el perito tendrá libertad para evacuar los puntos sometidos a su examen mediante las operaciones que crea convenientes y con los métodos que le parezcan apropiados. Es lo que se denomina *libertad científica* de la tarea pericial.

Consiguientemente, "en lo que atañe a los criterios técnicos, al método, a las reglas en que el perito se inspira, el juez no tiene poder alguno de dirección"³⁴, salvo que "fuere necesario destruir o alterar los objetos analizados (lo que podría impedir la repetición de la pericia) o hubiere discrepancia entre los expertos sobre el modo de conducir las operaciones, casos en los que deberán informar al juez antes de proceder (art. 261), quien decidirá en definitiva"³⁵.

El perito podrá hacerse asistir por otras personas que le presten asistencia material³⁶; pero si necesitara la realización de operaciones técnicas ajenas a su especialidad, como antecedentes para elaborar su dictamen, deberá requerir al juez la nominación de expertos en esa materia, la cual revestirá todos los caracteres de una nueva designación pericial y, por ende, deberá seguir el trámite ordinario (arts. 258 y 259)³⁷.

³⁴ Leone, ob. cit., t. II, p. 212. Salvo que el juez quiera conocer los resultados a que se pueda llegar con determinada técnica, caso en el cual ordenará su adopción, señala Núñez, *Código...*, cit., p. 233.

³⁵ Núñez, *Código...*, cit., p. 234.

³⁶ V.gr., el médico forense es ayudado por auxiliares técnicos en la realización de la autopsia.

³⁷ Cfr.: Leone, ob. cit., t. II, p. 210. Es incorrecta la práctica de algunos peritos psiquiatras que *motu proprio* disponen la realización de *tests* a cargo de psicólogos, fundando luego en ellos su dictamen.

c) *Sanciones.*

Para asegurar la observancia de las obligaciones impuestas al perito en su actuación (art. 266), se otorga al juez la atribución de "corregir con medidas disciplinarias"³⁸ la negligencia, inconducta o mal desempeño de aquél, y aun sustituirlo (art. 266), sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran corresponderle si en su informe "afirmase una falsedad o negase o callase la verdad, en todo o en parte" (arts. 275 y 276, C.P.).

d) *Honorarios y reembolso de gastos.*

Los peritos tendrán derecho a cobrar *honorarios* por su actuación (art. 267), en virtud de que prestan un servicio propio de la ciencia, arte o técnica de la cual hacen un medio de vida, y serán también acreedores al reembolso de gastos que pudieran tener -viáticos y estadía (v.gr., art. 362), utilización de materiales, auxiliares, etc.-³⁹. Como por regla general el Estado anticipa los gastos (art. 259), los honorarios de los peritos oficiales los afrontará el Poder Judicial, sin perjuicio de que luego pueda repetirlos del condenado en costas. Los peritos contralores podrán cobrar honorarios directamente de la parte que los propone o del condenado en costas (art. 267).

No tendrán derecho a percibir honorarios, en cambio, los peritos que "tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera" (art. 267), salvo que actúen como contralores. La excepción abarca tanto a los *peritos oficiales* de tribunales (v.gr., médico forense) como a quienes, sin ser tales, perciben una remuneración por las tareas específicas

³⁸ Si fueran peritos oficiales, podrán ser sometidos a sanciones administrativas propias de la potestad de superintendencia del tribunal superior.

³⁹ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 359; Florian, ob. cit., t. II, p. 387.

que desarrollan en cualquiera de los poderes estatales o municipales, entes autárquicos, etc.⁴⁰.

23. EL PERITO CONTRALOR.

a) Caracterización.

Es preciso ocuparnos ahora de la figura del llamado *perito contralor*, o perito propuesto por las partes luego de ser notificadas de la decisión del tribunal de designar un experto para la realización de una pericia (art. 259).

En términos generales, cabe decir que cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito legalmente habilitado (art. 259) para que practique las operaciones periciales juntamente con el oficial (art. 262) y produzca luego su dictamen (común o separado del de éste).

b) El problema de su imparcialidad.

Corresponde ahora considerar la espinosa cuestión referida a la imparcialidad del perito contralor.

1) Por un lado, pareciera que la ley quiere que el perito contralor *sea imparcial*⁴¹, pues se le exige aceptar el cargo bajo juramento (art. 257), y los autores de derecho penal no lo excluyen de la incriminación del art. 257, C. Penal⁴². Pero la admisión lisa y llana de tal característica nos llevaría a concluir que debe expedirse siempre con verdad, aun cuando esa verdad sea *contraria al interés de la parte* que lo propuso como contralor, con el consiguiente perjuicio para quien le paga por su actuación (pues según el art. 259 es "a su costa").

⁴⁰ Por ejemplo, los médicos de hospitales provinciales. El sueldo debe tener relación directa con la aptitud científica, técnica o artística, y no es suficiente la posesión del título respectivo, si el cargo se lo tiene sin reparar en él (v.gr., inspector municipal de tránsito que a la vez es médico, hipótesis que lamentablemente dejó de ser de gabinete).

⁴¹ Ver: Cafferata Nores, *La imparcialidad* . . . , cit.

⁴² Ricardo C. Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 164.

2) Pero, por otro lado, la realidad demuestra que la institución no funciona así, pues la parte trata de hacer efectivo el principio contradictorio a su respecto mediante la proposición del perito contralor, a quien considera (y quien regularmente se considera) un representante técnico de su interés, y no un órgano de prueba. Esta realidad se ve corroborada por lo siguiente:

A) Hay leyes que aun cuando admiten la recusación de los peritos por las causas de tacha de los testigos, *no aceptan* que los peritos contralores puedan ser recusados (como, v.gr., el Cód. Proc. Civil de Córdoba, art. 279). Así, se ha señalado que el perito contralor responde, en cierto modo, a la concepción de que es un “defensor de los intereses de quien lo propuso”⁴³.

B) Doctrinarios nacionales en materia procesal penal coinciden en tal imposibilidad (la de recusar), a pesar de que el C.P.P. prevé la recusación de peritos por las mismas causales que la de los jueces (art. 256)⁴⁴. Así, se dijo que la facultad de proponer perito contralor “tiene su fundamento primero y último en el principio constitucional de la libre defensa en juicio de la persona y de los derechos”⁴⁵.

C) La jurisprudencia ha señalado que “el contralorador, en principio, es un *auxiliar de la parte* –defensor sin representación– que interviene en determinados actos procesales por la especificidad técnica de los mismos [...] siendo auxiliar de la parte que lo propuso [...] pues actúa como *verdadero defensor*”⁴⁶.

⁴³ Hugo Ramacciotti, *Compendio de derecho procesal civil*, t. I, p. 642. Es que el perito contralor se introduce para dar a las partes “una razonable oportunidad de hacerse escuchar” (Exp. de mot. ley 4782). Rafael Allende, *Aspectos de la organización procesal de la prueba pericial*, “Crónica Forense”, n° 24, p. 396. En el Cód. Proc. Civil de Córdoba (ley 6542) se establece que la “única función” del perito contralor será “evaluar y criticar el dictamen oficial”. Pero, como sigue siendo perito, debe aceptar el cargo bajo juramento (ya que no se lo excluye expresamente), y cuando la ley quiere excluirlo del régimen general de los peritos, lo hace claramente (v.gr., cuando se establece que no podrá ser recusado; art. 264). La cuestión, entonces, se mantiene.

⁴⁴ Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 373, aunque se expide por la imparcialidad del perito contralor.

⁴⁵ Ricardo Levene (h.), *Códigos procesales penales argentinos*, t. IV, p. 278.

⁴⁶ Cám. 2ª Civ. y Com. Córdoba, “B.J.C.”, t. XXIV, vol. 3, p. 191.

3) Esta dualidad encierra, en el fondo, una hipocresía. Para superarla y restablecer la sinceridad, hay que convertir al perito contralor en un auxiliar técnico de la parte, que no tenga la obligación de expedirse en contra del interés de ésta. Su dictamen convencerá (o no) por la fuerza de sus argumentos, y no por la presunta imparcialidad de su actuación (en la cual ahora nadie cree)⁴⁷.

La parte gozará, así, de la posibilidad efectiva de *contralor técnico* en el proceso, sin el temor que actualmente pueda haber de que el perito contralor propuesto, por su condición de tal, sienta que debe actuar con tanta imparcialidad que se vuelva en contra de quien, por imperio legal, le paga por sus servicios (art. 259).

24. TRÁMITE DE LA PERICIA.

La ley regula los pasos a seguir en la ejecución de la prueba pericial:

⁴⁷ Este auxiliar técnico podría tener las siguientes características: 1) Ser un sujeto que cuente con los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que el punto a dictaminar requiera, pues sólo así podrá representar el interés de la parte en el *contralor* de la pericia y auxiliarla en la posterior *valoración* de sus resultados. Por la naturaleza de su tarea, su idoneidad profesional deberá ser similar a la exigida al perito designado por el tribunal. En caso contrario, su intervención sería poco seria. 2) En atención a su condición de defensor técnico de la parte que lo propone, la elección de este auxiliar no puede estar sometida a sistema restrictivo alguno, como sería la obligación de elegirlo de una lista oficial, mediante sorteo o sin él. 3) En cuanto al número de auxiliares técnicos, se podrá mantener el sistema vigente en la provincia de Córdoba para los peritos contralores, es decir, el regulado en el art. 237 del C.P.P. Córdoba. 4) Deberá permitírsele *intervenir* en la realización de la pericia, y luego producir su dictamen, el cual tendrá que ajustarse a los mismos requisitos que el del perito oficial, por lo menos para facilitar la comparación entre ambos en caso de discrepancia. Deberá eximirse de prestar juramento y de dictaminar, si prefiere no hacerlo (para no colocarlo en el dilema de perjudicar a quien lo propuso o de expedirse con mendacidad). 5) No hay duda de que el dictamen de este auxiliar no será imperativo para el juez, ya que se tratará de un juicio emitido por un sujeto que no está obligado a una colaboración objetiva y desinteresada, sino que con su opinión es un verdadero defensor técnico de la parte. Pero esto no significa que el magistrado pueda desoir arbitrariamente sus conclusiones; al contrario, deberá someterlas a su crítica y fundar debidamente su aceptación o rechazo.

a) *Designación del perito.*

Verificadas que sean –de oficio o a instancia de parte– las condiciones para la realización de una pericia⁴⁸, el tribunal la ordenará (art. 253). Al hacerlo, designará un perito –salvo que estime indispensable que sean más– (art. 258) en las condiciones establecidas (arts. 254 y ss.).

Durante la instrucción, esta facultad judicial tendrá su más amplia manifestación (art. 193, inc. 1), en tanto que en el juicio se limitará a los casos previstos en los arts. 356, 357, 383 y 397. (Ver nº 13.)

b) *Proposición de cuestiones.*

En el decreto que ordene la pericia, el juez formulará las cuestiones a elucidar, estableciéndolas por propia iniciativa o con arreglo a lo solicitado por el ministerio fiscal o las partes⁴⁹. Si bien es posible que se las fije con posterioridad, es conveniente que lo sean *ab initio*, para que aquéllas puedan juzgar, provistas de todos los elementos, sobre la necesidad o conveniencia de proponer peritos contralores.

De este modo, quedarán delimitados y precisados el campo de la indagación pericial y el contenido del futuro dictamen. En el ejercicio de esta atribución se hará necesario evitar extralimitaciones y restringir los interrogantes propuestos al perito sólo a aquellos puntos que sean propios de su ciencia, arte o técnica⁵⁰.

⁴⁸ Es decir, tanto cuando el tribunal lo dispone de oficio como cuando lo hace a propuesta de las partes o del ministerio fiscal, según el caso (ver nº 25).

⁴⁹ Según el momento procesal en que se lo ordena, la influencia del ministerio fiscal y de las partes en la formulación de las cuestiones será de diferente grado (ver nº 25).

⁵⁰ No será posible, por ejemplo, pedirle al perito médico una *reconstrucción del hecho* para que dictamine, a base de ella, sobre la dirección o trayectoria seguida por un disparo en el cuerpo de la víctima. No obstante, la ley permite, en pro de lograr la verdad, que el perito asista a determinados actos procesales antes de dictaminar (art. 260), o que el juez, para realizar alguno, se auxilie con peritos (arts. 218 y 223), sobre inspecciones y reconstrucciones).

También habrá que cuidar que las preguntas no sean capciosas ni sugestivas (argumento del art. 118).

El ministerio fiscal y las partes podrán proponer otros puntos de pericia cuando éstos hayan sido fijados de oficio. Si el tribunal agregara otras cuestiones a las originariamente propuestas, deberá notificar a aquéllos antes de disponer su ejecución, para asegurar el contradictorio a ese respecto (argumento del art. 258).

c) Notificación previa a las partes.

Por regla general, el decreto que ordena la realización de una pericia (o la fijación de nuevos puntos a elucidar), en cualquier etapa del proceso en que se lo dicte, deberá ser *notificado* al ministerio fiscal, a la parte querellante y a los defensores, *antes* de que sean iniciadas las operaciones respectivas (art. 258). Es que tratándose de un acto definitivo e irreproducible (art. 200), la ley pretende que en su realización queden resguardados los derechos de los interesados (ministerio fiscal, partes), permitiendo a éstos un efectivo ejercicio del contradictorio, que se puede exteriorizar en lo siguiente:

1) Se tiene que dar la posibilidad de conocer de antemano el día, hora y lugar de realización del acto, a fin de que el ministerio fiscal y los defensores puedan ejercer su *derecho de asistir* a la pericia. Pero durante la instrucción, si éstos no concurrieran, el acto será practicado igualmente (art. 201).

Asimismo, esta notificación le facilitará al imputado o al ofendido el ejercicio de la facultad de estar presente en el acto, que el tribunal acogerá "cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto" (art. 200) —esto, en la instrucción, pues en el juicio el régimen es diferente (ver nº 25)—.

2) Se les otorga a las partes la facultad de proponer un perito contralor a su costa, dentro del término de tres días, a contar de las respectivas notificaciones previstas en el art. 258 (art. 259). El ministerio fiscal se halla excluido de la posibilidad de proponer perito contralor (pues no se lo menciona en el art. 259). (Sobre la figura del perito contralor, ver nº 23.)

3) Como el derecho de proponer peritos contralores es otorgado a "las partes" (art. 259), éstas deberán ser notificadas personalmente, sin perjuicio de la notificación a los defensores⁵¹ prescrita por el art. 201, quienes podrán efectuar la proposición en nombre de aquéllas⁵². Ambas notificaciones, previas al acto, son impuestas bajo pena de nulidad (arts. 201 y 258), que es absoluta, porque afecta el derecho de defensa (art. 168)⁵³.

4) Sin embargo, se ha consagrado algunas excepciones respecto de los principios precedentemente expuestos, las cuales regirán sólo en la instrucción.

A) En primer lugar, se podrá *omitir* la notificación previa del decreto que ordena la pericia, cuando "haya suma urgencia, o la indagación sea extremadamente simple" (art. 258).

Habrà suma urgencia sólo cuando "la demora signifique una verdadera renuncia a los resultados que se persiguen".

Ello ocurrirá cuando el retardo de la operación para practicar todas las notificaciones o alguna de ellas, o para que se designe perito, cree un efectivo peligro de que desaparezca o se altere el material objeto de la pericia⁵⁴. Pero si el defensor

⁵¹ Es un caso que exige el concurso de la defensa material y la técnica en recíproca complementación (T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. II, vol. 1º, p. 13).

⁵² Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 406

⁵³ T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", 1958, p. 7.

⁵⁴ Núñez, *Código*..., cit., p. 251. "Si no se ha demostrado por qué motivo, sin darse los casos del art. 258, 2º párr., del C.P.P., suma urgencia o indagación extremadamente simple, en los que la ley exige, bajo pena de nulidad, la notificación de la realización de la peritación cumplida sin notificación previa a las partes (3er. párr. de la misma norma), debió efectuarse esa comunicación, no se advierte cuál pudo haber sido el fundamento del planteo de nulidad llevado a conocimiento del *a quo* mediante recurso de apelación, que, de haber sido tratado, hubiese permitido arribar a una solución distinta que la alcanzada en el auto recurrido, en tales condiciones, el recurso extraordinario denegado carece de fundamentación suficiente acerca del interés o gravamen del interponente en la casación o anulación pretendida" (C.N.C.P., Sala I, "Lavallol, Emilio", 13/2/95, reg. 405, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1er. trim., p. 72). "La apreciación de la existencia de suma urgencia es de carácter discrecional, pues se trata de una valoración del órgano jurisdiccional investigador, quien se encuentra en contacto directo con las circunstancias del caso y las indagaciones a practicar, y, en consecuencia, no puede ser motivo de recurso, salvo la invocación de arbitrariedad" (T.S.J. Córdoba, 30/6/97, "Semanario Jurídico", nº 1167/97).

se enterara por cualquier otro medio de la existencia de la pericia, tendrá derecho a presenciirla.

La indagación será "extremadamente simple" cuando el descubrimiento o la valoración del elemento de prueba que la pericia persigue puedan ser logrados sin necesidad de mayores procedimientos u operaciones. Al igual que en el caso de suma urgencia, los defensores podrán participar si se enteran del acto sin ser notificados.

B) Se podrá proceder a la realización de la pericia "antes de la oportunidad fijada" cuando sea de "suma urgencia", mas habrá que dejar "constancia de los motivos, bajo pena de nulidad" (art. 201, aplicable en virtud del art. 200). Esta excepción responde a las necesidades expuestas en el precedente apartado A: pero la nulidad conminada abarca también la necesidad de fundamentar la anticipación del acto.

C) En todos estos casos, el ministerio fiscal, la parte querellante y los defensores serán notificados, bajo pena de nulidad, de que se realizó la pericia (art. 258), y en esta oportunidad podrán producir la designación de peritos contralores.

Cuando éstos fueran designados después de realizada la pericia, podrán examinar y ver los informes de los peritos designados por el tribunal, o realizarla otra vez si fuese factible y necesario (art. 258)⁵⁵. La misma solución se impone para el caso de que alguna de las partes tome intervención como tal *después* de realizada la pericia (v.gr., actor civil que se constituye con posterioridad a la producción del dictamen pericial; imputado que es individualizado después de haber sido realizada la pericia).

d) Dirección de la pericia: manifestaciones.

La pericia será ejecutada bajo la dirección del juez, la cual será de carácter procesal, no técnica (ver nº 22, b, 2), tendiente

⁵⁵ De igual modo podrán proceder los peritos contralores designados antes de practicar la pericia, cuando ésta fue llevada a cabo anticipadamente al momento fijado para su realización, por razones de suma urgencia.

a asegurar su realización y resultados. Ésta se exteriorizará, principalmente, en las siguientes atribuciones:

1) *Suministro del material.* El tribunal deberá proporcionarle al perito el material que fuese necesario para la realización de la pericia (v.gr., escritura de cotejo para la pericia caligráfica), o disponer lo indispensable para permitirle el acceso al lugar en que están las cosas sobre las cuales recaerá (v.gr., al Registro General de la Provincia, si se tratara de la falsedad de un asiento de dominio).

2) *Fijación del plazo en que debe producirse* (art. 260). Fuera de los casos en que la pericia puede desarrollarse acto continuo (art. 383), el tribunal señalará el término en que se la debe realizar, teniendo en cuenta, al hacerlo, la vigencia de los plazos propios de la etapa del proceso en que se la ordena (v.gr., art. 207).

3) *Señalamiento del lugar de realización.* En ciertas hipótesis, habrá que indicarles a los expertos el lugar en que deberán llevar a cabo todas las operaciones periciales o parte de ellas (v.gr., si se tratara de una autopsia, en la morgue judicial; si fuera una pericia contable, en el lugar donde se hallan las registraciones; etc.).

Fuera de estos casos, las operaciones deberán ser efectuadas en la sede del tribunal.

4) *Resolución de discrepancias procesales* (art. 261). Todas las cuestiones que surjan entre los peritos en cuanto al "modo de conducir las operaciones"⁵⁶ serán resueltas por el tribunal, al cual aquéllos deberán informar "antes de proceder" (art. 261). Lo mismo sucederá cuando los peritos consideren necesario destruir o alterar los objetos analizados (art. 261).

5) *Conservación de objetos* (art. 261). Con el fin de posibilitar que "la pericia pueda repetirse", el juez advertirá a los expertos sobre la conveniencia de que las cosas a examinar sean perfectamente "conservadas", y podrá autorizar, sólo si fuese necesario, su alteración o destrucción (art. 261).

⁵⁶ El art. 317 del C.P.P. italiano las caracteriza como discrepancias "relativas a los poderes de los peritos y a los límites del encargo".

6) *Examen de actuaciones o asistencia a actos procesales* (arts. 260 y 383). El tribunal podrá autorizar a los peritos para que examinen las actuaciones o asistan a determinados actos procesales (cuya producción o ampliación podrá disponer a pedido de aquéllos). Respecto de lo primero, la naturaleza definitiva e irreproducible del acto pericial (art. 200) impedirá que funcionen, tanto para el perito como para los defensores, las normas sobre el secreto instructorio, de origen legal o judicial (art. 204). En relación con lo segundo, el permiso podrá abarcar tanto aquellos actos en que la intervención del perito se prevé expresamente –inspecciones, reconstrucciones (arts. 218, 222 y 223)– como cualquier otro (v.gr., testimonios), salvo que la ley limite los asistentes, como ocurre con la declaración del imputado en la instrucción (art. 295).

7) *Asistencia a las operaciones periciales y a la deliberación* (arts. 260 y 262). Con esta atribución otorgada al magistrado, se podrá evitar futuras discusiones acerca de puntos relacionados con la pericia, como, por ejemplo, la descripción “de la persona, cosa o hecho examinados” (art. 263). Además, se le posibilita conocer las *alternativas* de la deliberación, que podrán proporcionarle elementos para valorar mejor el dictamen, hacerlo completar y aun provocar uno nuevo.

e) *Actuación pericial conjunta.*

En cuanto al *modo* de actuación pericial, se dispone que “los peritos practicarán unidos el examen” (art. 262).

f) *Deliberación.*

La *deliberación* se desenvolverá “en sesión secreta a la que sólo podrá asistir el juez” (art. 262). Consistirá en la consideración y el debate de las comprobaciones y conclusiones para llegar a un acuerdo. Las partes serán “representadas” en la deliberación por sus peritos⁵⁷.

⁵⁷ Núñez, *Código . . .*, cit., p. 235.

g) *Dictamen.*

Por su importancia, se lo analiza separadamente en el nº 26.

25. DERECHOS DEL MINISTERIO FISCAL Y DE LAS PARTES.

Según la etapa del juicio, variarán las atribuciones del ministerio fiscal y de las partes con relación al ofrecimiento y la recepción de la prueba pericial.

a) *Ofrecimiento de la prueba pericial.*

Durante la *instrucción*, el ministerio fiscal y las partes tendrán la simple facultad de proponer prueba pericial, que el juez acogerá sólo cuando la estime pertinente y útil (arts. 199 y 348) (ver nº 13).

En caso afirmativo, cada parte tendrá la atribución de proponer, a su costa, un perito legalmente habilitado (art. 259), llamado *perito contralor* (ver nº 23).

En el *juicio*, el ministerio fiscal y las partes tendrán el derecho de ofrecer prueba pericial, el cual podrá tener dos manifestaciones, según se trate del ofrecimiento de pericias *ya realizadas* o se pretenda la realización de *pericias nuevas*.

1) Tratándose de pericias realizadas en la instrucción (art. 355), podrán ser ofrecidas para que *se las lea* en el debate (art. 383), y de tal modo permitir que la sentencia se funde en ellas. Aquéllos tendrán la atribución complementaria de solicitar que los expertos que las rubricaron sean *citados* a la audiencia (art. 359) a los efectos de responder preguntas (art. 383), caso en el cual deberán incluir los datos personales de tales peritos (art. 355).

2) También tendrán, el ministerio fiscal y las partes, el derecho de proponer la realización de *nuevas pericias*, que el tribunal *deberá* ordenar, salvo que las estime evidentemente impertinentes o superabundantes (art. 356).

En este caso, en lugar de los datos de los peritos (que serán designados por el tribunal) habrá que consignar las *cuestiones* que se pretende elucidar⁵⁸.

Empero, este derecho en cuanto a la designación de peritos nuevos se halla limitado a que sean ofrecidos para dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial. Sin embargo, esta restricción debe ser presidida por el criterio de la superabundancia (ver nº 13).

3) Regirán también las disposiciones sobre peritos contralores (arts. 258 y 259). (Ver nº 24, c.)

b) Recepción de la prueba pericial.

Durante la *instrucción*, el ministerio fiscal y los defensores *tendrán el derecho* de asistir a las pericias (art. 200), mas deberán ser previamente notificados de su realización (art. 201), salvo el caso de suma urgencia o extrema simplicidad (art. 258), en el cual la notificación será posterior (art. 258)⁵⁹. Pero si aquéllos no concurrieren la pericia será hecha en su ausencia (art. 201).

Cuando asistan, no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación, y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del juez, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuere concedido. Podrán proponer medidas,

⁵⁸ Pues sólo así se podrá conocer sobre qué versará la pericia (art. 260) y ejercer el control que preceptúa el art. 355, 3º párr. "La reproducción del peritaje químico en la audiencia de debate fue negada por el *a quo* no sólo por la omisión de la defensa en indicar los puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial (art. 355, del C.P.P.), sino también porque dicha parte no fundó «cuestionamientos» respecto de los ya desarrollados, argumento que junto con el otro se dirigen a señalar que la mera repetición del acto se encontraba desprovista de razonabilidad" (C.N.C.P., Sala I, causa 31, "Cantone, Aldo", 7/9/93, reg. 33, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, nº 4, p. 16). "Si las peritaciones producidas durante el sumario demostraron que se trataba de marihuana las sustancias incautadas, corresponde a la defensa, si es que duda de la conclusión, solicitar la realización de otras, sin que de tal modo resultara infringida la presunción de inocencia del acusado ni alterado el régimen de la carga de la prueba" (C.N.C.P., Sala III, "Guillén Brizuela, Gregorio", 15/3/95, reg. 33, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1º trim., p. 33).

⁵⁹ En ambos casos, la notificación es exigida bajo pena de nulidad.

formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes, o pedir que se haga constar cualquier irregularidad (art. 203).

Se podrá *permitir* la asistencia del imputado o del ofendido cuando sea útil para esclarecer los hechos, o necesaria por la naturaleza del acto.

En el *juicio*, el ministerio fiscal, las partes y sus defensores tendrán derecho de participar en la recepción de la prueba pericial, ofrecida por ellos u ordenada de oficio, y podrán también formular preguntas a los peritos (arts. 383 y 389). Asimismo, cuando el perito fuera examinado en su domicilio (por su imposibilidad de comparecer a la audiencia), el acto será practicado con asistencia de las partes (art. 386).

26. EL DICTAMEN PERICIAL.

a) *Concepto.*

El dictamen es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que de ellos derivó, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica (art. 263).

b) *Forma.*

En cuanto a su *forma*, podrá ser expresado oralmente o por escrito. La primera modalidad corresponderá, generalmente, cuando la pericia sea sencilla y pueda hacérsela inmediatamente de ordenada⁶⁰ (v.gr., verificar si un arma de fuego funciona), aunque su utilidad se advertirá quizá con mayor nitidez en el caso de ampliación o aclaración de las conclu-

⁶⁰ Pero, en último término, corresponderá al juez "establecer, en relación a la entidad de la indagación, si debe recoger solamente un dictamen oral o exigir, en cambio, el informe escrito", señala Leone, ob. cit., t. II, p. 209.

siones originarias. El dictamen escrito, en cambio, es propio de las pericias más complicadas, que requieren un tiempo de elaboración⁶¹.

Es factible combinar ambas formas cuando, por ejemplo, los peritos que dictaminaron por escrito en la instrucción son citados a declarar en el juicio (art. 359). En este último caso, si se tratara de una causa de prueba compleja o el tribunal lo estimare conveniente, el secretario resumirá, en el acta del debate, la parte sustancial del dictamen que se deba tener en cuenta. También se podrá ordenar su grabación o versión taquigráfica (art. 395).

En caso de concurrencia de varios peritos, el *acuerdo* entre todos autoriza un dictamen común; en caso contrario, lo harán por separado (art. 262).

c) *Contenido.*

El dictamen contendrá, en cuanto fuere posible, una serie de datos, a saber:

1) la *descripción* de las personas, lugares, cosas o hechos examinados, tal como hubieran sido hallados (art. 263). Esta exigencia tiende a dejar constancia del estado en que se hallaban las personas o cosas sobre las cuales versa la pericia, o la forma de producción del hecho examinado, antes de operar sobre ellos. Tendrá especial significación cuando aquéllos puedan ser modificados o destruidos por obra de las operaciones periciales.

A veces, este paso, que supone la *observación* del perito de aquello que describe, será la única operación necesaria para dictaminar (v.gr., el tiempo de curación de una lesión puede surgir de su descripción).

2) La relación detallada de las *operaciones* practicadas, su resultado⁶² y fecha de realización (art. 263). Este aspecto será

⁶¹ Cfr.: Florian, ob. cit., t. II, p. 404.

⁶² "Esta exposición o relato debe ser total y detallado; vale decir, comprensivo de todas las operaciones o experimentos practicados, sin omitir ninguno de los resultados obtenidos y con mención de los distintos pasos seguidos, procedimientos utilizados, materiales, sustancias o instrumentos empleados y re-

esencial para la valoración crítica de las conclusiones a que los peritos lleguen, tanto en los casos de discrepancia (art. 262) como de nominación de peritos contralores posteriores a la pericia (art. 259). También será meritado en el momento de resolver sobre la eficacia probatoria de la pericia.

3) El dictamen deberá contener “las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica” (art. 263).

Las conclusiones son las respuestas precisas de los expertos relativas a las cuestiones sometidas a su consideración (art. 260). Deberán ser específicas, ceñirse a éstas, y podrán tener carácter afirmativo, dubitativo o negativo, según los resultados que se haya podido lograr con la ejecución de las operaciones propias del tipo de pericia encomendada. También podrán ser omitidas cuando los expertos carezcan de los elementos necesarios para su tarea⁶³.

Las conclusiones del perito serán el vehículo para la incorporación al proceso del elemento probatorio que se pretendía obtener con la pericia, o para introducir los criterios científicos, técnicos o artísticos para su valoración⁶⁴.

d) Motivación.

Está claro que como el perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas o artes ocultas⁶⁵, las conclusiones a que llegue el dictamen tienen que ser motivadas. Si bien esta exigencia

sultados producidos, tanto positivos como negativos”, señala Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 127.

⁶³ Esto suele ocurrir en las operaciones caligráficas, cuando no se puede lograr un cuerpo de escritura, ni escritos de cotejo.

⁶⁴ Por ejemplo, si mediante la autopsia se verificó que la causa de la muerte fue un disparo de arma de fuego, se podrá ordenar otra pericia para establecer qué significa la existencia, en la zona del impacto de la bala, del llamado “halo de Fisch”, descrito por aquélla. El elemento de prueba será la existencia del halo de Fisch, descubierto por el examen médico. Su significación (distancia desde la cual se efectuó el disparo) podrá también buscársela con la pericia, que tendrá, en este caso, la función de contribuir a la valoración del dato probatorio.

⁶⁵ Manzini, ob. cit., t. III, p. 413. Así debe ser entendida la redacción del art. 263.

no se halla expresamente consignada, debe considerársela implícita, pues en caso contrario la pericia no tendrá valor como pieza de convicción, trasformándose en un mero acto de autoridad, ajeno⁶⁶ a la función pericial.

La motivación consistirá en una explicación destinada a demostrar *por qué* el perito concluye como lo hace, fundada en principios, argumentos o deducciones de carácter científico, técnico o artístico, según el caso. Configuraré el elemento lógico de vinculación entre las operaciones que practicó y las conclusiones a que llegó.

e) Aclaración del dictamen.

El dictamen podrá ser aclarado cuando presente puntos oscuros, sin que ello importe una alteración de las conclusiones de la pericia.

Esta posibilidad deriva de “dos conocidos principios generales”: el de la “libertad de los medios de prueba” y el de “la averiguación de la verdad material”⁶⁷.

Su puesta en práctica se traducirá en el requerimiento de mayores o mejores explicaciones, ilustraciones o motivaciones relativas a las conclusiones del dictamen⁶⁸, pero sin que ellas modifiquen ni alteren estas últimas. Su expresión más clara se concreta en el momento del debate, en el cual los peritos que hubieren sido citados deberán responder (bajo juramento) a las preguntas que se les formule, así como en la facultad, otorgada al tribunal, de citarlos nuevamente cuando sus dictámenes sean poco claros (art. 383).

Empero, las aclaraciones no podrán versar sobre puntos periciales diferentes de los originariamente propuestos, pues en tal caso se tratará de una ampliación de la pericia, que

⁶⁶ Florian, ob. cit., t. II, p. 404; Mittermaier, ob. cit., p. 168.

⁶⁷ Florian, ob. cit., t. II, p. 406.

⁶⁸ Leone, ob. cit., t. II, p. 214. La posibilidad de aclaración del dictamen vinculada con la insuficiencia o defectos de su motivación es recordada por Ricardo Levene (h.), *Pericia*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XXII, p. 85.

deberá seguir el trámite y observar las garantías propias de una nueva⁶⁹.

27. AMPLIACIÓN O RENOVACIÓN DE LA PERICIA.

a) La *ampliación* de la pericia consistirá en la proposición de nuevos puntos a los mismos peritos, además de los que fueron originariamente propuestos, para el caso de que el dictamen pericial fuese "insuficiente" a los fines del descubrimiento de la verdad. Si bien su procedencia se halla expresamente prevista sólo para la etapa del juicio (arts. 383 y 397) en donde rige el acusatorio formal, con mayor razón tendrá vigencia durante la instrucción. (Ver nº 13.)

b) La *renovación* de la pericia consistirá en su repetición a cargo de otros peritos, sobre los mismos puntos que fueron objeto de la originariamente ordenada. Aunque la ley parecería limitar esta posibilidad a los casos de "discrepancias fundamentales" entre los expertos, o a la hipótesis de que los peritos contralores hayan sido nombrados después de efectuada la pericia (arts. 262 y 258), se acepta como indiscutible que el tribunal podrá disponerla, aun de oficio, cuando sea *necesaria* para el descubrimiento de la verdad. (Ver nº 30.)

La prohibición de ofrecer prueba pericial para lograr dictámenes sobre puntos que hayan sido anteriormente objeto de examen pericial afecta sólo al ministerio fiscal y las partes, y con las limitaciones establecidas por la ley (art. 355). (Ver nº 25.)

La posibilidad de designar peritos nuevos al solo efecto de examinar y valorar las pericias ya realizadas la analizo en el nº 24, c. Allí me remito.

⁶⁹ Cfr.: Manzini, ob. cit., t. III, p. 415.

28. PERICIAS ESPECIALES.

La ley no efectúa la regulación específica de cada pericia en particular, pero respecto de algunas de ellas se ocupa especialmente, aunque de modo inorgánico y en forma sucinta.

a) *Pericia psiquiátrica.*

Se trata de una variedad de la pericia médica. El examen mental será imperativo siempre que el imputado fuere menor de 18 años, mayor de 70 o sordomudo, o cuando el delito que se le atribuya estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión, o si fuere probable la aplicación de una medida de seguridad (art. 78).

Aunque la ley sólo parece referirse al imputado, la atribución del juez de hacerse auxiliar por un perito en la inspección psíquica de cualquier persona (art. 218) permite interpretar que la pericia psiquiátrica puede caber respecto de víctimas, etc.

b) *Autopsia.*

A fin de determinar la causa de una muerte violenta o sospechosa de criminalidad, se impone la pericia anatómica o autopsia, salvo que de la inspección exterior aquélla resultare evidente⁷⁰ (art. 264).

Sin embargo, dicha pericia no es el único medio para efectuar tal comprobación, que puede ser investigada y acreditada con cualquier medio de prueba⁷¹.

Podrá ordenársela, asimismo, para determinar otras cuestiones accesorias, como la oportunidad y las circunstancias del deceso, etc.

⁷⁰ Esta facultad es de escasa utilización práctica: regularmente, los jueces ordenan las autopsias aun en estos casos.

⁷¹ T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. VI, p. 169, y t. XIX, p. 97.

c) *Cotejo de documentos.*

Al regular este punto en el capítulo destinado a la prueba pericial, la ley señala implícitamente la necesidad de que el cotejo de documentos sea realizado por peritos: es lo que se conoce como *pericia caligráfica*, la cual abarca no sólo la posible atribución a una persona de manuscritos o firmas, sino también la clase y calidad de la tinta utilizada, su antigüedad o la del papel, la existencia de falsedades materiales, etc. (art. 265). (Sobre los documentos de cotejo, ver nº 77.)

29. CRITERIOS DE VALORACIÓN.

A los fines de una correcta valoración de los dictámenes periciales, se ha enunciado una serie de pautas y advertencias.

a) Se ha recomendado, desde el punto de vista *subjetivo*, la valoración *ético-psicológica* de la personalidad del perito, pues "no es difícil intuir [...] si el perito se encuentra en relación con el imputado [...]; si sólo ha tenido el cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas; si está dotado de suficiente astucia y poder crítico [...] (ya que es notoria la característica de ingenuidad de los científicos puros); si pertenece a sectas o escuelas [...] que profesan a las meras hipótesis un culto igual al que sólo merece la verdad aplicada a todos"⁷².

Se ha señalado también, como fuente de posibles errores del perito, los defectos de *percepción* de los hechos sobre los cuales basará sus conclusiones, sus deficiencias de *raciocinio* (las conclusiones lógicamente correctas pueden no ser verdaderas), su oscilación entre posiciones científicas diversas⁷³ y el nivel de sus conocimientos⁷⁴.

⁷² Manzini, ob. cit., t. III, p. 412.

⁷³ Florian, ob. cit., t. II, p. 402.

⁷⁴ Bajo el pomposo título de "peritos mecánicos" he visto esconderse muchas veces a simples "chapistas". Esto tiene mayor incidencia frente a los meros "idóneos" (art. 254, *in fine*).

b) Desde el punto de vista *objetivo*, se ha señalado como pautas de valoración el sustento de los métodos científicos empleados⁷⁵; el grado de desarrollo alcanzado⁷⁶ por la respectiva ciencia, arte o técnica; "si entre las premisas y conclusiones hay un necesario nexo lógico; si el informe es en sí mismo preciso o indeciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluyente"⁷⁷. También se podrá atender a la firmeza o calidad de los fundamentos, la uniformidad o disconformidad de las conclusiones (si hubiese varios dictámenes) y los demás elementos de prueba obrantes en el proceso.

30. EFICACIA PROBATORIA.

a) *La cuestión de la obligatoriedad del dictamen.*

Aun cuando alguien ha considerado conveniente que el dictamen tenga fuerza obligatoria para el juez (retornando, así, un poco al concepto histórico de que la pericia es un juicio de hecho emitido por una persona considerada como juez del punto), se coincide en que la opinión del perito no obliga al magistrado, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe *fundamentar* su aceptación o su rechazo, observando en el razonamiento respectivo las reglas que gobiernan el pensamiento humano: lógica, psicología y experiencia común, lo cual permitirá su control por vía del recurso de casación.

⁷⁵ Esto es muy importante, ya que en muchos casos se acepta como *verdadero* aquello que es, en realidad, un resultado probable. Pensemos en un método de "muestreo" utilizado en pericias contables, que puede llegar a afirmar la corrección de una contabilidad sólo porque, al ser correctos algunos asientos verificados al azar, se *deduce* que lo son todos. En el mismo sentido, la Cám. Fed. de la Cap. dijo que las pericias caligráficas carecen del valor probatorio que por sí tienen los informes periciales de otro tipo, por no reposar sobre bases estrictamente científicas y apoyarse, en cambio, en simples operaciones de comparación ("J.A.", t. 14, 1972, Síntesis, p. 503, citado por D'Albora, ob. cit., t. II, p. 213).

⁷⁶ Florian, ob. cit., t. II, p. 409.

⁷⁷ Manzini, ob. cit., t. III, p. 418.

Para expresar que el dictamen pericial no *vincula* al tribunal, se ha dicho comúnmente que el juez es *peritos peritorum*. Pero ello no significa que la ley crea en la omnisciencia del juez. Tan sólo le confiere el poder (y el deber)⁷⁸ de *someter* a su crítica las conclusiones periciales.

En efecto: puesto que la pericia es sólo un medio de prueba, sus conclusiones no serán obligatorias para el juez, quien podrá desatenderlas, e incluso (caso extremo) decidir en oposición a ellas. Así surge del sistema de la libre convicción (art. 263, inc. 4), que autoriza a meritar y, por ende, descalificar el dictamen pericial por infracción de las reglas de la lógica, la psicología o la experiencia común. Pero este poder debe ser utilizado con todo cuidado y con *criterio restrictivo*⁷⁹.

b) Agotamiento de instancias previas.

La irregularidad del trámite de las operaciones periciales, la ausencia o deficiencia de los fundamentos, la falta de claridad, precisión o lógica de las conclusiones, o su contradicción con hechos notorios, normas de experiencia u otras pruebas de la causa, permitirán al tribunal no seguir el dictamen.

Empero, en tales supuestos no podrá disponer sin más su descalificación probatoria, pues al versar sobre pruebas que no pueden ser descubiertas ni valoradas sin el auxilio de conocimientos especializados, el tribunal no podrá suplir *per se* la intervención pericial. En consecuencia, en estos casos de-

⁷⁸ Leone, ob. cit., t. II, p. 202. Señala este autor que el juez, si rechaza la pericia, tendrá el deber de "hacer evidente lo erróneo de aquel juicio" bajo el aspecto "lógico" o "científico". Pero, respecto de esto último, la descalificación podrá basarse en la inobservancia, en el dictamen, de principios psicológicos o de experiencia, en su flagrante contradicción con las otras pruebas de la causa, o en otro dictamen pericial: nunca en el conocimiento científico que pueda tener o se arrogue el juez.

⁷⁹ "La potestad del juzgador de admitir o no las conclusiones de los peritos debe ser utilizada con la cautela debida, ya que una total prescindencia de la prueba pericial, sin los fundamentos suficientes que proporciona la realidad sumarial, puede llegar a deformar el sistema de la libre convicción", ha dicho la Cámara de Acusación de Córdoba, Ledesma, auto 104/78, Sec. 2.

berá intentar, previamente, la aclaración o ampliación del dictamen, o bien ordenar una nueva pericia⁸⁰.

La prescindencia lisa y llana de la pericia, sin extremar los recaudos para su aclaración, ampliación o renovación, podría configurar una hipótesis de arbitrariedad en la selección o en la valoración de la prueba, capaz de causar la anulación de la sentencia⁸¹. Es que la ley le proporciona al tribunal una serie de poderes con este objeto –los cuales *deben ser agotados* antes del rechazo del dictamen–, relativos a la aclaración, ampliación o renovación de la pericia.

1. Aclaración.

Si bien sólo para el debate, y luego de la lectura de la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, se autoriza la formulación de preguntas aclaratorias a estos órganos de prueba (art. 383) cuando sus conclusiones sean oscuras o confusas, o requieran precisiones. La misma atribución tendrá el juez de instrucción.

También se permite que aquéllos *presencien* los actos del debate (art. 383), “en la medida en que ello pueda ser útil para *confirmar, aclarar o rectificar* sus dictámenes”⁸². (Ver nº 24.)

2. Ampliación.

Si los dictámenes de los peritos “resultaren insuficientes”, éstos podrán ser citados a la audiencia, aun de oficio (art. 383), a fin de lograr la correspondiente *ampliación* oral, o bien para que practiquen “las operaciones periciales en la misma

⁸⁰ Así lo sostiene Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Rosario, t. II, p. 136. Según el C.P.P., esta posibilidad subsistirá hasta el momento de deliberación de la sentencia, que puede ser interrumpida para la recepción de nuevas pruebas o ampliación de las ya incorporadas (art. 397).

⁸¹ Sería el caso, por ejemplo, de que la pericia médica asigne una incapacidad laboral determinada a la víctima de lesiones, y el juez acepte otra (mayor o menor) haciendo referencia a sus impresiones personales, pero sin haber dispuesto aclaración o ampliación alguna del dictamen pericial, ni tampoco su renovación.

⁸² Clariá Olmedo, ob. cit., t. VI, p. 296.

audiencia" (art. 383). La insuficiencia podrá derivar de omisiones o de la defectuosa explicación de algún punto sometido a la pericia, o bien de que "en el debate hayan surgido nuevos puntos a investigar no propuestos antes"⁸³.

3. Renovación.

Cuando se disponga una nueva pericia sobre puntos que ya han sido objeto de examen pericial, se estará frente a lo que se denomina *renovación* de la pericia. Sobre este punto, conviene formular las siguientes precisiones:

Si bien la ley parece presuponer⁸⁴ la existencia de una sola pericia sobre el punto en cuestión, es posible el examen y la valoración del dictamen por uno o más peritos nuevos (art. 262), o la *realización de otra* sobre el mismo punto, cuando la primera sea nula, insuficiente, defectuosa, dubitativa, contradictoria, se oponga a las otras pruebas recibidas en el proceso o aparezca como falsa⁸⁵.

No obsta a lo expuesto el hecho de que la designación de expertos nuevos esté prevista *expresamente* sólo para el caso de que los informes de los peritos oficiales (o los de éstos y los contralores) "discreparen fundamentalmente" (art. 262). Así lo creo, pues el tribunal siempre puede nombrar uno o más peritos (art. 258), poder que al no estar expresamente restringido a la hipótesis de designación plural simultánea, debe considerárselo comprensivo de la designación plural sucesiva (argumento del art. 2; ver el nº 18). Además, es la solución que se impone frente al deber del juez penal de perseguir el descubrimiento de la verdad real, fuente de sus poderes autónomos de investigación (ver nºs. 3 y 13), los cuales, si bien existen plenamente en la instrucción, también se manifiestan durante el juicio (v.gr., como cuando se autoriza la realización

⁸³ Núñez, *Código* . . . , cit., ps. 367/8.

⁸⁴ Digo "parece" pues siempre tiene presente la renovación de la pericia, al punto de que impone la conservación de los objetos sobre los cuales recae, "de modo que la pericia pueda repetirse" (art. 261).

⁸⁵ Manzini, ob. cit., t. III, p. 416; Florian, ob. cit., t. I, p. 318.

de nuevas operaciones periciales si los dictámenes resultaran insuficientes; art. 383, etc.).

El hecho de que el C.P.P. disponga que en el juicio sólo se podrá requerir la designación de peritos nuevos para que dictaminen sobre puntos que anteriormente *no* fueron objeto del examen pericial (art. 355), tampoco empece a lo manifestado en el párrafo anterior. En efecto: esta disposición sólo tiende a restringir el *derecho de las partes* al respecto, que podría determinar un inútil "paréntesis a la actividad jurisdiccional"⁸⁶, por lo cual su ámbito de aplicación deberá circunscribirse al "criterio de la superabundancia"⁸⁷, que es una de las causas de rechazo de cualquier medio de prueba en esta etapa (art. 356).

En consecuencia, salvo este caso, capaz de provocar una dilación procesal inútil, es posible que el tribunal, a pedido de parte (art. 356) o de oficio (arts. 383 y 388), disponga una nueva pericia sobre puntos ya examinados cuando los dictámenes adolezcan de los defectos señalados precedentemente y ello sea necesario para el descubrimiento de la verdad.

Por cierto, el nuevo dictamen no sustituirá al primero (salvo el caso de nulidad) y deberá valorárselo *juntamente* con él⁸⁸.

c) *Imposibilidad de que el criterio judicial sustituya al perito.*

El juez no podrá descalificar el dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, ni modificar el alcance de sus conclusiones⁸⁹, fundándose en sus conocimientos o deducciones personales, pues no puede *sustituir* al perito.

⁸⁶ Vélez Mariconde, *Exposición . . .*, cit., p. 43, quien expresa que "si todo tiene su límite", como el ministerio fiscal, las partes tienen el "derecho de controlar las pericias que se realizan en instrucción y también el de proponer otros peritos", no "cabe pensar que la apertura del juicio determine la posibilidad de provocar otro paréntesis a la actividad jurisdiccional".

⁸⁷ Clariá Olmedo, ob. cit., t. VI, p. 214, quien califica a esta restricción como "peligrosa frente al derecho de defensa".

⁸⁸ Devis Echandía, *Compendio . . .*, cit., t. II, p. 134.

⁸⁹ Por ejemplo, si el perito médico le asignó a una lesión el efecto de ocasionar la debilitación permanente de un órgano, el juez no podrá, invocando

En efecto: aquél “no está en condiciones de apreciar la exactitud sustancial” del dictamen, “por carecer de adecuados conocimientos peculiares o técnicos”. “Por esta razón, el libre convencimiento se encuentra en el aire, sin punto de apoyo, y de ese modo llega a ser fin en sí mismo, se agota, se esteriliza en el vacío”⁹⁰.

Además, así como los conocimientos técnicos, artísticos o científicos del juez no influyen para evitar que se realice la pericia, tampoco podrán incidir en su descalificación, pues tanto en un caso como en el otro se tratará de conocimientos privados indemostrables e incontrolables por las partes y por la sociedad toda. He sostenido, en este sentido⁹¹, que “si bien, en principio, las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas según la sana crítica racional, [...] los tribunales carecen de la atribución de apartarse del dictamen del perito, acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera, así, el principio del contradictorio”.

sus propios conocimientos, sostener lo contrario. El juez no puede erigirse en perito, dice D'Albora, ob. cit., t. 2, p. 214.

⁹⁰ Florian, ob. cit., t. I, p. 315, quien fundamenta esta apreciación expresando que “el conocimiento del juez no puede ser soberano sino cuando se trate de aprehender y de apreciar cosas comunes y pertenecientes a la esfera de sus conocimientos jurídicos particulares, como que su simple convencimiento, determinado por criterios naturales o jurídicos, no puede formarse cuando se trata de cosas técnicas”.

⁹¹ Mi voto en el T.S.J. Córdoba, Sala Laboral, “Díaz c. Renault”, 27/4/84. Añadí entonces que “si el juez recurre al perito, precisamente, porque no tiene los conocimientos especializados necesarios para descubrir o valorar un elemento probatorio, no puede, luego que ha conocido sus conclusiones, [...] apartarse de ellas invocando argumentos científicos de su información privada, aun cuando aparezcan inmersos en supuestas reglas de experiencia. Si las pericias no satisfacen técnicamente a los jueces, éstos deberán echar mano de todas las disposiciones legales que permitan, aun de oficio, su aclaración, ampliación o renovación. Pero nunca podrán sustituir por la propia a la explicación técnica de los expertos, pues si antes convocaron al perito porque no conocían sobre el tema a peritar, no pueden —después— rechazar la fundada opinión de éste, invocando que ahora sí saben del contenido de que se trata”.

En todo caso, el juez deberá *fundamentar* tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando en el razonamiento respectivo las reglas que gobiernan el pensamiento humano (v.gr., coherencia en su fundamentación), lo cual permitirá su control (el de la aceptación o el rechazo) por vía de los recursos, en especial el de casación.

31. PERICIA E INFORME TÉCNICO POLICIAL.

Especial interés tiene la distinción entre *pericia* propiamente dicha e *informe técnico de la policía judicial* en cuanto a sus diferencias formales, puntos sobre los cuales pueden versar y eficacia probatoria.

a) La pericia en sentido propio sólo puede ser ordenada por un *órgano jurisdiccional* (art. 253), dirigida por él, con observancia de todas las disposiciones tendientes a garantizar la seriedad de las conclusiones periciales y los derechos del ministerio fiscal y de las partes (arts. 258 y 259), y llevada a cabo por un experto titulado (art. 254). En cambio, los informes técnicos de la policía judicial serán ordenados por ésta "si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación" (art. 184, inc. 4), sin exigir, a quienes los lleven a cabo, títulos especiales.

b) La pericia estará dirigida a *descubrir* o *valorar* un elemento de prueba, cuando para ello fuese necesario o conveniente tener conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (art. 253), y se concretará en una conclusión, fruto de un *juicio* realizado al amparo de esos conocimientos especiales.

Los informes técnicos de la policía judicial, en cambio, tendrán otra finalidad: "*hacer constar* el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica" (art. 184, inc. 4).

Esto evidencia su naturaleza esencialmente *descriptiva*⁹². Sin embargo, la práctica ha ampliado incorrectamente el campo

⁹² La diferencia entre pericia e informe policial radica en que este último "excluye por completo" la emisión de "un juicio", sostiene Florian, ob. cit., t. II, p. 344.

de los informes técnicos (reducido, en principio, a meras comprobaciones), pues entre las actuaciones de "policía científica" figuran el levantamiento y el cotejo de huellas dactilares, el análisis químico de sustancias, etc., que proporcionan criterios para el descubrimiento o la valoración de pruebas, originados en los especiales conocimientos de los auxiliares técnicos que los llevan a cabo, y que comúnmente culminan en un verdadero juicio: las manchas existentes en las prendas examinadas *son* de sangre; las huellas dactilares levantadas en el lugar del hecho *pertenecen* al imputado; las causas del incendio *fueron* éstas; etc. Lo expuesto demuestra que en estos casos, más que por una diversidad sustancial entre el informe técnico policial y la pericia, ambos se distinguirán entre sí sólo por los elementos formales señalados en *a*⁹³.

Sin embargo, ateniéndonos al texto de la ley, es correcto criticar la tesis amplia, sosteniendo que la policía judicial sólo tiene, en este aspecto, atribuciones para "*hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares*", es decir, facultades meramente *descriptivas*, pero no puede emitir *juicios* acerca de las *causas, efectos o consecuencias* de tales comprobaciones, porque las operaciones de policía científica son solamente *medios* ("mediante", dice el art. 184, inc. 4) para aquellas comprobaciones. Con arreglo a esta posición, todo informe técnico policial que exceda de este ámbito deberá ser considerado como el producto del ejercicio abusivo de las facultades otorgadas por la ley, y en todo caso habrá que realizar una pericia en sentido propio, a la cual aquél no podrá sustituir.

c) Si el informe técnico policial hubiera sido producido dentro de los límites del art. 184, inc. 4, podrá ser valorado en la sentencia, previa incorporación al debate (puede ser considerado entre los "otros documentos" del art. 392), y se podrá recibir, en esta fase, declaración testimonial al funcionario de quien emana⁹⁴ (no está prohibido).

⁹³ Devis Echandía, *Compendio . . .*, cit., t. II, p. 156, califica este criterio como antijurídico y peligroso.

⁹⁴ Vélez Mariconde, *Exposición . . .*, cit., p. 46, quien agrega que no se puede "impedir el ingreso de esos elementos técnicos, recogidos en el primer momento de la investigación y que podrían ser valiosos, so color de que no han sido controlados por el defensor".

Será en el momento de la lectura del informe, o de la recepción del testimonio del técnico que lo elaboró, cuando se concretará plenamente el contradictorio sobre su contenido⁹⁵, sin perjuicio del derecho de las partes de ofrecer una *pericia* sobre los puntos tratados por el informe policial⁹⁶.

Pero como éste ha sido realizado sin el control de los interesados, sus conclusiones pueden ceder frente a la simple prueba en contrario⁹⁷.

⁹⁵ V.gr., cotejando el texto del informe con la declaración. Si no se pudiera pedir la *reproducción*, la *pericia* podrá ser hecha sobre el informe técnico.

⁹⁶ No regirá, por cierto, la limitación del art. 355.

⁹⁷ Núñez, *Código* . . . , cit., p. 225.

CAPÍTULO II

TESTIMONIO

32. CONCEPTO Y CARACTERES.

a) Por cuanto se trata de una consecuencia natural del empleo de la palabra hablada como forma de comunicación entre los hombres, el testimonio es un medio de prueba "tan viejo como la humanidad", y "el más antiguo, junto con la confesión"¹.

La posterior aparición de nuevos tipos de prueba con pretensiones de mayor eficacia conviccional (como el documento, la pericia, etc.) no ha ocasionado una limitación sustancial en el uso del testimonio. Hoy en día, la prueba más común en los procesos penales sigue siendo la testimonial.

b) Se ha dicho que el fundamento probatorio del testimonio tiene "por base la experiencia, la cual muestra que el hombre, por *regla general*, percibe y narra la verdad, y sólo por excepción se engaña y miente"².

Sin embargo, la afirmación precedente ha sido contradicha, puesto que se ha señalado que "una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros"³.

¹ Hernando Devis Echandía, *Tratado general de la prueba judicial*, t. III, p. 23.

² Carrara, *Programa de derecho criminal*, Bs. As., 1972, t. 2, § 941, p. 426.

³ Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., 1952, t. III, p. 247.

c) No hace falta tomar posición⁴ en esta polémica para expresarse sobre el punto. Como el proceso se refiere “a un fragmento de vida social, a un episodio de convivencia humana”, es “natural e inevitable que se lo represente mediante vivas narraciones de personas”⁵. En efecto: establecido que el juez penal tiene la obligación de echar mano de todos los medios que le permitan lograr una *reconstrucción conceptual* del hecho que investiga, y aceptado que los hombres pueden *percibir* la realidad por medio de sus sentidos y luego *transmitir* a otros esas percepciones, surge a simple vista la *necesidad* de que aquel funcionario tome contacto con quienes puedan haber adquirido así conocimiento de los acontecimientos sobre los cuales versa el proceso, a fin de que le trasmitan lo que sepan.

Es cierto que no siempre la *percepción* de la realidad será fiel y que no siempre la *transmisión* será veraz, pero estas circunstancias no bastan para descalificar genéricamente al testimonio como medio de prueba. Sí, en cambio, deberán ser tenidas principalmente en cuenta al momento de valorar la eficacia probatoria de la declaración en cada caso *particular*, y el juez podrá apartarse *razonadamente* de la versión del testigo, por alguno de aquellos defectos en la percepción de los hechos o en su transmisión⁶.

Concepto. — Conforme a las nociones precedentemente expuestas, cabe decir que *testimonio* es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la

⁴ Debo expresar, sin embargo, que la experiencia me ha demostrado que un gran porcentaje de testigos no dicen la verdad, sea por defectos de percepción o por falsedad en la transmisión.

⁵ Eugenio Florian, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1969, t. II, p. 73, quien agrega que el testimonio es el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos (p. 67).

⁶ El fundamento de la prueba testimonial es “la *necesidad*, por una parte, y la *libre convicción* del juez, por otra”, señala Manzini, ob. cit., t. III, p. 248. Ver también Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, p. 69, quien señala que es “uno de los medios que proporcionará más amplias posibilidades para la prueba de los hechos”.

reconstrucción conceptual de éstos. Lo dicho requiere las siguientes precisiones:

a) En todo caso, debe tratarse de una persona de *existencia real*⁷, pues sólo éstas pueden percibir y transmitir sus percepciones. Las personas jurídicas se expresan por medio de sus representantes, en cuyo caso serán testigos éstos, y no aquéllas (ver n° 79).

Queda excluída del concepto la declaración del *sospechoso* de haber participado en el delito, cuya versión de los hechos no podría ser nunca considerada testimonio. Se incluye, en cambio, a la víctima y al actor civil en el campo de los testigos (ver n° 34, c).

b) La ley dispone que a los fines de la declaración del testigo se libre orden de *citación* (de oficio, o por petición del ministerio fiscal o de las partes; ver n° 36, a), aunque admite la posibilidad de que éste *se presente espontáneamente* (lo cual se hará constar, art. 245).

c) El testigo, al *declarar*, realiza una manifestación de conocimiento⁸. Por regla general, lo hará *oralmente*, respondiendo de viva voz al interrogatorio (art. 118), salvo que tenga algún impedimento físico que no se lo permita (art. 119)⁹, o se le brinde algún trato preferencial (art. 250).

d) La declaración debe tener lugar *dentro del proceso*. Las manifestaciones extrajudiciales no son testimonio en sentido propio (salvo que sean ratificadas). Si se las realizó por escrito, podrán eventualmente constituir prueba documental.

e) El testigo declarará sobre lo que *conozca*.

1) Tal conocimiento debe referirse a los *hechos investigados* (art. 239), es decir:

A) al *hecho delictivo*, a las *circunstancias* que lo agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad, y al *daño* que hubiese ocasionado (art. 193, incs. 1, 2 y 5);

⁷ Pero si se trata de una persona jurídica, también podrá producir prueba informativa.

⁸ "Declarar" significa "decir o explicar cierta cosa, particularmente alguna circunstancia o asunto que se mantenía en reserva u oculto".

⁹ Ver el n° 37, b, 3.

B) a los posibles *autores, cómplices o instigadores* del delito, y a las *condiciones* personales y sociales de éstos, los *motivos* que hubieren podido determinarlos a delinquir, etc. (art. 193, incs. 3 y 4).

La declaración podrá también versar sobre *otros hechos* de interés para la investigación (como, por ejemplo, si para controlar la veracidad de otro testigo se interroga al declarante sobre las relaciones de aquél con el imputado).

2) El conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos investigados deberá haberlo adquirido antes de ser llamado y por *percepción sensorial*¹⁰: expresará lo que vio, oyó, olió, gustó o tocó¹¹. En cambio, si previo encargo judicial refiere conclusiones a las cuales ha llegado por sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, no se tratará propiamente de un testigo, sino más bien de un perito.

3) Se admite, sin embargo, opiniones¹² o conclusiones¹³ que completen la narración de sus percepciones, o inherentes a éstas, o que constituyan juicios de comparación. Si tales opiniones o conclusiones fuesen fruto de conocimientos especiales, se estará frente a un testigo calificado por su conocimiento (testigo-perito)¹⁴.

¹⁰ En contra: Florian, ob. cit., t. II, p. 83, para quien el testigo "expresa lo que sabe, y en lo atinente a esto no interesa la fuente de sus conocimientos o información".

¹¹ El llamado "testigo de oídas" declarará lo que oyó sobre el hecho, y no sobre el hecho mismo. Sin embargo, se le ha negado a su dicho la calidad de testimonio (Manzini, ob. cit., t. III, p. 255), pues "escapa a la responsabilidad de lo que dijo si el otro no lo revela y se sustrae también a la valoración de su credibilidad; aparte de que lo que se cuenta de boca en boca se altera y se deforma progresivamente". Tales reflexiones son de suma utilidad para una correcta valoración del testimonio "de oídas".

¹² Manzini, ob. cit., t. III, p. 261, señala como ejemplo el testigo que al relatar un hecho que no es unívocamente amenazador, puede agregar su opinión acerca del efecto intimidante de éste frente a la víctima.

¹³ Si el testigo *vio* al imputado caminar zigzagante, lo oyó hablar defectuosamente y percibió olor a alcohol en su aliento, podrá declarar que aquél estaba ebrio.

¹⁴ Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 254. Conviene aclarar que el testigo incorpora al proceso un elemento de prueba: su dicho. Por medio de él trasmite el conocimiento que adquirió mediante sus sentidos, y que cualquier persona normal, situada dentro de las mismas condiciones, habría percibido o podido

f) Al testigo se lo escucha porque *se espera* obtener de él algún dato útil para descubrir la verdad (art. 239), es decir, idóneo para proporcionar conocimiento sobre los hechos investigados y lograr su *reconstrucción conceptual*. Esta finalidad probatoria es característica del testimonio, el cual no perderá su condición de tal por el mero hecho de que el declarante no aporte ningún dato de interés (pues su declaración fue recibida con dicho propósito).

33. CAPACIDAD TESTIFICAL.

La ley se ocupa de establecer una suerte de habilidad general para ser testigo, a la par que regula una serie de restricciones en cuanto a este principio.

a) Abandonando la línea legislativa que preceptuaba incapacidades testimoniales derivadas de la falta de credibilidad en algunos posibles testigos, el art. 241 establece como regla general que *"toda persona será capaz de atestiguar"*. No hay exclusión de ninguna persona física como testigo en el proceso penal: su *credibilidad* sólo será motivo de valoración posterior al testimonio.

La amplitud de la fórmula se justifica, pues siendo el testigo "el oído y ojo de la justicia, sería impolítico cerrarle estos ojos y taparle estos oídos", por cuyo intermedio se puede llegar a descubrir la verdad¹⁵.

1) En principio, entonces, solamente carecerá de capacidad para ser testigo quien por deficiencia física o psíquica

percibir (Florian, ob. cit., t. I, p. 154). Lo característico del testigo es que su percepción es *espontánea*, y el interés procesal sobre ella es *sobreviniente* a su producción. Pero a veces el testimonio puede tener un *plus*, cuando los reales alcances de la percepción o su verdadera significación se han hecho inteligibles para el testigo en virtud de los especiales conocimientos que tiene: es el caso del testigo calificado por su conocimiento, o "testigo-perito" (cfr.: Maier, ob. cit., t. II, ps. 44 y 52). No debe confundírselo, sin embargo, con el *perito* propiamente dicho, pues el conocimiento que éste adquiere y sus juicios o conclusiones son *provocados* por orden judicial y en virtud de un interés procesal *preexistente* al encargo pericial.

¹⁵ Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1916, p. 226.

no esté *absolutamente* en condiciones de *percibir* por sus sentidos, o, pudiendo percibir, no pueda *transmitir* sus percepciones del modo previsto en la ley¹⁶. (Ver, sobre esto último, nº 38.)

2) Según las disposiciones de los arts. 119, 139 y 249, se deduce que podrán testificar los *menores de edad* (aun cuando no presten juramento; art. 249); los *sordos*, los *mudos* y los *sordomudos*, aunque no sepan leer ni escribir (art. 119), y los *ciegos* (art. 139). También podrán hacerlo los *dementes* (a quienes se los excluye *sólo* como testigos de actuación; art. 141), pues "la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual, y se puede localizar en determinados centros de la actividad psíquica, dejando más o menos inmunes a los demás"¹⁷.

3) El *ofendido* (o *damnificado*) por el delito tiene capacidad testifical (arg. art. 384), aun cuando se haya constituido en *actor civil* (art. 96) o en querellante (art. 86). Lo mismo ocurre con el denunciante (según la expresa mención del art. 243).

En caso de acción privada, el *querellante* podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento (arts. 243 y 430).

b) Empero, es preciso dejar bien aclarado que esta amplitud de criterio en cuanto a la *capacidad testifical* sólo se justifica en atención a "la facultad del juez para *valorar* el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica" (art. 241). La ausencia de toda restricción para escuchar a una persona como testigo sólo se concibe frente a la certeza de que el crédito que pueda asignársele a sus dichos va a ser el fruto de una rigurosa ponderación crítica (aspecto que en la práctica es frecuentemente descuidado). (Ver lo que se dice sobre este punto en el nº 41.)

¹⁶ Miguel Fenech, *El proceso penal*, Madrid, 1978, p. 113.

¹⁷ Manzini, ob. cit., t. III, p. 269. Ver T.S.J. Córdoba, "B.J.C.", t. VII, p. 222, cuando sostiene que de la regla de la capacidad testifical amplia no están excluidos los niños, decrepitos, ebrios, sordos, mudos, sordomudos y ni siquiera los enfermos mentales, y que el juez tiene libertad para valorar después la credibilidad del testigo y de su deposición.

34. INCOMPATIBILIDADES.

No obstante la amplitud consagrada por el art. 241, hay algunas situaciones de incompatibilidad que impiden la prestación del testimonio.

a) La condición de juez, fiscal o secretario es incompatible con la de testigo en el *mismo* proceso.

1) Si el conocimiento del hecho que se juzga es *anterior* a su posible intervención funcional, deberán excusarse de participar en tal carácter, pues como funcionarios pueden ser sustituidos, no así como testigos (arts. 55, inc. 1, 71 y 63).

2) Si el conocimiento sobre el objeto de investigación lo han adquirido *en virtud* de su intervención funcional, no podrán luego declarar como testigos en *ese mismo* proceso¹⁸. Las hipótesis de flagrancia calificada de los arts. 371 y 390 no constituyen excepciones con respecto a este principio, pues si bien los magistrados podrán declarar como testigos acerca de los hechos delictivos cometidos en su presencia, su deposición será realizada en *otro* proceso, en el cual no tendrán ninguna actuación funcional.

3) La incompatibilidad alcanza también a los funcionarios judiciales que intervinieran en forma accidental por exhorto (art. 132).

b) No es posible actuar como testigo y como *defensor* del imputado o de las otras partes (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante). Sin embargo, es preciso distinguir lo siguiente:

1) Si asumió el cargo sin tener conocimiento anterior sobre el hecho que se investiga, no podrá ser testigo acerca de lo que haya conocido con posterioridad, por una elemental razón de secreto profesional (C. Penal, art. 156; C.P.P., art. 244).

¹⁸ V.gr., no podrá declarar como testigo en el juicio quien en la instrucción intervino como juez. Sus actos tendrán la posibilidad de ser valorados como documentos si se permite la incorporación al debate por su lectura. Al no estar expresamente dejado a un lado (como en el caso previsto en el art. 392), rige el principio del art. 992, C. Civil.

Pero podrá, renunciando a su cargo, declarar en favor de su cliente (previa autorización de éste), sobre hechos o circunstancias advertidas en el desempeño de su actividad.

2) Si conoció el hecho antes de su designación como defensor, no podrá intervenir en el proceso en este último carácter, y deberá declarar como testigo.

3) Pero en ningún caso podrá *acumular simultáneamente* la condición de abogado defensor, patrocinante o mandatario, con la de testigo.

c) Ninguna duda cabe de que el *imputado* no puede actuar como testigo en el proceso que se sigue en su contra (art. 18, C.N.; arts. 296 y ss., C.P.P.).

1) Dije antes que el llamado a declarar sin juramento de quienes "en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos" confiere a éstos calidad de *imputados*, pues evidencia una sospecha de participación delictiva que da nacimiento al derecho de defensa (art. 72): quien declara como "sospechoso" no puede ser considerado testigo¹⁹. La no incorporación de esta hipótesis en el art. 249 y la redacción del art. 294 así lo reconocen.

2) Tampoco se le puede recibir declaración testimonial a un *coimputado* en la misma causa, aunque no se trate del mismo delito sino de otro conexo, pues si su declaración no puede ser testimonio a su respecto, tampoco podrá serlo para los otros coimputados²⁰. Pero si hubiese sido *sobreseído* o *absuelto* con anterioridad, podrá declarar como testigo, pues ha quedado *oficialmente desvinculado* de participación punible en el hecho, y porque en virtud del principio del *Non bis in idem* su testimonio carecerá de toda potencialidad autoincriminante.

3) Si bien el art. 249 admite la posibilidad de recibir declaración de quienes, con anterioridad, hayan sido "*condenados como partícipes del delito* que se investiga o de otro conexo", éstos no podrán ser considerados testigos en sentido propio.

¹⁹ Cfr.: Cafferata Nores, ob. cit., ps. 31 y ss. En contra: Cámara de Acusación de Córdoba, "Semanario Jurídico", nº 18, 20/11/79.

²⁰ Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 296, señala un caso de excepción respecto de lo dicho.

De allí que no se les imponga de las penas del falso testimonio, ni se les requiera juramento (art. 249).

35. PROHIBICIÓN DE DECLARAR Y FACULTAD DE ABSTENCIÓN.

Hay ciertas hipótesis en las cuales, por diversas razones, la ley prohíbe la declaración del testigo o deja librada a su voluntad el prestarla o no.

a) *Secreto profesional o de estado.*

Se impone a ciertas personas el *deber de abstenerse* de declarar "sobre los hechos secretos"²¹ que hubieren llegado a su conocimiento *en razón del propio estado, oficio o profesión*" (art. 244). Es que "un interés no menos elevado que el de la justicia misma" se puede oponer, en estos casos, "a que el depositario por su profesión de un secreto, lo revele a la justicia cuando es citado como testigo"²². Esta reserva se halla judicialmente tutelada por los arts. 156 y 157 del C. Penal, que castigan su violación, y frente a ella cede el deber de testimoniar.

1) Los obligados a la abstención, según este artículo, son:

A) *los ministros de un culto admitido* (art. 244), sean de la religión oficialmente adoptada (católica apostólica romana; art. 2, C.N.) o de otra reconocida por el Estado. El hecho —cuya reserva se justifica por razones morales y de conciencia— deberá haber sido puesto en su conocimiento en atención a su

²¹ Se comprende aquí no sólo los secretos *confiados*, sino también los *advertidos* en el ejercicio del estado, profesión, etc. (Alejandro M. Sánchez Freytes, *Violación del secreto particular*, "Revista del Colegio de Abogados de Córdoba", nº 21), siempre que sean *propios* de éstos. En cambio, el secreto *ajeno* al servicio del estado, oficio o profesión, conocido por el testigo *en ocasión* de ese ejercicio, no obliga a su reserva (R. C. Núñez, *Manual de derecho penal*, t. II, p. 202).

²² Máximo Castro, *Curso de procedimientos penales*, t. II, p. 314, citando a F. Hélie. Actualmente, se tiende a tutelar el derecho de los periodistas a mantener en secreto las fuentes de su información, lo cual constituye una correcta derivación de la garantía constitucional de la libertad de prensa (art. 32, C.N.). Cfr.: Ricardo Mercado Luna, *Secreto de las fuentes de información*, "J.A.", t. 5, p. 769.

estado religioso. El ejemplo más típico es el *sigillum confessionis*, aunque no se limite a él (v.gr., cultos que no admiten la confesión).

B) *los abogados, procuradores y escribanos* (art. 244) que entren en conocimiento del hecho secreto en virtud de su ejercicio profesional.

La excepción al deber de testimoniar se justifica, no sólo como una medida indispensable para la eficaz defensa de la persona y de los derechos (art. 18, C.N.), sino también en atención a que estos profesionales son regularmente depositarios de confidencias íntimas propias de su función (v.gr., consulta sobre problemas familiares, testamento que reconoce un hijo extramatrimonial, etc.).

C) *los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar* (art. 244), como dentistas, fonoaudiólogos, ópticos, etc., pues su reserva tutela la libertad del enfermo para resguardar su salud. Pero si el hecho no tuviera que ser mantenido en secreto, esos profesionales no sólo deberán prestar su testimonio, sino que además tendrán obligación de denunciarlo (art. 177, inc. 2)²³.

D) *los militares y funcionarios públicos, sobre secretos de Estado* (art. 244) (políticos o militares). La seguridad y la defensa de la Nación son colocadas por encima del interés en el descubrimiento de la verdad.

La enumeración precedente es *taxativa*. Por esa razón es que abre la puerta a problemas derivados de otro tipo de secretos (v.gr., industriales), cuya revelación también está reprimida por la ley penal.

2) Si, no obstante la prohibición, la declaración fuera igualmente recibida, estará viciada de *nulidad* (art. 244).

²³ Establecer cuándo el hecho cae dentro del secreto profesional (y debe ser reservado) y cuándo no (y debe ser denunciado) es una cuestión que plantea dificultades. Cfr.: Eugenio Pérez Moreno, *El secreto profesional frente al deber de testimoniar y la obligación de denunciar*, "Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal" (U.N.C.), nº VIII, p. 79. Para Eugenio Florian, *De las pruebas penales* (trad. de Guerrero), Bogotá, 1969, t. II, p. 181, el deber de abstención existirá cuando "la declaración exponga a la persona auxiliada a un procedimiento penal en su contra".

3) Si “el testigo *invocase erróneamente*” el deber de abstención con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo (art. 244). La disposición tiende a evitar que por una errónea concepción acerca del secreto se prive al proceso de un testimonio eventualmente valioso, o que la invocación de la reserva disimule una reticencia a declarar. Pero, en todo caso, el error del testigo debe ser *evidente*. Se ha pensado también que debería dársele al testigo la posibilidad de defender su posición en favor del secreto²⁴.

4) No obstante, cuando sean *liberados por el interesado* del deber de guardar secreto, estas personas no podrán negar su testimonio, salvo los ministros de un culto admitido (art. 244).

A) Respecto de los profesionales, deviene razonable que si la persona en cuyo favor se establece el secreto autoriza su revelación, éstos deben prestar declaración.

B) También es explicable que el consentimiento del interesado no obligue a los sacerdotes a testimoniar, pues carece de relevancia frente al secreto de confesión. Pero los ministros de otros cultos (o incluso los de la Iglesia Católica, en ciertos casos), si fueran autorizados por el beneficiario de la reserva, podrían renunciar a la protección legal y declarar.

C) En lo referente al secreto de Estado, no parece fácil determinar, en el caso concreto, quién será “el interesado” facultado para autorizar su revelación por los militares o funcionarios públicos citados como testigos.

²⁴ Cfr.: Carlos Rubianes, *Manual de derecho procesal penal*, t. II, ps. 302 y 304. La ley confía más en el criterio del juez que en el del testigo para establecer cuándo la invocación del secreto profesional es correcta y cuándo es equivocada, haciendo prevalecer la opinión de aquél. Pero el testigo quedará así entre la espada y la pared. Si se aferra a su opinión y se niega a declarar, no obstante la orden judicial, será sometido a proceso como supuesto infractor del art. 243, C. Penal. Al contrario, si declara aceptando la orden del juez, podrá ser sometido a proceso por el destinatario del secreto, quien afirmará la violación de la reserva, penada por el art. 156, C. Penal.

b) *Parentesco.*

Se prohíbe que testifiquen en contra del imputado "su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos" (art. 242).

1) La restricción tiene por fundamento la protección de la cohesión familiar, que podría verse afectada si alguno de los parientes del imputado, en los grados mencionados, se viera en el imperativo de declarar en contra de éste. Ante aquel interés, cede el del descubrimiento de la verdad.

A) La prohibición alcanza al cónyuge (aun separado de hecho o divorciado), a los ascendientes o descendientes consanguíneos en cualquier grado (o por adopción) y a los hermanos o medios hermanos. Se refiere no sólo al parentesco de origen matrimonial, sino también al extramatrimonial, siempre que conste debidamente. Los ascendientes por afinidad sólo tienen la facultad de abstención prevista en otra disposición (art. 243).

B) La ley proscribe la declaración "*en contra*", por lo cual se ha admitido la deposición "*a favor*"²⁵. No obstante, autorizada jurisprudencia sostiene que la prohibición impide siquiera oír al pariente²⁶.

C) Se ha interpretado que lo que no se permite es la *testimonial* de los referidos allegados, pero se puede valorar los dichos de alguno de éstos, contrarios al imputado, contenidos en una declaración indagatoria²⁷.

D) Dudo de que las manifestaciones voluntariamente realizadas a un tercero por alguno de tales parientes puedan ser incorporadas mediante el testimonio de aquél. Pero esta incertidumbre no abarca a las declaraciones que se pudiera rendir ante la policía judicial²⁸.

²⁵ Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 308; Ricardo C. Núñez, *Código Procesal Penal de Córdoba*, anotado, p. 217.

²⁶ Cámara 8ª Crim. Córdoba, 14/6/76; Nieto, "Semanario Jurídico", 1977, nº 6.

²⁷ T.S.J. Córdoba, "Planas de Puy", "B.J.C.", 1962, p. 157.

²⁸ Pues si es nula la recibida por los jueces (art. 242), no podrá ser válida la recibida por la policía en violación del art. 242. Cfr.: Florian, ob. cit., t. II, p. 143.

E) La declaración en contra del imputado, efectuada por su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, será *nula* (art. 242).

2) La prohibición de declarar impuesta a estos parientes no rige si el delito que se atribuye aparece ejecutado "*en perjuicio del testigo* o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado" (art. 242).

La disposición es justificada, pues el hecho presuntamente cometido por el imputado ya habría resquebrajado la unidad familiar que se intenta proteger.

3) También se les otorga la facultad de *abstenerse* de declarar en contra del imputado a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (tíos, primos hermanos) o segundo de afinidad (cuñados), su tutor, curador o pupilo (art. 243).

A) El fundamento de la posibilidad de abstención es similar al señalado *supra*, b, 1: la protección de la cohesión familiar. Pero la mayor lejanía en el parentesco permite la declaración *voluntaria* en contra del imputado.

B) Al comenzar la declaración se deberá advertir al testigo que goza de la facultad de abstención, bajo pena de *nulidad* (art. 243), la cual no podrá ser ejercida si antes se optó por declarar. La menor proximidad del parentesco a que se refiere el art. 243 justifica esta solución²⁹.

C) Sin embargo, estos parientes no podrán negar su testimonio si fueran *denunciantes, querellantes o actores civiles*, o en caso de que el delito aparezca ejecutado en *su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo* (art. 243). En estas hipótesis, la ley considera que el interés por el descubrimiento de la verdad es superior al interés por la cohesión familiar, ya resquebrajada por obra del testigo (que denunció) o del imputado (que habría delinquido contra el testigo o pariente igualmente cercano de éste).

Si el delito ha sido cometido en contra del testigo (habiéndolo éste formulado la denuncia, querrela o constitución en actor civil, o aun sin haberlo hecho), el imputado habría sido

²⁹ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 315.

responsable de quebrantar la cohesión familiar. Lo mismo ocurrirá si el ilícito afecta a un pariente del testigo situado en un grado igual o más cercano de parentesco que el que lo une al encausado.

Aunque del hecho no haya resultado víctima ni el testigo ni alguno de los parientes en los grados referidos, desaparecerá la facultad de abstención si aquél efectuó la *denuncia del delito*. Esta actitud es considerada por la ley como idónea para obligar al pariente denunciante a declarar luego como testigo, pues seguramente afectó ya la cohesión familiar.

36. OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR.

Salvo las excepciones establecidas por la ley, "toda persona tendrá la *obligación de concurrir* al llamamiento judicial y *declarar* la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado" (art. 240). La disposición consagra dos deberes³⁰, que analizaremos por separado:

a) *Deber de comparendo.*

El C.P.P. impone a "toda persona" el deber de *concurrir* a la sede del tribunal a fin de atestiguar. La norma es de simple aplicación cuando el testigo *reside en la ciudad en donde el tribunal actúa* o en sus proximidades.

1) Empero, si reside en un lugar distante del juzgado, sólo podrá ser obligado a comparecer cuando por "la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio el juez

³⁰ La imposición del *deber* de testimoniar se justifica, pues a pesar de ser una actitud de colaboración con la justicia, la intervención como testigo es considerada "como algo poco grato y quizás incómodo" (Miguel Ibáñez y García Velasco, *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1969, p. 153). Es que al tiempo que comúnmente insume la declaración puede agregarse —a veces— el que descomedidamente se hace perder al testigo en los tribunales (fenómeno, éste, muy difundido, a juzgar por las expresiones de Manzini, ob. cit., t. II, p. 283, nota 63). Si a estos inconvenientes se suma la posibilidad de otros (v.gr., presiones, amenazas, etc.), deviene sencillo advertir por qué la ley se ve obligada a imponer el *deber* de testimoniar.

lo considere necesario" (en cuyo caso deberá fijar la indemnización que corresponda). De lo contrario se encomendará su declaración por exhorto o mandamiento a la autoridad de su residencia (art. 246).

2) Si el testigo vive *fuera de los límites de la provincia*, no podrá ser obligado a concurrir a la sede del tribunal, y tendrá el derecho de prestar su declaración ante su *juez natural*, es decir, el que tenga jurisdicción en el lugar de su domicilio³¹. A este magistrado se le deberá encargar la recepción del testimonio mediante exhorto, caso en el cual la obligación del testigo consistirá en concurrir al tribunal exhortado.

3) También se cometerá la declaración por la vía indicada cuando el testigo resida en un lugar que haga difíciles los medios de transporte, salvo que se considere necesaria su comparecencia personal por las razones señaladas *supra*, 1, y con la compensación allí consignada (art. 246).

4) La obligación de concurrencia está *asegurada* mediante disposiciones de la ley procesal y penal.

Si el testigo no se presenta a la primera citación, podrá ser conducido al tribunal por la fuerza pública (arts. 247 y 154). Y si carece de domicilio o hay temor fundado de que se oculte o fugue, se podrá ordenar su inmediato arresto, medida que "durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de veinticuatro horas" (art. 248).

Además, la incomparecencia injustificada puede hacer incurrir al testigo en el delito previsto por el art. 243, C. Penal, que castiga al "que siendo legalmente citado como testigo [...] se abstuviere de comparecer".

³¹ La Corte Suprema de Justicia dijo que "el juez de una provincia carece de atribuciones para obligar al testigo domiciliado en otra a trasladarse a la primera para prestar declaración" ("Fallos", t. 210, p. 131), solución criticada por Ricardo C. Núñez, *Código...*, cit., ps. 213 y 214. Sin embargo, si el testigo reside en algún otro Estado que se haya adherido al Convenio sobre Comunicaciones entre Tribunales (ley 22.172), y su domicilio está ubicado dentro de un radio de 70 km. de la sede del tribunal de la causa, tendrá la obligación de comparecer personalmente ante éste (art. 10 del citado convenio).

b) *Excepciones.*

La ley prevé una serie de *excepciones en cuanto al deber de concurrencia*, fundadas en diversos motivos.

1) Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar *físicamente impedidas* (enfermedad, vejez, etc.) serán examinadas en su *domicilio* (art. 251) o en donde se hallen (establecimiento asistencial, etc.). También se preceptúa que el *testigo* que no comparezca a prestar declaración al debate por *legítimo impedimento* podrá ser examinado en *el lugar donde se halle* (art. 386) (su domicilio, hospital, etc.). En estos casos, la obligación de comparecer se transforma en la más simple de *recibir* al magistrado y ponerse a su disposición para la realización del acto.

2) *No estarán obligados a comparecer* "el presidente y vicepresidente de la Nación; los gobernadores y vicegobernadores de provincias y del territorio nacional; los ministros y legisladores nacionales y provinciales; los miembros del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y de los tribunales militares; los ministros diplomáticos y cónsules generales; los oficiales superiores de las fuerzas armadas, desde el grado de coronel o su equivalente, en actividad; los altos dignatarios de la Iglesia, y los rectores de las universidades oficiales" (art. 250).

A) La excepción se funda "en la jerarquía de la *investidura pública* del sujeto, la que podría ser empañada o sufrir menoscabo por su presencia ante el tribunal y especialmente ante el público en el caso del debate oral y por efecto del contradictorio al interrogársele por los acusadores y los defensores"³². También tiende, en cierto sentido, a preservar de conflictos el equilibrio entre los poderes del Estado.

B) En estos casos, la declaración de tales personas será prestada "*por informe escrito* en el cual expresen que atestiguan

³² Clariá Olmedo, ob. cit., t. III, p. 280. Se ha señalado, *de lege ferenda*, que el beneficio debería hacérselo extensivo al intendente de la ciudad capital de la provincia. Raúl Torres Bas, *Examen crítico al Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba*, 1968, p. 54.

bajo juramento". Sin embargo, en virtud de la importancia que el juez atribuya al testimonio, podrá constituirse en la residencia oficial de aquéllas y recibir allí su declaración.

C) No obstante lo dicho, los dignatarios mencionados podrán renunciar al tratamiento especial que el art. 250 les dispensa y someterse a las normas comunes³³.

c) *Deber de declarar.*

La ley impone al testigo la obligación de "*declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado*" (art. 240), lo cual tiene una doble proyección:

1) En primer término, se impone a aquél el *deber de declarar*. Si se negara a hacerlo, "se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal" (art. 247). En ésta se le atribuirá la comisión del delito del art. 243, C. Penal, que reprime al "que siendo legalmente citado como testigo [...] se abstuviere de [...] prestar la declaración [...] respectiva".

No obstante, el C.P.P. consagra distintas excepciones en cuanto al deber de prestar declaración (arts. 242, 243 y 244). Como son tratadas en el nº 35, allí deberá consultárselas.

2) Pero el deber del testigo no es sólo el de declarar, sino el de declarar *la verdad*. Mejor dicho, lo que *él considere* que es la verdad, pues la exigencia legal apunta, no a la verdad ontológicamente considerada, sino a la *sinceridad* del testimonio³⁴.

Coincidentemente, el art. 275 del C. Penal reprime al "testigo [...] que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición [...] hecha ante la autoridad competente".

³³ La posibilidad de renunciar al tratamiento especial la caracteriza como una excepción de tipo personal, diferente de otros privilegios de sentido funcional, como los enunciados en los arts. 189 y ss. (desafuero y antejuicio), de carácter irrenunciable.

³⁴ La determinación sobre si un testimonio *sincero* es verdadero o equivocado es propia de la posterior *valoración* de la deposición. (Ver nº 41.)

Sin embargo, se admite la posibilidad de que el testigo reticente o insincero no sea castigado, si la respuesta veraz a las preguntas referidas a hechos en los cuales el mismo es actor pudiera acarrearle perjuicio, aunque éste no consista en la "autoinculpación de un delito" (v.gr., causa de honor)³⁵.

Si el testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, los antecedentes respectivos serán remitidos al ministerio fiscal, para que éste proceda como corresponda, sin perjuicio de ordenar la inmediata detención (arts. 252, 390 y 371).

d) Otras obligaciones.

Pese a que son de menor importancia, es oportuno recordar aquí otras obligaciones del testigo, como la de presentar objetos o documentos relacionados con el delito, sujetos a confiscación o que puedan servir como medios de prueba (arts. 232 y 231), o someterse a inspecciones (art. 218, 2º párr.), pericias (art. 253), careos (art. 276), reconocimientos (art. 270), etc.

37. RÉGIMEN DE LA DECLARACIÓN.

La ley regula tanto el *ofrecimiento* como la *recepción* del testimonio. También hay normas sobre la *valoración* de éste.

a) Ofrecimiento.

Sobre el punto, es necesario distinguir entre las distintas etapas del proceso:

1) Durante la *instrucción*, tanto el agente fiscal como las demás partes sólo tienen la *mera facultad* de proponer diligencias probatorias (entre las cuales se puede contar, desde luego, la recepción de testimonios), que no está, empero, correspondida por un *deber* del tribunal de recibirlas (art. 199), correlativo de dicha proposición. Si el juez dispone tomar la

³⁵ Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1967, t. V, p. 222. Ello se explica en virtud de la garantía del art. 18, C.N., en el primer caso, y del art. 34, inc. 3, C. Penal (estado de necesidad), en el segundo.

declaración, lo hará más por su pertinencia y presunta utilidad para el descubrimiento de la verdad, que por corresponder a un derecho de las partes. (Ver nº 13, e.)

2) En el *juicio*, en cambio, existe un verdadero *derecho de ofrecer prueba* (que puede ser testimonial), con la correlativa *obligación* del tribunal de recibirla, salvo que fuese manifiestamente “*impertinente o superabundante*” (art. 356). El ofrecimiento deberá ser realizado por escrito, mediante la presentación de una *lista* de testigos, con indicación de sus datos personales. Sólo si se tratase de testigos que no hayan declarado antes en el proceso (*testigos nuevos*) se deberá expresar, bajo pena de inadmisibilidad, los *hechos* sobre los cuales serán examinados (art. 355), para que tanto el tribunal como las otras partes conozcan de antemano sobre qué puntos va a versar el testimonio y puedan prepararse adecuadamente para su recepción.

3) Pero también es posible que la recepción del testimonio sea decidida *de oficio* por el tribunal (es decir, sin que medie proposición u ofrecimiento de las partes).

Durante la instrucción, el juez tiene las más amplias atribuciones para hacerlo (arts. 193 y 194), incluso por comparendo voluntario del testigo (art. 245). En el juicio sólo se podrá prescindir del ofrecimiento en los siguientes casos:

A) cuando *nadie haya ofrecido pruebas* y el presidente estime que un testimonio producido en la instrucción es *pertinente y útil* (art. 356), caso en el cual dispondrá su oportuna recepción;

B) cuando el testimonio pueda ser considerado un *acto de instrucción indispensable, que se hubiese omitido* (art. 357);

C) cuando el testimonio aparezca como un *medio de prueba nuevo*, que en el curso del debate demuestre ser indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad (art. 388);

D) cuando se advirtiera la necesidad de su recepción durante la *deliberación* de la sentencia (art. 397), supuesto en el cual se deberá reabrir el debate.

Todos los casos precedentemente enunciados constituyen importantes excepciones respecto del acusatorio formal vigente durante el juicio.

b) *Recepción.*

El C.P.P. regula todos los aspectos referidos a la recepción del testimonio.

1. *Declaraciones separadas.*

Cada testigo declarará por *separado* (art. 249), para evitar que la deposición de uno influya en el otro, restándole sinceridad y espontaneidad³⁶. Consecuentemente, se debe impedir la comunicación entre el que ya declaró y el que todavía no lo hizo, e interceptar cualquier medio que éste tenga para enterarse de lo dicho por aquél.

A) Cuando el testimonio es brindado en el debate, se dispone que "antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias. Después de declarar, el presidente resolverá si deben permanecer incomunicados en antesala" (art. 384). Estas precauciones pueden ser también aplicadas durante la instrucción, donde media idéntico interés por garantizar la espontaneidad y sinceridad del testimonio.

B) La posibilidad de declaración conjunta de dos o más testigos sólo es aceptada si con *anterioridad* han *discrepado* acerca de hechos o circunstancias importantes, y con el propósito de llamarles la atención sobre las discrepancias, a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo (arts. 276 y 278). Pero en tal caso el acto será propiamente un careo.

2. *Publicidad o reserva.*

Al respecto, corresponde también distinguir las diferentes etapas del proceso.

A) Durante la *instrucción*, la recepción de un testimonio será pública para las partes, con las siguientes precisiones:

³⁶ Manzini, ob. cit., t. III, p. 344. Esto sirve para favorecer la sinceridad y facilitar el control de las deposiciones.

Antes de la declaración del imputado, se la hará en forma *secreta* –sin que ninguna de las partes, a excepción del fiscal, pueda intervenir– (art. 204). Después de aquel acto, sólo se guardará reserva si el juez hubiera ordenado el secreto del sumario (art. 204). No obstante, aun en estas hipótesis, no regirá el secreto cuando, por enfermedad u otro impedimento, el testigo no pueda presumiblemente deponer durante el juicio, caso en el cual se deberá posibilitar la participación de los defensores, bajo pena de nulidad (arts. 200 y 201).

Los terceros extraños al proceso no podrán conocer el tenor de las declaraciones testimoniales (art. 204, 3^{er} párr.).

B) En el *juicio*, la recepción de los testimonios deberá ser *pública*, no sólo para las partes, sino también para cualquiera (art. 363), salvo que este último aspecto afecte la moral o la seguridad públicas (art. 363) (caso en el cual deberá recibírselos a puertas cerradas).

C) Hoy se quiere incorporar como “medio extraordinario de prueba” (ver nº 99) al *testigo de identidad protegida*, que es, en verdad, un testigo que figura en el proceso con un nombre cambiado, a quien no se le conoce ni el rostro, que declara ante el juez (sólo este conocerá su verdadera identidad) en secreto, sin control alguno de la defensa. El grado de clandestinidad de esta figura es *insoportable* frente a nuestro sistema constitucional –Constitución nacional y pactos incorporados con su misma jerarquía (art. 75, inc. 22)–, ya que *ningún* valor probatorio puede tener un testimonio prestado en semejantes condiciones, por ser expresamente violatorio del art. 8, ap. 2, inc. f, de la C.A.D.H. y del art. 14, ap. 3, inc. e, del P.I.D.C.P. (Ver nº 104.)

3. Oralidad.

Puesto que el testigo será interrogado verbalmente y transmitirá lo que sabe *declarando* en forma oral, deberá comparecer en persona ante el tribunal³⁷, tanto durante la instrucción como

³⁷ La oralidad es, además, “el medio más natural, más simple y más rudimentario para apreciar la sinceridad”, dijo Gorphe, *La crítica del testimonio*, p. 60.

en el juicio (sin perjuicio de las distintas formas de documentación). (Ver nº 39.)

Pero la regla del comparendo personal y la oralidad de la declaración tiene las siguientes excepciones:

A) En ciertos casos, algunos altos dignatarios están facultados para declarar por informe escrito (art. 250). (Ver nº 36, b.)

B) Cuando se deba examinar a un *sordo*, se le presentará por escrito las preguntas; si se tratase de un *mudo*, responderá por escrito; si es un *sordomudo*, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas *no supiesen leer o escribir*, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, a falta de él, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado (art. 119). (Ver nº 84.)

C) Durante el juicio se autoriza, en casos de excepción, a prescindir de la presencia del testigo³⁸ y de su declaración oral, permitiendo, en su lugar, la lectura en el debate de las declaraciones testificales recibidas conforme a las normas de la instrucción (por el juez de instrucción o el fiscal en el caso del art. 196); pero sólo en las siguientes hipótesis, bajo *pena de nulidad* (art. 391):

1) si el ministerio fiscal y las partes hubieran *prestado conformidad* previa (art. 355) o lo *consintieren* cuando no comparezca (por cualquier motivo) el testigo cuya citación se ordenó, excepción que se justifica, regularmente, por la escasa importancia del testimonio;

2) si hubiere *contradicciones* entre aquellas declaraciones y las prestadas en el debate, o fuere necesario *ayudar la memoria del testigo*. En caso de contradicción, el tribunal deberá resolver a qué le asigna mayor eficacia probatoria: si al dicho original o a su rectificación. La otra hipótesis se explica, en

³⁸ "La prueba testifical es, por naturaleza, reproducible en el debate y deberá ser practicada en la fase del juicio oral para ser sometida a los principios de inmediación, contradicción y publicidad" (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Casanovas, causa 238, "Larocca, Marcelo", 17/11/94, reg. 179, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, nº 4, p. 61); pero no se admite la lectura de las declaraciones prestadas ante la policía (art. 391, *a contrario sensu*), salvo que hayan sido ratificadas judicialmente.

la práctica, frente a la obra del tiempo sobre la memoria; pero no se debe abusar de su utilización.

3) si el testigo hubiera *fallecido*, *estuviere ausente* del país, se *ignorar* su residencia o se hallare *inhabilitado* por cualquier causa para declarar. Lo contrario significaría *renunciar* a una prueba (que puede ser decisiva).

4) si el testigo hubiera declarado por medio de *exhorto* o *informe*, siempre que se hubiese ofrecido el testimonio conforme a los arts. 357 o 386. Parece una consecuencia lógica del régimen especial previsto para estos casos³⁹.

c) Valoración.

Este tema lo tratamos más adelante (nº 41, sobre apreciación del testimonio). Allí deberá consultárselo.

38. ESTRUCTURA DE LA DECLARACIÓN.

El C.P.P. regula la estructura del acto por el cual se recibe la declaración del testigo. Es posible, conforme a ella, distinguir tres momentos:

a) Advertencias sobre falsedad y juramento.

“Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruído acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad” (art. 249, 1ª parte).

1) La advertencia acerca de las penas respecto del falso testimonio será un estímulo importante para garantizar la *sinceridad* de la deposición. Reforzando este propósito, se establece el *juramento*⁴⁰, añadiendo a la referida amenaza legal

³⁹ El art. 357 regula la instrucción suplementaria (ver nº 37, a, 3), y el art. 386 se refiere a la posibilidad de examinar al testigo en su domicilio.

⁴⁰ Según Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 75, “el juramento es la solemne declaración del testigo [...] mediante la cual asume el compromiso de declarar la verdad de todo cuanto sepa y le sea preguntado, invocando a Dios o a sus creencias religiosas y comprometiendo su honor”.

motivos de carácter religioso o moral para expedirse con sinceridad.

El magistrado recibirá el juramento por las creencias de quien jure, después de instruirlo sobre las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir la verdad de todo cuanto le fuere preguntado, mediante la fórmula: "Lo juro" o "Lo prometo" (art. 117). La negativa a prestar juramento importará negativa a declarar, con todas las consecuencias penales y procesales del caso (art. 243, C. Penal; art. 247, C.P.P.). (Ver nº 36, c.)

2) La ley exceptúa de la advertencia sobre la falsedad y del juramento sólo a las siguientes personas:

A) *a los menores inimputables* (art. 249), pues se presume que su inmadurez psíquica no les permitirá comprender la importancia y la finalidad del juramento, y su inimputabilidad penal hará vanas las advertencias sobre el castigo del falso testimonio;

B) *a los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo* (art. 249), lo cual se explica, pues por su condición de tales no son sustancialmente testigos;

C) *al querellante* en los juicios por delitos de acción privada (art. 430). La razón de la eximición del juramento se la ha hecho radicar en que "en causa criminal nadie puede ser obligado a declarar en su contra (C.N., art. 18)"⁴¹. Pero, en el fondo, el motivo es que no se lo considera propiamente un testigo, porque es el titular exclusivo de la acción penal y goza de todas "las facultades y obligaciones correspondientes al ministerio fiscal" (art. 430).

b) *Generales de la ley.*

Enseguida, "el juez interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las

⁴¹ Núñez, *Código . . .*, cit., p. 442.

partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad" (art. 249).

Este interrogatorio tiende, por un lado, a la *identificación personal* del testigo (aunque actualmente la práctica judicial exige, además, la presentación de documentos de identidad). Por otra parte, será útil para conocer circunstancias de interés a los fines de la *valoración* del testimonio, tanto en lo referido a la *fidelidad* de las percepciones (v.gr., edad, profesión, etc.) como a la *sinceridad* de su transmisión (v.gr., vínculos de parentesco, interés, etc.). También podrán surgir de este interrogatorio las circunstancias de familia, secreto profesional, etc., que impidan la declaración o la tornen facultativa (ver nº 35).

c) *Declaración sobre el hecho.*

Luego del interrogatorio sobre las generales de la ley, el testigo será preguntado sobre el *hecho* (art. 249).

1) Ésta es la parte medular del acto, ya que concreta su propósito: conocer qué es lo que el testigo sabe acerca de los hechos que se investiga.

2) La ley establece la metodología de la deposición, disponiendo que "en primer término el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca del asunto de que se trate" (art. 118). Al hacerlo, deberá responder "de viva voz y sin consultar notas o documentos, salvo que el tribunal lo autorice para ello, si así lo exigiere la naturaleza de los hechos" (art. 118)⁴².

3) Terminada la exposición del testigo, si fuere menester, "se lo interrogará" (art. 118). Las modalidades del interrogatorio podrán variar según la etapa del juicio en que se reciba el testimonio. Durante la *instrucción*, luego de que el juez formule las preguntas que estime convenientes, podrán también hacerlo (por intermedio de éste, y previa su autorización) el

⁴² V.gr., cuando el tema de la declaración no se preste a la pura memorización (p.ej., cifras, nombres propios, etc.).

agente fiscal y los defensores que asistan al acto (arts. 198, 200 y 203). En el *debate*, la declaración será recibida por el presidente del tribunal (art. 384) (o juez correccional; art. 405), tras lo cual los vocales de la cámara, el fiscal, las partes y los defensores podrán –con la venia de aquél, y en el momento oportuno– formular preguntas a los testigos (art. 389).

En todo caso, se prohíbe hacer preguntas capciosas o sugestivas⁴³. Cabe tolerar, en cambio, el interrogatorio severo en pro del descubrimiento de la verdad.

39. DOCUMENTACIÓN DEL ACTO.

En cuanto a la documentación del testimonio, hay una diferencia radical según se lo reciba en la instrucción o en el juicio.

a) Dado que en la *instrucción* se hará constar todas las diligencias en *actas* (art. 208), habrá que extender una en donde se registre la recepción del testimonio (art. 249). Ella deberá contener (art. 139): la fecha; el nombre y apellido de las personas que actúen; la indicación de las advertencias sobre falsedad y el juramento; las declaraciones recibidas, con la aclaración acerca de si fueron hechas espontáneamente o a requerimiento –discriminando, en este último caso, las preguntas y respuestas (art. 118), usando las expresiones del indagado, y mencionando si fueron dictadas por éste–, y la firma de los participantes en el acto. En realidad, es lo que se conoce en el léxico forense como procedimiento “verbal y actuado”.

b) Durante el *juicio*, en cambio, en virtud del principio de oralidad (art. 363), en el acta del debate sólo se dejará constancia del nombre y apellido del testigo, con mención del juramento (art. 394, inc. 4), o de aquella parte de la declaración que el fiscal o las partes soliciten o el tribunal disponga (art. 394, inc. 6).

⁴³ Las primeras tienden a que el testigo responda una cosa diferente de la que en realidad quiere decir. Las segundas insinúan por sí mismas la respuesta, pues ésta se halla contenida en la pregunta. Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 80, notas 221 y 222.

Empero, en las causas de prueba compleja, cuando el tribunal lo estime conveniente, el secretario resumirá, al final de cada declaración, la parte sustancial que se deba tener en cuenta. También se podrá ordenar la grabación o versión taquigráfica del testimonio (art. 395).

40. ÓRGANOS DE RECEPCIÓN.

Ya se ha visto que la recepción de testimonios está, generalmente, a cargo de los jueces encargados de la instrucción (juez de instrucción, art. 239; juez de menores, art. 410) y de los tribunales de juicio (cámara en lo criminal, arts. 384, 386 y 430; juez correccional, art. 405). También se autoriza que los reciba el agente fiscal, cuando el juez le haya delegado la dirección de la investigación (arts. 210 y ss.).

Cuando la policía judicial labre el sumario de prevención, tendrá la atribución de "interrogar a los testigos" (art. 184, inc. 7). El acta en que se documente dicha declaración, si no fuera judicialmente ratificada, no podrá ser incorporada al debate por su lectura (por no estar comprendida en el art. 392)⁴⁴. Sin embargo, podrá servir de base al auto de procesamiento (art. 306)⁴⁵.

41. APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO.

a) Necesidad.

Como ya se señaló antes, la amplia capacidad testimonial aceptada por el C.P.P. (art. 241) sólo se concibe frente a la correspondiente contrapartida de una *valoración rigurosa*. Sobre todo, desde que se pudo verificar que además de la mendacidad deliberada, también los "testimonios de personas insospe-

⁴⁴ Sobre la eventualidad de que se pueda cometer el delito de falso testimonio al declarar ante la policía, ver Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. V, p. 224.

⁴⁵ Cfr.: Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 437, nota 2.

chables, que narran con plena buena fe y con el propósito honesto de decir la verdad", pueden estar plagados de errores⁴⁶.

Frente a la comprobada *fragilidad* de la prueba por testigos (los testimonios falsos o erróneos han sido la causa de la mayor parte de los trágicos errores judiciales que relatan los autores), la tarea valorativa deviene de *imperiosa necesidad*.

b) Sistemas.

No obstante la existencia de disposiciones generales que indican el modo de ameritar cualquier prueba (art. 398, 2º párr.), el C.P.P. se preocupa de ratificar expresamente que en materia de testimonio rige la *sana crítica racional* (art. 241). Este sistema se caracteriza, como ya se vio, por la inexistencia de disposiciones legales que predeterminen el valor conviccional de los elementos probatorios. La valoración de éstos queda exclusivamente en manos del juzgador, quien podrá extraer *libremente* sus conclusiones, a condición de que para llegar a ellas respete las reglas que gobiernan el razonamiento humano: *lógica, ciencias y experiencia común*⁴⁷.

Lamentablemente, a menudo se olvida o se minimiza la necesidad de esta apreciación científica del testimonio. En otros casos falta la capacitación técnica adecuada, que es insuficientemente sustituida por un empirismo vulgarizante. Es que "si el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX"⁴⁸ y deberá pasar algún tiempo más todavía para que ella logre el desarrollo judicial que merece.

⁴⁶ Florian, ob. cit., t. III, p. 296, quien critica "cierto optimismo bonachón de los jueces en relación a la veracidad de los testimonios" (p. 287), cuando "los experimentos realizados sobre el punto concluyeron en la comprobación del gran predominio de la mentira en general" (p. 295).

⁴⁷ Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 361. (Ver nº 14.)

⁴⁸ François Gorphe, *La crítica del testimonio*, Madrid, 1933, p. 3. Para facilitar la apreciación científica del testimonio, el T.S.J. Córdoba creó un equipo técnico de asistentes sociales y psicólogos en el mes de julio de 1985 (acuerdo reg. 105). Poco uso se hace de pericias sobre el estado mental o perfil psicológico de los testigos que puedan dar cuenta de tendencias a fabular o confabular.

c) *Pautas.*

No viene al caso repetir aquí las distintas recetas que se ha brindado para lograr establecer cuándo un testimonio es *verdadero* y cuándo es *erróneo* o *mendaz*⁴⁹. Sin embargo, puede ser útil sintetizar las pautas más frecuentemente citadas por los autores, que tienen un común denominador: parten de la base de que la fe en un testimonio se basa en “dos presunciones: 1) la presunción de que los sentidos *no han engañado* al testigo; 2) la presunción de que [el testigo] *no quiere engañar*”⁵⁰.

Consecuentemente, la tarea de apreciación crítica debe concentrarse en estos dos aspectos:

1) Con relación a la primera, es decir, a la *fidelidad* de la *percepción* y de la *trasmisión* de lo percibido, es preciso reparar en las siguientes circunstancias:

A) Se deberá evaluar el *desarrollo* y la *calidad* de las facultades mentales del testigo, ya que la inmadurez (v.gr., niños) o las perturbaciones (v.gr., débiles mentales) de ellas afectarán la credibilidad. También habrá que tomar en cuenta que aun en el caso de funciones psíquicas normales, ciertas personas perciben mejor algunas cosas (v.gr., las mujeres perciben mejor

⁴⁹ Sobre el punto, la literatura jurídica es abundante. Bastará señalar la obra de Gorphe ya citada y la *Psicología judicial* de Enrico Altavilla, t. II, ps. 791 y ss. “Afirmar lo falso es fingir una impresión sensorial que no se ha sentido o alterar la que se ha recibido. Negar la verdad es negar un hecho o percepción que cae bajo la acción de los sentidos del testigo. Y, por fin, la reticencia de la verdad es el silencio y omisión, por parte del testigo, de alguna circunstancia que él conoce [...]. El juicio de falsedad no depende de la relación existente entre el hecho ocurrido y los dichos del testigo, sino del conocimiento de lo ocurrido que haya podido tener. Si el testigo afirma una falsedad creyéndola verdadera, no hay delito [...]. La ignorancia y el error excluyen el dolo. La psicología judicial muestra los múltiples errores involuntarios en que incurrir los sentidos. La imaginación o la emoción pueden oscurecer la vista o engañar al oído. El error puede provenir de las percepciones sensoriales, por imperfecciones de los sentidos y por insuficiencia de la memoria [...]. Ante la duda, se debe suponer que el testigo obró por error, y no por dolo” (C.N.C.P., Sala III, causa 166, “Peirano, Leopoldo”, 11/11/94, reg. 166, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1994, n° 4, ps. 54/7).

⁵⁰ Carrara, *Programa* ..., cit., t. 2, § 947, p. 426.

los detalles), y hay recuerdos que se conservan más claros que otros (v.gr., los recuerdos gratos).

B) Obviamente, el funcionamiento de los *sentidos* también tendrá importancia, pues así como *no se podrá aceptar* como fiel la percepción de quien carece del órgano del sentido respectivo (v.gr., la visión de un ciego), sí sería posible, en cambio, aceptar el desarrollo extraordinario de uno de los restantes (es proverbial la agudeza auditiva del ciego)⁵¹.

C) Asimismo, habrá que reparar en las *condiciones* en que se produjo la percepción, pues factores tanto físicos (luz, distancia, etc.) como psíquicos (atención, miedo, ira, etc.) pueden afectar la fidelidad.

D) No se debe descuidar, tampoco, las características del *objeto percibido*. Con relación a este punto, hay coincidencia en que ciertas realidades son percibidas mejor que otras (v.gr., la percepción de tiempo, distancia y volumen suele ser poco exacta).

E) Las condiciones de la *transmisión* de lo percibido también habrá que tomarlas en cuenta. El *tiempo* transcurrido entre este momento y el de la percepción puede determinar que la evocación de lo percibido sea *fragmentaria*, con el consecuente peligro de su complementación con juicios, deducciones, versiones de otros testigos o noticias periodísticas. También la *forma* de las preguntas, la *confrontación* con otros testigos, etc., podrán deformar la deposición.

2) Con relación a la *sinceridad* del testimonio, son de significativa importancia las siguientes consideraciones:

A) Es preciso descubrir si no hay algún *interés* que pueda influir sobre la voluntad del deponente (v.gr., conveniencia, soborno), u otras *circunstancias* que influyendo en su ánimo (v.gr., relación de familia, afecto, odio, etc.) puedan hacerlo apartar, conciente o inconcientemente, de la verdad. También será importante verificar sus hábitos en relación con su sinceridad y franqueza.

⁵¹ Sugiere también reparar en la *fulibilidad* del sentido, sea en general, sea en relación con el objeto percibido, Manzini, ob. cit., t. III, p. 372.

B) El *control interno* de la declaración es sumamente eficaz para evaluar la veracidad del testigo. El relato *dubitativo* ("me parece . . ."), *contradictorio*, o producido por medio de un "*discurso premeditado*"⁵², puede resultar sospechoso. Se ha desconfiado tradicionalmente de los testigos que "no indican la *causa de su conocimiento*", o que "resultan mendaces en alguna parte de sus declaraciones, y de ahí la regla de razón natural: «*Mendax in uno, mendax in totum*» (El que es mentiroso en una parte, será mentiroso en el todo)"⁵³.

3) Será necesario, además, luego de la valoración *individual* de cada testimonio, cotejarlo con el *resto de las pruebas* reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria⁵⁴.

⁵² La seguridad y la desenvoltura pueden provenir de una "astuta preparación", admite Altavilla, ob. cit., t. II, p. 792.

⁵³ Carrara, ob. cit., t. 2, § 953, p. 430.

⁵⁴ "Si la declaración testimonial no encontrara apoyo en prueba de carácter independiente, sería insuficiente para fundar una condena, pero no es así si el sentenciante deja en claro la eficacia probatoria de esta pieza procesal, teniendo por válido este testimonio, luego de confrontarlo con las demás constancias del proceso y analizarlo de acuerdo a las reglas de la experiencia común" (C.N.C.P., Sala II, "Méndez, Iván", 27/3/95, reg. 415, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1^{er} trim., p. 14).

CAPÍTULO III

RECONOCIMIENTO DE PERSONAS Y DE COSAS

42. INTRODUCCIÓN.

La individualización de los culpables de un hecho ilícito es uno de los fines específicos del proceso penal. Su logro deviene complicado, sobre todo, en aquellos lugares de población numerosa en donde son pocos los habitantes que se conocen entre sí. Ello determina que los sospechosos, víctimas o testigos del delito sean mencionados, más que por sus nombres, por sus características personales.

Aparece, así, la necesidad de *verificar* si la persona que por responder a las referencias suministradas ha sido indicada como autora, víctima o testigo del hecho delictivo, *en realidad es tal*. Cuando para ello se la ponga en presencia de quien proporcionó los datos, a fin de que éste, viéndola, exprese si es o no la misma, se habrá procedido a realizar un reconocimiento de identificación ("identificar", según el *Diccionario de la lengua española*, es "reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca").

43. CONCEPTO.

a) En términos psicológicos, se puede decir que el reconocimiento es un "juicio de identidad entre una percepción presente y una pasada"¹. Este proceso mental es habitual en

¹ Enrico Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, Torino, 1948, p. 516.

la vida cotidiana. Así, por ejemplo, sólo se saluda en la calle a las personas conocidas; y se las saluda porque, al verlas, se las reconoce².

b) Cuando la actividad reconocitiva sea utilizada para identificar o individualizar a los partícipes, testigos o víctimas de un hecho delictuoso, será captada por el derecho procesal, el cual asignará relevancia jurídica al mero hecho psicológico. En sentido amplio, entonces, habrá reconocimiento toda vez que se verifique la identidad (*lato sensu*) de una persona, por la indicación de otra, que manifieste conocerla o haberla visto. Caben en esta idea los resultados de las investigaciones urgentes que practique la autoridad policial, con la guía del testigo, o del ofendido, y las comprobaciones que aquéllos realicen por su cuenta, ya que en todos los casos su atención habrá estado dirigida a localizar una persona cuya imagen responda a la previamente adquirida. También la identificación que realiza un testigo, al declarar en la audiencia del debate, y el reconocimiento efectuado, en los casos de urgencia, por la policía judicial, mediante la exhibición de fotografías a la persona llamada a reconocer. (Ver nº 49, c.)

c) Pero aun cuando ninguno de los procedimientos citados esté legalmente proscrito, y nada obste a que su resultado sea introducido en el proceso y valorado conforme a las reglas de la sana crítica, se tratará, en realidad, de reconocimientos impropios.

d) En sentido estricto, "el reconocimiento es un acto formal, en virtud del cual se intenta conocer la identidad (*lato sensu*) de una persona, mediante la intervención de otra, quien al verla entre varias afirma (o niega) conocerla o haberla visto en determinadas circunstancias".

1) Se trata de un medio de prueba cuyo resultado puede ser un dato positivo o negativo, según se logre o no la identificación. Pero en ambos casos el dato será un "reconocimiento" y habrá aportado un elemento de convicción.

² Francesco Carnelutti, *Recognitio e comparatio personarum*, "Rivista di Diritto Processuale Civile", vol. III, 1ª parte, p. 106.

2) Según su naturaleza (psicológica), es un acto de los denominados "irreproductibles"³. Por tal motivo, el órgano de ejecución deberá ser jurisdiccional (ver nº 49), al acto no podrá realizárselo en secreto (art. 204), y antes de llevarlo a cabo habrá que notificar al agente fiscal y a los defensores, bajo pena de nulidad, salvo el caso de urgencia absoluta (arts. 200 y 201).

3) El acto deberá ser realizado con observancia de varias formalidades (arts. 271, 272 y 273), impuestas por la ley para disminuir la posibilidad de errores⁴, asegurar su seriedad y eficacia⁵, y garantizar la seguridad, libertad y sinceridad de la identificación⁶. Como se las analiza en el nº 47, allí debe vérselas.

Sólo cuando concurren los requisitos señalados *supra*, 2 y 3, se estará frente a un *reconocimiento* en sentido propio.

44. PROCEDENCIA.

El reconocimiento procederá en los siguientes casos:

a) *cuando sea dudosa la identidad física de una persona* (art. 270). Si la duda recae sobre el imputado, el reconocimiento tendrá como fin establecer "si la persona sometida al proceso es la misma contra la cual se dirige la pretensión represiva"⁷. Si se refiere a la identidad de testigos, víctimas, etc., se tratará de verificar si los individuos que se tiene como tales en el proceso son los mismos que se quiere tener⁸, o si aquellos que niegan conocer el delito o haber sufrido sus consecuencias son veraces en sus afirmaciones. Así, el acto proporcionará la oportunidad de eliminar testigos o víctimas falsos, y de confirmar o desvirtuar la sospecha de que determinadas per-

³ Ver nº 50. Sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento, ver José I. Cafferata Nores, *Reconocimiento de personas*, Lerner, 1980, ps. 23 y ss.

⁴ Gaetano Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, t. I, p. 140.

⁵ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 158.

⁶ Enrique Jiménez Asenjo, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 476.

⁷ A. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 557.

⁸ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 159.

sonas hayan presenciado o soportado el hecho ilícito y oculten esta circunstancia por cualquier motivo⁹.

b) *cuando haya dudas acerca de la identificación nominal de una persona* (arts. 74 y 270)¹⁰. Puede suceder que tanto el imputado como los testigos o las víctimas de un hecho delictuoso, cuya identidad física sea cierta, se nieguen a suministrar sus datos personales, o los que proporcionen sean insuficientes, falsos, o comunes a varias personas. Mediante el reconocimiento se podrá reunir todos los datos que sirvan para "distinguirlos de otros individuos", establecer sus "rasgos civiles" o perfeccionarlos¹¹.

c) *cuando sea necesario verificar si quien dice conocer o haber visto a una persona, efectivamente la conoce o la ha visto* (art. 270). Se controla de esta manera la veracidad de tales dichos, cuya credibilidad puede aparecer dudosa. El acto tendrá por finalidad permitir, a quien afirma conocer o haber visto a alguien, "que demuestre con los hechos si en realidad lo conoce o lo vio"¹².

45. SUJETO ACTIVO.

Cualquier persona que pueda contribuir a comprobar o perfeccionar la identidad física o la identificación nominal de otra, o que haya señalado a determinado individuo como cómplice, testigo o víctima de un delito, podrá ser llamada al reconocimiento. Serán aptos para actuar como reconocientes tanto los testigos o las víctimas¹³ del ilícito como aquellos a quienes se atribuya alguna participación en él (siempre que accedan a ello). En este último caso serán aplicables las normas de la declaración indagatoria, y el acto funcionará "como un medio de defensa en lo que a ellos respecta, sin perjuicio

⁹ Por miedo, o para evitar incomodidades.

¹⁰ Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 357.

¹¹ Cfr.: L. Lucini, *Elementi di procedura penale*, p. 333; Francisco D'Albora, *Alcances de la rueda de presos*, "J.A.", t. 1967-IV, secc. Doctrina.

¹² Exposición de motivos del C.P.P. para Córdoba (1939).

¹³ T.S.J. Córdoba, "Boletín Judicial de Córdoba", t. V, vol. X, p. 642.

de que su manifestación pueda ser aprovechada como prueba con respecto a un coimputado o para la identificación de un testigo"¹⁴.

46. SUJETO PASIVO.

En lo referente al imputado, ya no se discute que pueda ser sujeto al reconocimiento. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "el requerimiento judicial de reconocimiento no está comprendido en la cláusula constitucional que veda la exigencia de declarar contra sí mismo, puesto que dicha cláusula no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad"¹⁵. Consecuentemente, este sujeto tendrá el deber de prestarse al acto, y podrá ser compelido a él por la fuerza (art. 366)¹⁶.

47. ESTRUCTURA Y DESARROLLO DEL ACTO.

La ley establece los requisitos de procedimiento a que se debe ajustar el reconocimiento.

a) *Juramento.*

Todo aquel que deba practicar el acto será impuesto, por el juez o por el presidente del tribunal, de las penalidades del falso testimonio, y *jurará* (art. 271) por sus creencias decir la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado (art. 117), o prometerá hacerlo (art. 117). En cambio, si el reconociente es imputado en la causa en la cual se dispone la medida, y *accede voluntariamente* a realizarla, no podrá requerírsele juramento o promesa de decir verdad (art. 271).

¹⁴ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 162.

¹⁵ "Fallos", t. 255, p. 18.

¹⁶ Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 366. (Ver nº 8, 2, D.)

b) *Descripción previa.*

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que *haga la descripción* de la persona a reconocer (art. 271). El interrogatorio será preciso y detallado, y versará sobre el sexo, estatura, edad, físico, color de cabello, vestimenta, etc., de la persona aludida; las circunstancias de lugar, tiempo y modo en las cuales se la vio, y las condiciones en que fue observada.

La descripción tiende a verificar, por una parte, las condiciones en que se captó la imagen, y la forma en que se conserva. Por otra, servirá para valorar el resultado del reconocimiento, cotejando las concordancias (o discordancias) entre la persona reconocida y la descrita¹⁷.

c) *Preguntas sobre conocimiento anterior.*

El art. 271 dispone que al reconociente se le preguntará si *conoce* a la persona a reconocer o si con anterioridad la *ha visto personalmente o en imagen*. Se trata de comprobar, en primer término, si la persona a identificar es "conocida" del reconociente en forma personal (por su nombre y apellido) o simplemente "de vista", y en segundo término, si antes del acto (pero con posterioridad al momento en que aprehendió su imagen por primera vez) la ha visto personalmente o en imagen.

¹⁷ La omisión de descripción previa "vuelve inoperante el acto" (T.S.J. Córdoba, "Andrés", "B.J.C.", t. XVIII, p. 312), pero no causa su nulidad (T.S.J. Córdoba, "Monzón", "B.J.C.", t. XIX, p. 22). "No son nulas las actas de reconocimiento si los testigos prestaron el juramento previsto en el art. 117, C.P.P.N., ante el juez de instrucción y dieron cumplimiento al requisito del art. 271 con la ratificación de declaraciones anteriores" (C.N.C.P., Sala III, "Alegre, Lidia", 3/3/95, reg. 26, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1^{er} trim., p. 1).

d) Integración de la "rueda de personas".

A continuación del indicado interrogatorio, se pondrá a la vista de quien deba verificar el reconocimiento a la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer con otras de condiciones exteriores semejantes, entre las cuales elegirá su colocación (art. 272). Aquélla deberá presentarse de modo que sea "reconocible", y no se podrá tolerar ningún intento de desfiguración¹⁸.

1) La persona a reconocer le será exhibida al reconociente en *compañía de "otras"* (al menos dos) que no sean conocidas por él. Sobre el fundamento de esta disposición se ha vertido diversas opiniones, pero lo cierto es que con esta exigencia "se ha procurado evitar que aquel que ha de practicar el reconocimiento, cediendo al prejuicio que en su ánimo pudiera producir el hecho de serle presentada como el inculpado la persona que ha de ser reconocida, la designe como tal sin la seguridad necesaria, en la creencia de que en efecto lo sea"¹⁹.

2) Se exige también que las personas que se exhiban junto al individuo que va a ser reconocido sean de *condiciones exteriores semejantes* a las de este último, expresión que comprende tanto el parecido físico como la similitud de vestidos, condición social y económica, etc. Claro está que se requiere una *semejanza* en las condiciones, y no que sean exactamente iguales, pues de ser así se haría más dificultosa la práctica del reconocimiento, por el parecido excesivo²⁰.

3) Luego de seleccionar a los individuos que por reunir aquellas condiciones acompañarán al que deba ser reconocido,

¹⁸ T.S.J. Córdoba, "Kohler", 11/8/76: el juez deberá impedir o dejar sin efecto cualquier desfiguración.

¹⁹ Tal lo sostenido por Enrique Jiménez Asenjo, ob. cit., t. I, p. 470.

²⁰ Cámara Federal de La Plata, "L.L.", t. 19 (1940), p. 443. "De aceptarse que las características externas semejantes de los integrantes de la rueda deben ser rigurosas, se impediría en la vida diaria de los tribunales la posibilidad de efectuar el reconocimiento; y en otro orden de consideraciones, llevará a confusión a los reconocientes" (Juzgado de Instrucción, 8ª Nom., Córdoba, "Diario Jurídico", nº 276/83).

el magistrado los hará ubicar en fila o en semicírculo, formando lo que se ha dado en llamar "rueda de presos" o, más correctamente, "rueda de personas".

4) A continuación, autorizará a la persona a reconocer a elegir su colocación entre las otras con las cuales será exhibida. Con esto se pretende asegurar la sinceridad de la identificación y evitar el fraude que podría producirse si, por ejemplo, al reconociente se le indicara, antes del acto, el lugar que ocupará en la rueda el individuo a reconocer.

5) El reconociente permanecerá ajeno a todo este trámite previo a la exhibición, y sólo podrá comparecer ante la rueda cuando la persona que se quiere identificar ocupe ya su puesto²¹.

e) Observación de la rueda.

El reconociente podrá ser puesto en presencia de la rueda, u observarla desde un punto en que no pueda ser visto (art. 272), según el juez lo estime más conveniente. La ley trata de garantizar, así, la libre determinación del reconociente, permitiendo evitar su inmediato contacto con el sujeto a reconocer cuando éste pueda ejercer alguna influencia o coacción sobre el ánimo de aquél²². Cuando se quiera efectuar el acto sin que el reconociente sea visto por los integrantes de la rueda, se lo hará observar a través de una mirilla (o iluminando la rueda y colocando al reconociente detrás del haz de luz), lo cual no excluye que el ocultamiento sea realizado de cualquier otra forma.

f) Identificación y designación.

Luego de observar la rueda, el reconociente deberá manifestar si en ella está la persona a que hizo referencia, de-

²¹ Adelgisio Ravizza, *Ricognizioni e confronti*, en *Il digesto italiano*, vol. XX, p. 600, n° 11.

²² Enrique Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1824, t. III, ps. 474 y ss.

signándola, en caso afirmativo, clara y precisamente, y consignar las diferencias y semejanzas que advirtiere entre el estado actual y el que presentaba en la época a que se refiere su declaración (art. 272).

1) Aunque las acciones de reconocer y señalar a quien se reconoce ocurran, generalmente, en forma simultánea, deberán ser consideradas independientemente, pues los requisitos de claridad y precisión recaen sólo sobre la última. De tal manera, si la designación es alternativa entre dos o más integrantes de la fila, no será “determinada”, razón por la cual el valor del acto será escaso o nulo.

2) Distinto será el caso cuando el reconociente señale clara y precisamente a uno de aquéllos —excluyendo implícita o expresamente a los demás—, pero manifieste no poder afirmar con seguridad que el designado sea la misma persona que recuerda²³.

g) *Multiplicidad de reconocimientos.*

1) El art. 273 establece que cuando *varias personas deban identificar o reconocer a una*, cada reconocimiento será practicado por separado, sin que aquéllas puedan comunicarse entre sí. Se dispone que el acto no podrá ser colectivo, tratando de evitar, así, las numerosas confusiones y equívocos que comúnmente derivarán de un reconocimiento *per turbam*²⁴.

²³ La diferencia estriba en que en la hipótesis de indicación alternativa, el reconociente no sólo es incapaz de efectuar un juicio de identidad entre la “percepción anterior” y alguna de las “actuales”, sino que tampoco puede formular un juicio de diferencia entre ellas. En cambio, la designación clara y precisa de una de las personas exhibidas (aunque el reconocimiento sea dubitativo) entraña un juicio de diferencia entre la imagen percibida anteriormente y todas las captadas en el acto, *menos una*, sobre cuya identidad con aquélla se duda. En este caso, si bien el valor del acto no será el mismo que habría tenido si el reconocimiento hubiera sido efectuado con seguridad, podrá adquirir relevancia si se advirtiese la existencia de alguna circunstancia capaz de explicar la duda (p.ej., la desfiguración del sujeto a reconocer). Ricardo C. Núñez, *Código . . .*, cit., p. 244, sostiene, en cambio, que la designación dudosa o alternativa “no es un reconocimiento”.

²⁴ Ravizza, *lug. cit.*

También se prohíbe a los reconocientes comunicarse entre sí, no sólo a los que han verificado el reconocimiento con los que aún no lo hicieron, sino también a todos los reconocientes entre sí, antes de realizar el acto. Es que si, en el primer caso, se pretende lograr la sinceridad de la identificación, evitando la *confabulación*, en el segundo se tratará de garantizar la *espontaneidad* del reconocimiento, que se vería en peligro si los reconocientes, al conversar entre sí e intercambiar detalles de sus respectivas percepciones, sufrieran desviaciones, aun inconcientes, en sus propios recuerdos, a causa de la influencia que en sus mentes puedan ejercer las representaciones de los demás.

2) Cuando sean *varias las personas a las cuales una deba identificar o reconocer*, se podrá hacer el reconocimiento de todas en un solo acto (art. 273). Queda librado al criterio del magistrado ubicar en una sola rueda a todos los sujetos a reconocer, o realizar tantos actos como individuos se quiera identificar, siempre que, en el primer supuesto, aquéllos tengan condiciones exteriores semejantes.

3) En el caso de que tanto los individuos que hayan de practicar el reconocimiento como los que deban someterse a él sean varios, éstos podrán, si las circunstancias lo permiten, ser colocados en una sola rueda, la cual será observada sucesiva y separadamente por cada uno de aquéllos²⁵.

48. RECONOCIMIENTO POR FOTOGRAFÍAS.

Se estará frente a esta modalidad (subsidiaria) del reconocimiento cuando la imagen que el reconociente confronte con la adquirida antes del acto no la haya obtenido mediante la observación directa de la persona a reconocer, sino por medio de su fotografía. Especialmente en la lucha contra la delincuencia profesional, este procedimiento es el principal me-

²⁵ Así, Juzgado de Instrucción, 8ª Nom., Córdoba, anotado por José I. Caf-ferata Nores, *Algo más sobre reconocimiento de personas*, "Diario Jurídico", nº 276/82.

dio para lograr la individualización de los partícipes del hecho ilícito, razón por la cual los funcionarios policiales y judiciales recurren a él frecuentemente durante el curso de sus investigaciones.

a) Se podrá realizar el reconocimiento fotográfico cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no esté presente y no pueda ser habida, y se cuente con fotografías de ella (art. 274).

1) Se requiere que el individuo a identificar *no pueda ser sometido personalmente* al reconocimiento. Esto ocurrirá cuando se halle prófugo o se ignore su paradero o domicilio, o, habiendo sido localizado, no esté en condiciones de concurrir al lugar del acto. No basta la simple ausencia²⁶.

2) Será necesario, además, disponer de retratos fotográficos de la persona a reconocer. Aunque lo habitual será que dichas fotografías pertenezcan a los archivos de la policía judicial, se podrá también utilizar las pertenecientes a sus documentos personales, las llamadas "fotografías artísticas", etc.

b) Las fotografías de la persona a reconocer serán presentadas con otras semejantes de distintas personas, observando en lo demás las disposiciones de los arts. 271, 272 y 273 (art. 274). Regirán también los requisitos de los arts. 200 y 201 (ver nº 50).

c) La identificación por fotografías no invalida el reconocimiento personal posterior²⁷, aunque puede afectar su valor conviccional.

²⁶ Sin embargo, ciertas circunstancias pueden llevar al magistrado a optar por el reconocimiento fotográfico, aun cuando no se dé la condición referida en primer término. Así, por ejemplo, cuando sea evidente que a causa de la alteración fisonómica del sujeto a reconocer (por desfiguración voluntaria o enfermedad) el acto realizado en persona no tuvo resultados positivos, podrá ser de utilidad practicar uno nuevo, exhibiéndosele al reconociente fotografías que respondan fielmente al aspecto que presentaba aquél cuando presumiblemente lo vio por primera vez (así, Juzgado de Instrucción, 8ª Nom., Córdoba, "Diario Jurídico", nº 276/83). Se trata de un recurso *subsidiario* determinado por la necesidad de descubrir la verdad.

²⁷ Cám. Nac. Apel. Crim. Fed., "J.A.", 1956, t. III, p. 587. En todo caso (no sólo policial) de reconocimiento fotográfico anterior al personal, la eficacia probatoria de este último (el personal) no será la misma que si aquel acto (el fo-

d) No obstante, el reconocimiento fotográfico no tiene "la eficacia del verdadero y propio reconocimiento"²⁸.

49. ÓRGANO DE EJECUCIÓN.

a) El reconocimiento deberá ser practicado por el órgano jurisdiccional encargado de la *instrucción* (juez de instrucción, juez de menores), con observancia de las formalidades y de las garantías establecidas por los arts. 270 y ss., 200 y 201, y bajo las sanciones allí impuestas²⁹.

Cuando el agente fiscal que dirija la investigación (art. 196, 1^{er} párr.) estime necesaria su realización, requerirá al juez que lo lleve a cabo (arts. 210 y 213, inc. c), quien, sin juzgar sobre la pertinencia o utilidad de la medida, la ejecutará conforme a las reglas que disciplinan su propio proceder.

El acto cumplido en estas condiciones podrá ser incorporado al debate mediante la lectura del acta que lo documentó (art. 392).

b) Durante el *juicio común*, se podrá practicar el reconocimiento por vía de instrucción suplementaria si en la etapa preliminar hubiese sido omitido o fuese imposible cumplirlo en la audiencia (art. 357) (v.gr., reconociente que no podrá concurrir al debate). También se autoriza realizarlo en el debate (art. 366) a pedido de parte o de oficio, o incluso cuando nuevas circunstancias lo hicieren indispensable, aunque no se lo haya ofrecido como prueba (arts. 355 y 388).

Si bien se establece, con relación a la forma, que habrá que observar las normas que lo regulan en la instrucción "en cuanto sean aplicables" (art. 382), es posible que la identifi-

tográfico no hubiese sido practicado. La *interposición* de la fotografía en el curso del proceso reconocitivo (y la consecuente posibilidad de superposición de imágenes) no podrá ser ignorada al momento de valorar sus resultados. Ver también Cámara de Acusación Córdoba, "Diario Jurídico", nº 297/83.

²⁸ T.S.J. Córdoba, "Fares, Hugo", 10/4/69.

²⁹ La notificación a la defensa del decreto que ordena el reconocimiento se entiende prescrita bajo pena de nulidad absoluta (T.S.J. Córdoba, "Ocampo", 19/3/71; en el mismo sentido, Cámara de Acusación Córdoba, "Monier", 19/10/73).

cación sea realizada por simple indicación *espontánea* de algunos de los intervinientes en el juicio, sin observar aquellas formalidades, pues aunque en esta hipótesis no se pueda hablar de reconocimiento en sentido estricto, su resultado podrá ser libremente valorado por el tribunal, conforme a las reglas de la sana crítica³⁰.

c) Como medida inicial de investigación, la autoridad policial puede mostrarles, a las víctimas o a los testigos de los hechos, fotografías extraídas de sus archivos. Tal actividad es propia de la policía científica (art. 184) y puede ser utilizada con mucho provecho para orientar la búsqueda del culpable³¹. Privar a la policía de dicha atribución sería limitar su tarea más allá de lo tolerable, exponiéndola al riesgo de un fracaso institucional.

Empero, una vez aprehendido el individuo señalado en las fotografías, la policía no podrá practicar el reconocimiento personal³². La manifiesta irreproductibilidad de este acto, desde el punto de vista psicológico, exige dejarlo exclusivamente

³⁰ T.S.J. Córdoba, "Ocampo", 19/3/71, y "Ludueña", 29/10/70. Pero la valoración deberá ser sumamente estricta y prolija, pues en tal caso no existirán los resguardos tendientes a evitar la "sugestión del banquillo". "La individualización efectuada por la víctima respecto del procesado, en la audiencia oral, constituye un «reconocimiento impropio», debiéndose tomar como integrativa de su declaración testimonial, que pudo haber sido, en lugar de señalarlo, citándolo por su nombre y apellido. La diligencia de reconocimiento en rueda tiende a la identificación de alguien que puede estar vinculado a un hecho; pero si quien afirma esa vinculación lo conoce nominalmente, tal extremo no es necesario que se realice. El punto crucial sobre el que habrá de ponerse sumo cuidado, tanto en un caso como en el otro, es la credibilidad que el reconociente merezca y la certeza con que dirige su imputación" (C.N.C.P., Sala III, causa 18, "Vitale, Rubén", 18/10/93, reg. 41, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, n° 4, p. 55). "El reconocimiento impropio o señalamiento del imputado, en la audiencia de debate, por parte de un testigo es un medio de prueba que encuentra adecuado fundamento legal en el art. 241, C.P.P., toda vez que el testigo, al deponer sobre los hechos, debe hacerlo sobre todas las circunstancias que los configuran, en cuanto a las personas, al lugar, al tiempo, al modo, etc., para que así su testimonio, integralmente valorado, sirva al descubrimiento de la verdad (confr.: T.S. Córdoba, *in re* «Reynoso, Oscar, y otro», S. 10, del 21/6/76)" (C.N.C.P., Sala II, causa 118, "Gutiérrez, Víctor", 3/6/94, reg. 175, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 2-b, p. 15).

³¹ T.S.J. Córdoba, "Rodríguez", "B.J.C.", t. XIX, p. 315.

³² Rectifico así mi opinión sostenida en *Reconocimiento de personas*, cit.

en manos de los jueces, sobre todo si, como en esta hipótesis, hay peligro de superposición de imágenes en la mente del reconociente, quien no sabrá, a ciencia cierta, si la imagen que obtiene en el reconocimiento judicial será confrontada con la aprehendida durante la comisión del delito o con la obtenida en la identificación fotográfica. A esto debe sumarse la generalizada inobservancia, en sede policial, de las normas que la ley procesal impone como resguardo de la fidelidad y sinceridad del acto.

50. RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL.

a) A poco de reflexionar sobre la naturaleza del reconocimiento, se advierte que se trata de un acto *irreproducible*; es decir, que no puede ser renovado en las mismas condiciones. En efecto: desde el punto de vista psicológico, la diligencia se reduce, en último término, a la confrontación de dos imágenes —una, percibida antes del proceso, y la otra, durante el acto— y a la formulación de un juicio de identidad o de diferencia entre ambas. Si se practica un segundo reconocimiento, cabrá siempre el peligro de que la imagen adquirida durante el primero persista en la mente del reconociente, superponiéndose a la percepción originaria, completándola o sustituyéndola. Ello arrojará dudas acerca de que realmente sea esta última la que se confronte con la obtenida en el nuevo acto.

b) Y por ser irreproducible es que la ley impone la observancia de ciertos requisitos, para que aun cuando el acto no haya sido cumplido en el debate, pueda servir de base a la sentencia. De tal manera, el reconocimiento practicado en esas condiciones adquiere valor *definitivo*. Las exigencias son las siguientes:

1) El órgano de ejecución deberá ser siempre *jurisdiccional*. En consecuencia, cuando el acto sea ordenado por el agente fiscal (art. 210), habrá de ser practicado por el juez de instrucción, a quien aquél solicitará que lo lleve a cabo. De no hacerlo así, la diligencia realizada directamente por el agente fiscal será nula (art. 213).

2) Antes de practicar la medida deberán ser notificados el fiscal y los defensores del imputado y de las partes, bajo pena de nulidad, a fin de que puedan asistir (arts. 200 y 201), salvo el caso de urgencia absoluta³³.

Se garantiza así, por una parte, el directo control de ellos sobre el acto, ya que podrán, durante su desarrollo, hacer las preguntas y observaciones que estimen convenientes, y pedir que se haga constar cualquier irregularidad. Consecuentemente, se prohíbe en forma expresa su realización en secreto (art. 204).

Por esto, aun cuando por mediar urgencia absoluta se ordene un reconocimiento sin previa notificación a las partes y a los defensores, si éstos se enterasen de tal medida por cualquier circunstancia, tendrán derecho a presenciarse e intervenir en ella.

51. DOCUMENTACIÓN.

De la diligencia de reconocimiento se labrará un *acta*, haciendo constar todas las circunstancias, incluso el nombre y el domicilio (art. 272) de quienes hayan formado la rueda.

a) La exigencia de un acta circunstanciada se refiere, sobre todo, al reconocimiento practicado en la etapa instructoria, pues éste podrá ser incorporado al debate mediante la lectura de aquélla y servir, así, de base a la sentencia (art. 392). Será necesario, entonces, que se puntualice detalladamente el cumplimiento de cada una de las formas establecidas para el acto. Si no se consigna su observancia, sea porque en los hechos tales formalidades no fueron respetadas, sea por omisión del actuario, el acta no podrá ser leída en el debate, lo cual le impedirá al tribunal de juicio tener en cuenta, al sentenciar, el reconocimiento así documentado.

³³ Habrá urgencia absoluta cuando la tardanza que la notificación previa pueda acarrear signifique una *renuncia* al ingreso de una prueba relevante, dice Vélez Mariconde, ob. cit., t. I, p. 349. Sería el caso, por ejemplo, en que el juez se enterase de que el sujeto pasivo del reconocimiento está a punto de desfigurarse, para evitar ser identificado, mediante cirugía plástica.

b) La confección del acta corresponderá al secretario del tribunal que practique la diligencia (art. 138), quien deberá redactarla a medida que ésta se vaya desenvolviendo, o inmediatamente después, previniendo, de tal modo, "los olvidos tan fáciles de una memoria infiel y los vacíos que más tarde la imaginación sola tendrá que llenar"³⁴.

c) El acta será labrada con arreglo a lo dispuesto por los arts. 139 y ss., y firmada por todas las personas que intervengan en el acto, con excepción del individuo que se pretenda reconocer y de los integrantes de la rueda, pues esto no es exigido expresamente. Respecto de los últimos, habrá que hacer constar su nombre y domicilio.

d) Si el reconocimiento fuera llevado a cabo en la audiencia del juicio, habrá que dejar constancia de ello en el acta del debate, y no será de aplicación, en este caso, la exigencia relativa a las firmas de los intervinientes.

52. VALORACIÓN.

Por su naturaleza (psicológica), el reconocimiento se halla particularmente expuesto a errores³⁵, los cuales estarán relacionados, en su mayor parte, con las condiciones y la forma en que se desarrolle el proceso reconocitivo³⁶.

³⁴ C. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1916, p. 135.

³⁵ "Los errores de reconocimiento -escribió F. Gorphe, *La crítica del testimonio*, p. 215- no pueden contarse; un volumen no bastaría para relatar todos los que han sido descubiertos, que por lo demás no han sido sino una pequeña parte". El citado autor recuerda casos famosos de falsos reconocimientos, cuya lectura resulta sumamente ilustrativa. Otro tanto hace E. Altavilla, *Psicología judicial*, t. I, ps. 428 y ss., clasificando las distintas fuentes o razones posibles del error. Entre nosotros se puede hallar algunos casos de recursos de revisión intentados por identificaciones erróneas. Pero, como señala García Goyena, *Ferbrero*, p. 520, "aunque es verdad que el reconocimiento en rueda de presos no es tan seguro que no falle varias veces, cuando no es posible hallar otro que dé resultados más ventajosos, será necesario valerse de él para alcanzar la verdad hasta el punto que puede hacerse, atendiendo la capacidad o la condición humana. Deberán sí tomarse las mayores precauciones para impedir los daños y emplear con este objeto todos los medios que sugiere la prudencia judicial".

³⁶ Cfr.: Emilio Mira y López, *Manual de psicología jurídica*, ps. 176, 181 y ss.

a) Será preciso advertir que el grado de fatiga psíquica del perceptor, sus tendencias afectivas, sus hábitos, etc., influyen sobre la precisión y extensión de la *percepción*. Ésta será más fiel en cuanto se refiere a datos cualitativos que a cuantitativos, a impresiones ópticas que a acústicas, etc. Determinada situación será mejor percibida, en general, por los hombres que por las mujeres, pero éstas, en cambio, percibirán con más exactitud los detalles que aquéllos.

b) A su vez, la *evocación* puede verse suprimida o dificultada por ciertas causas. Así, cuando la *percepción* ha conmovido mecanismos emocionales, provocando dolor, horror, repugnancia, etc., puede resultar difícil o imposible de evocar, pues hacerlo importaría reproducir el doloroso sentimiento anexo a aquélla, a lo cual se resistirá el subconciente. Asimismo, el transcurso del tiempo debe ser tenido en cuenta.

c) El *juicio sobre la posible identidad* entre la *percepción* originaria y la *adquirida* durante el acto puede ser influido por la *atención expectante*³⁷, fenómeno producido por la idea de que entre las personas exhibidas pueda estar la vista. Esto llevará al reconociente, inconcientemente, a señalar como el individuo buscado a aquel que se aleje menos de la impresión que tiene en la mente. (Ver nota 27.)

d) Asimismo, será necesario atender a los "rasgos humanos genéricos del reconociente" (edad, sexo, salud mental y física, condición social, carácter moral, etc.) y a sus disposiciones afectivas (interés, odio, solidaridad, etc.)³⁸, puesto que estas circunstancias podrán llevarlo a deformar voluntaria o involuntariamente la verdad, provocando un reconocimiento falso de su parte. Son aplicables aquí las pautas de valoración señaladas respecto del testimonio (ver nº 41).

³⁷ Abraham Bartoloni Ferro, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, t. II, p. 270.

³⁸ Gorphe, ob. cit., p. 636.

53. RECONOCIMIENTO DE COSAS.

La ley autoriza que se intente identificar cosas mediante la intervención de aquellas personas que puedan reconocerlas.

a) Objeto del acto pueden ser cosas muebles o inmuebles, animadas (animales) o inanimadas (cosas materiales)³⁹. La ley se ocupa especialmente del reconocimiento de elementos de convicción secuestrados (art. 385) y de cadáveres (art. 220).

b) Antes del acto, la persona que deba verificarlo (testigo, imputado, etc.) será invitada a describir⁴⁰ la cosa a reconocer (art. 275). Luego, ésta le será *exhibida*, junto a otras semejantes "en cuanto sea posible"⁴¹ (art. 275). A continuación, será interrogada sobre si *reconoce* entre las exhibidas a la descrita.

c) En lo demás, regirán las reglas sobre reconocimiento de personas que se ha referido precedentemente, sólo en cuanto *sea posible* (art. 275).

³⁹ Eugenio Florian, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1969, t. II, p. 461.

⁴⁰ Si no puede o no quiere describir la cosa, "al acto le faltará una forma necesaria que lo privará de valor", expresa Núñez, *Código...*, cit., p. 240.

⁴¹ A diferencia de lo que dispone para el reconocimiento de personas, en que la presentación junto a otras se impone de modo obligatorio, aquí tiene carácter facultativo. Tanto es así que el art. 385 se refiere a la presentación de elementos de convicción secuestrados; nada dice sobre exhibición conjunta.

CAPÍTULO IV

RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO

54. CONCEPTO.

La reconstrucción es un acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa de un hecho, en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado.

a) Se trata de una representación tangible, aunque aproximativa¹, de la realidad, con el propósito de *reevocar* un suceso poniendo en juego todos los elementos "materiales y personales que debieron contribuir a su formación"². Los individuos y los objetos que se conjugaron para la producción del hecho deberán ser puestos en movimiento en forma simultánea y coordinada, siguiendo los lineamientos en que se afirma o se supone que el acontecimiento ocurrió. Se trata, en esencia, de una representación simulada del comportamiento que habrían observado los protagonistas del hecho a reconstruir.

b) Pero la nuda reproducción del suceso *no agota* el contenido de la reconstrucción. Así, por ejemplo, si se la lleva a cabo en el mismo lugar en donde ocurrió el hecho, con la intervención de los mismos individuos u objetos que participaron o fueron utilizados en la realidad, el acto se verá seguramente integrado por una *inspección judicial* de personas

¹ Eugenio Florian, *Prove penali*, Milano, 1921, t. II, ps. 224 y ss.

² Enrique Jiménez Asenjo, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 441 y ss.

o cosas. Si fuera necesario que los actores precisen o aclaren determinadas circunstancias, se los interrogará, complementando en tal caso el experimento con *declaraciones testimoniales* (o del imputado). Y para su mayor eficacia podrán ser practicadas todas las operaciones técnicas y científicas necesarias (pericias, interpretaciones, croquis, planos, fotografías, etc.).

Si bien cada uno de estos actos complementarios deberá ajustarse a su regulación legal específica, son parte de la reconstrucción. La coordinación de todos ellos, en el marco de la reproducción simulada, proporcionará un conocimiento combinado sobre el hecho, que será el resultado del experimento³.

55. OBJETO.

Cualquier alteración de la realidad, cualquier modificación del mundo exterior, sea involuntaria (hecho natural) o voluntaria (hecho humano), podrá ser reconstruida judicialmente, siempre que sea "pertinente y relevante desde el punto de vista probatorio"⁴.

Será posible reconstruir, entonces, tanto "el desarrollo de la acción (u omisión) que constituye el objeto de la imputación"⁵, o una parte o circunstancia de ella, como hechos ajenos a ella pero relacionados con la prueba⁶.

56. PRESUPUESTO.

Para comprobar si un hecho fue o pudo ser efectuado de un modo determinado, se podrá ordenar su reconstrucción (art. 221).

³ Cfr. José I. Cafferata Nores, *Reconstrucción del hecho*, "Revista de Estudios Procesales" (Rosario), n° 13, en donde el autor indica las opiniones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la reconstrucción y se adhiere a la posición de Clariá Olmedo en cuanto a que es un medio de prueba complejo y autónomo.

⁴ Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, p. 176.

⁵ Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, ps. 223 y ss.

⁶ Salvo que se trate de hechos cuya reproducción simulada pueda afectar la moral o el orden públicos.

El experimento tiene un *presupuesto*: la incorporación previa de elementos de prueba de los cuales se pueda inferir la existencia del acontecimiento a reconstruir. Las declaraciones de imputados o testigos, los resultados de una pericia o inspección judicial, etc., aportarán datos que aun cuando puedan ser confusos o contradictorios entre sí, trazarán los lineamientos generales de la existencia del hecho o del modo en que él se desarrolló.

Sin el concurso previo de esos elementos probatorios no será posible realizar la reconstrucción; pues ésta presupone, necesariamente, la indicación más o menos precisa del acontecimiento a reconstruir⁷.

57. FINALIDAD.

El propósito de la reconstrucción del hecho es "*comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado*" (art. 221).

1) El experimento tendrá por finalidad verificar si un acontecimiento ha podido suceder y "*si en efecto ha sucedido como se afirma*"⁸ o se presume. Con él se intentará disipar las dudas existentes al respecto (surgidas ya sea de las versiones discordantes o contradictorias de los imputados, testigos, peritos, etc., o bien de otros elementos de juicio recogidos por la investigación).

2) Se ha dicho, también, que la reconstrucción puede estar dirigida a la "*indagación psicológica*", destinada a captar y apreciar las reacciones de imputados o testigos frente a la reproducción del hecho⁹, siempre que no se trate de utilizarla como medio de coerción psíquica sobre el imputado (que aceptó intervenir en el acto), con el propósito de inducirlo a confesar su culpabilidad¹⁰.

⁷ Artemio Moreno, *Doctrina y práctica del procedimiento penal*, t. II, p. 273, recuerda que el juez se servirá de las pruebas recogidas para ordenar las cosas y reandar el camino del crimen, repitiéndolo en ficción.

⁸ Jiménez Asenjo, *ob. cit.*, t. I, p. 491.

⁹ Guglielmo Sabatini, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1933, p. 227.

¹⁰ Como lo plantea Enrico Altavilla, *Psicología judicial*, cuando "la presencia de la propia víctima «produzca» en el delincuente no avezado del crimen un

3) La reconstrucción desempeña, así, una verdadera *función de control*¹¹ sobre la exactitud, posibilidad o verosimilitud de los elementos de prueba ya incorporados por la investigación. Pero también se podrá adquirir con ella nuevos datos probatorios, que confirmarán o eliminarán los anteriores, y obtener verificaciones más precisas, cuando no completamente nuevas¹².

58. INTERVINIENTES.

La ley regula la participación de distintas personas en el experimento.

a) *Imputado.*

Al disponer el art. 221 que nunca se obligará al imputado a intervenir en la reconstrucción, no sólo aleja toda duda acerca de que éste pueda participar, sino que establece claramente que su intervención ha de ser totalmente voluntaria. Sostener lo contrario importaría exigirle que proporcione prueba en contra de su libre voluntad, lo cual está expresamente prohibido por nuestra ley procesal (art. 296) (reglamentaria, en este aspecto, del art. 18, C.N.). Cuando aquél intervenga en una reconstrucción serán aplicables las normas de la "declaración del imputado" (indagatoria), y el acto funcionará como un medio de defensa en lo que a él respecta, sin perjuicio de que su participación (y los elementos de prueba que por ella surjan) pueda ser aprovechada como prueba.

En consecuencia, no se podrá compeler al encartado a concurrir al lugar de realización del acto, ni a presenciarlo (argumento del art. 366), ni obligarlo a intervenir en el expe-

estado de emoción tan profundo", que sea "capaz de desorientarlo en su plan de defensa y obtener así su confesión", criterio inadmisible en nuestro ordenamiento legal. (Ver nº 8, 2, D.)

¹¹ Florian, ob. cit., t. II, ps. 554 y 563.

¹² Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 174.

rimento, ni constreñirlo a continuar participando en contra de su voluntad.

b) Testigos.

Las personas que tengan conocimiento del hecho que se pretende reproducir (y que no se hallen imputadas en el proceso) estarán obligadas a concurrir al acto, y deben prestar juramento (art. 223). Pero su participación no se limitará sólo a transmitir oralmente sus percepciones (testimonio en sentido propio), sino que deberán desplegar una actividad física complementaria (caminar, gritar, arrojar objetos, etc.), con el fin de obtener la representación material del acontecimiento que vivieron o conocieron con anterioridad. Tratándose de testigos en sentido propio, regirán las disposiciones sobre prohibición de declarar, facultad de abstención, etc. (Ver nº 35.)

c) Peritos.

El art. 222 autoriza al juez a ordenar todas las *operaciones científicas* convenientes para una mayor eficacia de la reconstrucción, las cuales podrán ser realizadas por *peritos* (a quienes el art. 223 les impone el deber de prestar juramento cuando intervengan en "actos de reconstrucción"). Tales disposiciones se correlacionan con otras referidas especialmente a los peritos, como el art. 260, que permite al magistrado autorizar al experto para "asistir a determinados actos procesales", y el art. 263, que exige la descripción del "hecho examinado" en el dictamen pericial. En cuanto al nombramiento y a las condiciones generales de actuación, serán aplicables las disposiciones contenidas en los arts. 253 y ss., teniendo siempre en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

d) Intérpretes.

La posibilidad de que participen intérpretes en el experimento surge del art. 223, el cual -al igual que con respecto

a los testigos y peritos— exige que presten juramento cuando “intervengan en actos de reconstrucción”. Será necesaria su actuación (que se regirá por los arts. 268 y 269) cuando alguno de los participantes en el acto no entienda el idioma nacional, o esté físicamente impedido para comprender o expresarse por medio de la palabra (oral o escrita) (arts. 119 y 268).

e) Sustitutos.

En los casos en que no sea posible hacer participar en el experimento a los mismos protagonistas del hecho que se quiere reproducir, y su intervención personal no sea necesaria para el éxito de la reconstrucción, el magistrado podrá sustituir a aquéllos por otras personas, para que desempeñen su papel. Estas últimas serán simple ejecutoras materiales de las acciones u omisiones que estuvieron a cargo de los verdaderos actores del acontecimiento, y no adquirirán, en consecuencia, ninguna calidad procesal¹³.

f) Auxiliares.

El art. 222 autoriza al magistrado a “ordenar todas las operaciones técnicas convenientes” para la *mayor eficacia* de la reconstrucción. En esta tarea colaborarán con el tribunal distintas personas (fotógrafos, dibujantes, camarógrafos, etc.), generalmente pertenecientes a los gabinetes técnicos de la policía judicial, para la mejor documentación del desarrollo del acto o de sus aspectos más importantes.

59. DESARROLLO DEL ACTO.

a) Antes de comenzar la ejecución del experimento, el magistrado actuante comprobará la presencia de las personas que deban participar (órganos de prueba, imputados) o de sus sustitutos, quienes, si es el caso, podrán ser designados en ese

¹³ Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 230.

mismo momento. También deberá verificar la existencia de los objetos necesarios y su distribución en los sitios adecuados. Ubicará a los fotógrafos, dibujantes, etc., en lugares estratégicos, desde donde puedan prestar una efectiva colaboración en la documentación de la diligencia, y recibirá juramento a quienes deban prestarlo.

b) A continuación, los participantes se distribuirán en los sitios que les corresponda, y bajo la dirección del magistrado comenzará la parte dinámica de la reconstrucción (con el control pericial si fuere necesario). Los actores se pondrán en movimiento, tratando de *reproducir el comportamiento* observado durante el desarrollo del hecho que se reconstruye y cuya existencia o modalidad se pretende controlar. Su actuación estará dirigida a *representar la realidad que vivieron*, mientras el juez cuidará que la reconstrucción histórica sea lo más exacta posible. Esto último, se logrará manteniendo la actuación de los participantes dentro de las líneas generales de las versiones del acontecimiento aportadas con anterioridad, sin descuidar las divergencias que pudieren surgir de ellas o las exageradas coincidencias.

Para obtener mejores resultados, se podrá formular todas las preguntas necesarias para explicar o aclarar cualquier circunstancia, u ordenar a los intervinientes que repitan o descompongan determinados movimientos. “Ésta es la parte viva del acto, que producirá los elementos probatorios propios de él y autónomos de los que le sirvieron de sustento”¹⁴.

c) De lo actuado se labrará un acta conforme a las disposiciones generales sobre la materia (arts. 138 y ss.), y se podrá completar la descripción con las operaciones técnicas a que ya hemos hecho referencia (fotografías, dibujos, etc.), a los efectos de fijar las imágenes de los momentos culminantes del experimento.

¹⁴ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 178.

60. ÓRGANO DE EJECUCIÓN.

a) En la instrucción, el experimento será practicado por el juez encargado de ella, con observancia de las formalidades y garantías prescritas por los arts. 200 y 201. Si el agente fiscal, que dirige la investigación, estima necesario realizar una reconstrucción, la ordenará, y solicitará al juez que la lleve a cabo (art. 213).

El acto cumplido en estas condiciones podrá ser incorporado al debate por medio de la lectura del acta que lo documentó (art. 392), y dar base a la sentencia.

b) Aunque no es lo común, también durante el juicio se podría ordenar la reconstrucción tanto por vía de instrucción suplementaria (art. 357) como durante el debate, a pedido de parte, de oficio o cuando nuevas circunstancias la hicieran indispensable, aunque no haya sido ofrecida como prueba (arts. 355 y 388). En las hipótesis mencionadas se deberá observar las normas que regulan la instrucción, en cuanto sean aplicables (arts. 382).

c) No hay ninguna disposición expresa que autorice a la policía judicial a realizar reconstrucciones, y de las atribuciones genéricas no parece desprenderse tal posibilidad. Si bien tiene la obligación de investigar los delitos de acción pública y reunir las pruebas útiles (art. 183), para lo cual cuenta con los poderes preceptuados en el art. 184, no se le confiere la facultad de *controlar* las pruebas recibidas, que es lo que caracteriza a la reconstrucción.

61. RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL.

El C.P.P. somete la reconstrucción del hecho al régimen de los actos *definitivos e irreproductibles*¹⁵ (arts. 200 y 201). En

¹⁵ Es irreproductible pues si se lo realiza de nuevo siempre existirá el peligro de que no se reconstruya el hecho objeto del acto, sino la reconstrucción anterior, con serio compromiso para su función de control.

virtud de ello, la realización del experimento está sujeta a la observancia de ciertos requisitos.

a) En cuanto al órgano de ejecución, deberá siempre ser jurisdiccional. El agente fiscal, que dirige la investigación (art. 196, 1^{er} párrafo), no podrá practicar por sí mismo la reconstrucción. Sólo podrá *ordenarla* y requerir al juez de instrucción su realización (art. 213). (Ver nº 60, a.)

b) Antes de ser practicada la medida habrá que notificar al ministerio fiscal y a los defensores, *bajo pena de nulidad*, a fin de que puedan asistir, salvo el caso de urgencia absoluta¹⁶. Se garantiza, así, el control directo de aquéllos sobre el acto, pues durante su desarrollo podrán formular todas las preguntas u observaciones que estimen convenientes y pedir que se haga constar cualquier irregularidad.

c) Se prohíbe en forma expresa la realización del acto en secreto (art. 204). Consecuentemente, cuando por mediar urgencia absoluta se ordenara una reconstrucción sin previa notificación al ministerio fiscal y a los defensores, si éstos se enterasen de tal medida por cualquier medio, tendrán derecho a intervenir.

62. VALORACIÓN.

Factores de diversa índole hacen indispensable un cuidadoso examen crítico de la reconstrucción, para obtener una correcta valoración de sus resultados.

a) No siempre será posible reproducir fielmente las condiciones de lugar, tiempo y acción en que el hecho a reconstruir se desarrolló, en virtud de las modificaciones que pudieran haberse producido "en la naturaleza de las cosas". En consecuencia, será menester reparar en esas diferencias, a fin de corregir los resultados comparativos¹⁷.

b) Es importante destacar también que las circunstancias que influyen sobre la exacta percepción de los testigos, peritos,

¹⁶ Sobre el concepto de urgencia absoluta, Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 407. (Ver nº 24, c, 4.)

¹⁷ François Gorphe, *La apreciación judicial de las pruebas*, p. 183.

etc., pueden influir aquí *sobre el propio juzgador* que observa directamente el acto; pero con el agravante de que por ser varios los órganos de prueba que concurrirán simultáneamente en una acción común¹⁸, se le hará aún más difícil aprehender todos los elementos probatorios que surjan del experimento.

c) No habrá que olvidar, tampoco, que los intervinientes en la reconstrucción podrán inclinarse –aun inconscientemente– por ratificar en los hechos (mediante su actuación) la versión que aportaron con anterioridad, aunque tal relato haya sido inexacto. Difícilmente se hallará un individuo que reconozca –aunque la diligencia se lo demuestre– haber realizado una incorrecta apreciación de lo sucedido; antes bien, tratará de conformar su actuación a la idea preconcebida.

d) Lo expuesto hasta aquí es útil para poner de manifiesto la necesidad de que el magistrado empeñe toda su capacidad y experiencia, tanto en la dirección como en la interpretación del acto. Si así lo hace, el aporte probatorio de la reconstrucción podrá ser de imponderable valor para el descubrimiento de la verdad.

¹⁸ Florian, ob. cit., t. II, p. 566, quien aconseja, también, reparar en la *artificialidad del acto*. “En la vida –señala–, las cosas no se repiten de idéntico modo, y el arte, por muy fino que sea, no puede plasmar completamente lo que ha desaparecido con el tiempo” (*Elementos de derecho procesal penal*, p. 196).

CAPÍTULO V

CAREO

63. CONCEPTO.

El careo es una confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad.

64. AUTONOMÍA.

Se discute¹ sobre su autonomía como medio de prueba, pero es innegable que presenta rasgos particulares, pues a la versión del imputado o de los testigos que se recoge en el acto (y sus eventuales ratificaciones o modificaciones) se agrega la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en discrepancia, que puede ser de suma importancia para descubrir cuál de ellos es que se expide con mayor sinceridad.

¹ Manzini, *Tratado . . .*, cit., t. IV, p. 214, no le reconoce autonomía como medio de prueba. Opina lo contrario Florian, *De las pruebas . . .*, cit., t. II, p. 489, quien agrega que "el juez indaga la actitud, el comportamiento, la expresión y las depresiones" de los participantes en el careo, de lo cual puede deducir, "con inteligencia de magistrado y agudeza de observador", "elementos psicológicos de imparcial, honrada y sincera convicción".

65. REGLAMENTACIÓN LEGAL.

El Código Procesal Penal regula separadamente el careo en un capítulo independiente entre los destinados a los medios de prueba.

a) *Presupuesto.*

El careo tiene como *presupuesto* la producción, en el proceso, de *más de dos declaraciones*, y que en ellas se haya vertido manifestaciones *contradictorias* sobre hechos o circunstancias importantes (art. 276).

1) Las deposiciones discordantes deben haber sido legalmente recibidas y podrán provenir tanto de testigos como de imputados, sin perjuicio de las particulares previsiones legales que se impone según sean unos u otros.

2) La *contradicción* entre los dichos de quienes serán confrontados –que es el presupuesto básico de la realización del careo– podrá recaer sobre “la existencia de hechos o sobre un accidente de modo, tiempo, lugar, etc.”². El acto perseguirá la superación del desacuerdo y el esclarecimiento de los puntos controvertidos³, para despejar las dudas derivadas de la discordancia entre los diferentes dichos.

La discrepancia debe ser *expresa*, es decir, originada en *versiones* diferentes vertidas en las respectivas declaraciones. En consecuencia, no será idónea para la realización de un careo una contradicción implícita, como sería, por ejemplo, la que subyace entre la versión del imputado, que niega su partici-

² Ricardo Núñez, *Código . . .*, cit., p. 267. “El careo es un medio de prueba cuya producción es facultativa, como surge del texto del art. 276 del C.P.P.N., por lo que su denegación no importa, en principio, arbitrariedad alguna; menos aún si su rechazo pudo atender razonablemente al interés de no violentar a la menor víctima” (C.N.C.P., Sala I, causa 66, “Pinto, Ramón”, 8/11/93, reg. 75, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1993, nº 5, p. 11).

³ “Aun cuando no siempre y tal vez la mayoría de las veces no se obtenga en realidad ese resultado” (Florian, *De las pruebas . . .*, cit., t. II, p. 492).

pación en el hecho, y el dicho del testigo que lo reconoce, en rueda de personas, como protagonista de aquél⁴.

3) Para que autoricen el careo, las contradicciones deben recaer sobre "*hechos o circunstancias importantes*" (art. 276), es decir, relevantes a los fines del esclarecimiento de la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. Queda excluida la posibilidad de practicar el acto frente a discordancias sobre aspectos de escasa significación.

La ley deja totalmente en manos del tribunal actuante el juicio acerca de la *importancia* de la discrepancia.

4) Además, la contradicción debe tornar *dudosas* todas las declaraciones discrepantes, pues el careo tiende a despejar las dudas existentes⁵. Si a pesar de haber discordancias resulta clara la veracidad de una declaración y la sinceridad de la otra, el acto carecerá de sentido.

b) *Intervinientes.*

Es posible la confrontación entre imputados, entre testigos y entre imputados y testigos, y pueden participar en el acto más de dos de ellos (arts. 276 y 278).

1) En todo caso, se requiere la intervención personal de los declarantes en contradicción (art. 278), por lo cual no se admite el denominado "*medio careo*", consistente en hacer conocer a uno de los intervinientes la declaración contradictoria del otro, sin enfrentarlo con éste.

2) En caso de que una de las versiones contradictorias haya sido proporcionada por el imputado, podrá sometérselo al careo solamente si presta su asentimiento (arg. art. 276), pudiendo asistir al acto su defensor (art. 278). Su negativa, por estar amparada por el principio general de los arts. 18, C.N., y 296, C.P.P., no podrá ser utilizada como presunción de culpabilidad en su contra (arg. art. 298). Si se presta al acto, éste

⁴ Cfr.: Francisco D'Albora, *Curso de derecho procesal penal*, t. I, p. 241.

⁵ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 144, quien fundamenta esa limitación en "*el respeto a la persona ante un acto que podrá ser insidioso*", aunque acepta algunas excepciones, como, por ejemplo, si lo pidiera la defensa del imputado.

funcionará como medio de ejercer su defensa material, por lo cual regirán las disposiciones atinentes a la declaración indagatoria (arts. 296 y ss.).

3) En vista de que conforme a nuestro sistema el actor civil y el querellante no están exentos de la obligación de declarar (arts. 86 y 96), si hubieran depuesto en el proceso podrán ser sometidos al careo con otros testigos o con el imputado.

4) No ocurre lo mismo con los peritos, pues las discrepancias entre sus conclusiones tienen en la ley otra vía específica de solución: la designación de peritos nuevos (art. 262).

c) Procedimiento.

La ley establece el procedimiento a que se debe ajustar el careo.

1) Quienes hayan de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, salvo el imputado (art. 227) y el querellante en los delitos de acción privada (art. 430).

2) Luego habrá que leerles a los careados, "en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias" (art. 278). Esta lectura proporcionará la base para la discusión, circunscribiendo el ámbito propio de ella.

3) Posteriormente a la lectura, "se llamará la atención de los careados sobre las discrepancias, a fin de que se reconvenzan o traten de ponerse de acuerdo" (art. 278). Éstos se preguntarán recíprocamente, harán o pedirán aclaraciones, invocarán detalles para ayudar a la memoria del otro, o, directamente, se tildarán de mentirosos. Pero si en el careo interviniera un imputado, regirán a su respecto las garantías previstas para su declaración.

d) Dirección y documentación.

El juez dirigirá el acto impidiendo divagaciones, amenazas e insultos, y con espíritu perspicaz.

El careo puede arrojar, como resultado objetivo, el de que los contradictores se mantengan en sus dichos o que alguno de ellos se rectifique, de todo lo cual se deberá dejar constancia

(como también de las reconvenções que se hagan los careados) (art. 278).

Subjetivamente, el juez podrá formarse una opinión acerca de la sinceridad de cada uno de los protagonistas, según las actitudes que éstos vayan asumiendo durante el acto. Empero, respecto de estas impresiones obtenidas en el careo, no se hará referencia en el acta (art. 278), para no perjudicar la libertad de convencimiento del tribunal de juicio mediante “un elemento gravemente insidioso e incontrolable”, que “a menudo podría ser decisivo”⁶.

66. ÓRGANO DE EJECUCIÓN.

El careo podrá llevarlo a cabo el juez de instrucción o el agente fiscal que dirija la investigación (art. 210, ya que no se trata de un acto definitivo e irreproducible, pues tanto su naturaleza como sus características aconsejan su repetición en el debate. En ambos casos, el acta que lo documente podrá ser incorporada a éste por su lectura (art. 392).

También se lo podrá ordenar durante el juicio, tanto sobre contradicciones existentes con anterioridad como sobre las que pudieran aparecer en el debate.

La policía judicial carece de atribuciones para realizar careos (art. 184, *a contrario sensu*), pues no tiene facultades para controlar pruebas.

En la instrucción, tendrán derecho a intervenir en él tanto el agente fiscal (art. 198) como el defensor del imputado que participó en el careo (art. 278). Los defensores de coimputados y de las otras partes gozarán de la misma atribución, “siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación” (art. 202).

⁶ Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 248, nota 210. Si bien la prohibición no está conminada con nulidad, su inobservancia podría determinar que el acta de careo no fuese incorporada al debate, por no haber sido labrada “de conformidad con las normas de la instrucción”.

67. EFICACIA PROBATORIA.

El valor probatorio del careo podrá devenir tanto de la superación de las contradicciones, por decisión de los intervinientes (rectificación, retractación o acuerdo), como de los nuevos elementos que le proporcione al juez la confrontación inmediata entre los careados, para valorar la veracidad y sinceridad de la ratificación de los dichos discordantes.

Empero, siempre habrá que estimar su resultado "con discreción y con suma relatividad", no sólo prestando atención a las múltiples razones que puedan hacer que uno de los declarantes en contradicción se pliegue a la versión del otro, o se obstine en mantener la propia, sino tratando de evitar simplificaciones peligrosas sobre los motivos de la palidez, tranquilidad o cólera de aquéllos, para buscar su "íntima y a menudo tormentosa elaboración psicológica"⁷.

⁷ Florian, *De las pruebas . . .*, cit., t. II, p. 497.

CAPÍTULO VI

CONFESIÓN

68. NOCIÓN E IMPORTANCIA.

Vulgarmente, se entiende por "confesión" la *aceptación de su culpabilidad* realizada por el *sospechoso* de un delito. Respecto de las *partes civiles* no se prevé la confesión: el actor civil debe declarar como testigo (art. 96). Pero nada impide que las manifestaciones de cualquiera de ellos sean valoradas con arreglo a la libre convicción y usadas en contra de sus intereses.

a) Actualmente, *carece del valor decisivo* que antes se le atribuía¹. Frente a ella, el juez penal no queda hoy día dispensado del deber de proseguir la investigación, al punto de que puede aun apartarse de la confesión, declarándola insuficiente, falsa, etc.². En suma, ésta no exime al magistrado del deber de investigar la verdad real³.

¹ Al menos en las leyes se advierte este avance. No obstante, en los hechos se sigue buscando la confesión del imputado, a veces utilizando procedimientos proscritos por la Constitución y la ley. Sobre este tema, ver José I. Cafferata Nores, *El imputado*, ps. 194 y ss. En el proceso civil, en cambio, la confesión de la parte impide (por regla general) la investigación judicial sobre la justicia de la pretensión deducida. La diferencia se explica por la distinta naturaleza de los intereses que se ventila en cada uno de esos procesos. Cfr.: Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 183.

² La experiencia ha indicado que las confesiones pueden no ser ciertas, y obedecer, en cambio, a fanatismos, a razones de lucro, al intento de desviar las investigaciones para dar tiempo al culpable de ponerse a salvo, al deseo de librarse de interrogatorios atormentadores, etc. Ver: Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 495.

³ La excepción del art. 408, C.P.P., referida al juicio correccional, y la más reciente del art. 431 bis, referida al juicio abreviado, son aparentes, pues la pri-

b) No obstante, en la experiencia tribunalicia se advierte marcado interés en lograr la confesión. Se ha dado tres razones principales para explicar este fenómeno: 1) el juez, teniendo una confesión, se siente más tranquilo al dictar una sentencia condenatoria; 2) "no es el juez quien condena al imputado, sino que es el mismo imputado quien, confesando, se condena a sí mismo"; y 3) la confesión lleva a la sociedad, a la opinión pública, una impresión indubitable de la justicia del pronunciamiento. La comunidad, frente a un imputado confeso, no duda, comúnmente, de la corrección de la sentencia⁴.

c) Si bien puede tener lugar (y así ocurre por lo general) en el curso de una declaración indagatoria, es necesario *enfaticizar* en la clara autonomía conceptual de ambas. Tal declaración *no es* un medio de lograr la confesión, sino un *medio de defensa*⁵ del imputado. Si éste quiere confesar, lo hará; pero el reconocimiento de culpabilidad será un resultado *eventual* del acto.

Sin embargo, por fuerza de esta realidad, las normas que regulan la declaración del imputado (arts. 296 y ss.) devienen reglamentarias de la validez *formal* de la confesión (la cual, por otra parte, no tiene en el C.P.P. una regulación especial, salvo la mención particular del art. 408).

d) Se trata, en realidad, de un importante elemento de cargo⁶, cuya utilización como prueba está implícitamente au-

mera requiere, además de la confesión *circunstanciada y llana* de la culpabilidad, el *acuerdo* entre el juez, el fiscal, el querellante y los defensores, en tanto que la segunda dispone claramente que la sentencia del juicio abreviado deberá estar fundada en las pruebas recibidas durante la instrucción. Es decir, sólo serán aplicables cuando la confesión resulte *creíble* según las constancias de autos. Ello demuestra que aun en estas hipótesis la confesión carece de una eficacia formal preestablecida. (Ver otra perspectiva sobre el tema en el n° 103.)

⁴ José I. Cafferata Nores, *El imputado*, p. 195, recordando a otros autores.

⁵ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 378. En el mismo sentido, T.S.J. Córdoba, "L.L.", 23/12/75. Ver también Tulio Sauchelli, *Confesión del delito*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. III, p. 792, y Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 251.

⁶ "Es la declaración más fuerte y decisiva en orden a la prueba, y aun diremos la más sugestiva", sostiene Eugenio Florian, *Elementos de derecho procesal penal*, p. 330.

torizada por la ley procesal (argumento del art. 408) si se produce en las condiciones que veremos más adelante.

69. CONCEPTO.

La *confesión* es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra⁷. En tal caso se la suele denominar *simple*, en tanto que se la llama *calificada* si se le añade circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado). En esta última hipótesis es posible, si se acredita (por elementos objetivos independientes) la inexistencia de la disculpa, aceptar el reconocimiento de participación en el hecho y valorarlo como prueba de cargo (ver n° 71).

La confesión puede ser manifestada como *narración* de los hechos o como *aceptación* de la verdad de los cargos formulados -v.gr., la requerida para el juicio abreviado (art. 431 bis, C.P.P.)-.

70. REQUISITOS DE VALIDEZ.

Si bien en el C.P.P. no hay una regulación específica del tema, del contexto general de sus disposiciones cabe extraer algunos requisitos para considerar a la confesión como tal⁸.

⁷ Cfr.: J. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, p. 91, quien señala que el reconocimiento puede ser total o parcial, y referirse a cualquiera de los elementos integradores de la conducta inculpada o a otro cualquiera del cual ella pueda ser inferida (indicio).

⁸ Es decir, idónea para ser "invocada como prueba en contra del imputado", dice Carlos Rubianes, *Manual de derecho procesal penal*, t. II, p. 211. Cfr.: Núñez, *Código...*, cit., p. 409. "La declaración testimonial del policía, que dio cuenta de la información suministrada por quien fue interrogado previo a su detención, no importa una declaración formal del imputado, sino la de un agente que da noticia al juez acerca de lo que ha oído, cumpliendo con una obligación" (C.N.C.P., Sala III, "Cardozo, Luis", 15/3/95, reg. 32, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1er. trim., p. 37).

a) Quien confiesa debe estar en condiciones intelectuales como para producir una manifestación de conocimiento y voluntad jurídicamente atendible (doctrina de los arts. 76, 77 y 299, *in fine*, C.P.P.).

Es común que se añada otros requisitos a los ya expuestos, pero ellos se vinculan con ciertas exigencias legislativas sobre la confesión, previstas en los códigos antiguos, o con las condiciones para darle credibilidad.

b) Debe producírsela en forma *libre*. Ha sido descalificada cuando fue prestada sin estar el imputado "en completo estado de tranquilidad"⁹, o bajo la coacción moral que importa el *juramento*¹⁰, o mediante *apremios ilegales*¹¹ (doctrina de los arts. 18, C.N., y 296 y 299, *in fine*, C.P.P.).

c) Tiene que prestársela ante el *órgano judicial* con atribuciones concretas para la investigación y el juzgamiento del asunto: es la garantía de judicialidad (art. 294).

d) Se la debe prestar con el *propósito de confesar*. No se admite como tal la denominada confesión *ficta* (derivada de la fuga del imputado)¹² o *implícita* (extraída, v.gr., de la transacción extrajudicial sobre el daño ocasionado por el delito)¹³. Tampoco la lograda mediante preguntas capciosas o sugestivas (art. 299), o por *error*¹⁴.

⁹ T.S.J. Córdoba, "Brajovich", "L.L.", n° 246, 23/12/75.

¹⁰ C.S.N., "Fallos", I, 350, 281-177.

¹¹ C.S.N., "Montenegro", "J.A.", n° 5277, 20/10/32. Pero aun "en la época en que la tortura tenía predominio en los procesos penales, valía la regla de que la confesión hecha bajo tormento no era atendible si no se confirmaba, fuera de torturas, después de un intervalo de tiempo", recuerda Carrara, *Programa de derecho criminal*, § 930.

¹² Hoy en día, sólo debe considerársela como una curiosidad histórica. Basta recordar, a tal fin, el art. 240 del C. Penal.

¹³ Acto "al que puede descender con mucha frecuencia un inocente, por meticulosidad de carácter, por amor a la tranquilidad y para librarse de las molestias de una querrela y de un juicio" (Carrara, *ob. cit.*, § 931).

¹⁴ Podría ser el caso del imputado que por verse privado del consejo de su defensor, al estar incomunicado, confiesa por error sobre sus derechos o sobre el alcance de su reconocimiento de culpabilidad, errores en que no hubiera incurrido de no habersele retaceado el asesoramiento de su abogado. Cuando se comunica con el fin de evitar que el defensor impida, con su consejo, la anhelada confesión del imputado, se intenta viciar sutilmente de error la voluntad

71. VALORACIÓN.

La confesión *es una prueba*. Por ello, como todas las demás producidas en el proceso penal, deberá ser valorada con arreglo a las normas de la libre convicción o sana crítica racional (arg. art. 398, C.P.P.). A tal fin, cabe señalar los siguientes aspectos:

a) Es preciso, en primer término, *verificar* si la confesión reúne los requisitos (señalados en el nº 70) mínimos para ser considerada válida. Sólo la respuesta *positiva* a este interrogante permitirá seguir adelante.

b) Es necesario destacar, asimismo, que la confesión, por regla general, es contraria al *instinto de conservación*, porque es una declaración *contraria* a quien la formula. Por eso, se deberá analizar *rigurosamente* las causas de su producción y las *formalidades* de su obtención¹⁵.

c) No es admisible, en el proceso penal moderno, la idea de la indivisibilidad de la confesión. De allí que se pueda tomar de ella la parte que aparezca sincera, rechazando las demás partes que no lo parezcan¹⁶, aunque éstas se relacionen con circunstancias esgrimidas para eliminar o atenuar la responsabilidad.

de éste. Y la confesión que es producto de una voluntad viciada por el error (provocado) no tendrá más eficacia que la generada por una voluntad viciada por la intimidación. Ver, sobre este asunto, la posición de la Cámara 4ª en lo Criminal de Córdoba, en "L.L.", 20/11/79, y la opinión de Ricardo C. Núñez, en "Semanario Jurídico" nº 92, del 31/7/79. La C.S.N. descalificó la confesión prestada "por engaño, mediante una cejada tendida por la propia instrucción" ("J.A.", t. 1957 IV, p. 211), citada por Francisco D'Albora, *Curso de derecho procesal penal*, p. 238.

¹⁵ Tanto es así, que se llegó a negarle todo valor a la confesión porque se funda en una "imposibilidad moral", como es la intención de inculparse a sí mismo, que repugna a la naturaleza humana. La exposición y la crítica de estos argumentos se puede ver en Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. II, p. 156.

¹⁶ Manzini, ob. cit., t. III, p. 499, nota 66. Pero será necesario, para ello, que "se haya comprobado (por otros medios) el hecho principal"; se haya "reprobado la calificación" (por otra vía), señala Carrara, ob. cit., § 934.

d) Es preciso verificar la *sinceridad* del reconocimiento de culpa, lo cual abarcará no sólo la preocupación por la *capacidad mental* del confesante, sino también la inquietud por su propósito de confesar la *verdad*. (Ver nº 103.)

e) El hecho confesado tendrá que ser posible, verosímil, coherente y concordante con otros medios de prueba¹⁷.

f) La eficacia probatoria de la confesión estará directamente relacionada con que sea *circunstanciada* (lugar, tiempo y modo). Tal aspecto puede ser decisivo en el momento de su valoración¹⁸.

g) En caso de que se produjera una retractación posterior, habrá que atender a la calidad de las razones del cambio de posición y a su credibilidad objetiva y subjetiva.

h) Por algún motivo, los códigos antiguos exigían, para dar plena credibilidad a la confesión, que el delito fuera acreditado por otros medios de prueba (v.gr., el derogado art. 316, inc. 3, Cód. Proc. Crim. Nac.). Es que si bien las normas atinentes al régimen de la prueba legal no satisfacen ya la "conciencia jurídica de la sociedad", por constituir "el resultado de un conjunto de experiencias", "pueden valer todavía, por lo menos, como sugerencias de particulares cautelas en el examen crítico de las pruebas"¹⁹.

¹⁷ Se tratará de un "hecho objetivamente creíble", dice Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 101. Cfr.: Manzini, ob. cit., t. III, p. 499.

¹⁸ Porque mientras más coincidente se muestre con lo acontecido, mayor apariencia de credibilidad tendrá.

¹⁹ Leone, ob. cit., t. II, p. 156 (la bastardilla es mía). (Ver nº 14, a.)

CAPÍTULO VII

INSPECCIÓN JUDICIAL

72. CONCEPTO.

La inspección judicial (también llamada “observación judicial inmediata”) es el medio probatorio por el cual el juez *percibe directamente con sus sentidos* —es decir, sin intermediarios— materialidades que puedan ser útiles, por sí mismas, para la reconstrucción conceptual del hecho¹ que se investiga, dejando constancia objetiva de sus percepciones².

La *interpretación* de esas materialidades escapa al concepto de inspección, lo mismo que la *determinación* de sus causas o efectos, salvo que ello pueda ser logrado mediante el auxilio de simples reglas de experiencia común, caso en el cual se tratará, en realidad, de operaciones de valoración de los resultados de la inspección.

La inspección no se restringe a las percepciones visuales (la denominada “inspección ocular”), puesto que se puede utilizar cualquier otro sentido, según la naturaleza del hecho que se pretende probar³. Dado que se trata de un acto procesal

¹ “Tales materialidades serán expresivas por *sí mismas*, o sea, como elementos indicadores o en otra forma comprobadores de un hecho”, señala Manzini, ob. cit., t. III, p. 225.

² Sin agregar en el acto apreciaciones del magistrado que adelanten opinión sobre el resultado de la prueba, dice Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 44.

³ Cfr.: Manzini, ob. cit., t. II, p. 225. “Por el tacto puede percibirse la aspereza de un cuerpo [...]; por el oído puede apreciarse el tumulto de una calle”, ejemplifica Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 46.

predestinado a la percepción de las materialidades referidas, se distingue así del mero conocimiento privado del juez, que es adquirido al margen del proceso.

73. REGULACIÓN LEGAL.

La inspección judicial, cualquiera que sea el objeto sobre el cual recaiga, tiene la misma regulación legal, aun cuando se pueda advertir modalidades especiales en orden a sus *finés* y *medios auxiliares*, según se trate de personas, cadáveres, cosas o lugares.

a) *Finés.*

En primer término, la inspección tratará de *comprobar* los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado⁴ (art. 216). Los rastros son las huellas que indican directamente la existencia del delito (v.gr., desgarros himenales que indican la violación; rotura de cerradura que indica el desapoderamiento con fuerza en las cosas; quemaduras de pastos que indican el incendio intencional). Los efectos materiales del hecho son "modificaciones del mundo exterior producidas por el delito, pero que, a diferencia de los rastros, no indican directamente su comisión"⁵. Todo lo percibido será *descrito* en un acta que se labrará a tal fin. Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior (art. 217). Lo mismo ocurrirá si aquéllos desaparecieron o fueron alterados, caso en el cual, además, se averiguará y hara constar el modo, tiempo y causa de ello⁶.

* Lo cual, según Leone, ob. cit., t. II, p. 189, "parece reducir a límites angustiosos la función de la inspección", que en realidad "puede ser utilizada para la búsqueda de cualquier elemento que sirva para concurrir, aunque indirectamente, a la comprobación de la *notitia criminis*".

⁵ Núñez, *Código...*, cit., p. 193.

⁶ La ley 21.338 había tipificado como delito el llamado "fraude procesal": la simulación de rastros (art. 276 ter), como su alteración (art. 240 bis).

Si en el curso de la verificación fueran hallados elementos probatorios útiles, serán recogidos o conservados, si ello es posible⁷.

b) Medios auxiliares.

El juez puede valerse, para la inspección, del concurso de testigos, intérpretes y peritos (art. 223). Con relación a estos últimos, cuando su papel auxiliar deje de ser tal y pasen a tener un rol protagónico, porque las *comprobaciones* propias de la inspección no podrán ser llevadas a cabo *sin* contar con conocimientos especializados, el acto será una verdadera pericia y deberá someterse a la regulación de este medio de prueba⁸.

En caso contrario, no regirán en la inspección las disposiciones relativas a la pericia, en virtud de la naturaleza meramente auxiliar de la contribución de los expertos⁹.

También tiene el magistrado la facultad de ordenar todas las operaciones técnicas y científicas que crea convenientes (art. 222), como fotografías, planos, croquis, etc., tendientes a complementar gráficamente la descripción de lo inspeccionado.

Asimismo, y para garantizar la realización y los resultados de la inspección, el juez podrá ordenar que no se ausenten las personas halladas en el lugar (art. 219). Esta atribución (que configura una modalidad de la prohibición de ausentarse prevista en el art. 281) tiende a evitar que puedan perderse en el anonimato ciertas personas que podrían auxiliar al juez en la realización del acto.

También se podrá disponer que comparezca inmediatamente cualquier otra persona, la cual podrá ser compelida

⁷ Pensemos en un documento de identidad hallado en el lugar del hecho, que indicaría la presencia allí de su titular.

⁸ Cfr.: Leone, ob. cit., t. II, p. 190, quien señala que en el caso de mera asistencia del perito, en virtud de la presencia activa y de las directivas del juez, el acto continuará siendo inspección.

⁹ Sin perjuicio de que las operaciones técnicas o científicas puedan luego ser controladas con pericias en sentido propio (Núñez, *Código . . .*, cit., p. 197).

por la fuerza pública, incurriendo, en caso de desobediencia, en la responsabilidad de los testigos (art. 219)¹⁰.

Asimismo, la ley regula diversas medidas de coerción que podrán ser destinadas a posibilitar la inspección. Pensemos en el secuestro de la cosa o el allanamiento del lugar que serán inspeccionados, etc.¹¹.

74. CLASES.

La ley reglamenta la inspección de personas, cadáveres, cosas y lugares.

a) Inspección de personas.

1) El juez podrá observar y examinar a personas con el propósito de comprobar los rastros u otras alteraciones que en ellas hubiera dejado el delito. Tal es la característica propia del acto que emana de su finalidad específica (arts. 216 y 218), que lo distingue de la genérica "observación corporal" de una persona, tendiente, por ejemplo, a controlar si tiene altura suficiente como para ver lo que ocurre del otro lado de una pared, o si renguea al caminar, o si se pone nerviosa mientras declara, etc.

No parece que el C.P.P. acepte la inspección judicial de personas como forma de explorarlas "para captar sus cualidades y hasta llegar a intuir sus intenciones"¹². Pero el acto podrá tener, también, el propósito de individualización del autor del delito, como cuando se inspecciona el cuerpo del sospechoso tratando de hallar una cicatriz que la víctima ha referido que aquél tenía.

2) La inspección puede versar sobre el *cuerpo* de una persona, tanto de sus partes normalmente exhibibles como de

¹⁰ Si bien ambas atribuciones parecerían referirse sólo a la inspección de lugares, resultan aplicables a todas las modalidades de inspección.

¹¹ Cfr.: Cafferata Nores, *Medidas* . . . , cit., p. 143.

¹² Como lo entiende Florian, ob. cit., t. II, p. 469. Esta finalidad será mejor atendida mediante la pericia.

las zonas pudendas. En este último caso habrá que cuidar que se respete el pudor del examinado¹³, a quien se le advertirá, previamente, si éste se viera afectado, sobre el derecho que tiene a reclamar que asista al acto una persona de su confianza (art. 218)¹⁴.

También se autoriza la inspección mental, consistente en la verificación personal del juez sobre las huellas psíquicas que el delito ha causado (v.gr., estado depresivo), aunque es valor entendido que regularmente el acto requerirá el auxilio pericial.

3) La inspección puede recaer sobre el imputado o sobre terceras personas. Con relación al primero, se la autoriza con tal de que sea *necesaria* para la investigación, y puede realizársela incluso en forma coactiva, pues no hay, en este aspecto, prohibición legal alguna¹⁵.

Con relación a terceros, en cambio, la ley exige más: "grave y fundada sospecha" o "absoluta necesidad"¹⁶, lo cual se explica, porque se trata de personas sobre quienes no pesa sospecha alguna de participación criminal.

En todo caso, la inspección podrá ser practicada con el auxilio pericial, pero sólo dejará de ser tal cuando las comprobaciones propias del acto no pueda realizarlas el juez con sus conocimientos comunes ni aun con la colaboración del perito, sino que *sólo* puedan ser efectuadas por éste en virtud de sus especiales aptitudes científicas.

¹³ Se ha llegado a afirmar que la característica principal de la inspección corporal es la posibilidad de exponer a riesgo o a peligro el pudor de una persona (cfr.: Florian, ob. cit., t. II, p. 472).

¹⁴ Claro que el ejercicio de esta facultad no puede obstaculizar el acto, más allá de lo razonable (ver: Leone, ob. cit., t. II, p. 191).

¹⁵ Es que el imputado será objeto de la prueba. Ver lo dicho en el n° 8, 2, D.

¹⁶ V.gr., sospecha de que la hija menor fue víctima de un delito de violación por parte de su padre y lo oculta por miedo; necesidad de verificar, frente a la negativa del imputado de ese delito, la posible virginidad de la denunciante, etc.

b) *Inspección de cadáveres.*

También es posible la inspección de cadáveres con el propósito de establecer los rastros u otros efectos materiales que el delito hubiera dejado en ellos (v.gr., número y ubicación de las lesiones, posición final, etc.).

Aunque no se trate propiamente de una inspección (sino, más bien, de un reconocimiento o de una pericia, según el caso), se reglamenta también bajo el título la *identificación* de cadáveres.

Se establece, al respecto, que "si la instrucción se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente, se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales. Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique al juez" (art. 220).

c) *Inspección de cosas.*

El C.P.P. establece la posibilidad de que la inspección judicial recaiga sobre *cosas* (art. 216)¹⁷. Aun cuando no hay una especificación legal, su ámbito de aplicación es el de las cosas *muebles*, pues los inmuebles serán objeto de la inspección de lugares¹⁸.

En el concepto de "cosa inspeccionable" cabe toda corporalidad física "que no sea una persona o un cadáver: entran todos los fragmentos inanimados del mundo exterior, las plan-

¹⁷ "La inspección judicial de cosas -dice Florian, ob. cit., t. II, p. 478- es el acto procesal mediante el cual el juez, usando de su percepción directa, observa y aprehende la existencia, el estado, la composición y las condiciones de una cosa".

¹⁸ Cfr.: Leone, ob. cit., t. II, p. 195.

tas, los animales. Se incluyen también, ciertamente, los documentos en cuanto a su materialidad o consideración extrínseca, y no en cuanto a su función representativa”¹⁹.

Pero lo habitual será que la inspección recaiga sobre cierta clase de cosas: la que constituye el objeto del delito (escritura falsificada) o el instrumento utilizado en su comisión (arma homicida).

El acto tendrá la estructura común a cualquier inspección: descripción de los rastros del delito o del estado existente; averiguación y constancia de la desaparición de aquéllos; aseguramiento de elementos probatorios útiles; etc. (arts. 216 y 217).

d) Inspección de lugares.

1) La ley reglamenta la inspección de lugares (art. 216), que tiene por finalidad verificar los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado allí (v.gr., impacto de bala en la pared; manchas de sangre en el piso; etc.).

La tarea de observación y examen deberá ser completada luego con la descripción detallada de lo inspeccionado (art. 216).

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, se describirá el estado imperante al momento de la inspección. Si los hubiera dejado, pero desaparecieron o fueron alterados, se intentará, además, verificar el estado anterior, por lo cual habrá que averiguar y hacer constar el modo, tiempo y causa de la desaparición o alteración (art. 217).

En todo caso, y cuando fuere posible, serán recogidos los elementos probatorios útiles (art. 216), y si fuere necesario se clausurará el local en donde se practica la inspección (art. 184, inc. 6).

2) Sin embargo, la inspección de lugares será procedente también con otras finalidades (v.gr., verificación de la intensidad del tránsito en una bocacalle; luminosidad del lugar del hecho; etc.).

¹⁹ Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 51. Florian, ob. cit., t. II, p. 478, entiende que el concepto de “cosa” comprende al cadáver humano.

3) Aunque pareciera que la ley restringe el ámbito de la inspección al lugar en que se habría cometido el delito que se investiga (pues allí es donde habrán quedado sus huellas), es posible su ejecución respecto de otros lugares (v.gr., el lugar desde el cual el testigo dijo que pudo ver el hecho, para verificar si es cierto que desde allí pudo verlo). Podrá recaer tanto respecto de lugares de acceso público como de acceso limitado o privado. Pero, en estos casos, habrá que respetar en su ejecución las normas garantizadoras de la inviolabilidad del domicilio y la reglamentación del registro domiciliario (arts. 224 y ss.)²⁰.

4) Claro que deberá tratarse, en todo caso, de lugares circunscritos a un ámbito espacial concreto, sean cerrados (local) o abiertos (patio), inmuebles o muebles de gran volumen (barco)²¹.

75. PROCEDIMIENTO.

La ley regula con bastante precisión el procedimiento relativo a la inspección judicial, en cuanto a quienes pueden llevarla a cabo y a las garantías y formalidades que hay que respetar en el acto.

a) Órgano de ejecución.

Se otorga al juez de instrucción la atribución de practicar inspecciones (art. 216). El agente fiscal que tenga a su cargo la investigación podrá también llevarla a cabo, observando las normas de la instrucción (art. 212), salvo que por su naturaleza y características la estime irreproducible, caso en el cual sólo la ordenará, solicitando su ejecución al juez (art. 213). Cuando la inspección sea practicada en lugares de acceso limitado o privado, deberá contar con la pertinente orden judicial de allanamiento (art. 212).

²⁰ Si bien el registro domiciliario puede perseguir otros fines (v.gr., aprehensión del sospechoso), regularmente es un medio para posibilitar la inspección del lugar.

²¹ Cfr.: Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 55.

También se podrá practicar inspecciones durante el juicio, por ofrecimiento de parte (art. 354) o aun de oficio, en los casos de los arts. 356 (si nadie ofrece prueba), 357 (instrucción suplementaria), 387 (durante el debate, si la inspección fuese indispensable para investigar la verdad) y 397 (reapertura del debate).

Y si hubiere peligro de que cualquier demora comprometiese el éxito de la investigación, la policía judicial podrá practicar inspecciones tendientes a hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares (art. 184, inc. 4).

De todo lo actuado en la inspección se labrará un acta detallada, a la cual serán agregados los resultados de los auxilios técnicos referidos. Ésta podrá ser leída en el debate y dar fundamento a la sentencia, siempre que hubieran sido observadas en su realización las normas de la instrucción (art. 392).

b) Régimen legal especial.

Cuando por la naturaleza o las características del objeto a inspeccionar²² se estime que la inspección no podrá ser repetida en las mismas condiciones, caerá bajo la regulación especial de los actos definitivos e irreproductibles (art. 200), aunque con alguna particularidad para la inspección de personas.

Antes de disponer una inspección, entonces, se notificará a los defensores (art. 201), quienes tendrán derecho a asistir al acto (art. 200), y el juez podrá autorizar la presencia del imputado o del ofendido cuando sea útil para esclarecer los hechos, o necesaria por la naturaleza del acto (art. 200).

Se exceptúa de lo últimamente expuesto el caso de la inspección personal, a la cual "sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado" (art. 218)²³.

²² La inspección de un cadáver deberá ser considerada irreproductible, pues luego de inhumado no se la podrá repetir en el debate en las mismas condiciones. La inspección del arma homicida, en cambio, podrá ser reproducida durante el juicio sin ninguna dificultad.

²³ Esta disposición convierte al acto en secreto mientras se lo cumple, sin perjuicio de un conocimiento inmediato si no rigiera la reserva del sumario, dice Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 50.

CAPÍTULO VIII

DOCUMENTOS

76. CONCEPTO.

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.)¹.

Cuando se relacione con el delito que se investiga, o pueda ser útil para su comprobación, podrá ser incorporado al proceso como prueba.

¹ Miguel Fenech, *El proceso penal*, 1978, p. 189. "Documento, en sentido procesal penal —dice Francisco D'Albora, *Curso de derecho procesal penal*, t. I, p. 210—, es la concreción material de un pensamiento que abarca las marcas, signos, contraseñas, escritos anónimos, informes, distintivos, emblemas, condecoraciones, etc. Dentro de este concepto corresponde incluir el producto de ciertos mecanismos registradores, tales como máquinas controladoras, aparatos fotográficos, filmadoras, videotapes, grabadoras". Se admite, así, que la noción de documento, desde el punto de vista del proceso penal, es más amplia que la noción de "documento" estructurada por la ley penal. Para ésta, deberá tratarse de un escrito que "expresa o tácitamente estuviere afectado, originariamente o por actos ulteriores, a servir de medio probatorio" de la voluntad de su otorgante (cfr.: Bernardo Varela, *El concepto de documento en el art. 292 del C.P.*, "Cuadernos del Instituto de Derecho Penal", U.N.C., n° XIV). Por ejemplo, no caben en este concepto las cartas que contengan expresiones injuriosas (respecto de las cuales no se puede pensar que estén destinadas por su autor a probar la injuria), y, sin embargo, la ley procesal les otorga carácter de documento. En consecuencia, serán documentos no sólo los instrumentos *literales firmados* (v.gr., escritura de venta), sino los *literales no firmados* (v.gr., hojas de un diario), y los documentos en sentido *material* (planos, fotografías, etc.) que tienen idéntica capacidad representativa (Lino Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, p. 177).

En ciertos casos, el dato probatorio que al proceso interesa será la manifestación de voluntad o transmisión de conocimiento que el documento traduce (intención de contratar; comunicación de una noticia)².

En otros, será el documento mismo, tanto porque es el cuerpo del delito (v.gr., cheque sin fondos, escritura ideológicamente falsa) como porque en él se evidencia la comisión de un ilícito (v.gr., adulteración de su contenido) –hipótesis en la cual el dato probatorio que importa servirá para acreditar ese extremo objetivo de la imputación delictiva (aunque a veces podrá también ser *objeto* de prueba, como ocurre en el caso de adulteración)–, o aporta datos sobre la individualización de su autor (v.gr., filmación en flagrancia).

También constituyen prueba documental las *actas* del proceso de que se trata (incluso algunas labradas por la policía), pues ellas probarán la existencia de actos procesales de los cuales surgen datos probatorios (v.gr., acta que describe el levantamiento de una huella dactilar del lugar del hecho, etc.).

77. REGULACIÓN LEGAL.

La ley no ha regulado en forma específica la prueba documental; pero diversas normas, que se refieren expresa o implícitamente a ella, permiten intentar una sistematización al respecto.

a) *Prohibiciones.*

El régimen legal vigente *prohíbe* la utilización como prueba de ciertos documentos, como los que constituyan secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, medios de de-

² En sentido estricto, el documento sólo es tenido en cuenta con relación a su contenido inmaterial: "lo documentado", dice Jorge Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Lerner, 1984, t. II, p. 405. Esto es lo que lo diferencia de las llamadas "piezas de convicción". Así lo acepta el C.P.P. en el art. 354, distinguiendo entre "*documento*" y "*cosas secuestradas*" (a las cuales luego engloba en la denominación común de "*elementos de convicción*" (art. 385).

fensa o relaciones exteriores de la Nación (argumento de los arts. 232, *in fine*, C.P.P., y 222, C. Penal), y las cartas y documentos que se envíe o entregue a los defensores para el desempeño de un cargo (art. 237) (y que no sean el instrumento del delito o efectos de él).

b) Formas de adquisición.

La ley establece distintas vías para incorporar al proceso la prueba documental: el ofrecimiento por alguna de las partes, la orden de presentación a su tenedor o el secuestro son las principales³.

1) Las partes que tengan en su poder documentos que puedan servir como prueba podrán acompañarlos al proceso, tanto durante la instrucción (art. 199) como en el juicio (art. 355), o señalar en dónde se hallan, pidiendo su incorporación. El tribunal podrá ordenar su presentación (y posterior secuestro) *de oficio* durante la instrucción. En el juicio, sólo si nadie hubiere ofrecido pruebas y aquéllos hubieran sido recogidos por la instrucción (art. 356, 2ª parte), o si en esta etapa se hubiera omitido su agregación y fuere indispensable hacerlo (art. 357), o si su existencia surgiera del debate como nueva prueba (arts. 388 y 397).

Las cuestiones relativas a la incorporación de documentos podrán ser planteadas después de la apertura del debate (art. 376).

2) La *orden de presentación* (arts. 230 y 232) será impartida por el juez a quienes posean documentos que puedan servir "*como medio de prueba*" (art. 231), sean personas físicas o jurídicas, de derecho privado o público. También se podrá ordenar la presentación de "*escrituras de comparación*" (instrumentos públicos o escritos privados, si no hubiese dudas sobre su autenticidad), las cuales, si bien no son pruebas en sí mis-

³ Podrán también presentar documentos los testigos que los poseyeran, o se podrá secuestrar los obtenidos en un registro domiciliario, o en una requisa personal, etc., o al ser interceptada una correspondencia, etc.

mas, servirán para el examen o cotejo de documentos que tengan ese carácter (art. 265).

En cualquiera de los casos, la orden no podrá ser dirigida al imputado, pues ello podría importar obligarlo a desarrollar una actividad que lo perjudique en su defensa (argumento del art. 18, C.N.).

Tampoco se la podrá impartir a las personas que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, por razones de parentesco, secreto profesional o estado (arts. 232 y 265), por los mismos motivos que justifican prescindir de su testimonio⁴. Empero, salvo que se trate de escritos de comparación (art. 265), procederá su secuestro del poder de aquéllos.

3) También se prevé el *secuestro* de documentos que puedan servir "como medios de prueba" (art. 231) o como escrituras de comparación (art. 265). Estas últimas no podrán ser secuestradas del poder de personas que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos (art. 265)⁵.

Se autoriza, en cambio, a secuestrar del poder del imputado cualquier tipo de documentos (arts. 232, 235, etc.).

Los documentos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia a disposición del tribunal, y se les impondrá su sello y la firma del juez y el secretario en cada una de sus hojas (art. 233).

c) *Utilización procesal.*

Los documentos podrán ser conocidos y revisados por las partes y sus defensores (arg. art. 354), salvo durante los períodos de secreto instructorio (art. 204), y exhibidos a ellas y a los testigos, "a quienes se invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente" (arg. art. 385). Podrán ser so-

⁴ Se quiere evitar que "por el procedimiento de la presentación" se introduzca en el proceso un testimonio prohibido contra el imputado, o se coaccione al producirlo a quien tiene la facultad de no hacerlo, según expresa Clariá Olmedo, *Tratado...*, t. V, p. 415.

⁵ La ley, por tratarse de meros escritos de comparación, ajenos al proceso, amplía la tutela otorgada por los arts. 242, 243 y 244.

metidos a exámenes, cotejos, pericias (arts. 253 y 265) y traducciones (si estuviesen redactados en idioma distinto del nacional; art. 268).

Si se los quiere utilizar como pruebas para fundamentar la sentencia definitiva, deberán ser incorporados al debate mediante su lectura (art. 392), para cumplimentar el principio de oralidad y publicidad propio del juicio (art. 363), y con arreglo a lo señalado en el nº 77, b, 1. Por cierto que algunos documentos ingresarán de otros modos, como su proyección en la sala de audiencias (si se tratara de videotapes, etc.).

78. EFICACIA PROBATORIA.

a) A diferencia de lo que ocurre con las declaraciones producidas oralmente en el proceso, en las cuales se conoce de antemano, en forma indubitable, quién es la persona que las hace –pues ha sido previamente identificada (v.gr., art. 249)–, respecto de los documentos será necesario determinar si la persona a quien se le atribuye su creación o suscripción es en realidad su creador o suscriptor; o también averiguar quién es el autor de la falsificación de firma, o del documento sin ella. Es el problema de la *autenticidad*. Tratándose de un documento privado, la atribución podrá derivar del reconocimiento del autor, del cotejo pericial con escritos de comparación indubitables, o de otros medios de prueba (testimonio de la persona que lo redactó por orden de quien aparece como suscriptor, etc.), pues rige al respecto el principio de libertad probatoria (art. 206)⁶.

No escapan de esta cuestión los medios modernos de registración de imágenes (fotografías), sonidos (grabación) o am-

⁶ Pero con las limitaciones expuestas al tratar el principio de libertad probatoria (nº 12). “Las condiciones de validez de los instrumentos públicos se refieren, en primer término, a la intervención del oficial público o quien se halle autorizado para actuar como tal; la capacidad del oficial público; la competencia de éste por razón de la materia, del territorio y de las personas, y, finalmente, la observancia de un rito jurídico, esto es, de las solemnidades legales o de las formas prescritas por las leyes” (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Tragant, causa 171, “Edelap”, 11/8/94, reg. 92, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1994, nº 3, p. 27).

bos a la vez (filmaciones, videotapes). Al contrario, resulta de particular relevancia determinar quién operó la máquina registradora respectiva.

Tratándose de un instrumento público, la intervención de un funcionario público y las formas que rodean al documento permitirán presumir la autenticidad de la atribución, salvo que sea argüído de falso según el art. 993 del Código Civil.

b) En cuanto a la autenticidad del *contenido* del documento, habrá que establecer: A) si lo que expresa es lo que su suscriptor quiso que expresara, y B) en caso afirmativo, y tratándose de una expresión de conocimiento, si lo que el documento señala es verdadero.

1) En lo atinente al primer aspecto, se puede decir, en general, que una vez establecido de quién ha emanado el documento, cabe presumir que expresa lo que aquél quiso expresar (arg. art. 1028, C.C.), salvo los casos de suscripción coactiva (v.gr., art. 168, C.P.), abuso de firma en blanco (v.gr., art. 173, inc. 4, C.P.), etc.

2) Con relación al problema de la veracidad de la manifestación contenida en el documento, hay libertad de medios para elucidarlos tratándose de instrumentos privados, salvo el caso de abuso de firma en blanco, en el cual no se admite la prueba testimonial (art. 1017, C.C.), a menos que el documento haya sido sustraído a la persona a quien se le confió (art. 1019, C.C.).

Lo mismo ocurrirá cuando se trate de grabaciones, fotografías, filmaciones, etc.

Respecto de los instrumentos públicos, válidamente producidos, éstos harán plena fe de la "existencia material de los hechos"⁷ que el oficial público exprese que él mismo ha

⁷ "El valor probatorio del documento no depende sólo ni tanto de las virtudes representativas cuanto de la credibilidad del autor. De quién sea el autor y de su crédito depende que tenga más o menos credibilidad y fuerza probatoria. La del instrumento público, por el carácter de público autenticador de que el notario está investido, es plena en cuanto a las afirmaciones que el notario consigne de hechos realizados en su presencia o de actos realizados por el mismo en funciones de su cargo" (C.N.C.P., Sala III, voto del Dr. Tragant, causa 171, "Edelap", 11/8/94, reg. 92, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 3, p. 26).

cumplido o que han sido cumplidos en su presencia, hasta que sean argüídos de falsos por acción civil o criminal (art. 993, C. Civil)⁸.

En relación con otros aspectos (v.gr., veracidad de lo que dice el otorgante), imperará la libre apreciación judicial.

⁸ Cuando a consecuencia de la "acción criminal", es decir, del proceso penal, la sentencia declare la falsedad de un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado (art. 526, C.P.P.). Si el documento hubiese sido extraído de un archivo, será restituido a él con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial (art. 527). Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia será anotada al margen de la matriz, en los testimonios que se hubiese presentado y en el registro respectivo (art. 528).

CAPÍTULO IX

INFORMES

79. NOCIÓN.

En sentido genérico, cabe decir que "informe probatorio" es la respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial, sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquélla.

Empero, desde mi punto de vista, el informe tendrá valor conviccional *per se* sólo si es expedido por instituciones públicas por medio de funcionarios autorizados, o por representantes de personas jurídicas privadas, siempre que en este último caso no hubiese duda alguna en cuanto a la autenticidad de la suscripción.

La aprehensión de su peculiaridad probatoria se facilitará apenas se advierta que los datos que revele el informe serán extraídos de la "memoria" de la institución requerida (si se me permite la licencia), y no de la memoria del funcionario que los recoge y trasmite (que puede ser cualquiera que tenga acceso a ellos), que nada les agrega.

De ello se deduce, con claridad, que la prueba informativa supone la *previa registración* de los datos sobre los cuales versará el informe, que están al alcance de quien lo suscribe en virtud de las funciones que ejerce, y no por percepciones sensoriales anteriores de éste.

80. AUTONOMÍA CONCEPTUAL.

Si bien la caracterización precisa de la prueba informativa tropieza con varias dificultades¹, pues se la puede percibir como mera modalidad de otros medios probatorios², o como sucedáneo de éstos³, lo cierto es que su autonomía conceptual parece afianzarse frente a la creciente complejidad que evidencian todos los sistemas de registración (*lato sensu*), lo cual tornaría sumamente engorrosa (y a veces materialmente imposible) la transmisión de los datos registrados hacia el proceso por los medios tradicionales (v.gr., testimonio), o su directa aprehensión por la autoridad judicial (v.gr., mediante una inspección).

81. CONCEPTO Y REQUISITOS.

Se podría caracterizar el informe diciendo que es el modo que tienen las *personas jurídicas* de transmitir la información, previamente registrada por ellas, que les requiera la autoridad judicial. El firmante actuará como representante de aquélla, y no por sí mismo, pues los datos que trasmite, generalmente, no los habría conocido prescindiendo del informe.

En muchos casos, el informe será un verdadero instrumento público (art. 979, inc. 2, C.C.).

1) Quedan, así, fuera del concepto que analizo los llamados "informes técnicos" de la policía judicial, que son verdaderas operaciones de policía científica; los informes sobre hechos delictivos elevados por aquélla a los jueces y fiscales

¹ Cfr.: Hugo Alsina, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. III, p. 464. Isidoro Eisner, *Prueba de informes*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XV, ps. 756 y ss., afirma que es un medio "autónomo y característico de la prueba".

² Cfr.: Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ps. 598/9.

³ Lo cual determinará, según Santiago Sentís Melendo, *Teoría y práctica del proceso*, ps. 265 y ss., "que la especie de prueba a la que el informe sustituya, influirá sobre la naturaleza procesal de éste".

(arts. 186 y 195); los requeridos por tribunales superiores a inferiores (art. 477); la declaración testimonial "por informe" de ciertos funcionarios (art. 250); el informe para la libertad condicional (art. 506); etc.

2) El informe propiamente dicho debe emanar de una persona jurídica oficial o privada. Es común que se requiera informes a entidades privadas de cierta envergadura (v.gr., universidades, bancos), pero si se discute la autenticidad de la suscripción deberán ser reconocidos por sus otorgantes o mediante prueba pericial. Ello permite afirmar que en estos casos se tratará de una variedad de la prueba documental. Lo mismo ocurrirá cuando al informe sean agregados testimonios o copias auténticas de instrumentos públicos, respecto de los documentos anexados.

3) Los datos previamente registrados deberán ser transmitidos por escrito. Si el informe fuera producido oralmente, le serán aplicables, también, las reglas del testimonio.

82. REGLAMENTACIÓN LEGAL.

El C.P.P. no se ocupa sistemáticamente de esta prueba. No obstante, el hecho de echar mano de ella (v.gr., el art. 305, sobre informes de antecedentes del imputado; o el art. 325, relativo al informe de dominio y a gravámenes, previo a la caución real) permite considerarla comprendida entre "las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" (art. 193, inc. 1), y sostener la legitimidad de su utilización para otros casos no previstos especialmente.

Regirán, respecto de este medio de prueba, las limitaciones referidas a la información que según las disposiciones legales vigentes no pueda ser exigida (v.gr., si la entidad privada fuese del imputado), ni revelada, aun mediante orden judicial⁴ (v.gr., secretos políticos o militares).

⁴ Hay ciertos casos en que el secreto cede frente a la orden judicial (v.gr., secreto bancario).

83. VALORACIÓN.

Habrá que tener especialmente en cuenta, en el momento de evaluar la idoneidad probatoria del "informe", las posibilidades que ofrezca para su directa verificación, en los registros respectivos, por las partes y el tribunal⁵, como, asimismo, el prestigio de que goce la institución que lo produzca si fuese de carácter privado, sobre todo porque la falsedad en que podría incurrir no sería punible a la luz del art. 293, C.P.

⁵ Eisner, lug. cit. Por ejemplo, si el informe puede ser corroborado con la exhibición de los asientos originales de donde se lo extrae.

CAPÍTULO X

TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN

84. CONCEPTO.

La traducción y la interpretación constituyen medios de verter al idioma oficial del proceso (en nuestro caso, el castellano)¹ declaraciones formuladas o el contenido de documentos producidos en otro idioma, o bien gestos propios de comunicación de algunos impedidos. Cuando la actividad recaiga sobre documentos, se dirá que es una *traducción*; si se refiere a declaraciones de testigos o imputados, se la llamará *interpretación*².

85. AUTONOMÍA.

Su autonomía como medio de prueba derivaría de su idoneidad para *transformar* una palabra (oral o escrita) o un gesto (caso de sordomudos), ininteligibles para quienes sólo saben expresarse en el idioma nacional, en un *dato probatorio* comprensible naturalmente, no sólo por los sujetos procesales (cuyo conocimiento privado del idioma o gesto no obstará a su producción), sino también por el público, que no podría con-

¹ "En los actos procesales deberá usarse el idioma nacional, bajo pena de nulidad", reza el art. 114.

² Cfr.: Eugenio Florian, *De las pruebas penales*, t. II, p. 424; también Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 182.

trolar la justicia de una resolución jurisdiccional si no entendiera el contenido de las pruebas que la fundamentaron.

Quienes discuten su carácter independiente, en cambio, destacan que si bien hacen comprensible el dato probatorio, nada le agregan a su eficacia conviccional, por lo cual la prueba será, según el caso, testimonial, documental, etc.³

Sin embargo, es preciso reconocer que en cuanto tornan comprensibles las preguntas y los demás interrogantes o admoniciones de la autoridad judicial a las personas a quienes ellas van dirigidas, y luego hacen lo mismo con las respuestas, presentan perfiles propios, que permitirían, al menos, discutir su simple condición de medio auxiliar de prueba.

86. REGLAMENTACIÓN LEGAL.

a) La designación de intérprete (o traductor) será dispuesta:

1) cuando fuere necesario traducir *documentos* (legibles) redactados en idioma distinto del nacional (art. 268);

2) cuando fuere necesario traducir *declaraciones*⁴ a producir en idioma distinto del nacional (art. 268), sean de imputados, de testigos, etc.;

3) o cuando hubiere que examinar a un sordo, un mudo o un sordomudo (a quienes, regularmente, se interrogará o contestará por escrito), y dichas personas *no supieren* leer ni escribir (art. 119).

En los dos primeros casos, se deberá nombrar intérpretes a quienes tengan título de tales en el idioma a traducir, siempre que la profesión esté reglamentada. En caso contrario, habrá que designar a persona de conocimiento o práctica reconocidos (por aplicación de las disposiciones sobre peritos).

³ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, ps. 182 y 55. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., 1952, t. III, p. 457, señala que "no aporta ninguna contribución original suya al objeto de la prueba".

⁴ Si se las produjera durante la instrucción, se podrá escribir las declaraciones y luego agregar su traducción.

En la última hipótesis, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, a falta de él, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado (art. 119).

b) El conocimiento privado de la autoridad judicial acerca del idioma extranjero o del lenguaje de sordomudos no justificará omitir la designación del intérprete (art. 268), por las mismas razones que los conocimientos técnicos, artísticos o científicos de aquélla no autorizarán a prescindir del perito⁵.

c) En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación y recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos (art. 269), por lo cual a ellas me remito para evitar inútiles repeticiones.

También cabe aplicar a la traducción e interpretación lo dicho sobre la prueba pericial, en orden a su ejecución y trámite⁶.

d) La traducción e interpretación *no* son de aquellos actos que por su naturaleza y características puedan ser considerados definitivos e irreproducibles, razón por la cual *no* los alcanza el régimen especialmente previsto para ellos.

87. SANCIONES.

La ley penal tutela la fiel realización de la interpretación o traducción, estableciendo sanciones para la omisión del intérprete de concurrir a la citación de la autoridad judicial (art. 243, C.P.) y para la falsedad de la interpretación o traducción (arts. 275 y ss., C.P.).

⁵ Ver lo que se dice en el n° 17.

⁶ Ver los nos. 22 y 24.

CAPÍTULO XI

PRESUNCIONES E INDICIOS

88. CONCEPTO DE "PRESUNCIÓN".

La *presunción*, en sentido propio, es una *norma legal* que suple en forma absoluta la prueba del hecho¹, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción y sin admitir demostración en contrario.

a) Aplicación en el proceso penal.

Generalmente, se halla excluída² con relación al objeto del proceso penal, aunque a veces se la acepta respecto de hechos con incidencia puramente procesal. Tal sería el caso, por ejemplo, de la presunción de fuga consagrada en los códigos, cuando imponen el encarcelamiento preventivo si la amenaza penal derivada de la posible condena supera cierto límite (v.gr., art. 317).

En *sentido lato*, algunas leyes establecen presunciones acerca de la concurrencia de ciertos extremos fácticos de la im-

¹ Cfr.: Manzini, *Tratado . . .*, cit., t. I, p. 272. "Probada la certeza de un hecho [...] y en virtud de una relación establecida legalmente, el juzgador debe tener como cierto *otro hecho distinto*, aun cuando no haya podido formar su convicción sobre él por falta de una prueba directa" o "ante la dificultad de obtenerla" (Miguel Fenech, *El proceso penal*, Madrid, 1978, p. 98).

² Quizá se podría pensar en los arts. 240 y ss., C.C., en relación con la agravante por el vínculo en algunos delitos (v.gr., art. 80, inc. 1, y art. 122, C.P.).

putación delictiva, pero su valor conviccional cede frente a la simple prueba en contrario.

b) Denominación impropia.

No obstante, comúnmente, la ley y la jurisprudencia utilizan el término "presunción" en *sentido impropio*, como expresión equivalente a "indicio", o bien intentando captar con aquella palabra la conclusión a que se puede llegar partiendo del indicio. En este sentido, el indicio es considerado como la *causa* de la presunción, y ésta viene a ser el *efecto* de aquél.

Así ocurre en el C.P.P. cuando, respecto de los extremos de la imputación delictiva, establece que el silencio del imputado no implica "una *presunción* de culpabilidad" en su contra (art. 298).

89. CONCEPTO DE "INDICIO".

El *indicio* es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro.

a) Naturaleza probatoria.

Según su "nombre mismo lo expresa (*index*), el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto"³. Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el *indiciario*), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el *indicado*), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho "indiciario" no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el "indicado":

³ Mittermaier, *La prueba en materia criminal*, p. 309. Si bien se le niega el carácter de medio de prueba propiamente dicho (Eugenio Florian, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1968, t. I, p. 81), pues el valor conviccional del indicio es fruto de un procedimiento lógico, de un razonamiento, me parece *práctico* tratarlo entre las pruebas en particular.

es lo que se llama "univocidad" del indicio⁴. Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama "indicio anfibológico"⁵.

b) Silogismo indiciario.

La naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor.

La conclusión que surge de la relación entre ambas premisas es la que otorga fuerza probatoria al indicio.

Así, por ejemplo, la tenencia de la *res furtiva* no importa, en sí misma, prueba alguna acerca de que su tenedor sea el ladrón. Pero si a aquélla se la enfrenta con una regla que enuncie: "Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder", la conclusión que de la relación de ambas se obtenga puede presentar valor conviccional.

El respectivo silogismo quedaría configurado así:

Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder.

El imputado tenía en su poder la cosa robada.

Luego, el imputado probablemente la robó.

Esto evidencia que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos.

⁴ Vitto Gianturco, *La prova indiziaria*, p. 98.

⁵ Erich Dohring, *La prueba y su práctica apreciación*, p. 313.

c) *Reglamentación legal.*

Si bien la ley no reglamenta especialmente la prueba indiciaria, varias normas se refieren a ella, por lo cual no se puede negar su posible uso en el campo del proceso penal⁶.

Empero, aunque aquéllas no existieran, esta interpretación se justificaría por imperio de los principios de libertad probatoria (art. 206) y sana crítica racional (art. 398). Sin embargo, para asegurar la vigencia de garantías constitucionales, hay disposiciones que impiden dar un particular sentido indiciario a ciertos hechos, como ocurre con la prohibición de fundar en el *silencio* del imputado una presunción de culpabilidad (arg. arts. 18, C.N., y 298, C.P.P.)⁷.

Como ya se vio, el C.P.P. contiene disposiciones en las cuales admite la prueba indiciaria. Así ocurre, por lo general, en cuanto a la acreditación de hechos con incidencia puramente procesal, como cuando autoriza el allanamiento sin orden judicial si "personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con *indicios* manifiestos de ir a cometer un delito" (art. 227, inc. 2), o bien al restringir la excarcelación cuando se pueda presumir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer de algún modo las investigaciones (art. 319).

Sin embargo, también acepta la prueba indiciaria en relación con la justificación de los extremos de la imputación

⁶ "El juez puede fundar su convicción a través del razonamiento, deduciendo de hechos conocidos (indicios) los hechos desconocidos o discutidos: prueba indirecta o por presunciones, que con el nombre de «prueba por indicios» ha adquirido una nueva importancia en materia penal" (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 6/9/77, "Bustos"). Esto es principalmente así porque la tecnificación progresiva de las pruebas penales, más conocida como "policía científica", permite el descubrimiento de hechos indiciarios desconocidos en el pasado. Basta pensar en la posibilidad de establecer el tipo de sangre, la antigüedad de una tinta, la existencia de rastros invisibles de pólvora en la epidermis humana (dermotest), la existencia de sustancias venenosas en el intestino, la identificación por impresiones dactilares, sólo por citar las menos espectaculares.

⁷ Entre otras, T.S.J. Córdoba, 3/3/78, "B.J.C.", t. XXII, p. 144, al afirmar que el silencio del imputado no constituye un indicio sobre el cual se pueda fundar válidamente un juicio adverso a él. (Ver nº 8, 2, D.)

delictiva (aunque sean apreciaciones *provisionales*), como cuando autoriza a la policía a detener sin orden judicial "a la persona contra la cual hubiere *indicios vehementes de culpabilidad*" (art. 284, inc. 3).

d) *Indicios unívoco y anfibológico: idoneidad probatoria de cada uno.*

Puesto que el *valor probatorio* del indicio es más experimental que lógico⁸, sólo el unívoco podrá producir certeza⁹, en tanto que el anfibológico tornará meramente verosímil o probable el hecho indicado. La sentencia condenatoria podrá ser fundada sólo en aquél¹⁰; el otro permitirá, a lo sumo, basar en él un auto de procesamiento o la elevación de la causa a juicio¹¹.

⁸ Mittermaier, ob. cit., p. 309. "La fuerza probatoria del indicio es, desde el punto de vista lógico, nula, toda vez que la conclusión que se obtiene del silogismo probatorio no es cierta, pues sigue a una premisa problemática (premisa mayor: presunción relativa) y otra aseverativa (premisa menor)" (Manzini, ob. cit., t. III, nº 333).

⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p. 626; Mittermaier, ob. cit., p. 304. "Cuando no existe una relación necesaria, sino meramente contingente, entre indicio y conclusión, el razonamiento impugnado no puede sustentar válidamente la declaración de certeza que efectúa la sentencia" (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 31/10/78, "Rodríguez, Luis Alberto", nº 20).

¹⁰ T.S.J. Córdoba, 1/12/75, "Bosio"; Mittermaier, lug. cit. "La declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios. Pero para que la prueba indiciaria críticamente examinada conduzca a una conclusión cierta de participación, debe permitir al juzgador, partiendo de la suma de indicios introducidos al debate, superar las meras presunciones que en ellos puedan fundarse y arribar a un juicio de certeza legitimado por el método de examen crítico seguido" (T.S.J. Córdoba, 21/6/76, "Manavella", "J.A.", t. 1976-III, p. 650).

¹¹ Se ha clasificado los indicios de diversos modos. A título ilustrativo, es conveniente reproducir algunos. Se los distingue en "indicios del delito en potencia", entre los cuales cuenta la *capacidad para delinquir* (v.gr., condenas anteriores), el *móvil* (v.gr., venganza, codicia) y la *oportunidad* (v.gr., condición de empleado de la víctima del abuso de confianza), e "indicios del delito en acto", señalando como tales las *huellas materiales* (v.gr., existencia de residuos de pólvora en las manos del imputado de agresión armada) y las *manifestaciones anteriores al delito* (v.gr., anuncio de venganza) o *posteriores* a él (v.gr., intento de soborno

Para superar aquella dificultad, se recomienda valorar la prueba indiciaria en forma general, y no aisladamente, pues cada indicio, considerado separadamente, podrá dejar margen para la incertidumbre, la cual podrá ser superada en una *evaluación conjunta*. Pero esto sólo ocurrirá cuando la influencia de unos indicios sobre otros elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica racional¹².

Si esta recíproca influencia no se verifica, la simple suma de indicios anfibológicos, por muchos que éstos sean, no podrá dar sustento a una conclusión cierta sobre los hechos que de aquéllos se pretende inferir¹³. (Ver lo dicho *supra*, nº 89, b.)

e) *La tenencia de la "res furtiva"*.

Uno de los indicios más frecuentemente manejados en la práctica judicial es la tenencia de la *res furtiva*, de la cual se suele inferir la autoría de su sustracción.

En estos casos, la univocidad del indicio estará directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio, del hecho indiciario con el hecho indicado. En cuanto éstos comienzan a distanciarse en esas dimensiones, comienza también a aparecer la posibilidad de explicaciones compatibles con hipótesis distintas de la del hecho indicado.

Si la *res furtiva* es hallada en poder de los imputados a pocos metros del lugar del hecho, inmediatamente después de producido el desapoderamiento, su tenencia podrá indicar unívocamente que aquéllos son los autores de la sustracción. Pero si la posesión es comprobada lejos del lugar del desa-

a testigos, fuga inmotivada, etc.). Cfr.: Pietro Ellero, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, 1953, ps. 93 y ss.

¹² Cfr.: Marcelo Manigot, *Código de Procedimientos en Materia Penal*, t. I, p. 528.

¹³ Cfr. mi voto en el caso "Ramírez", T.S.J. Córdoba, Sala Penal, nº 41/84. Es que, como dice Núñez, "una sentencia que funde la convicción del tribunal en elementos de significación probatoria dubitativa es ciertamente arbitraria, porque es arbitraria la conclusión única que se extrae de lo dubitativo, por numerosos que sean los elementos de juicio dubitativos" (*Inobservancia de las reglas de la sana crítica racional*, "Com. y Just.", t. LIV).

poderamiento y mucho tiempo después de ocurrido éste, tal hecho indiciario (tenencia) admite múltiples explicaciones compatibles con hechos distintos del de la sustracción, que es el que se pretende acreditar¹⁴. (Ver nº 89, d.)

f) Protección de la prueba indiciaria.

Cabe agregar, por último, que diversas normas legales tienden a preservar la originalidad de algunas circunstancias indiciarias. Entre las de carácter procesal, podemos citar la que le impone a la policía el deber de "cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados" (art. 184, inc. 2). Entre las de naturaleza penal, cabe recordar las que incriminaban penalmente la simulación de *rastros* de un delito (art. 276 ter, ley 21.338), etc.

¹⁴ Se puede ver: T.S.J. Córdoba, "Brajovich", "J.A.", 23/12/75. También T.S.J. Córdoba, "Manavella", "J.A.", t. 1976-III, p. 650, con nota del autor. Este último supuesto podría, a lo sumo, proporcionar la probabilidad necesaria para el procesamiento.

PARTE TERCERA

CAPÍTULO I

MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA

90. MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA.

Hay diversos procedimientos para la obtención de pruebas que, si bien son de naturaleza coercitiva, están *principalmente* destinados a auxiliar a la actividad probatoria.

91. SECUESTRO.

El *secuestro* consiste en la aprehensión de una cosa por la autoridad judicial con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal¹.

a) La ocupación de cosas por los órganos judiciales, en el curso del procedimiento, puede obedecer a la necesidad de preservar efectos que puedan quedar *sujetos a confiscación* (art. 231) —cautelando, de tal modo, el cumplimiento de esta sanción accesoria, en caso de que proceda—, o adquirir y conservar *material probatorio* (art. 231) útil para la investigación.

b) Se trata de un *acto coercitivo*, pues importa una restricción de los derechos patrimoniales del imputado o de terceros, ya que inhibe temporariamente la disponibilidad de una

¹ Cfr.: José I. Cafferata Nores, *El secuestro*, "Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal", nº X, ps. 79 y ss.; Manzini, ob. cit., t. III, p. 711; L. Luchini, *Elementi de procedura penali*, p. 303.

cosa, que pasa a poder y disposición de la justicia. Limita el derecho de propiedad o cualquier otro en virtud del cual el tenedor use, goce o mantenga en su poder el objeto secuestrado; pero también podrá restringir derechos de otra índole, como, por ejemplo (art. 235), el de inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados (C.N., art. 18), o afectar derechos no patrimoniales, como el que tienen los parientes de una persona muerta, cuyo cadáver está secuestrado, a exteriorizar su afecto hacia el desaparecido por medio de las honras fúnebres habituales.

c) Sólo se puede secuestrar *cosas* (comprendiendo en tal concepto los cuerpos sólidos, líquidos y gaseosos) o documentos, aunque estén fuera del comercio (como el cadáver humano)². Se acepta la posibilidad de secuestrar muebles y semovientes, pero respecto de los inmuebles –y, en ciertos casos, de los muebles de gran tamaño (v.gr., un vagón de ferrocarril)– se discute su procedencia, y se opta por un procedimiento diferente: la clausura. Ésta podría ser considerada una modalidad del secuestro, pues ambas son formas de ocupación de las cosas.

d) Empero, no cualquier cosa puede ser secuestrada. Sólo podrán serlo las relacionadas con el delito, u otras que también “puedan servir como medios de prueba”, o estén sujetas a confiscación (art. 231).

1) Se puede secuestrar objetos de clara relevancia probatoria, como los *instrumentos del delito o sus efectos*³ (aun cuando no estén sujetos a confiscación), comprendiendo esta denominación tanto los objetos intencionalmente usados para consumarlo o tentarlo como aquellos que han sido obtenidos mediante su comisión, en forma directa (la joya robada) o indirecta (los objetos comprados con el dinero sustraído). También aquellas cosas cuya posesión o uso constituye delito, y los objetos que tengan, en mayor o menor grado, alguna relación con la prueba del hecho delictuoso, se trate de cosas

² Sobre el punto, ver F. Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, t. II, p. 195.

³ Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 445.

sobre las cuales ha recaído (candado violentado), o que sin haber sufrido sus consecuencias contengan sus huellas (ropa ensangrentada) o las del autor (alhajero con impresiones digitales), o suministren referencias sobre la filiación (un cabello), hábitos (cierto tipo de cigarrillos) o antecedentes de éste.

2) No están sometidas al secuestro las cosas *no relacionadas* con el delito. Como excepción a este principio, la ley faculta al órgano judicial para que ordene el secuestro de escrituras de comparación (desvinculadas del delito), cuando sean necesarias para examinar o cotejar algún documento presumiblemente falso (art. 265). Tampoco lo están las cosas o documentos que en sí mismos constituyen *secretos políticos o militares* concernientes a la seguridad, los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación (arg. arts. 232, *in fine*, C.P.P., y 222, C.P.), o que se hallen directamente relacionados con éstos. También se prohíbe el secuestro de las *cartas o documentos que se envíe o entregue a los defensores* para el desempeño de su cargo (art. 237). Dicha restricción está dirigida a garantizar el eficaz ejercicio de la defensa y constituye una consecuencia del secreto profesional.

e) El juez podrá *efectuar* el secuestro personalmente –en cuyo caso deberá ser asistido por el secretario (art. 121)–, y está facultado para utilizar el auxilio de la fuerza pública (art. 120).

En caso de urgencia, la ejecución de la medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial (art. 231)⁴. Si bien el C.P.P. no contiene una disposición expresa que atri-

⁴ “El accionar del personal policial interviniente resulta razonable en la medida en que sólo se limita a la aprehensión e inspección del rodado de quien suscitó una sospecha, dando luego inmediata noticia al juez competente. La incautación de sustancias estupefacientes del interior del vehículo inspeccionado resulta válida y se encuentra dentro del marco de una actuación prudente de la Policía, en ejercicio de la labor de prevención del delito que le compete” (C.N.C.P., Sala III, causa 93, “Kolek, Carlos”, 25/4/94, reg. 128, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1994, nº 2-a, p. 62). “Son procedentes las medidas que disponen el secuestro y custodia de objetos que *prima facie* integran el cuerpo del delito. Existe habilitación legal para detener y requisar cuando se tienen motivos racionalmente bastantes para creer que está pasando o está a punto de pasar algo criminalmente relevante” (C.N.C.P., Sala III, “Romero Saucedo, Carlos”, 3/3/95, reg. 27, “Bol. Jurispr. C.N.C.P.”, 1995, 1º trim., p. 98).

buya a la Policía la facultad de secuestrar, ello no significa que no la tenga, pues otras normas la consagran implícitamente (v.gr., el art. 185, que le prohíbe abrir la correspondencia que secuestre). (Ver nota 24.)

f) El art. 233 establece las *pautas* a que se debe ajustar y las *formas* en que se debe realizar la *conservación*⁵ de las cosas secuestradas. Serán inventariadas y colocadas bajo segura custodia a disposición del tribunal, lo cual puede ser llevado a cabo de diferentes maneras, según la naturaleza de los objetos que haya que asegurar:

1) Si se tratare de documentos, serán firmados en cada una de sus hojas por el juez y el secretario, y se les pondrá el sello del juzgado (art. 233).

2) Si fueren objetos de poco volumen, que sea posible conservar, serán asegurados con las rúbricas y sellos mencionados en el párrafo anterior, y custodiados en la caja de seguridad de la Secretaría o en lugares especialmente afectados a ese fin (p.ej., en un depósito judicial).

3) En caso necesario (art. 233), es decir, cuando se trate de cosas cuya custodia o conservación fuere difícil o engorrosa (v.gr., semovientes), se podrá ordenar su depósito.

4) Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer o ser alteradas, sean de difícil custodia o convenga así a la instrucción (art. 233).

5) Si fuera necesario remover los sellos, se verificará su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán re-puestos, y todo se hará constar (art. 233).

g) El secuestro puede *terminar* antes de la resolución definitiva del proceso, o después.

1) Puede cesar antes cuando los objetos sobre los cuales recayó han dejado de ser necesarios, ya sea porque se comprobó su desvinculación del hecho investigado o porque su

⁵ "La conservación y aseguramiento de los efectos secuestrados es, fundamentalmente, para tenerlos a disposición del tribunal cuando éste lo juzgue necesario" (C.N.C.P., Sala II, "Lara, Agustín", 27/3/95, reg. 414, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1^{er} trim., p. 98).

documentación (copias, reproducciones, fotografías) tornó innecesaria su custodia judicial. Pero si tales efectos pudiesen estar sujetos a confiscación, restitución o embargo, deberán continuar secuestrados hasta que la sentencia se pronuncie sobre su destino. Fuera de este caso, las cosas secuestradas serán devueltas a la persona de cuyo poder se las sustrajo, en forma definitiva o provisionalmente en calidad de depósito, imponiendo al depositario el imperativo de su exhibición al tribunal, si éste lo requiere (art. 238).

2) Empero, cuando se deba restituir cosas secuestradas que hayan sido sustraídas, habrá que dárselas al damnificado, salvo que se oponga a ello el poseedor de buena fe de cuyo poder fueron habidas (art. 238). Si la persona de cuyo poder se las obtuvo fuere poseedora de buena fe, con derecho a la devolución del precio que pagó por comprarlas en un remate público o en una casa de venta de objetos semejantes (art. 2768, C. Civil), será a ella a quien deberán serle restituídas. Por el contrario, si las poseía de mala fe, o si, haciéndolo de buena fe, no tenía derecho a reembolso por no darse las condiciones del art. 2768 citado, se deberá disponer su entrega al propietario. En caso de controversia regirá el art. 524.

3) La sentencia trae aparejada la cesación definitiva del secuestro, pues concluye el fin procesal de las cosas sometidas a él. Por tal causa, éstas serán devueltas a quien las tenía, si no se ordenó su decomiso, restitución o embargo, salvo que por ser de propiedad de quien resulte condenado sean retenidas en garantía de gastos y costas del proceso o de la responsabilidad pecuniaria impuesta (art. 523).

Si hubieran sido provisionalmente entregadas en depósito durante la tramitación del proceso, se notificará al depositario la entrega definitiva. Cuando las cosas secuestradas no hayan sido obtenidas de determinada persona y después de un año nadie pruebe tener derecho a ellas, se dispondrá su decomiso (art. 525).

h) Puede también ocurrir que en cualquier estado de la causa se plantee una *controversia* sobre la restitución o la forma de ella. Si la contradicción fuere aparentemente fundada, los interesados deberán ocurrir a la jurisdicción civil, donde se resolverá sobre sus pretensiones (art. 524).

92. ORDEN DE PRESENTACIÓN.

Cuando el juez estime que el secuestro no es necesario, podrá simplemente ordenar que las cosas o documentos a que se refieren los párrafos anteriores sean presentados por quienes los poseen, salvo que éstos deban o puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, de secreto profesional o de estado (art. 232).

93. REGISTRO DOMICILIARIO.

Consiste en la búsqueda de cosas relacionadas con el delito que se investiga o que puedan servir como prueba de él o de sus supuestos partícipes, llevada a cabo por la autoridad judicial en un lugar determinado, aun en contra de la voluntad del titular de la facultad de exclusión del recinto registrado.

a) Objeto.

El registro debe ser realizado en una edificación *no librada* al acceso público, incluyendo tanto las destinadas a morada como los locales de asociaciones públicas o privadas, etc. La ley expresamente autoriza el registro de "lugar habitado" o "sus dependencias cerradas" (art. 225), o de "edificios públicos, oficinas administrativas, establecimientos de reunión o de recreo", "el local de las asociaciones" y "cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación o residencia particular" (art. 226). Pero, como se verá más adelante, las formalidades de su ejecución no son iguales en todos los casos.

b) Finalidad.

El *propósito* del registro es buscar, en el lugar en que se lo practica, "cosas pertinentes al delito" o a "alguna persona imputada, evadida, o sospechada de criminalidad" (art. 224).

1) La medida perseguirá *conservar, recoger y, si fuese necesario, secuestrar las cosas relacionadas con el delito*⁶ que puedan hallarse en el lugar registrado. También abarcará las cosas sujetas a *confiscación* o que puedan servir como *medio de prueba* (arg. arts. 231 y 224). (Ver nº 91.)

2) Asimismo, se autoriza el registro para lograr la *detención del imputado* (siempre que concurran los requisitos de los arts. 282 y 283), o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad. En todas estas hipótesis, la ley presupone que dichos sujetos se *refugian* en el lugar registrado de modo permanente u ocasional, o que están allí accidentalmente.

c) *Requisitos.*

Sin embargo, la ley condiciona la aplicación de la medida a que "*hubiere motivos para presumir*" que en el lugar registrado están las cosas o personas mencionadas en el apartado b (art. 224).

1) Se exige no sólo la *presunción* judicial en tal sentido, sino que ella se asiente en motivos suficientes, es decir, en *elementos objetivos* idóneos para generarla, que deben surgir de lo actuado hasta el momento.

2) En este condicionamiento "se encuentra el límite de la arbitrariedad del juez y la defensa a la garantía de la inviolabilidad del domicilio"⁷.

d) *Allanamiento.*

Para el supuesto de que el titular del derecho de exclusión del lugar que se quiere registrar, eventualmente, no se preste en forma voluntaria a la realización del acto, la ley autoriza

⁶ La ley parece referirse aquí a cosas relacionadas sólo con el delito que se investiga, lo cual supone la existencia de un procedimiento penal concreto. Sin embargo, en la práctica, el juez libra órdenes de allanamiento con la genérica finalidad de "secuestrar elementos de procedencia dolosa", lo cual se podría justificar frente a la sospecha de "criminalidad", que recaerá, en tal hipótesis, sobre el titular del domicilio (art. 224).

⁷ Clariá Olmedo, ob. cit., t. V, p. 405.

al juez a disponer de la fuerza pública y ordenar el *allanamiento* (art. 224). Esta medida constituye una excepción reglamentaria respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado por el art. 18 de la Constitución nacional, y por tal motivo debe "usarse siempre con criterio restringido"⁸.

1) La orden debe ser *motivada*, exteriorizándola mediante "auto fundado" (art. 224).

2) La *ejecución* del allanamiento podrá estar a cargo del propio juez (quien actuará con los demás funcionarios y empleados inferiores necesarios). En tal caso, no será exigible otra orden que el auto fundado a que se hace referencia en el nº 1; pero es posible que el magistrado delegue la realización de la diligencia en funcionarios de la Policía. En este caso, la orden será *previa y escrita*, "expresando el *lugar, día y hora* en que la medida deberá efectuarse y el *nombre* del comisionado" (art. 224). Tendrá que ser también *determinada*.

La exigencia del "lugar" (art. 224) supone la indicación específica de la ubicación del domicilio sujeto al allanamiento: queda proscrita la denominada "orden de allanamiento en blanco".

3) Excepcionalmente, la ley admite el allanamiento de morada por parte de la Policía, *sin* la respectiva orden judicial:

A) si por incendio, explosión, inundación u otro estrago se viese amenazada la vida de los habitantes o la propiedad (art. 227, inc. 1). Esta excepción tiene por finalidad facilitar que la Policía preste los *socorros* del caso (aspecto más propio de la función de *seguridad* que de la judicial).

B) cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito (art. 227, inc. 2). La "denuncia" a que se refiere esta disposición no es sólo la prevista por los arts. 174 y ss., sino que se ha considerado suficiente el "aviso serio"⁹. Cualquiera que sea la forma que adopte la noticia, deberá abarcar no sólo la irrupción en el domicilio,

⁸ Máximo Castro, *Procedimientos penales*, t. II, p. 275.

⁹ Núñez, *Código* . . . , cit., p. 201. Clariá Olmedo, *Tratado* . . . , cit., t. V, p. 426, considera que la norma no excluye el conocimiento directo del funcionario.

sino también el propósito delictivo de los ingresantes, cuya consecución pretende evitar.

C) si voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito, o pidieran socorro (art. 227, inc. 4). El allanamiento permitirá a la Policía Judicial *impedir* que el delito que se está cometiendo sea llevado a “*consecuencias ulteriores*” (lo cual es propio de la función que el art. 184 le asigna) y aprehender al presunto autor del hecho (pues se tratará de un caso de flagrancia previsto en el art. 285).

D) en el supuesto de que se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persiga para su aprehensión (art. 227, inc. 3). Puede tratarse de casos de flagrancia –en los cuales la persecución podrá haber sido realizada también por el ofendido o el clamor público (art. 285)– o de otras hipótesis (v.gr., cumplimiento de una orden judicial de detención, etc.), y la excepción apunta a garantizar el efectivo e inmediato cumplimiento de la medida.

4) Para la entrada en el Congreso Nacional y su registro, el juez necesitará *autorización* del presidente respectivo (art. 226), la cual es exigida en resguardo de la independencia del Poder Legislativo¹⁰.

5) Cuando la medida deba ser llevada a cabo en un *lugar habitado* o en sus *dependencias cerradas*, “sólo podrá comenzar desde que salga hasta que se ponga el sol” (art. 225).

A) La ley requiere el *comienzo diurno* del procedimiento (que puede culminar de noche) para evitar la irrupción en el domicilio cuando sus habitantes se hallan entregados al descanso.

B) No obstante, se podrá proceder a cualquier hora cuando el *interesado*¹¹ o su representante lo consientan, o en los casos

¹⁰ Núñez, *Código . . .*, cit., p. 200. “Si no mediere autorización del presidente de la Cámara, el juez de instrucción carece de facultades para obrar por propia autoridad”, dicen Vázquez Iruzubieta y Castro, *Procedimiento penal mixto*, t. II, p. 112. Como señala Clariá Olmedo, *Tratado . . .*, cit., t. V, p. 421, la exigencia de autorización impedirá considerar el registro como un allanamiento.

¹¹ Es decir, el titular de la facultad de exclusión del domicilio. “No es necesaria una orden de allanamiento ni se compromete la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la privacidad cuando, como

sumamente *graves y urgentes*¹², o cuando peligre el *orden público* (art. 225).

C) La limitación horaria no regirá tampoco para los *edificios públicos y las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o recreo, los locales de asociaciones*, o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación o residencia particular (art. 226). En estos casos, se deberá dar aviso a las personas a cuyo cargo¹³ estén los locales, salvo que ello sea perjudicial para la investigación (art. 226).

6) La orden de allanamiento será notificada a quien habite o posea el lugar donde debe efectuárselo, o, cuando estuviere ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero (art. 228). Si procede la Policía, deberá exhibir la orden judicial respectiva.

A) La exigencia tiende a permitir la asistencia del notificado al registro, a lo cual se lo deberá invitar (art. 228).

B) Cuando, previa búsqueda, no se hallare a nadie en el lugar, se lo hará constar en el acta y se realizará el allanamiento sin más trámite (art. 228).

7) Se deberá labrar un *acta* con arreglo al capítulo 4, título V, libro I (art. 228), en la cual se deberá hacer constar, además, el resultado del registro (detención o secuestro practicados), con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. Los concurrentes deberán firmar; si alguien no lo hiciere, se expón drá la razón (art. 228).

en la especie, el denunciante -padre del procesado-, damnificado por el delito de amenazas, procede a tomar el arma utilizada por el encartado para amenazar, la que se encontraba guardada dentro de un mueble de uso común, sin llave y sin ánimo de ocultamiento, y a entregarla a las autoridades preventivas, no siéndole necesario violentar ámbitos que el justiciable pudiera haber fijado como de su exclusiva esfera de privacidad" (C.N.C.P., Sala III, causa 9, "Sololovics, Mario", 29/7/93, reg. 13, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1993, nº 1, p. 20).

¹² Se requiere la concurrencia simultánea de ambas condiciones: gravedad y urgencia.

¹³ Para Núñez, *Código...*, cit., las personas encargadas de los locales son las que tienen su gobierno y dirección (p. 200). Clariá Olmedo, *Tratado...*, cit., t. V, p. 423, otorga a la locución "a cargo" mayor amplitud, comprendiendo a los dependientes de aquéllos.

e) *Órganos que lo disponen.*

Tratándose de una medida típica de investigación, lo común será que el registro domiciliario sea ordenado por jueces encargados de la instrucción.

La Policía Judicial sólo podrá realizar de *propia autoridad* los *allanamientos excepcionales* del art. 227 (ver nº 93, d, 3). También actuará por orden judicial, caso en el cual sólo tendrá a su cargo la ejecución de la medida (art. 224, 2º párr.).

En cualquiera de estas hipótesis, el acta labrada por el juez o por los funcionarios policiales podrá ser incorporada al debate por su lectura, conforme a lo autorizado por el art. 392 (y en las condiciones allí establecidas).

f) *Garantías.*

Por tratarse de un acto de los denominados “definitivos e irreproductibles” (art. 200), los *defensores* de las partes tendrán *derecho* a asistir a su realización (y éstas también tendrán la *facultad* de asistir). Pero no se exige la previa notificación a aquéllos (art. 201), ya que ello podría hacer peligrar la consecución de los fines que el acto persigue (art. 224). El derecho de asistencia se reduce, entonces, al caso de que el defensor se entere del registro en el momento en que se lo está practicando.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 228, el juez podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesario por la naturaleza del acto (art. 200)¹⁴.

¹⁴ La presencia del ofendido podrá ser útil para la investigación cuando pueda señalar, por ejemplo, cuál de los objetos hallados en la morada del presunto encubridor es el que le fue hurtado. La del imputado podrá ser eficaz para el esclarecimiento de los hechos cuando voluntariamente exprese su deseo de señalar el lugar del domicilio en donde escondió la *res furtiva*.

94. REQUISA PERSONAL.

Consiste en la búsqueda de cosas relacionadas con un delito (y que por eso servirán como prueba), efectuada en el cuerpo o en las ropas de una persona.

a) Sólo se la podrá ordenar cuando haya "*motivos suficientes para presumir*" (art. 230) que allí oculta *objetos* vinculados con el hecho delictivo que se investiga. Es decir, se requiere una presunción basada en datos objetivos que justifiquen la afectación de la libertad y el pudor de la persona, en aras del descubrimiento de la verdad. Para mayor garantía, la ley exige "*decreto fundado*" (art. 230) y autoriza a *invitar* previamente a la persona afectada a exhibir el objeto de que se trate (ver nº 92). Sin embargo, la negativa de la persona a ser requisada no impedirá el acto, salvo causas justificadas (art. 230).

b) El *ocultamiento* debe ser realizado "*en el cuerpo*" (art. 230), expresión que abarca tanto el cuerpo propiamente dicho como las ropas¹⁵, pero "*no las cosas que la persona lleva con sus manos y por separado*"¹⁶ (portafolios, paquetes, etc.).

c) Se la podrá practicar sobre una persona (art. 230). La redacción de la norma da pie para someter a la requisa tanto al imputado como a quien no lo sea, a condición de que se pueda presumir que —aun sin saberlo— oculta cosas relacionadas con el delito¹⁷.

d) La requisa tiende a *facilitar* el *secuestro* de efectos vinculados con el ilícito (art. 231); es decir, tanto el cuerpo, los instrumentos o efectos del delito como cualquier otro que pueda servir como medio de prueba (ver nº 91, d, 1). Si el objeto no puede ser secuestrado (ver nº 91, d, 2), no se podrá ordenar la requisa.

e) La medida deberá ser llevada a cabo separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se la realizare en

¹⁵ Manzini, *Tratado* . . . , cit., t. III, p. 70.

¹⁶ Núñez, *Código* . . . , cit., p. 203. En contra: Clariá Olmedo, *Tratado* . . . , cit., t. V, p. 408.

¹⁷ V.gr., quien porta, por compra de buena fe, una joya robada.

una mujer, será practicada por una persona de sexo femenino (art. 230).

f) La atribución de efectuar requisas es otorgada al "juez" (art. 230) y, en casos urgentes, a la Policía (art. 184, inc. 5)¹⁸.

g) La "operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa" (art. 230). Cualquiera que sea la autoridad que la practique, el acta podrá ser incorporada al debate para su lectura, en las condiciones previstas por el art. 392.

95. CLAUSURA DE LOCALES.

Se la concreta mediante el cerramiento y la custodia del acceso a un local, para evitar el ingreso de personas en él. Previo a ello, si hubiese ocupantes habrá que desalojarlos. Por tratarse de una limitación de los derechos que pudiere haber sobre el inmueble (propiedad, locación, etc.), la ley restringe el ámbito de aplicación de la medida a los casos en que haya

¹⁸ "[...] si bien la competencia para disponer la requisita pertenece, por regla general, al juez, resulta que el Código Procesal le otorga dicha facultad a la autoridad policial, como excepción, siempre y cuando se observen en los hechos determinadas circunstancias. La existencia de estas circunstancias estará sujeta al control judicial. Entre éstas debemos contar la flagrancia, como ha ocurrido en este caso, por lo cual la autoridad policial se encontraba facultada a realizar requisas, cumpliendo con las formalidades dispuestas en el art. 230 del mismo ordenamiento procesal" (C.N.C.P., Sala II, causa 118, "Gutiérrez, Víctor", 3/6/94, reg. 175, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, nº 2-b, p. 13). "La exigencia irrestricta de orden judicial para proceder a la requisita en todos los casos constituye un exceso ritual manifiesto, dirigido a cuestionar la legítima posibilidad de la autoridad policial de revisar a quienes resultaron sospechosos en comprobadas circunstancias de urgencia, y a rechazar la consecuente incorporación a la causa de esa prueba válidamente recogida. [...] En materia de función policial, la urgencia para proceder a la requisita debe estar guiada por la posibilidad de descubrir pruebas que, ante la demora en la espera de la orden judicial respectiva, pudieran desaparecer. [...] La requisita efectuada por personal policial, sin orden judicial, es ajustada a derecho si se originó en el estado de sospecha, razonable y previo, que animaba a los preventores y en circunstancias en que resultaba imposible obtener la orden judicial sin riesgo, en la demora" (C.N.C.P., Sala III, "Salías, Juan", 15/3/95, reg. 30, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1º trim., ps. 99/100).

vehementes indicios de que en su *interior* se ha cometido un delito *grave*.

a) La clausura tendrá una finalidad probatoria, consistente en impedir que sean *alteradas* las huellas o rastros que el delito hubiere dejado en el local, o evitar la *destrucción* o *adulteración* de las pruebas de su comisión allí existentes. Asegurará, así, el éxito de las medidas instructorias enderezadas al descubrimiento de la verdad, como *inspecciones*, *secuestros*, etc.

Empero, también se la podrá utilizar para evitar que en el local clausurado se continúe cometiendo el delito¹⁹ que es motivo de investigación en el proceso en el cual se la ordena, porque es función de los órganos judiciales impedir que los delitos "cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores" (art. 183).

Asimismo, la clausura funcionará como sustituto del secuestro en materia de inmuebles²⁰.

b) Si bien la *atribución de ordenar* la medida sólo es otorgada en forma expresa a la Policía, con más razón debe considerársela otorgada a los funcionarios judiciales intervinientes en la causa²¹.

c) Tanto la *procedencia* de la clausura como su *duración* deberán estar presididas por el criterio de la más estricta necesidad ("si *fuere indispensable*", reza el art. 184, inc. 6), propio de las medidas de coerción procesal (arg. art. 280). Ello significará, en la mayoría de los casos, una limitación de su vigencia al tiempo necesario para llevar a cabo las medidas de investigación a que se hace referencia en el punto a.

96. INTERCEPTACIÓN DE CORRESPONDENCIA.

Estamos aquí ante la *interrupción* (y desviación hacia el juez) del curso que habitualmente sigue una correspondencia de interés probatorio, desde el momento en que es enviada

¹⁹ Pensemos en la clausura del local en donde se facilitaba la prostitución de menores.

²⁰ V.gr., el departamento adquirido con el producto del robo.

²¹ Así lo entiende Clariá Olmedo, *Tratado...*, cit., t. V, p. 412, n. 720.

por el remitente hasta el momento en que es recibida por el destinatario.

a) Constituye una excepción reglamentaria respecto de la garantía de inviolabilidad de la "correspondencia epistolar y los papeles privados", consagrada por el art. 18 de la Constitución nacional, en aras del interés público que el proceso penal custodia. De allí que sólo se la autorice cuando el juez la considere útil para la "comprobación del delito", y siempre que la correspondencia haya sido *"remitida por el imputado o destinada al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto"* (art. 234)²², y deba ser dispuesta por "auto fundado".

La medida puede recaer sobre "la correspondencia postal o telegráfica" o sobre "todo otro efecto" (art. 234), como encomiendas, paquetes, etc., que se halle en *tránsito* (entre remitente y destinatario) y bajo la custodia de un servicio de correo o telégrafo de carácter *público o privado*. También alcanza al "télex" y al "fax" (arg. art. 236).

La interceptación se materializará mediante la emisión de la orden respectiva, dirigida al servicio de correos (o telefax) que se presuma utilizado en el caso, el cual deberá localizar la correspondencia y ponerla a disposición de la autoridad judicial.

b) Una vez que tenga en su poder la correspondencia o los efectos interceptados, el juez procederá a su *apertura* (art. 235), pues sólo así podrá acceder a su contenido, que se presume de valor probatorio.

Luego examinará los objetos y leerá *por sí* el contenido de la correspondencia (art. 235), lo cual configura una verdadera garantía contra la divulgación indebida.

Si aquélla tuviera relación con el proceso (art. 235) y fuese útil para la averiguación de la verdad (art. 234), se ordenará su secuestro (art. 235). Se advierte, así, cómo la interceptación tiene por finalidad posibilitar la ejecución de *esta otra* medida

²² Este punto "amplifica un tanto riesgosamente la facultad jurisdiccional, por el daño que puede eventualmente causarse a terceros extraños al proceso, cuyos nombres pueden coincidir con los nombres supuestos del imputado, dicen Vázquez Iruzubieta y Castro, *Procedimiento* . . . , cit., t. II, p. 127.

coercitiva de aseguramiento de pruebas. Es por esto último que quedan excluidas de la interceptación las "cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño del cargo" (art. 237)²³.

En caso contrario, el juez mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia (art. 235).

c) La atribución de interceptar correspondencia es conferida, por regla general, a los jueces encargados de la instrucción. La Policía sólo tiene atribución para secuestrar correspondencia²⁴, no para disponer su interceptación, que solamente podrá llevar a cabo por orden del juez.

En cualquier caso, carece de facultades para abrirla: deberá remitirla intacta a la autoridad judicial competente (o, en los casos urgentes, a la más inmediata), la cual autorizará la apertura si lo creyere oportuno (art. 185).

d) La medida puede ser utilizada, también, como medio de evitar que el imputado burle la *incomunicación* (art. 205) mediante su contacto postal o telegráfico con otras personas.

97. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

Esta medida consiste en interferir las llamadas telefónicas efectuadas por el imputado o dirigidas a él, con la finalidad de enterarse de lo conversado (que podrá tener importancia probatoria) o impedir una conversación (art. 236) que podría obstaculizar la investigación.

²³ Que están excluidos del secuestro. (Ver n° 91, d, 2.)

²⁴ Para Núñez, *Código . . .*, cit., p. 168, la Policía Judicial no tiene una atribución autónoma de secuestrar, sino que sólo puede hacerlo por orden de los jueces. Opina lo contrario Clariá Olmedo, *Tratado . . .*, cit., t. V, p. 422. El art. 185 le otorga razón a este último, pues si los funcionarios policiales sólo pudieran secuestrar mediante previa orden judicial (art. 231, 2° párr.), carecería de sentido el último párrafo de la disposición citada, que autoriza a la Policía, "en los casos urgentes", a ocurrir a la autoridad judicial "más inmediata" para lograr la apertura de la correspondencia secuestrada (art. 185). Si el referido art. 185 no pensara en una atribución autónoma de secuestro, no podría *enviar* a la Policía a la autoridad judicial "más inmediata": tendría que reducirse a la que le impartió la orden.

a) Empero, aun cuando se ha sostenido que "los teléfonos no tutelan la reserva individual o privada de las comunicaciones"²⁵, lo cierto es que su intervención representa una invasión del concepto que el ciudadano común tiene de su *intimidad*, realizada de modo sigiloso. Ello determina la necesidad de una aplicación cautelosa y restrictiva de la medida, y que se exija "auto fundado" (art. 236).

La previsión legal también se refiere a las comunicaciones llevadas a cabo por cualquier otro medio, concepto en el cual quedan incluidas todas las formas modernas de comunicación oral a distancia (v.gr., radiales).

b) Debe tratarse de comunicaciones del *imputado*, por lo cual no se admite la intervención de otras (v.gr., entre personas no imputadas, testigos, etc.). Se discute acerca de la posibilidad de que la medida recaiga sobre las comunicaciones entre aquél y su defensor²⁶. Empero, aun cuando se acepte la tesis

²⁵ Clariá Olmedo, *Tratado . . .*, cit., t. V, p. 431. "Si el resultado de la intervención telefónica ordenada por el juez fue la específicamente buscada por quien conducía la investigación, y la escucha no fue utilizada con un propósito diverso al que la originara, ostenta la mayor legitimidad, por lo que si la prueba cuestionada ha derivado de un acto jurisdiccional válido, su incorporación es apta para fundar la sentencia [. . .]. El recaudo de motivación que se exige respecto del auto que ordena la intervención telefónica (art. 236 del ritual) resulta plenamente satisfecho mediante la manifestación explícita de todos los argumentos en el cuerpo del propio decisorio, si bien ello no ocurriría cuando mediara una remisión genérica a las constancias de autos como razones determinantes de la resolución o decisión, ni cuando la referencia se produjera de un modo general, vago e inexacto. En ciertos supuestos, también se cumple con el requisito cuando el pronunciamiento se remite clara, precisa y concretamente a circunstancias o constancias de determinadas piezas de la causa que resultan suficientes e indubitables para acordar el debido sustento" (C.N.C.P., Sala III, causa 65, "Tellos, Eduardo", 24/3/94, reg. 99, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1994, n° 1, p. 35). "La nulidad de la grabación de conversaciones telefónicas exige, para su viabilidad, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferir el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto" (C.N.C.P., Sala I, "Agosti, Jorge", 7/3/95, reg. 421, "Bol. Jurispr. C.N.C.P.", 1995, 1er. trim., p. 16).

²⁶ Núñez, *Código . . .*, cit., p. 210, expresa que "tratándose de la relación defensiva entre el imputado y su defensor, no es lícito servirse [de la comunicación telefónica] como prueba de cargo". Por su parte, Clariá Olmedo, *Tratado . . .*, cit., t. V, p. 231, afirma que "no se exceptúan las comunicaciones que pueda mantener el imputado con su defensor para el desempeño del cargo".

afirmativa, el contenido de la conversación no podrá ser revelado en el proceso (salvo que sea delictivo en sí mismo)²⁷, por la misma razón que inspira la prohibición del art. 237 (referido a la restricción del secuestro de correspondencia enviada a los defensores para el desempeño de su cargo) (ver nº 91, d, 2).

c) El propósito de la intervención será, comúnmente, el de tomar conocimiento, merced al control de las comunicaciones, de datos útiles para orientar la investigación. Ello plantea, no obstante, varios problemas (v.gr., posibilidad de valorar en contra del imputado sus expresiones durante la conversación; valor probatorio de la grabación de la comunicación; etc.). Quizá podría representar un complemento de la incomunicación (art. 205) cuando la medida fuese dispuesta para “*impedir*” la comunicación, pues de poco serviría privar al detenido del contacto personal para evitar que turbe la prueba, si se lo deja hablar libremente por teléfono (lo cual ratifica su utilidad probatoria).

d) La ley otorga este poder al “juez” pero *excluye* a la Policía. Ésta sólo podrá actuar contando con la respectiva orden judicial, pues no hay otra norma legal que le conceda dicha atribución en forma autónoma.

Por cierto que ningún valor podrá dársele al resultado de una intervención telefónica realizada por un particular (sin orden judicial).

98. ATRIBUCIONES DEL AGENTE FISCAL (CASO DEL ART. 196).

El C.P.P.N. establece la posibilidad de que el juez de instrucción delegue la dirección de la investigación de un delito de acción pública de competencia criminal en el agente fiscal (art. 196). En tal supuesto, este funcionario tendrá atribucio-

²⁷ Manzini, *Tratado* . . . , cit., t. III, p. 734. Por ejemplo, si un defensor deshonesto pretendiera defraudar a su cliente mediante la entrega de supuestas remuneraciones a los jueces (art. 173, inc. 10, C. Penal), y se interceptara la pertinente comunicación telefónica.

nes autónomas para ordenar y practicar por sí medidas probatorias (art. 210), salvo los actos definitivos e irreproducible (art. 213), o los que la ley atribuya a otro órgano judicial (art. 210).

Tiene vedado, por imperio del principio general del art. 210, disponer embargos (art. 518) o inhibiciones (art. 518), la interceptación y apertura de correspondencia (art. 235), o la intervención de teléfonos u otros medios de comunicación (art. 236).

Respecto de secuestros (art. 231), registros (art. 224), clausuras de locales y requisas personales (art. 230), tampoco tiene el agente fiscal ninguna atribución específicamente otorgada. Sólo para los *casos urgentes* en que estos actos pueden ser practicados por la Policía cabrá pensar que también los puede llevar a cabo el representante del ministerio público, con las limitaciones en cada caso establecidas para aquella autoridad (arts. 184, incs. 1, 5, 6 y 8, y 185).

CAPÍTULO II

MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

99. MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA.

En los últimos tiempos han ido apareciendo, en la legislación argentina, los llamados "*medios de prueba extraordinarios*", los cuales, justificados originariamente por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos también "*extraordinarios*" (no sólo por su inusitada gravedad, sino también por los *serios* problemas que presentan para su investigación), encierran el grave riesgo (o, lo que es peor, el propósito) de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal, como medio —no tan novedoso como explícito— de darle *más eficacia* respecto de aquellos ilícitos.

Han surgido, así, nuevos protagonistas del proceso penal, como el "agente encubierto", el "informante", el "arrepentido" o el "testigo de identidad protegida", la mayoría de los cuales son *inaceptables* para nuestro sistema constitucional, y los pocos restantes podrían tener una *mínima y transitoria* aceptación excepcional sólo cuando su auxilio fuere *indispensable* para superar dificultades *insalvables* con los medios probatorios ordinarios en la investigación de *gravísimos* delitos, y siempre que su actuación y el valor de su información se enmarcasen en una *rígida legalidad*, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos (condición cuyo logro *presupone* jueces, fiscales y empleados judiciales y policiales cuyas cualidades per-

sonales y funcionales estén verdaderamente acordes con su investidura)¹.

100. "NECESIDAD" VS. "MORALIDAD".

La posibilidad de que la justicia penal pueda valerse de funcionarios públicos que simulen ser delincuentes ("agentes encubiertos"), o de codeincuentes (presuntos) que colaboren en la investigación del delito en el cual han participado aportando información (mal llamados "arrepentidos"), es una cuestión sumamente debatida, pues contrapone "moralidad" con "necesidad". Por extensión de lo que se autoriza en otros países y desde hace bastante tiempo entre nosotros, en relación con la prueba de gravísimos ilícitos (por ejemplo, la conspiración para la traición)², se acepta –a regañadientes– esta controvertible decisión (v.gr., respecto del narcotráfico, ley 24.424) sólo porque actualmente se la postula como *imprescindible*, en muchos de estos casos (y cuando en verdad *así lo sea*), para

¹ Esta afirmación, que parece una perogrullada, se convierte en una dramática exigencia cuando se verifica que al amparo de estas normas se han producido situaciones "inéditas de *desprecio* por la *libertad individual* [...] y la *dignidad humana*", que por ser protagonizadas, precisamente, por aquellos funcionarios públicos "en los cuales la comunidad deposita su confianza y consideración, ponderando que [...] son los encargados de hacer cumplir la ley y responsabilizar a quienes infringen sus normas", revisten especial "gravedad y trascendencia institucional" (Cám. Nac. Crim. y Corr. Fed., causa nº 13.059, 9/5/97). El dramatismo de aquella exigencia no es sólo local, pues parece que hasta el F.B.I. fragua pruebas, según comenta Vicente Battista, *¡Ni en el F.B.I. se puede confiar!*, diario "Clarín", 28/5/97.

² Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, t. VI, p. 228, n. 82, remite a la discusión parlamentaria sobre la disposición que establece la impunidad del conspirador arrepentido. "En todas partes se condenó la traición o la mala fe de los hombres, y la ley que deja impune este delito autoriza a que los hombres falten a la buena fe o a la confianza que han depositado en ellos", argumentó el diputado Moreno. La replica estuvo a cargo del diputado Elizalde: "Es un delito faltar a la buena fe de los amigos, pero primero están los altos intereses de la Nación". La síntesis –como al pasar– la hizo el diputado Alsina: "La Cámara acepta este principio de la impunidad del delator" ("Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación", sesión del 7 de agosto de 1863, ps. 375/6).

descubrir y castigar a integrantes de poderosas organizaciones delictivas (muchas veces, transnacionales) y así evitar su avance y consolidación, objetivos que no sería posible alcanzar, *por ahora*, mediante las vías probatorias ordinarias.

Empero, dado que estos medios "extraordinarios" de prueba constituyen la respuesta a nuevas modalidades delictivas, que han logrado, por su sorpresiva irrupción (o imprevisión estatal), esterilizar en alto grado los medios tradicionales de investigación, será responsabilidad principal del Estado generar las condiciones y los recursos necesarios para poder abandonar aquéllos lo más rápidamente que se pueda, para evitar que se "ordinaricen". Porque, más allá de los beneficios directos que puedan llegar a reportar, con su uso se paga un precio en moneda de confianza pública con respecto a la aplicación *uniforme* de la ley penal, cuya permanencia en el tiempo podrá ocasionar perjuicios sociales irreparables³.

101. AGENTE ENCUBIERTO (Y PARAENCUBIERTO).

El *agente encubierto* ha sido definido como un funcionario público que fingiendo no serlo (simulando ser delincuente) se infiltra, por disposición judicial⁴, en una organización delictiva (v.gr., de narcotraficantes), con el propósito de proporcionar "desde adentro" información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y, como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita.

Se discute sobre si el agente encubierto puede tener, en su tarea, "licencia para delinquir", a modo de excusa absoluta anticipada, derivada de su condición de tal, o si, fuera

³ Cfr.: Winfred Hassemer, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, en *Hacia una nueva justicia penal*, Bs. As., 1984; Leopoldo Schiffrin, *La figura del arrepentido es un peligro para el Estado de derecho*, diario "Página/12", 27/6/97.

⁴ Cfr.: Fabricio Guariglia, *El agente encubierto: ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*, "Ciencias Penales" (Costa Rica), año 8, n° 12, ps. 16 y ss. Hemos propuesto, como forma de proporcionar también una garantía política, que la designación de un agente encubierto sea sometida al control parlamentario.

de su participación simulada en la organización delictual, debe abstenerse de cometer delitos o provocar su comisión por otras personas. Esta última sería la única posición aceptable (pero no es la acogida por la legislación vigente sobre narcoactividad, que opta por la primera), ya que la no punibilidad de sus acciones sólo podría derivar de las reglas generales del Código Penal, actuando dentro, y no fuera, del *encargo* de la autoridad judicial, la cual sería, a su vez, responsable de precisar y controlar tal misión. Además, debería, especialmente, prohibírsele vulnerar derechos constitucionales en su tarea de coleccionar datos o información (cosa que tampoco hace la referida legislación), y proscribirle expresa y rotundamente la utilización de los "frutos probatorios" de esas irregularidades.

Al lado del agente encubierto aparece (como propuesta de segunda reforma de la ley 23.737) el inaceptable "paraencubierto"⁵, eufemísticamente llamado "informante", sujeto que sin formar parte de ninguna institución pública es inadmisiblemente encargado o autorizado por el Estado (por lo general, mediante un precio) para cumplir tareas similares a las de aquél, o directamente para realizar misiones de espionaje particular. Por cierto que su actividad es disfrazada, como si sólo se tratara de un *mero aprovechamiento*, por parte del Estado, de conocimientos que aquél hubiere obtenido en forma accidental, o de averiguaciones que hubiese realizado por su cuenta.

102. ¿INFORMALIDAD O ILEGALIDAD?

Si bien, dentro de los límites y con las restricciones (de muy difícil cumplimiento práctico) aquí señalados, no sería indiscutible una descalificación *in limine* de la utilización extraordinaria del "agente encubierto", y menos aún descartar *a priori* la posibilidad de que un particular arrime a la in-

⁵ Como lo llaman el Dr. Jekyll y Mr. Hyde, *La introducción del llamado "agente encubierto" a la legislación argentina*, "Nueva Doctrina Penal", 1996, p. 273, señalando que dado que este sujeto no es funcionario, no estará sometido en su actuación a ninguna disciplina ni jerarquía, ni siquiera a los deberes genéricos de la actividad pública, lo cual priva a su desempeño de cualquier patrón jurídico regulador.

vestigación penal, sin encargo oficial, un dato que haya conocido, ello estará siempre condicionado a que las informaciones que aporten estos personajes sólo puedan tener eficacia procesal, como prueba o como fuentes de ella, cuando hayan sido obtenidas y transmitidas *respetando* la Constitución y las leyes⁶. Por eso es inadmisibles e hipócrita pretender “blanquear” la información de origen ilegal del “agente encubierto” o el “informante” por el atajo de autorizar “medidas procesales encaminadas a confirmarla”, que sí valdrán como prueba, aunque el dato que les haya dado origen sea visiblemente ilegal (sería un caso de dolo “procesal” directo) o se lo acepte con absoluta indiferencia de su posible ilegalidad, aunque sea ineludible representársela siempre como posible (sería un caso de dolo “procesal” eventual).

103. EL IMPUTADO COLABORADOR (“ARREPENTIDO”).

En los últimos tiempos ha resurgido la posibilidad (que tiene orígenes remotos) de reducir la escala penal que le correspondería al coimputado en caso de que colabore en la investigación de “delitos organizados” (organizaciones delictivas) aportando datos que sean de importancia *esencial* para ella (v.gr., arts. 29 bis y 29 ter, ley 23.737): se trata del mal llamado “arrepentido”. No obstante, cabe advertir *in limine* que es, en verdad, un simple coimputado⁷, delator-colaborador que entrega a sus cómplices⁸ no porque se arrepienta de nada,

⁶ Una solución “pragmática” –dice Néstor P. Sagüés– “no está necesariamente reñida con nuestra Constitución”, aunque rápidamente advierte: “No toda solución pragmática es potable”, señalando luego sus límites (*¿Afianzar la justicia?*, diario “La Nación”, 18/6/97).

⁷ Siempre deberá tratarse de un coimputado, porque si su información fuera sobre *otro* delito, deberá declarar como testigo en el *otro* proceso, ya que si así no fuera se estaría premiando al delator con un beneficio penal, y obligando, sin darle ninguna ventaja –y, muchas veces, arriesgándolo a venganzas, amenazas, etc.–, al testigo que cumple con el deber cívico de colaborar con la justicia, diciendo la verdad sobre lo que conoce de un delito.

⁸ Esta posibilidad suele causar horror en nuestra sociedad, escribe Carlos Nino (*Un país al margen de la ley*, Bs. As., 1995, p. 244), acostumbrada a dar prioridad a una moral de la amistad –en la cual la delación es el peor pecado–

sino sólo para conseguir un alivio de su situación frente a la ley, en búsqueda de lo cual muy probablemente no se detendrá en "detalles" (v.gr., ser veraz), ni mostrará mayores escrúpulos que los evidenciados al cometer el delito en cuya investigación luego "colabora". Por eso es que aquí también resulta imprescindible establecer una serie de condiciones *infranqueables* para que esta figura pueda ser *tolerada* jurídicamente, prever severos resguardos para que no sea fuente de abusos, y evitar la "ingenuidad" en la valoración de los dichos del "arrepentido".

Su aplicación sólo podría ser admitida como forma de obtener la colaboración de miembros no representativos de poderosas organizaciones ilícitas o de partícipes secundarios de gravísimos delitos, que permita la condena de sus copartícipes que sean líderes de aquéllas o de los coautores, instigadores o cómplices necesarios de éstos (y no a la inversa). Habría que analizar también si es razonable utilizarla cuando, por ejemplo, preexisten pruebas independientes para obtener el enjuiciamiento de todos estos cabecillas, así como precisar los requisitos que debe reunir la colaboración en la investigación para que pueda ser penalmente recompensada, no sólo por ser *veraz*⁹, sino también arreglada a criterios de *proporcionalidad* entre la importancia decisiva de los datos que suministre y la amplitud del beneficio a otorgar. (Ver nº 71.)

sobre la moral pública. "No veo tan mal", justifica, embatir contra una moral "siciliana de la complicidad a favor de una moral cívica" (p. 266). En contra se pronuncia Eugenio Zaffaroni (*El crimen organizado: una categorización frustrada*, "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología" de la U.N.C., nº 1, 1995, ps. 279 y ss.), señalando que "la impunidad de los llamados «arrepentidos» constituye una seria lesión a la eticidad del Estado [...] el Estado no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad". Critica "estos proyectos de compraventa de la verdad y la pena", Julio Maier, *El derecho penal y el mercado*, diario "La Nación", 18/6/97.

⁹ Por cierto que la base de cualquier beneficio consiste en que la información del "arrepentido" sea veraz. Y es útil reiterar, a este respecto, que se trata de un coimputado que asumiendo una condición de "soplón" puede proporcionar datos falsos, buscando mejorar su situación procesal.

104. CONTRADICTORIO.

Hay que *enfaticar* en que si las informaciones o declaraciones que puedan producir el "agente encubierto" o "paraencubierto", el "arrepentido" o el "testigo de identidad protegida" (ver nº 37, b, 2, C) se mantienen en secreto (fuera de los plazos de reserva que las leyes autorizan durante la investigación preliminar), no podrán tener *ningún* valor probatorio, ni directo, ni indirecto, ni con relación a otras pruebas ni como fuente de ellas (ni se podrá autorizar *medidas para* confirmarlas), ni ser incorporadas por medio de dichos de terceros (v.gr., del policía que durante la investigación los interroga). Esto es así porque los pactos internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) impiden que haya prueba de "cargo" sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor de *interrogar* a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, de *obtener la comparecencia* de los testigos de descargo, y de que éstos puedan ser *interrogados* en las mismas condiciones que los testigos de cargo, atribuciones que también extienden a *otras personas* que puedan arrojar luz sobre los hechos¹⁰: no habrá "luz" si ellas están en las sombras¹¹.

Además, sólo si son producidas en presencia del defensor, del acusador y del tribunal podrán sus expresiones tener confiabilidad como base posible de una condena, pues únicamente la *inmediación* con aquellos sujetos permitirá una valoración seria sobre la sinceridad y veracidad de ellas, es decir, sobre su credibilidad.

¹⁰ C.A.D.H., art. 8, ap. 2, inc. f; P.I.D.C.P., art. 14, ap. 3, inc. e.

¹¹ Por cierto que es imprescindible establecer un eficaz sistema de protección de testigos y otros participantes en estos procesos, en caso de que peligre su integridad personal. Nadie puede ser puesto en la disyuntiva de mentir a la justicia o no sobrevivir.

105. LA COLABORACIÓN CON LA VÍCTIMA.

Como una variante, últimamente se ha propuesto premiar la colaboración en la investigación del responsable de *cualquier* delito, con una importante reducción de la escala penal que le correspondería, no ya por su utilidad para el interés punitivo del Estado, sino por su aptitud para dar satisfacción a la *víctima* (individual o indeterminada)¹². Aquella cooperación en el descubrimiento de la verdad no es concebida por esta posición como un modo excepcional de investigación, basado en una "transacción previa con un delincuente que vende delación a cambio de libertad", sino como un atenuante por haber favorecido "que la víctima o sus deudos puedan saber qué, cómo, por qué, quién y a veces cuándo". La atenuación no es por "la eficacia para la punición [. . .] sino por su eficacia para satisfacer aquel justo reclamo"¹³, y su procedencia y alcances deberán ser resueltos en la sentencia definitiva.

Empero, como aquella propuesta va expresamente acompañada de la posibilidad de *excarcelar* a quien preste esta colaboración, teniendo en cuenta la posible reducción extraordinaria (por reducción de la escala penal ordinaria) de la futura condena, no será de extrañar que por la vía procesal se convierta, solamente, en una herramienta de negociación *anticipada* para permutar libertad (provisional) por delación, contraria al noble propósito de quienes la imaginaron.

¹² A mediados de 1997, Pedro David, Raúl Zaffaroni, Ricardo Gil Lavedra, León Arslanian y Andrés D'Alessio coincidieron en proponer, como agregado al art. 41 del Código Penal, una redacción así: "Cuando el sujeto se hubiere esforzado seriamente para evitar el resultado, reducir el daño o satisfacer a la víctima, o hubiere cooperado en la investigación [. . .] la escala penal aplicable se podrá disminuir del modo previsto para la tentativa".

¹³ Es la opinión de Raúl Zaffaroni, *Ley del Arrepentido, para arrepentirse*, diario "Página/12", 22/6/97. Con argumentos similares (no idénticos) se expide Ricardo Gil Lavedra, *La ética del Estado y la delación como moneda de cambio*, diario "Clarín", 29/6/97.

Se terminó de imprimir
en agosto de 1998,
en Talleres Gráficos EDIGRAF S.A.,
Delgado nº 834, Buenos Aires.

Tirada: 2.000 ejemplares.