



REPÚBLICA DE EL SALVADOR
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
“DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO”



CURSO

“LAS INTERVENCIONES EN LAS COMUNICACIONES

OBRA

**GRABACIONES, ESCUCHAS TELEFÓNICAS Y FILMACIONES COMO MEDIOS DE PRUEBA
(SEPARATA No.6)**

MATERIAL DE ESTUDIO

**III. NATURALEZA DEL SOPORTE QUE CONTIENE LA REPRODUCCIÓN DE VOZ O LA IMAGEN E
INDIVIDUALIZACIÓN DEL MEDIO DE PRUEBA IDÓNEO**

AUTOR: CARLOS ALBERTO CARBONE

III. Naturaleza del soporte que contiene la reproducción de voz o la imagen e individualización del medio de prueba idóneo

1. Observación preliminar

Hay que tener en cuenta que para abordar el tema ut supra expuesto, se debe distinguir la naturaleza de la fuente de prueba del medio elegido para ofrecerla, tema ya tratado.

Claro que hay una íntima conexión entre ambos: si me entero de que hay un testigo que presenció el hecho, no hay duda de que tendré que acudir al medio de la prueba testimonial.

Pero las cosas no son tan sencillas a la hora de analizar un soporte que contiene una grabación, por eso se impone distinguir ambas cosas, porque, como veremos, a veces no se tienen en cuenta.

2. Documento y reconocimiento judicial

Algunos autores extranjeros entienden que el medio más acorde con su naturaleza para incorporar una fuente de prueba que termina en una grabación de una conversación es el de la inspección ocular o reconocimiento judicial.

Roxin sostiene la idea luego de hacer la diferencia entre fuente y medio de prueba. Y afirma que una cosa es el documento como fuente de prueba —que nosotros todavía no entramos a analizar— y otra el medio. Que llegado el caso en que éste deba ser analizado, sería entonces el medio idóneo la inspección judicial⁶.

A riesgo de adelantarnos en el orden del discurso elegido para analizar el tema, diremos que se registran resoluciones en España, por ejemplo, que le niegan carácter de documento a las grabaciones de conversaciones telefónicas.

Se resolvió en este sentido en ese país y no hace mucho tiempo por cierto, que las *grabaciones telefónicas carecen de perseguidad demostrativa en tanto en cuanto precisan de la adición de otra prueba para ser tenidas en sí como prueba documental*⁷.

En la doctrina nacional hay quienes sostienen que tanto las grabaciones como las filmaciones constituyen prueba documental siempre y cuando sean reconocidas por la persona a quien se le atribuye⁸, criterio que no compartimos porque mezcla la esencia del soporte que contiene la voz o la imagen con la eficacia del mismo en el proceso, que es harina de otro costal.

3. Piezas de convicción y reconocimiento judicial

⁶ ROXIN, Claus, *Strafverfahrsrecht*, 21a ed., C. H. Beck, München, 1989, p. 183.

⁷ STS, 19-10-96, R. J. 1996-7834.

⁸ DESIMONI, Luis María, *La prueba y su apreciación en el nuevo proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 88 y ss.

En el mismo sentido se pronuncia Montero Aroca, para quien, al menos desde la óptica del proceso penal, la grabación de conversaciones telefónicas no es documento en el sentido legal estricto, sino pieza de convicción.

Sostiene que no es medio de representación de hechos o actos del pasado por la forma, que es la escritura, sino por el sonido.

De acuerdo a la jurisprudencia imperante distingue al documento que es siempre escrito y la forma de introducirlo al juicio oral mediante su lectura y la pieza de convicción que es objeto que puede servir para probar un hecho con trascendencia en el proceso, objeto que es incorporado al proceso por un procedimiento propio, en virtud de un acto de investigación que puede llegar a suponer una restricción de derecho fundamental, no se aporta por el procedimiento de la prueba documental sino por un procedimiento determinado⁹.

Pero ya en el juicio oral refiere que las grabaciones se conservarán en el recinto del tribunal donde se practicarán oyendo o reproduciendo las conversaciones, de lo que colige que tanto en el juicio escrito o en el oral, sea civil, penal o laboral, la prueba documental no tiene una verdadera práctica probatoria, puesto que simplemente en la práctica se los tiene por reproducidos.

Por eso sostiene que en las formas de representación de la imagen y del sonido el sistema de su práctica no puede ser el de la prueba documental, ya que sin oír la cinta magnetofónica o el casete y sin ver la película no hay práctica de prueba.

Por ello está convencido de que el medio de prueba a utilizar para estas formas de representación no escritas es el reconocimiento judicial, coincidiendo en esto con Roxin.

Éste puede recaer también sobre muebles que no exigen el traslado del tribunal, pudiendo practicarse en el juicio oral con intermediación y publicidad¹⁰.

4. Prueba documental e inspección ocular

Otros autores sostienen a ambos medios de pruebas como posibles carriles introductorios al proceso de las fuentes de pruebas recogidas en las grabaciones.

Como documentos deben estar a disposición del tribunal reservadas para control de las partes y la inspección ocular para proceder a su escucha, donde a su vez será acompañada por otros medios de prueba como la testimonial o la pericial a los efectos de la autenticidad de la prueba, pudiendo escogerse entre uno y otro medio de prueba según las peticiones de las partes y las consideraciones del propio órgano judicial.

⁹ El art. 579 de la LECrim. se refiere a la posibilidad del juez de acordar intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, como vimos antes, pero nada dice en cuanto a la forma de incorporarla al proceso; sí en los siguientes artículos respecto de la correspondencia, que manda al empleado que la ejecute remitirla en forma inmediata al juez. Las demás piezas de convicción serán recogidas por el juez luego de la inspección ocular, registros domiciliarios, etc. (art. 326, 334, 574, por ej.)

¹⁰ MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones...*, cit., ps. 266 a 286, pássim.

De todos modos, el solo hecho de que en la audiencia de juicio oral, en el escrito, aun en la instrucción, es fundamental que la conversación atribuida a una persona se le haga conocer al imputado, en la indagatoria si es el imputado o como ampliación de ella tanto en la instrucción como en el juicio, o la testimonial si es un tercero ajeno a la imputación. Y esto sólo se puede hacer respecto de la prueba documental, donde el reconocimiento o no del involucrado es fundamental. Por tanto, como veremos, no puede soslayarse este medio de prueba¹¹.

4.1. Indicios

Criterio frecuente en la jurisprudencia nacional en cuanto al valor probatorio —tema que nosotros no abordaremos— es atribuir el carácter de mero indicio a las grabaciones no reconocidas por los interesados.

Tal vez a raíz de esto cierta doctrina nacional¹²- parecería entender que ésa es la esencia de tales soportes cuando no son reconocidos, cosa que nosotros ya desestimamos¹³.

5. Prueba documental

Es importante pergeñar un concepto único de documento, ya que en materia de la prueba documental la mayoría de los nuevos códigos procesales penales abandonaron su regulación autónoma remitiéndose implícitamente a la regulación procesal civil como Derecho subsidiario¹⁴, tal el Código Procesal Penal de Santa Fe¹⁵.

De ordinario surge inconsciente la identificación del término con el papel escrito que hacen tanto los operadores jurídicos como los profanos en derecho.

Adelantándonos al desarrollo del tema, diremos que la noción de documento es más vasta que la del papel escrito (instrumento), por más que esta forma ocupe la mayor parte de los procesos, desde las *tabulæ* romanas o el papiro egipcio, en los que se ofrece el medio probatorio documental, y aunque hoy todavía algunos inconscientemente piensen en esta manifestación escritural como nota esencial de la definición de la noción de documento.

Seguidamente analizaremos el concepto de documento según la doctrina, la jurisprudencia y la propia ley.

5.1. El documento según la doctrina

5.1.1. Criterio restrictivo

¹¹ LÓPEZ FRAGOSO, ob. cit., ps. 112 a 115, pássim.

¹² DESIMONI, ob. cit., p. 88.

¹³ Ver punto III.2 último párrafo en este capítulo.

¹⁴ CREUS, *Derecho Procesal Penal* cit., ps. 481 y 482.

¹⁵ Art. 238, CPP de Santa Fe: "*Medios de prueba*. Los medios de prueba establecidos en materia civil para los documentos privados, rigen también en lo penal, en cuanto no estén limitados o en oposición con los que se determinan en este Código".

Para un sector de la doctrina, desde la óptica procesal, el documento tiene un paralelismo con el escrito. Antiguamente era opinión mayoritaria al punto que se distinguía de los "objetos materiales (un cuchillo, una fotografía) que no son documentos"¹⁶.

Esta tesis, si bien tiene a sus defensores en minoría, alberga en España a insignes sostenedores, quizás apegados a ese ordenamiento positivo, que no era distinto al nuestro, porque los ritos se ocupaban bajo este rubro de los escritos exclusivamente¹⁷.

Así Gómez de Orbaneja y Herce Quemada sostienen que se trata de la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales¹⁸, mientras que otros califican al documento como todo escrito que reproduce un pensamiento o una volición humanos y se aporta al proceso con designio probatorio¹⁹.

En Italia, Manzini identifica al documento, al menos en "sentido propio" con cualquier escrito fijado sobre un medio transmisible, que contenga manifestaciones o declaraciones de voluntad o certificaciones de verdad para probar un hecho trascendente del proceso²⁰.

En la doctrina argentina Jofré aceptaba definiciones de documento como las "escrituras u otros signos gráficos destinados a expresar o perpetuar los títulos de las relaciones jurídicas"²¹.

Montero Aroca parece también inclinarse en definitiva por esta acepción, como vimos²², ya que entiende que si bien no se discute la forma de representación de los hechos del pasado que no sean escritas como las que arrojan la imagen o el sonido y que han de ser admitidas en el proceso, no se las puede considerar documentos en el sentido procesal porque no son formas de representación escrita²³.

Otros autores dan preponderancia vital a los escritos, no obstante considerar otros soportes, ya que afirman que sirve como medio de prueba todo escrito que exprese el pensamiento humano y a su través lo comunique a otras personas²⁴. En la doctrina argentina puede citarse en este sentido a Clariá Olmedo²⁵.

Modernamente autores prestigiosos sostienen que "desde el punto de vista procesal, y más concretamente desde el punto de vista de la prueba, documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrito en papel". Ésta es una concepción ceñida al ordenamiento

¹⁶ GORPHE, Francois, *La apreciación judicial de las pruebas*, La Ley, Buenos Aires, 1967, ps. 177 a 181, pássim. Si bien estamos de acuerdo en que el cuchillo no es documento, no así respecto de la fotografía.

¹⁷ SANCHÍS CRESPO, ob. cit., p. 61, quien nos sirve de referencia en este tema.

¹⁸ GÓMEZ DE ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V, *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1976, vol. 1, p. 339.

¹⁹ ORTIZ NAVACERRADA, S., *La prueba de documentos privados en el proceso civil*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, p. 98, y DE LA OLINA, A., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1995, t. II, p. 358, cits. por SANCHÍS CRESPO, ob. cit., p. 26.

²⁰ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1952, t. III, p. 381.

²¹ JOFRE, Tomás, *Manual de Derecho Procesal*, V. Abeledo, Buenos Aires, 1920, t. II, p. 135.

²² Ver en este Capítulo el Título II.I.1.

²³ MONTERO AROCA, *La intervención...* cit., p. 270.

²⁴ SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La prueba documental*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), *Procedimiento probatorio*, Panamericana, Santa Fe, 1998, p. 271.

²⁵ CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t. V, p. 59, donde sostiene que documento es "toda atestación, generalmente escrita, por la que se expresa algo referente a un hecho o acto capaz de producir efectos jurídicos".

que capta sólo la escritura en papel pero los autores que la sostienen descartan que cualquier otra manifestación de pensamiento, aun escrita en materia distinta del papel, no puede ser objeto de prueba de documentos y que no tiene la eficacia jurídica probatoria de la prueba por documentos sosteniendo que será objeto de prueba de reconocimiento judicial²⁶.

Y encaran nuestro punto de estudio derechamente, claro que desde *su* óptica restringida: "la utilización de las cintas magnetofónicas, videomagnéticas, o cualquier otro medio de representación hablada o visual del pensamiento pone al Derecho Procesal ante el reto de la modificación de *sus* procedimientos"²⁷, que permitan poder utilizar como instrumentos probatorios otros mecanismos de reproducción del pensamiento que tienen fácil acomodo en la vida social moderna.

En la óptica comentada se alinea también Roxin, para quien los documentos son *instrumentos escritos* de cualquier clase que tienen un contenido ideológico, es decir manifestaciones representadas por caracteres no importando el sustrato material, admitiendo que este concepto es procesal, y por tanto más restringido, a diferencia de otro "menos amplio", como el del Derecho material, entendiendo por tales *las* manifestaciones del pensamiento no representadas por la escritura pero que no son documentos en sentido procesal penal. Sostiene que el concepto procesal es más amplio, en tanto que la posibilidad de reconocer al otorgante no es condición de calidad de documento como en el Derecho material: así una carta anónima puede ser leída como documento²⁸.

En la doctrina nacional, desde la perspectiva penal, a veces se insiste en esta concepción, puesto que se refiere a su regulación naciente en el Código Civil²⁹.

Pero por más que el Código Penal refleje en principio una noción de documento escrita, a la hora de penar las "falsificaciones de documentos *en general*"³⁰ desde el Código Procesal —Penal y Civil— debe buscarse un concepto más amplio, como veremos.

5.1.2. Criterio amplio

Para Rosenberg, documento es toda materialización de un pensamiento³¹.

Hay autores que definen el documento como cualquier objeto mueble que dentro del proceso puede ser utilizado como prueba³².

²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil cit.*, 2ª ed., ps. 241 y 242.

²⁷ *Ibidem*. Por supuesto que esto se escribió antes de la nueva ley que los contempla expresamente.

²⁸ ROXIN, *ob. cit.*, p. 246.

²⁹ CAFETZOGLUS, Alberto Néstor, *Derecho Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 156.

³⁰ Cód. Pen., Art. 292: "Falsificación de documentos en general. El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

"Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

"Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento".

³¹ ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 244.

³² GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Inst. Est. Pol., Madrid, 1947, t. 2, vol. 1º, p. 530.

Si bien se caracteriza esta concepción porque supera el tema de la escritura, y que no podría ser cualquier cosa documento, como por ejemplo un monumento o una estatua porque no puede ser llevada al juez, plantea dudas sobre cosas muebles que no son documentos, no obstante, como la ropa o un caramelo, aun cuando éstos tengan alguna relevancia jurídica.

5.1.3. Criterio funcional restrictivo

Hoy es suficientemente conocida la definición chiovendana de documento como "toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento"³³.

Entre nosotros siguió esta idea Alsina, al decir que es toda representación de una idea, por escritura o *mecánica* (hoy forma superada por la informática, la física, la electrónica, etc.)³⁴.

Para esta corriente documento es la materialización de pensamiento mediante signos, destacando el carácter representativo³⁵.

En la doctrina argentina pueden citarse como ejemplo de esta postura autores como Cafferata Nores, quien defiende la idea de documento como "objeto material en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.) mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual"³⁶, que si bien no menciona la representatividad, sí hace jugar la expresión del intelecto.

Quien mejor expone esta tesis, caracterizada por resaltar el fenómeno de la *representatividad* del soporte que es reputado documento, es Carnelutti³⁷, aunque aclaramos desde ya que este autor da las señales además para encerrarlo en la categoría siguiente, que completa la presente destacando quizás como ninguno el carácter representativo que tiene que tener el objeto para ser documento, que es un hecho capaz de producir una imagen de otro hecho, por conducto de los sentidos y no de la razón³⁸.

Para Carnelutti representación tiene su origen en que tanto el testigo como el documento en palabras corrientes, como pruebas históricas, no tanto juzgan sino *cuentan* haber juzgado.

El concepto se completa con el de narración; éste aclara el de representación. Narrar es hacer presente algo que está ausente, la imagen primera es una síntesis de varias imágenes que tienen necesidad de un corpus para poderse fijar³⁹.

Por eso el documento siempre es una cosa material, de sustancia diversa, pero siempre idónea para dar a quien lo examina a través del signo, la impronta, la contraseña, la combinación gráfica de las

³³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ageda, Madrid, 1929, t. II, p. 369.

³⁴ ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 391.

³⁵ ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 151.

³⁶ CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 175.

³⁷ CARNELUTTI, *La prueba civil cit.*, p. 156.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, trad. de C. G. Posada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

³⁹ *Ibidem*.

letras y las palabras, el conocimiento de un hecho, ya sea la realización del contrato o el modo, etcétera.

La doctrina argentina, tanto la civil como la penal, desde la esfera procesal es casi unánime, se engloba en esta postura.

Bien aclara D'Albora que documento en sentido procesal penal es la concreción material de un pensamiento que abarca las marcas, signos, contraseñas, escritos anónimos, informes, distintivos, emblemas, condecoraciones, además de mecanismos registradores como máquinas controladoras, aparatos fotográficos, fumadoras, *videotapes*, grabadoras, refiriendo que el concepto es más amplio que el de la ley penal que capta solamente al escrito si es afectado a servir como medio de prueba⁴⁰.

También se lo define como el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materialidad investigada, emergente de cosas u objetos materiales, aptos para conocer y transmitir la expresión de la voluntad humana. En esta contextualización resaltan las formas materiales de verter una expresión de la voluntad misma, ya que fácilmente abarca a la fotografía, la cinematografía, las escuchas telefónicas, etcétera⁴¹.

Arazi sigue a Chiovenda⁴².

Si bien por esta característica se afirma que la prueba documental no se limita a los instrumentos sino a cuadros, discos, cintas grabadas y, con razón, tal como están hilvanadas las definiciones que participan de esta orientación, necesitan de una aclaración posterior que haremos a la hora de analizar el criterio que complementa el expuesto en este margen de la doctrina.

En realidad la concepción funcional del documento amerita que por medio de él se traiga o registre en el proceso como hecho presente un hecho ausente, ya ocurrido⁴³.

La característica de este tipo de objetos es que su existencia o autenticidad deba acreditarse por otros medios de prueba como el reconocimiento judicial y el examen de peritos⁴⁴.

Además de la representación que refieren los autores, acentúa que siempre para ser tal deberá vincularse para el proceso, no para cualquier acto o convención del hombre. Si bien la representación en danza puede ser escrituraria también por otros medios, donde lo importante es que representen situaciones jurídicas.

Los autores citados, como vimos, hacen una precisión sobre la condición del documento, que es su representatividad, extremo que también se tiene en cuenta a la hora de aplicar el concepto en

⁴⁰ D'ALBORA, Francisco, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 210.

⁴¹ MORAS MOM, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, 5ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 271.

⁴² ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. 11, p. 334.

⁴³ Tomamos la idea de EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 41, porque en verdad dicho autor la refiere al documento escrito.

⁴⁴ PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, t. 8, p. 147.

materia procesal penal, donde se lo definió como cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano⁴⁵.

5.1.4. Criterio funcional amplio

Dejamos para el final este modo de pensar lo que sea el documento por un fin meramente didáctico, al punto de que debemos volver a algunos autores -incluidos ex profeso en la corriente anterior al solo efecto de destacar el acierto en vislumbrar la representación.

Pero esta cualidad, a nuestro entender, debe completarse con otra más amplia.

Si analizamos detenidamente las definiciones anteriores, por ejemplo la de Chioventa, Alsina, o la que enuncia Palacio⁴⁶, vemos que tienen un punto en común con algunas definiciones que provienen de la postura que calificamos de amplia —recuérdese que este criterio omitía el fenómeno de la representación—, cual es la idea de insertar en la definición manifestaciones tales como "expresión de contenido intelectual" (Cafferata Nores) o "representación del pensamiento" (Chioventa, Palacio, etc.).

Y marcar esta cualidad en el concepto significa que del mismo quedan fuera reproducciones o representaciones diferentes al contenido de una idea, como es una fotografía. Ésta en sí no reproduce un pensamiento sino que estampa de modo mecánico o electrónico una determinada escena al igual que sucede con las filmaciones que reproducen un hecho de la realidad, ya sea haciendo constar cosas o personas.

⁴⁵ JAUCHEN, ob. cit., p. 487.

⁴⁶ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 417, quien sostiene que documento es "todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza".