



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POST-GRADO
CENTRO REGIONAL UNIVERSITARIO DE LOS SANTOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO
CON ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

“LA PRUEBA DE INDICIOS EN EL PROCESO PENAL
ES VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO”

PRESENTADO POR
JOSÉ BOLÍVAR MEDINA GUTIÉRREZ

I D P 7-704-1018

Trabajo Final de Graduación
presentado como requisito para optar
por el título de Magíster en Derecho
Procesal

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

OCTUBRE 2011

17665

Obsequio

30 ENE 2013

ST

ÍNDICE.

ÍNDICE....	..II
AGRADECIMIENTO.VII
DEDICATORIA.....	.IX
INTRODUCCIÓN.....	.XI

**CAPÍTULO 1.0
MARCO CONCEPTUAL.**

I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	2
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	7
III IMPORTANCIA DEL PROBLEMA	8
IV. HIPÓTESIS.....	9
V. OBJETIVOS... ..	9
A. OBJETIVO GENERAL....	9
B. OBJETIVO ESPECÍFICO	10

**CAPÍTULO 2.0
MARCO TEÓRICO.**

I. GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA.....	12
A CONCEPTO DE PRUEBA EN EL DERECHO PANAMEÑO.	19
II. NOCIÓN DE PRUEBA INDICIARIA.....	22
A. DIFERENCIAS ENTRE INDICIOS Y PRUEBA INDICIARIA... ..	29
III. CLASES DE INDICIOS	30
A POR SU FUERZA CONVICCIONAL. INDICIOS NECESARIOS Y CONTINGENTES.....	31
B. POR SU RELACIÓN FÁCTICA CON EL DELITO.....	32

1. INDICIOS ANTECEDENTES32
2. INDICIOS CONCOMITANTES32
3. INDICIOS SUBSIGUIENTES	34
a. INDICIOS DE PRESENCIA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO36
b. INDICIOS PROVENIENTES DE LA PERSONALIDAD.		36
c. INDICIOS DE CAPACIDAD		37
d. INDICIOS SOBRE EL MÓVIL DELICTIVO		37
e. INDICIOS DE ACTITUD SOSPECHOSA	38
f. INDICIOS DERIVADOS DE UNA MALA JUSTIFICACIÓN		38
IV REQUISITOS DE VALIDÉZ DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .		39
V LA PRUEBA INDICIARIA EN RELACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO		44
A LA MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN INOCENCIA.....	48
B EL DERECHO A PROBAR Y LOS CONTRAINDICIOS.	58
VI LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL .		62
A. DERECHO A LA JURISDICCIÓN...	67
B DERECHO AL DEBIDO PROCESO....	75
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	77
2. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA .		82
3. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO...88

VII LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES· LA	
VALORACIÓN TOTAL INDICIARIA	94
A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES....	94
B. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y LA SENTENCIA IMPORTANCIA DE	
LA POSICIÓN FILOSÓFICA.	106
C LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CONCEPTO..	110
D NECESIDAD Y FINALIDAD DE LA MOTIVACIÓN . .	113
E. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA	
REPÚBLICA DE PANAMÁ	117
VIII LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCESO PENAL	
.	123

**CAPÍTULO 3.0
MARCO METODOLÓGICO.**

I TIPO DE INVESTIGACIÓN	140
A. INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIALES	140
B INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS	142
II FUENTES DE INFORMACIÓN	143
A FUENTES DE MATERIALES.	143
1. LIBROS....	143
2 CÓDIGO JUDICIAL	144
3. CÓDIGO PROCESAL	144
4. LEGISLACIÓN COMPARADA.	144
5 DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.	144

6 FOLLETOS Y REVISTAS..	144
7 INTERNET.	144
III. VARIABLES.....	145
A. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	145
1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL ...	146
2 DEFINICIÓN INSTRUMENTAL .	146
3. DEFINICIÓN OPERACIONAL.....	146
a. INDICADORES .	146
B. VARIABLE DEPENDIENTE ..	146
4. DEFINICIÓN CONCEPTUAL.....	147
5. DEFINICIÓN INSTRUMENTAL.....	147
6. DEFINICIÓN OPERACIONAL .	147
a. INDICADORES.....	147
IV. DESCRIPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS.....	147
CONCLUSIONES ..	149
BIBLIOGRAFÍA.....	151

AGRADECIMIENTO.

Agradezco la gran colaboración y ayuda desinteresada de todos aquellos que de una u otra manera han aportado significativamente en el desarrollo de este proyecto, en especial a Sindy que como siempre, me ha dado aliento, fortaleza y alegría en la realización de tan anhelado proyecto, así como también a mis compañeros y amigos, en el inicio de una nueva etapa más en mi vida

También hago extensivo mi agradecimiento al Magíster Rigoberto A Vergara C , quien me facilitó el acceso a su biblioteca especializada en Derecho Procesal y Derecho Penal

DEDICATORIA.

A mis padres Bolívar y Noris,

A mi hermana Michelle

INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años, los sistemas de enjuiciamiento han experimentado una crisis, producto de diversos factores, tales como una constante inflación legislativa y el desarrollo de un derecho penal de emergencia destinado a hacerle frente al terrorismo, la mafia y demás formas de criminalidad organizada

En efecto, la inflación legislativa, en gran parte coincidente con la inflación penal se encuentra en el origen de una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece una adicción al ilegalismo difuso y a veces inevitable en ese contexto, resta credibilidad y eficacia a la acción penal y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y al arbitrio

A su vez la legislación de emergencia, al reducir las garantías del correcto proceso y erosionar junto a éstas los fundamentos axiológicos de la jurisdicción, han sido la vía a través de la cual los gobiernos han tratado de exportar la crisis del principio de legalidad a la propia jurisdicción, implicando también a la magistratura en el déficit de legitimación por el que se han visto afectados

Bajo estas consideraciones, tenemos que muchas de las investigaciones penales y la privación de libertad de los ciudadanos, se con fundamento en la utilización de indicios en la posible comisión de un delito, lo que conlleva en cierto sentido, a la utilización desmedida del poder sancionador del Estado y a mantener a inocentes en las cárceles

En vista de lo anterior, hemos realizado esta investigación, analizando en el capítulo primero el marco general hipotético del problema, el cual consiste en determinar si la utilización de la prueba por indicios dentro de un procedimiento criminal, viola la garantía del debido proceso, tutelado por la constitución y los pactos internacionales de derechos humanos.

Seguidamente, en el capítulo segundo, se analiza todo lo referente a la prueba de indicios y a los requisitos que deben contemplarse para su admisibilidad en un proceso penal y que la misma tenga valor probatorio. Además, revisamos lo atinente a la actividad jurisdiccional del estado en especial lo referente al debido proceso, su evolución histórica y su desarrollo constitucional en los diversos países de América Latina.

Finalmente, concluimos con un estudio sobre la motivación de la sentencia y sus implicaciones para la evaluación de la prueba de indicios en un proceso penal, así como las consecuencias que conlleva que no se motive adecuadamente la utilización de una prueba de indicios.

Tal vez muchas de las cosas que señalamos, pueden haber sido dichas, ya porque ha transcurrido un largo tiempo desde el inicio de esta investigación y algunos planteamientos en estos momentos no suponen ninguna novedad. Sin embargo, siguiendo a TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ me arriesgo a repetir las, porque

En mi descargo apelaré a la autoridad de CAMILO J. DE CELA, cuyas palabras tomo a préstamo, no sin disculparme al hacerlo por ese punto de impertinencia de nuestro último Premio Nobel, que en él estaba muy en su lugar, pero que en mí requiere una excusa anticipada y el correspondiente descuento: «Repárese en que los escritores nunca nos repetimos lo bastante y recuerde usted lo que decía ANDRÉ GIDE: “Todo está dicho ya, pero, como nadie atiende, hay que repetir todo cada mañana.” También recuerde, si alguna vez lo supo, lo que decía KIERKEGARD en su misoginia y un poco más al norte “El que no sabe repetir es un esteta, el que repite sin entusiasmo un filisteo, y sólo aquel que sabe repetir con entusiasmo constantemente renovado es un hombre verdadero”. La repetición es la cifra que distingue la tragedia del drama y es, al mismo tiempo, inexorable, un arte necesario y una de las claves de la eficacia.»¹

¹ FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 22-23

CAPÍTULO 1.0
MARCO CONCEPTUAL.

I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

En la Antigüedad, la prueba por excelencia era la confesión; pero ésta era arrancada a base del tormento, lo que para nuestra mentalidad moderna¹, no solamente resulta ofensivo, sino que también nos hace dudar de su eficacia.

En los casos en que la confesión no tenía lugar, se recurría a las ordalías o a los augurios: el paso de un ave de Norte a Sur mientras se producía el juzgamiento podía constituir una prueba de inocencia, pero mientras que si pasaba el ave de Sur a Norte era prueba de culpabilidad; sacar a mano limpia un hierro al rojo del fondo de una caldera de aceite hirviendo y no quemarse era indicio de inocencia, sin embargo, si se quemaba era considerado culpable y adicionalmente se le cortaba la cabeza².

Más tarde se produjo una relativa humanización y la prueba de testigos y la documental que siempre habían existido supletoriamente pasaron a ocupar un lugar más

¹ La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984 adoptó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esta Convención entró en vigor el 27 de junio de 1987 y fue ratificada por la República de Panamá mediante la Ley N°5 de 16 de junio de 1987, publicada en la Gaceta Oficial N°20830 de 25 de junio de 1987. La Organización de Estados Americanos en el Décimo Quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General celebrada en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985 adoptó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que fue ratificada por la República de Panamá mediante la Ley 12 de 18 de junio de 1991, publicada en la Gaceta Oficial N°21815 de 25 de junio de 1991. Además tenemos que Ley N°26 de 30 de marzo de 2011, publicada en la Gaceta Oficial N°26755 de 1 de abril de 2011 se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002.

² La ordalía o juicio de Dios era una institución jurídica que se practicó hasta finales de la Edad Media en Europa. Debe entenderse como una de las pocas herramientas a disposición de los fiscales, siendo la otra más utilizada, la tortura judicial. Su origen se remonta a costumbres visigodas, y mediante ella se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona o cosa (libros, obras de arte, etc.) acusada de pecar o de quebrantar las normas jurídicas. Consistía en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con el fuego, tales como sujetar hierros candentes o introducir las manos en una hoguera. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno. Véase FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*. México, Editorial Gedisa, 1980, p. 176.

importante³: sea en los actos materia de sanción como en los actos materia de interpretación de una convención, la prueba consistía en la presentación de documentos y en la declaración de testigos. Incluso la denominada comprobación *in fraganti* del delito era una forma de prueba testimonial, quien rendía el testimonio era una autoridad que había visto directamente la comisión del delito y había procedido de inmediato a la captura y detención del agente infractor de la ley.

Notemos que la prueba testimonial tenía incluso un valor superior a la documental. Aun cuando existiera un documento, se exigía la presencia de testigos para comprobar su autenticidad y su interpretación correcta, las declaraciones de los testigos daban valor probatorio a un documento y además permitían un mejor entendimiento de la voluntad de las partes, aunque la letra del documento podía ofrecer dudas

Sin embargo, no cabe duda de que la prueba testimonial siendo superior a la confesión arrancada con torturas y a las ordalías presentaba todavía múltiples problemas y merecía desconfianza por razones tanto de la apreciación subjetiva de los hechos que puede tener un testigo como de la posibilidad de utilizar el testimonio para realizar venganzas personales u obtener ventajas comerciales o de otra índole

Muchas historias antiguas nos cuentan sobre el testigo que acusa, para luego quedarse con la mujer del acusado, muchas historias modernas se podrían contar de quienes acusan para quedarse con la posición comercial o societaria del competidor. Para mejorar el sistema de probanza se recurrió a la necesidad de que existieran varios testigos

³ El Artículo 1101 del Código civil panameño establece que “Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento decisorio, inspección personal del juez y en las especiales que determinen los demás códigos” Por su parte el artículo 1103 de esta misma excerta indica que “Deberá haber prueba por escrito para acreditar contratos y obligaciones que valgan más de cinco mil balboas, salvo que se trate de documentos almacenados tecnológicamente, conforme a la Ley. Si no hubiere prueba por escrito o prueba de documentos almacenados tecnológicamente, conforme a la ley, no se admitirá prueba de testigos.”

coincidentes⁴ y al examen de las relaciones anteriores del testigo con el inculcado en el hecho infractor.

Pese a ello, no cabe duda de que el testimonio no es la prueba más convincente. Paulatinamente se fue dando mayor importancia al documento escrito. A medida que se generalizó y democratizó el uso de la escritura y se desarrolló la técnica archivística, los documentos y los registros pasaron a adquirir el papel de prueba principal, sin dejar de lado la prueba testimonial, incluso a veces como requisito necesariamente complementario del documento (el Notario es un testigo privilegiado). Sin embargo, en estos últimos casos, el testigo se limita a dar fe de la existencia, la fecha y el contenido del documento, pero no opina sobre la interpretación del texto mismo que habla por sí solo.⁵

Paradójicamente, las necesidades de la vida moderna han llevado a replantear un tipo de prueba que se usó en épocas primitivas y que ahora vuelve a presentarse tímidamente y con la necesaria precaución en el Derecho moderno: la prueba indiciaria.

Existen algunos campos en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a la aplicación de una norma, se hace muy difícil; y es por ello, que para garantizar el orden, se hace necesario el intento de conocer la verdad a través de indicios.

⁴ El Artículo 918 del Código Judicial señala que “Un testigo no puede formar por sí solo plena prueba; pero sí gran presunción cuando es hábil, según las condiciones del declarante y su exposición.” Con respecto a este artículo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la Sentencia de 20 de junio de 1997 que “...el artículo 905 (918) del Código Judicial se refiere al «testimonio unitario» y este no constituye plena prueba. Sin embargo, dicho testimonio constituye una gran presunción para el juzgador en el caso que se ventila, cuando dicha declaración emana de una persona que apreció de manera directa los hechos y que tuvo una clara percepción de los mismos, ya sea por haber sido víctima o espectadora, y mantener una versión firme, segura e invariable a través de las etapas del proceso.”

⁵ En este sentido, tenemos que el Artículo 1727 del Código civil patrio indica que en el Notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar. Además existe copiosa jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la declaraciones y pactos realizados por las personas en escritura pública deben tenerse por firmes y auténticos, dada la seguridad jurídica de que están revestidos tales instrumentos por haberlos presenciado el Notario Público en el ejercicio de sus funciones y con las formalidades de la Ley.

De alguna manera puede parecer y lo es, si se la utiliza mal, un retroceso frente a la rigurosidad extrema de la prueba clásica donde, como se ha visto, todo aquel que alega algo está obligado a probarlo y nadie puede ser condenado sin pruebas o con pruebas que admitan una duda razonable.⁶

Pero en realidad la prueba indiciaria también llamada prueba por presunciones no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad (y consiguiente arbitrariedad) del juez primitivo sino una recreación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos *sine qua non*, muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad de mercado.⁷

Desde el punto de vista de la evolución histórica de la prueba en el proceso penal, la importancia progresiva y sobresaliente de la prueba indiciaria comenzó a concretarse desde la abolición del tormento que era empleado para arrancar la confesión, confesión que, de acuerdo a la concepción ideológica era predominante, pues era considerada como la reina de la prueba.

Actualmente, el progreso tecnológico y científico ha permitido encontrar los rastros que del hecho delictivo deja la delincuencia que otrora no era detectable y que dejaba solo a los medios probatorios tradicionales como el testimonio, los documentos, los peritajes, etc. su demostración. Hoy por hoy, la utilización de avanzadas herramientas tecnológicas

⁶ El artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no puede interpretarse en la actualidad como un permiso a jueces y magistrados para valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. Valoración libre no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría a esta actividad en un acto de mero voluntarismo. Por ello, encuentran pleno sentido las reglas que la jurisprudencia (fundamentalmente el Tribunal Supremo español, pero también el Tribunal Constitucional español, por cuanto es una materia que afecta directamente al derecho a la presunción de inocencia) ha ido enunciando y exigiendo a la hora de valorar ciertos medios probatorios considerados peligrosos por lo que respecta a su credibilidad.

⁷ FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 71 y 88.

acompañadas de la criminalística, nos permiten identificar a los autores, como detectar las huellas del delito producidos o dejados en la escena de los hechos.⁸

Esto no nos permite alegremente decir que la prueba indiciaria resulte fácil. Por el contrario, requiere de un recurso humano calificado en lo teórico y en lo práctico, de una adecuada implementación tecnológica.

En un caso concreto, la prueba indiciaria es capaz de generar convicción por si sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria; en otros casos, ella concurrirá con los demás medios probatorios, pero también puede conducir a un conocimiento meramente probable sobre el tema de prueba. Peor aún, si no se aplica un discernimiento sereno acucioso o se le valora superficial y unilateralmente, se puede incurrir en error.

DEVIS ECHANDIA dice que en el proceso penal, es una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos. Agrega que las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escritura, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etc., han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios. Los dictámenes de los expertos en la técnica de

⁸ Para demostrar lo anterior tenemos que la Policía de Columbus Missisipi, Estados Unidos es pionera en utilizar la **perfilación de anticuerpos**, que los científicos dicen que revolucionará las **ciencias forenses**, porque en lugar de las pruebas de numerosas muestras de ADN, el departamento está utilizando un perfil de anticuerpos en análisis de sangre, sudor y lágrimas, para reducir el número de muestras necesarias. Para mayor información <http://www.clarionledger.com/article/20110813/NEWS/110813004/1263/rss>. Consultado el 14 de agosto de 2011.

Un estudio realizado recientemente ha permitido determinar que ciertas características relacionadas con la forma de caminar podría ser utilizada como una forma precisa de la identificación. Según la investigación realizada y publicada en el Journal of the Royal Society Interface se utiliza la presión plantar para medir la velocidad con la que una persona "realiza la transición a las diferentes partes del pie". Para mayor información <http://www.wired.co.uk/news/archive/2011-09/21/walk-the-walk>, consultado el 22 de septiembre de 2011.

investigación, cada día más numerosos, le prestan actualmente un auxilio valiosísimo a la prueba indiciaria, por lo cual algunos la consideran ya como la principal en el proceso penal y una de las mejores en los demás procesos.⁹

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En esta investigación desarrollaremos el siguiente problema:

¿La prueba de indicios dentro del proceso penal, puede llegar a constituir una causa de violación del debido proceso?

Esta enunciación surge del hecho de que en materia de legislación vigente la prueba de indicios dentro del sumario puede llegar a ocupar un papel sumamente decisivo y trascendental en una resolución o sentencia judicial ya que por la modalidad que pueda llegar a adoptar dicha prueba se entraría a la vinculación directa de persona alguna al hecho investigado.

Sin embargo, si bien es cierto, el juez no debe condenar en base a los mismos, pero ello no cambia el hecho que si puede llegar a verse influido en la decisión o convicción que pueda asumir dentro de los elementos de prueba y la cual constituye un peligro para cualquier persona que pueda llegar a verse inmiscuida en la decisión adoptada por una autoridad judicial.

También dentro de un sumario el fiscal puede pedir indagatoria en base a los indicios y poder mediante esta manera vulnerar las garantías procesales que pudiera tener en un determinado caso un sindicado por la presunta comisión de un delito, llevándolo a un llamamiento a juicio y finalmente quizás con ello a una condena implicando una gran

⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. "Requisitos para la existencia, la validez y la eficacia probatoria de la prueba de indicios y su valoración" en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, N°4, Buenos Aires, La Ley, 1968.

injusticia en el haber jurídico que se deja influir por meras sospechas de que pasó o pudo pasar algo sin entrar a valorar si en verdad a través de estos medios puede valorarse una realidad acaecida.

Por lo anteriormente descrito y en base a esta específica interrogante, hemos decidido realizar esta investigación y trataremos de ilustrar al lector en base a la sustentación que podamos esbozar con la información recabada, demostrar las anormalidades que suelen suscitarse a través de estas pruebas y de las necesidades de cambio que requiere el actual sistema de investigación y juzgamiento nacional propiciando cambios positivos en los procedimientos aplicados, recepción, manejo e interpretación de la información manejada.

III. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.

Este propósito temático tiene su razón e importancia en los siguientes planteamientos:

- Con esta investigación podemos dar respuesta a nuestras interrogantes de si se está aplicando el procedimiento adecuado en cuanto a la valoración de la prueba de indicios respetando las garantías procesales.
- A través de este estudio analizaré la posibilidad de encontrar nuevos y mejores mecanismos judiciales que permitan y faciliten la aplicación del derecho a las partes que están relacionadas en los resultados de un dictamen de este tipo de pruebas y que inciden en la solución de un caso.
- Su estudio podrá llevarnos a tener otro enfoque del problema, o darle una mal sentido creando el desarrollo de un mal manejo, desconocimiento o mala apreciación a la prueba de indicios.

IV. HIPOTESIS.

La hipótesis se encuentra orientada a la comprobación o rechazo de proposiciones tentativas que constituyen el eje temático de la presente investigación a desarrollar y la cual se resume a la relación que puede existir entre dos o más variables.

HIPÓTESIS:

Hi = LA PRUEBA DE INDICIOS EN EL PROCESO PENAL ES VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO

VI = PRUEBA DE INDICIOS EN EL PROCESO PENAL.

VD =VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO.

Variable Independiente:

VI = X = PRUEBA DE INDICIOS EN EL PROCESO PENAL

Variable Dependiente:

VD = Y = VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO.

V. OBJETIVOS.

Dentro de este tipo de proyecto tenemos un objetivo general y un objetivo específico.

A. OBJETIVO GENERAL:

Establecer que la prueba de indicios es un elemento de convicción y no de condena

B. OBJETIVO ESPECÍFICO:

Señalar las características de la Prueba de Indicios.

Plantear la estructura del debido proceso dentro del proceso penal

CAPÍTULO 2.0
MARCO TEÓRICO.

I. GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA

La voz prueba es un término multívoco, y por tanto, tiene diversos significados⁹

ALVARADO VELLOSO señala sobre este particular que:

Al igual que otras muchas palabras que se utilizan habitualmente en el Derecho, el vocablo prueba también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equívocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante. En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa —y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos parece que, es al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.¹⁰

Nos dice ALDO ACRE que

En la práctica procesal la palabra prueba tiene otras afecciones. Se la usa a veces para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o acogidos por el juez en el curso de la instrucción, así se habla de prueba testimonial, instrumental, etc. otras veces se la refiere a la actividad de probar que realizan los sujetos del proceso para demostrar la exactitud o no de una versión fáctica a las cualidades de una persona. Por último, designa el estado de espíritu producido en el juez o convencimiento que se logra en él a través de los medios aportados, respecto de los hechos afirmados por las partes.¹¹

⁹ Sobre la multivocidad dice MENICOCCI que Casi todos los vocablos son multívocos. La doble multivocidad nos indica que, además de servir un mismo vocablo para designar objetos diversos (multivocidad), puede también referirse a distintos aspectos de un mismo objeto. MENICOCCI, ALEJANDRO ALDO. Notas para una filosofía trialista de los derechos reales en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, p 105

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *Prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Panamá, Universal Books, 2008, p 19

¹¹ BACRE, ALDO *Teoría general del proceso*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p 17

Según FLORIÁN:

. deben distinguirse tres aspectos en la prueba judicial: a) su manifestación formal, es decir, los medios utilizados para llevarle al juez el convencimiento de los hechos, como testimonio, documentos, etcétera, b) su contenido sustancial, o sea, la razón o motivo que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los hechos, c) su resultado subjetivo, o sea, el convencimiento que con ello se trata de producir en la mente del juzgador y en este sentido el juez concluye si hay o no prueba en determinados hechos ¹²

En este mismo orden de ideas, Adolfo Alvarado Velloso nos indica

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros – ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad- hablan de:

- *Acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- *Verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
- *Comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- *Búsqueda de la verdad real, de certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- *Convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones, en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera. ¹³

¹² FLORIÁN, EUGENIO *De las pruebas penales*, tomo I, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1976, p 43

¹³ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *op cit*, p 19-20

Como puede observarse, no existe una definición uniforme de lo que debe entenderse por prueba. Por el contrario, se han propuesto diferentes definiciones, que lejos de aclarar el concepto lo envuelven en un manto nebuloso¹⁴.

Es por ello que HART plantea que los problemas jurídicos se deben abordar desde un lenguaje claro y sencillo, con el propósito de dilucidar los conceptos del lenguaje común y liberarlos de la ambigüedad, la vaguedad y del uso descontextualizado por juristas y abogados.¹⁵

La voz prueba se deriva del latín *probatio, probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente (*probo, probas, probare*) vienen del verbo *probus* que quiere decir bueno, correcto, recto, honrado. Así, pues, lo que resulta aprobado, es bueno, es correcto, es auténtico, lo que responde a la realidad, es decir probar, significa verificar o demostrar autenticidad.¹⁶

CABRERA ACOSTA no señala que en su acepción lógica "probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación " Nos indica además, que desde este punto de vista la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla¹⁷

¹⁴ Es importante tener presente que la multivocidad de los vocablos permite una manipulación ideológica de los mismos, dando lugar a lo que GOLDSCHMIDT denomina desviación MENICOCCHI, ALEJANDRO ob cit., p 105

¹⁵ HART, H L A *Entre utilidad y derechos*, traducción de Eduardo Lamprea Montealegre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p 7

¹⁶ SENTIS MELENDO, SANTIAGO *La prueba*, Buenos Aires, Editorial Egea, 1979, p 33

¹⁷ CABRERA ACOSTA, BENIGNO HUMBERTO *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p 348.

CARNEUTTI sostiene que “los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son aquellos hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado ”¹⁸

Para LINO ENRIQUE PALACIO la prueba es “ la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o defensas ”¹⁹

MONTERO AROCA al referirse a la prueba señala lo siguiente.

Se puede tener razón, pero, sino se demuestra, no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. Las alegaciones que las partes realizan no suelen ser suficientes para convencer al juzgador o para fijar los hechos de la existencia del supuesto fáctico contemplado en la norma cuya aplicación se pide. Es preciso una actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones. A esa actividad llamamos prueba ²⁰

GUILLERMO HESEE señala que.

..por prueba judicial, en un sentido estricto debe entenderse a la actividad procesal realizada por el juez con la finalidad de crear convicción con respecto de la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado alegado por las partes como fundamento de la pretensión o de la defensa ²¹

¹⁸ CARNEUTTI, FRANCESCO *Cómo se hace un proceso*, 3ª reimpresión de la 2ª edición, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Bogotá, Editorial Temis, 2002, p 57-58

¹⁹ PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de Derecho procesal civil*, 17ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p. 392

²⁰ MONTERO AROCA, JUAN, JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO Y SILVIA BARONA VILAR *El nuevo proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p 253

²¹ HESSE, GUILLERMO “Acercamiento a la prueba judicial indiciaria” en *Derecho Procesal Civil Congreso Internacional*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2003, p 325

El desaparecido jurista español JAIME GUASP señalaba que existen dos concepciones sobre el concepto de prueba una concepción material y la otra formal pero que superando ambas concepciones, la prueba es

"un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos, por lo cual el sentido fundamental de los actos de prueba que sirve para definirlos ha de venir dado en función de la obtención de esta convicción psicológica del Juzgador la prueba será, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo".²²

Por su parte, AZULA CAMACHO nos indica que "La prueba judicial es un acto procesal mediante el cual se le lleva al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso"²³

COUTURE define la prueba como " la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación " Pero también señala que "La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo"²⁴

Para BENTHAM, en la clásica doctrina anglosajona, prueba en el más amplio sentido es "un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho"²⁵ Es por ello que para

²² GUASP, JAIME *Derecho procesal civil*, 4ª edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p 301

²³ AZULA CAMACHO, JAIME *Manual de derecho procesal Pruebas judiciales*, tomo VI, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 4

²⁴ COUTURE, EDUARDO J *Fundamentos de derecho procesal civil*, 4ª edición, Buenos Aires, Euros Editores, 2004, p 177-178

²⁵ BENTHAM, JEREMÍAS *Tratado de las pruebas penales*, tomo I, traducción de Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, EJE, 1971, p 21

BENTHAM toda prueba comprende al menos dos situaciones de hecho distintas que son de imperativa consideración respecto a la prueba

- a) el hecho principal, en la cual se trata de probar sobre la existencia o inexistencia del mismo.
- b) El hecho probatorio, en la cual se trata de demostrar la afirmación o negación del hecho principal

DEVIS ECHANDÍA, en la doctrina colombiana, asimila las ideas de BENTHAM y en la noción de pruebas judiciales manifiesta que son "el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que puedan emplearse para llevar al juez la convicción sobre lo hecho que interesan al proceso"²⁶

Para FRANCISCO RICCI, en la clásica doctrina italiana, "probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dotado ha existido, y ha existido de un determinado modo, y no de otro"²⁷

Reciente doctrina sostiene que la noción de prueba en un sentido amplio "equivale a demostrar o hacer patente la certeza de un hecho, también a justificar, manifestar o verificar algún acaecimiento"²⁸

DELLEPIANE señala que la prueba "es sinónimo de ensayo, experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia, o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados"²⁹

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Medellín, Editorial Dike, p 15

²⁷ RICCI, FRANCISCO. *Tratado de las pruebas penales*, traducción Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, Editorial La España Moderna, 1922, p 11

²⁸ BETANCUR JARAMILLO, CARLOS *De la prueba judicial*, 2ª edición, Medellín, Editorial Bedout, 1982, p 49

Finalmente, tenemos que para ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS "la prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes del Juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, quien se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral."³⁰

De lo expuesto, se puede concluir que la prueba es una actividad procesal de las partes y del juzgador. No obstante, a diferencia del proceso civil en el que las partes son dueñas de la actividad probatoria (les corresponde pedir o no que se reciba el pleito a prueba; recibido el pleito a prueba a ellas les incumbe la proposición y práctica de las pruebas que estimen oportunas excepcionalmente el juez puede acordar la llamada (diligencias para mejor proveer); mediante la admisión de hechos excluyen a éstos de la necesidad de prueba...), en el proceso penal, en el que, como sabemos, rige el principio de oficialidad³¹ y se persigue la verdad material de los hechos tal y como han ocurrido en la realidad histórica, la prueba no es una actividad exclusiva de las partes.

²⁹ DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría general de la prueba*, 9ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 8.

³⁰ DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, et. al. *Derecho procesal penal*, 4ª edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 485.

³¹ El numeral 3 del Artículo 220 de la Constitución Nacional señala que son funciones del Ministerio Público "Perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales." El Artículo 1952 del Código Judicial establece que "El procedimiento en los procesos penales siempre será de oficio y los agentes del Ministerio Público serán los funcionarios de instrucción, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa."

El artículo 68 del Código Procesal Penal panameño señala lo siguiente: "Corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los juzgados y tribunales en que actúen. Para el ejercicio de la persecución penal, el Ministerio Público dirige la investigación de los delitos, practicando u ordenando la ejecución de las diligencias útiles para determinar la existencia del ilícito y los responsables. La acción penal se ejerce ante los tribunales competentes, de conformidad con las disposiciones de este Código y de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Las funciones del Ministerio Público establecida en este Código se entienden concedida a la Procuraduría General de la Nación y sólo serán aplicables a la Procuraduría de la Administración, en lo que le corresponda, de conformidad con la Constitución Política y la ley."

La prueba, está al servicio de los derechos en forma que éstos no pueden ejercerse ni ser reconocidos sino cuando y en la medida en que son probados. La prueba, es entonces, el alma y nervio del proceso y la que dinamiza y convierte en éxito o en fracaso el juzgamiento, permitiendo considerar el juicio como un verdadero teorema

En el proceso penal, se podrán practicar no sólo las pruebas propuestas por las partes, sino también aquella otra que el juez o tribunal considere necesaria para la comprobación de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. Por otra parte, los hechos admitidos por las partes no están exentos de la necesidad de prueba, en caso de que el juzgador considere refutar como ciertos

Así pues, tenemos que la finalidad de la actividad probatoria del proceso penal es la formación de la convicción del juzgador en torno a la verdad material o histórica y dicha actividad tiene por objeto los hechos o afirmaciones fácticas realizadas por las partes en su escrito de calificación provisional

A. CONCEPTO DE PRUEBA EN EL DERECHO PANAMEÑO.

En la República de Panamá, la evolución del ordenamiento procesal penal se fundamenta en tres codificaciones: el Código Judicial de 1917, el Código Judicial de 1987 y el novedoso Código Procesal Penal aprobado mediante la Ley N°63 de 28 agosto 2008 que introduce el denominado sistema acusatorio, todo ello sin perjuicio de las diferentes normas jurídicas aprobadas en desarrollo o complementación de dichas excertas

La revisión de la legislación procesal penal panameña nos permite afirmar que en el Código Judicial de 1917 y siguiendo las tradiciones legislativas de la época, se incluyó la definición de prueba en dicho ordenamiento jurídico. El artículo 681 de dicho Código definía la prueba como el medio de averiguar la verdad de los hechos sobre que versa el debate judicial. Este mismo Código consagró en materia probatoria el principio de la tarifa

legal, es decir que solamente las pruebas listadas en el artículo 686 podrían ser utilizadas en el proceso penal.

En el año de 1984, la Asamblea Legislativa aprueba un nuevo Código Judicial que entró a regir a partir del 1 de abril de 1987³². Esta nueva codificación introduce importantes modificaciones en materia probatoria, ya que pasa de un sistema de tarifa legal a probatorio de *numerus apertus*, es decir, que el justiciable puede utilizar cualquier instrumento para demostrar su inocencia siempre y cuando no se afecte los valores morales y la ley.

El procedimiento penal aprobado en 1984 no contiene una regulación sobre los medios de prueba que se pueden utilizar en el proceso penal, sino que, por expresa disposición del artículo 1947 se aplican las disposiciones del procedimiento civil en materia probatoria en el procedimiento penal siempre y cuando no sean incompatibles con éste.

Conforme a lo anterior, tenemos entonces que el artículo 780 del Libro Segundo del Código Judicial, en el procedimiento penal se puede utilizar las siguientes pruebas:

Artículo 780. Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público.

Pueden asimismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares.

Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética.

³² Ley N°29 de 25 de octubre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial N°20199 de 6 de diciembre de 1984 y la Ley N°18 de 9 de agosto de 1986, publicada en la Gaceta Oficial N°20164 de 8 de agosto de 1986.

En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica.

Con la aprobación en el año 2008 de un nuevo Código Procesal Penal, opera en materia penal una revolución ya que de un sistema eminentemente inquisitivo (mal llamado sistema mixto) se pasa a un sistema acusatorio en el cual se respetan los derechos y garantías que la Constitución reconoce.³³

Así tenemos que el artículo 376 del Código Procesal Penal consagra la libertad probatoria es decir, que los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo las limitaciones que la ley establezca. Además se indica que los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código.

Para concluir, el nuevo código de procedimiento penal, no rige en toda la República, sino que su entrada en vigencia fue establecida de manera escalonada: a partir del 1 septiembre 2011 entró a regir en el Segundo Distrito Judicial de Panamá que comprende las Provincias de Coclé y Veraguas. El 1 septiembre 2012 el Código se aplicará en el Cuarto Distrito Judicial de Panamá que comprende las Provincias de Herrera y Los Santos.

³³ Los sistemas procesales adquieren sus características de acuerdo a la ideología política que impera en una determinada época y la concepción del Estado y del sujeto en la administración de justicia, en cuanto a privilegiar el interés colectivo o el individual, el principio de autoridad o la libertad individual. En base a estos aspectos es que hoy en día en materia procesal penal se distinguen básicamente dos sistemas, el acusatorio y el inquisitivo. En el sistema acusatorio el individuo ocupa el rol central, el legislador debe establecer los mecanismos para que se respete su libertad. El Estado se encuentra al servicio de los individuos para resolver los problemas o conflictos que entre ellos se susciten. La característica básica del sistema acusatorio es la división de funciones de acusar, defensa y fallo en órganos diferentes e independientes entre sí y su finalidad última es la resolución de conflictos. En el sistema inquisitivo, en cambio, prevalece la idea del pecado y del delito; quien delinque está cometiendo un pecado y por ello debe ser sancionado, lo que se busca es la verdad material.

En el Tercer Distrito Judicial de Panamá conformado por las Provincias de Chiriquí y Bocas del Toro, el Código de Procedimiento Penal entra en vigencia el 1 septiembre 2013 y en el Primer Distrito Judicial de Panamá que comprende la Provincia de Panamá, Colón, Darién y la comarca de San Blas, entra en vigor el 1 septiembre 2014.

II. NOCIÓN DE PRUEBA INDICIARIA.

El término indicio proviene de la voz latina *indicium* que significa hacer, conocer algo, indicar, en virtud de una relación lógica, que se produce conforme a las reglas normales de la experiencia o entre principios científicos o técnicos especiales, entre el hecho indicador y el hecho indicado.³⁴

Podemos entender por indicio³⁵ “...un hecho o circunstancia conocido (indiciario o indicador), del cual se puede, mediante el empleo de una operación lógica inferirse por inducción, deducción o abducción crítica la existencia de otro hecho desconocido (el indicado).”³⁶

DEVIS ECHANDÍA al referirse al indicio señala que:

... la voz latina *indicium* es una derivación de *indicere*, que significa indicar, hacer, conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de este (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto,

³⁴ RODRIGO, FERNANDD M. *Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal*, Rosario, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, p. 5.

³⁵ No deben confundirse los indicios con las denominadas presunciones judiciales o de hombre, lo cual hacen muchos códigos que regulan la materia procesal.

³⁶ ALVARADD VELLDSO, ADOLFO. *Prueba judicial*, Rosario, Juris, 2007, p. 97; También CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, con especial referencia a la Ley 23.984, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 192; ELLERO, PIETRO. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo Posada, Buenos Aires, Librería El Foro, 1994, p. 98 y ss.; DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, Buenos Aires, Zavallía, 1977.

entendemos por indicio un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que aquel se obtiene en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios técnicos o científicos.³⁷

AZULA CAMACHO, indica que el Código de Procedimiento Penal colombiano define el indicio de forma simple al decir que “todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro.”³⁸

ADOLFO ALVARADO VELLOSO estima que el indicio es “un medio de confirmación indirecto que le permite al juez obtener el resultado de una presunción que, a su turno, es el juicio lógico que permite al juzgador tener como cierto o probable un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.”³⁹

Así, según DESIMONI⁴⁰ la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta.

Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa.⁴¹

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. op. cit., p. 587.

³⁸ AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de Derecho procesal*, 2ª edición, tomo VI, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 323.

³⁹ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. op. cit., p. 103.

⁴⁰ DESIMONI, LUÍS MARÍA. *La evidencia en materia criminal*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 93.

⁴¹ MITTERMAIER, KARL; *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 441.

En esa misma línea, JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos bases o uno solo “especialmente significativo o necesario”, que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.⁴²

Por su parte el gran autor, SAN MARTÍN CASTRO, SE REFIERE Y DE LA MISMA MANERA CABE EN PRECISAR que el término indicio, es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado el mismo. El indicio debe estar plenamente acreditado. Es el hecho base de la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley.⁴³

La conclusión a la que se arriba a partir de una prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. Así la afirmación o enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la

⁴² BELLOCH JULBE, JUAN ALBERTO. “La prueba indiciaria”, en AA.VV. *La sentencia penal*. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Lima, Grijley, 2003, p. 856, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 38.

⁴³ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*, tomo II, Lima, Grijley, 2003, p. 856

incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y topo de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son imprescindibles: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no sea arbitraria, absurda o infundada; b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.⁴⁴

Por ello, MIRANDA ESTRAMPES anota que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, de tal forma que de no existir el mismo su valor probatorio sería nulo, no por el simple hecho de concatenación de las presunciones, sino porque faltaría uno de los elementos fundamentales integrantes de su estructura.⁴⁵

Un último requisito no del indicio es que sea periférico respecto al dato fáctico a probar. En efecto, apunta PAZ RUBIO:

“No todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente llamada circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica “estar alrededor” y esto supone ópticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella”.⁴⁶

Esta prueba reside, en lo esencial, en la inferencia que se extrae de un hecho conocido, para intentar alcanzar otro hecho que se pretende comprobar. De eso se desprende su carácter indirecto, ya que el resultado se obtiene por razonamiento, en lugar

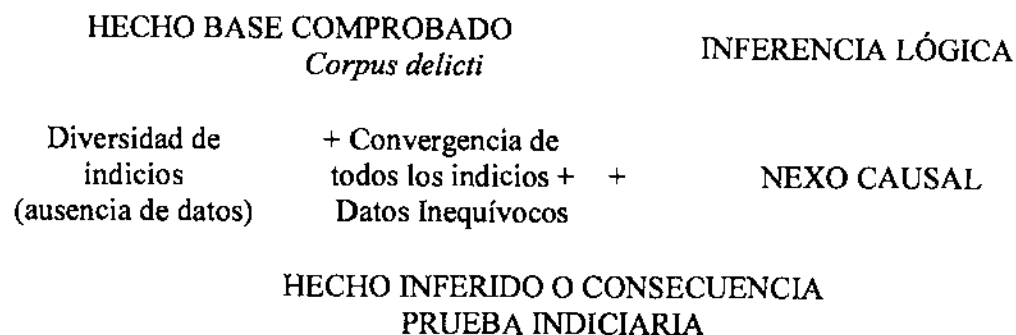
⁴⁴ CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL Y CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. *Derecho procesal penal*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 385.

⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPRES, MANUEL. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 242.

⁴⁶ PAZ RUBIO, JOSÉ MARÍA ET AL. *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1999, p. 286.

de ser comprobado o declarado de manera directa por escrito o verbalmente, tal como ocurre respecto a la prueba testimonial o documental.⁴⁷

Vemos, el mecanismo lógico seguido en la prueba indiciaria para llegar a un fin:



Como anota DESIMONI, esta prueba constituye para los seguidores del derecho continental una prueba de segundo grado, en virtud de apoyarse en datos extraídos de otras pruebas tales como testimonios, confesiones o prueba pericial a efectos de obtener los diferentes indicios que interesan al investigador o, dicho de otro modo, que de las diferentes pruebas podrá extraerse gran cantidad de indicios que, sumados, conduzcan a la revelación que se pretende.⁴⁸

Por su parte, RIVES SEVA precisa que:

“la prueba indiciaria, también llamada indirecta, circunstancial o conjetural, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados – indicios – y el que se trate de probar – delito -.”⁴⁹

⁴⁷ DESIMONI, LUIS MARÍA; *op. cit.*, pp. 95 – 96

⁴⁸ DESIMONI, LUIS MARÍA. *op. cit.*, p. 95-96.

⁴⁹ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, Arazandi, 1996, p. 99.

En ese sentido, es importante destacar lo señalado por JAUCHEN cuando precisa que

“el indicio conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera “**elemento de prueba**”, es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un “medio de prueba” El dato surgirá así de los dichos del testigo, del contenido de una declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. Luego, dicho dato constituye un **elemento probatorio** del cual el juzgador mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido, es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado. Este elemento comprobado es un “indicio”, no un medio de prueba en el sentido técnico de este último”.⁵⁰

Así, en la construcción de la “prueba indiciaria” o presunción probatoria⁵¹, se sigue el siguiente procedimiento: a) de los medios de prueba⁵² se extraen los indicios, b) Los indicios comprobados se constituyen en elementos de pruebas,⁵³ y en el primer eslabón de la inferencia lógica, es decir, se constituyen en el hecho base comprobado, c) sobre el *hecho base comprobado* (o hechos base comprobados) se realiza una *inferencia lógica* que se sustenta en el *nexo causal* que desemboca en los hechos inferidos o hechos consecuencia. Dentro de este esquema la presunción es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo

⁵⁰ JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 583-584.

⁵¹ Cf. DESIMONI, LUÍS MARÍA *op cit*, p. 96. CLIMENT DURÁN, CARLOS *La prueba penal*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 859 y ss.

⁵² Medio de prueba es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, la inspección judicial, etcétera. Cada medio tiene una regulación específica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para las partes. JAUCHEN, EDUARDO *op cit*, pp. 28 – 29.

⁵³ Se puede denominar bajo estos términos al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siendo útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. JAUCHEN, EDUARDO *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 28.

del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente.⁵⁴

El Código Procesal Penal chileno no contiene una definición de lo que se debe entender por indicios, pero sí permite realizar determinadas actividades investigativas cuando exista un indicio.⁵⁵ El Código de Procedimiento penal chileno en su Artículo 486 señala lo siguiente sobre los indicios.

Art 486. (514) Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley. Las demás presunciones se denominan "presunciones judiciales" o "indicios".

El Código de Procedimiento Penal de Ecuador indica en su Artículo 87 que

Art. 87.- Presunciones - Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes

Desde el punto de vista legislativo tenemos que el Código Judicial panameño en su artículo 982 define el indicio en los siguientes términos

Artículo 982. Se llama indicio cierto hecho que indica la existencia de otro. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente comprobado en el proceso.

⁵⁴ CLIMENT DURÁN, CARLOS *La prueba penal* Tomo I Valencia Tirant lo blanch, 2005, p 869

⁵⁵ El Artículo 85 de este Código indica que: "Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta, o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad "

Podemos concluir que la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta

En este cometido, el indicio juega un papel preponderante sobre todo en el campo penal, porque el delito es un trozo de camino del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas. Por esta razón, se ha dicho que sin el indicio habría que borrar de los códigos muchos delitos porque serían indemostrables, pues de ordinarios se consuman en la sombra, donde sus huellas no quedan impresas en la retina de ningún espectador ni en la explícita constancia de un documento, sino tan sólo en el mudo testimonio de un hecho fenoménico

A. DIFERENCIAS ENTRE INDICIOS Y PRUEBA INDICIARIA.

Hasta aquí, hemos precisado la necesidad de coherencia lógica entre los indicios para que los mismos a la postre puedan ser considerados prueba indiciaria. Pero antes de seguir avanzando en el análisis de las clases de indicios cabe hacer la diferencia doctrinal entre indicio y prueba indiciaria ya que, muchas veces se ha concebido el término indicio como si se tratara de una prueba indiciaria.

El indicio, nos dice DELLEPIANE,⁵⁶ es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el indicio, si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba. Para que ello acontezca, es necesario que éste sea sometido a un raciocinio inferencial, que permita llegar a una conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Recién en este estado podemos hablar de prueba indiciaria.

⁵⁶ DELLEPIANE, ANTONIO, *La nueva teoría de la prueba*. Bogotá Temis, 1994, p. 57

Sin duda, indicio y prueba indiciaria no son idénticos, porque muchas veces ocurre la creencia errónea de que la prueba indiciaria es solamente *una sospecha* de carácter meramente subjetivo, intuitivo, o de que la prueba indiciaria se inicia y se agota en el indicio

MIXÁN MASS⁵⁷ argumenta que la diferencia entre indicio y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, *presunción del juez* o *presunción del hombre*), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio (el conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como *hecho indicado* o *dato indicado*).

Por eso, como anota ROSAS YATACO si la conclusión obtenida del razonamiento correcto es además conducente, pertinente y útil, se convierte en argumento probatorio, de manera que como se verá, el indicio es únicamente el primer subconcepto, el primer componente del concepto de prueba indiciaria. Ello, lógicamente no descarta la vinculación que existe entre ambos conceptos⁵⁸

III. CLASES DE INDICIOS.

Precisada ya la diferencia entre los términos indicio y prueba indiciaria, cabe ahora analizar las clases de indicios. En la doctrina procesalista existen varias clasificaciones de los indicios. Así tenemos (1) los indicios de carácter general, válidos para cualquier delito, de los indicios particulares circunscritos a específicos delitos. Los indicios también pueden

⁵⁷ MIXÁN MASS, FLORENCIO *La prueba Indiciaria* Trujillo, BLG, 1992, p. 10

⁵⁸ ROSAS YATACO, JORGE "Prueba Indiciaria. Doctrina y Jurisprudencia Nacional" *Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano*, pp. 291 – 292

observarse según su fuerza conviccional, como tal, distinguirlos entre **indicios necesarios** y **contingentes**, (2) según se requiera de uno o varios para formar la convicción del juzgador Sin embargo, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud (3) los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito.

Como anota SAN MARTÍN CASTRO⁵⁹ la Corte Suprema de Justicia del Perú ha utilizado esta última clasificación de modo recurrente, por lo que es del caso ampliar su análisis.⁶⁰

A. POR SU FUERZA CONVICCIONAL: INDICIOS NECESARIOS Y CONTINGENTES.

Ahora bien, lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen *indicios necesarios e indicios contingentes*, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del “dato indicado” al que conducen, por lo que están exentos del requisito de pluralidad, el dato cierto resulta de una relación causal inequívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del *thema probandum* o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos, uno solo representa apenas un argumento de probabilidad; más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de

⁵⁹ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*, tomo II, Lima, Gryley, 2003, p 862

⁶⁰ Ejecutoria Suprema de 2 de julio de 1998, Exp. 1787-98, Lima. en *Normas Legales*, Tomo 300, Mayo, Trujillo, 2001, pp A20 – A22 Jurisprudencia Vinculante Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN 1912 – 2005, Piura, considerando cuarto En. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Febrero de 2007, Año 12, p 232, disponible en <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-gaceta/dj.php>

la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la causalidad⁶¹

B POR SU RELACIÓN FÁCTICA CON EL DELITO.

1. INDICIOS ANTECEDENTES.

Estos indicios son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona.

Los tres últimos son los denominados *indicios de móvil delictivo*, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa.⁶² Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente.⁶³

2. INDICIOS CONCOMITANTES.

Son los indicios que resultan de la ejecución del delito, se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros, en la clasificación de GORPHE, también llamados de “oportunidad física”, están dirigidos a establecer la presencia física del

⁶¹ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*, tomo II, Lima, Grijley, 2003, p. 858. MIXÁN MASS, FLORENCIA. *Prueba indiciaria*, Trujillo, BLG, 1994, pp. 114, 123-125.

⁶² MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Temis, 1994, p. 407.

⁶³ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *op. cit.*, pp. 862 - 863.

imputado en el lugar de los hechos. Los segundos, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos⁶⁴

Respecto a los indicios de presencia y oportunidad, resulta oportuno destacar el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, mediante sentencia de 15 de abril de 2003, en la que se advirtió que sobre la prueba indirecta de indicios la doctrina penal autorizada ha dejado sentado que:

" .. ocurre el indicio de oportunidad y presencia cuando las condiciones en las cuales se encontraba el agente, le facilitaba el delito y la presencia del imputado en el lugar de los hechos, la posesión de los instrumentos del delito, el conocimiento del lugar o de ciertas circunstancias⁶⁵"

Sobre los indicios de oportunidad física la Sala Segunda (De lo Penal) de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha indicado:

En la Sentencia de 18 de diciembre de 2008, la Sala Segunda (De lo Penal) de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, expresó sobre el tema que nos ocupa que

En esta ocasión el recurrente indica que la infracción del artículo 917 se concretó en la medida que el testimonio del menor afectado, fue valorado por el Tribunal de Apelación a pesar que no consta prueba alguna que corrobore su declaración.

⁶⁴ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR op cit., p 863 Sobre este particular tenemos que Sentencia de 14 de octubre de 2009 dictada por la Sala Segunda (De lo Penal) de la Corte Suprema de Justicia indicó que "De modo que el indicio de oportunidad que se puede desprender del hecho que los imputados trabajen directamente en el lugar de donde se sustrajo la mercancía, no alcanza a desvirtuar el estado natural de inocencia de las personas, que por mandato constitucional están obligadas las autoridades a presumir hasta tanto se acredite lo contrario, con pruebas plenas, que conduzcan al juzgador a un nivel superior a la duda razonable. La abogada casacionista invoca como norma adjetiva infringida el artículo 985 del Código Judicial, en concepto de violación directa por omisión, toda vez que considera que el Juzgador Ad-Quem condenó al señor JOSE DE JESUS TORRES, a partir de la consideración de un indicio derivado de medios de prueba, pero sin verificar su eficacia en el contexto de la totalidad de pruebas incorporadas en el proceso. La norma invocada recoge un mandato expreso al juzgador en el tema de la valoración de la prueba indiciaria, al indicarle que su eficacia dependerá de su gravedad, concordancia y convergencia con la demás pruebas que obren en el proceso.

⁶⁵ GORPHE, FRANCOIS *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, p 238

A criterio de este Tribunal de Casación, es precisamente conforme a las reglas de la sana crítica que el fallo censurado concluyó que el procesado fue la persona que realizó la conducta delictuosa resultando sancionado. Al analizar el testimonio del menor de manera aislada y luego de manera conjunta, por ser parte del universo jurídico probatorio, se demostró que:

El imputado estuvo con el menor en su casa, tal como lo refiere en su declaración que es corroborada por la de su tío NELVIN DE JESUS GONZALEZ (existe indicio de presencia verificable a través de otro medio probatorio)

El imputado estuvo a solas con el menor. Situación que refiere el menor en su declaración y lo corrobora el procesado (existe el indicio de oportunidad).

Tanto el imputado como la víctima del delito, padecen el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), enfermedad que se transmite por contacto sexual, por lo que la versión del menor encuentra asidero en el mundo fáctico que pervive el proceso. Cabe mencionar que esta situación está plasmada en la Sentencia de Segunda Instancia.

Por su parte, en la Sentencia de 14 de febrero de 2011 de la Sala Segunda (De lo Penal) de la Corte Suprema de Justicia, indicó que.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el testimonio de Rolando Guerrero fue justipreciado también para derivar un indicio de oportunidad y capacidad delictiva contra el imputado Calvo de León, que emana por el hecho de residir contiguo a los ofendidos y a la consideración que la escena del delito mostraba que los asaltantes habían ingresado precisamente por el muro que divide la residencia del imputado con la de los ofendidos. Por ello, y dado que tal valoración se apega a lo que efectivamente señaló el deponente Rolando Guerrero, se cuenta con otra circunstancia adicional para confirmar la eficacia probatoria que posee esta pieza de convicción y descartar el reparo jurídico que le increpa el activador judicial.

3. INDICIOS SUBSIGUIENTES.

Al decir de MARTÍNEZ RAVE⁶⁶, son los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de GORPHE⁶⁷ se trata de los indicios de actividad

⁶⁶ MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. op. cit., p 863

sospechosa. Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos

La Corte Suprema de Justicia de Perú ha precisado no sólo que ante la ausencia de pruebas directas cabe recurrir a la prueba indiciaria, y que ésta debe ser examinada y no simplemente enunciada, sino que hace un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentarse en la causa, tales como los indicios de capacidad comitiva, de oportunidad, de mala justificación y de conducta posterior. En otras decisiones insiste en que la valoración de los indicios debe ser global, agregando como indicios objeto de análisis los de móvil, actitud sospechosa y participación comitiva.⁶⁸

En base a esta clasificación efectuada por la Corte Suprema, cabe analizar cada uno de los indicios que en su valoración global pueda enervar válidamente la presunción de inocencia. Por ello, como sostiene JAUCHEN.

“Todo indicio que permite mediante la lógica y la experiencia una inferencia con relación al hecho delictivo, tanto más relevante será cuando mayor sea la aproximación que permita tener con el mismo. Dentro de la amplia gama de circunstancias que es menester acreditar, para poder efectuar una acusación y luego la certeza para una condena, en relación a la existencia de un delito y a la participación en él del imputado, su intervención en el hecho es naturalmente la más importante y necesaria. Sin perjuicio, de todos los medios probatorios, este extremo también puede acreditarse

⁶⁷ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR op cit, p 864

⁶⁸ Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1998, Exp N° 1827 – 98, Lima. En BACA CABRERA, DEYSE, ROJAS VARGAS, FIDEL, NEIRA HUAMÁN, MARLENE *Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios*, Lima Gaceta Jurídica 1999, Tomo III, pp. 281 – 283. Ejecutoria Suprema de 2 de julio de 1998, Exp N° 1787 – 98, Lima. En *Normas Legales*, Tomo 300, Mayo, Trujillo, 2001, pp A20 – A22 Jurisprudencia Vinculante Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN 1912 – 2005, Piura, considerando cuarto. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Febrero de 2007, Año 12, p 232

mediante elementos indiciarios, aun cuando desde ya cabe poner el acento en que en este caso será preciso un celo y exigencia mayor que respecto a otras circunstancias, debiendo los indicios ser necesariamente infalibles e irrefutables para sustentar una certeza al respecto.”⁶⁹

a. INDICIOS DE PRESENCIA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

Los indicios de presencia y participación en el delito, que también se pueden llamar de *oportunidad física*, o de *oportunidad material* en sentido estricto, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo del delito.

En sentido amplio, aquí se ubican indicios muy diversos, sacados de todo vestigio, objeto o circunstancias que implique un acto en relación con la perpetración del delito: señales de fractura o de sustracción, rastros de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia del instrumento del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso ⁷⁰ Ese hecho material resulta sospechoso, solo porque no tiene justificación o, más aún, porque el acusado lo explica mal.⁷¹

b. INDICIOS PROVENIENTES DE LA PERSONALIDAD.

Ahora bien, en cuanto a los indicios provenientes de la personalidad, esta clase de indicios tiende a tomar en consideración la conducta anterior del sujeto y su personalidad a fin de inferir de ello si tiene capacidad delictiva que conduzca a presumir su autoría en el hecho que se investiga. En consecuencia, es preciso hacer una importante aclaración respecto a que ello no importa adoptar un “Derecho Penal de autor”, sino simplemente

⁶⁹ JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 594

⁷⁰ ROSAS YATACO, JORGE, *op. cit.*, p. 300

⁷¹ ROSAS YATACO, JORGE, *op. cit.*, p. 300

valorar como prueba esos extremos para añadir al resto del material probatorio otros que resultan importantes para determinar en conjunto su responsabilidad.⁷²

c. INDICIOS DE CAPACIDAD.

Así, los *indicios de capacidad* para delinquir, que también pueden llamarse de *oportunidad personal* proceden de la compatibilidad de la personalidad física y moral con el acto cometido. Por lo que se sabe del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones, se deduce que el acusado era capaz de haber cometido el delito imputado o, inclusive, que fue llevado a ejecutarlo.⁷³ Constituye una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: unas veces proporciona una simple posibilidad y otras, una probabilidad o verosimilitud, pero no certeza.⁷⁴

d. INDICIOS SOBRE EL MÓVIL DELICTIVO.

Se debe partir de la premisa general de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil, de modo que cuando un individuo, se decide a quebrantar la ley y exponerse a una sanción penal, es porque persigue obtener una ventaja, una venganza, o cualquier otro objetivo que se le presenta con tal intensidad que lo lleva a estimar con desdén la eventual sanción. Esta razón predominante es lo que se llama el *móvil para delinquir*; el cual, como es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comprobación, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El móvil puede considerarse bajo dos

⁷² JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 595 – 596.

⁷³ ELLERO, PIETRO. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Fabián Di Placido, 1998, p. 103.

⁷⁴ ROSAS YATACO, JORGE, *op. cit.*, p. 301.

aspectos *externo*, entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e *interno*, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa el delito ⁷⁵

De allí que, el autor opta por realizar su objetivo asumiendo el riesgo de las consecuencias. Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo ⁷⁶

e INDICIOS DE ACTITUD SOSPECHOSA.

Generalmente existen comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extravagancia permiten inferir que tiene relación con el delito cometido.⁷⁷ Deducidos de lo que se llaman rastros mentales o, en términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito, en pocas palabras, al comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito, es decir, tanto su malvada intención antes del delito, como su conciencia culpable después de haberlo realizado.⁷⁸

f INDICIOS DERIVADOS DE UNA MALA JUSTIFICACIÓN

Una vez colectados suficientes elementos probatorios que indiquen a determinado sujeto como autor del hecho delictivo, es menester interrogar al mismo a fin de que, dando su versión, explique las razones de la existencia de ese material de cargo, uno por uno

⁷⁵ ELLERO, PIETRO *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* Buenos Aires Fabián Di Placido, 1998, pp 111-112

⁷⁶ JAUCHEN, EDUARDO M *Tratado de la Prueba en Materia Penal* Buenos Aires Rubinzal - Culzoni, 2002, pp 601 - 602. ROSAS YATACO, JORGE. *op cit.*, p 301

⁷⁷ JAUCHEN, EDUARDO M, *op cit.*, p 603.

⁷⁸ ROSAS YATACO, JORGE, *op cit.*, p 301

Su discurso, cualquiera que sea, servirá para integrar la interpretación de aquellas pruebas.

Tanto es así, que si el inculpado suministra explicaciones satisfactorias y que además se comprueban los elementos indiciarios existentes y pierden eficacia. A la inversa, si sus justificaciones son inaceptables, ambiguas, equívocas, tendientes a eludir una respuesta concreta, deficientes o inventadas, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargos desfavorable a su situación procesal.

La mala justificación se erige así como un complemento indiciario de los demás elementos de prueba.⁷⁹ Como se observa, las pautas que se han seguido en las ejecutorias mencionadas, responden a la clasificación que realiza GORPHE⁸⁰, según su papel en la prueba de la imputabilidad y de la culpabilidad, tanto en cargo, como en descargo.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En base a estas precisiones siguiendo a JAÉN VALLEJO, que sintetiza los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español, cabe indicar que los criterios, para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas, tenemos:

- a. La Prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados;
- b. Los hechos constitutivos del delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las

⁷⁹ JAUCHEN, EDUARDO M. *op. cit.*, p. 605. ROSAS YATACO, JORGE; *op. cit.*, p. 300.

⁸⁰ GORPHE, FRANÇOIS. *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Bogotá, Temis, 1998, p. 239.

reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano (la irrazonabilidad) se produce tanto por la falta de lógica o de coherencia en la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hacen derivar o conduzcan naturalmente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.⁸¹

Utilizando los criterios mencionados en su sentencia STC 31/1981 el Tribunal Constitucional de España concluyó que

“no cabe entender que las pruebas apreciadas por el tribunal penal y especialmente de los únicos indicios antes señalados pudiera deducirse su participación en los hechos. , puesto que de la presencia del recurrente en el aeropuerto y las contradicciones antes analizadas no se advierte la constancia de un enlace lógico, preciso y directo del que resulte la certeza de la intervención del recurrente. No puede, pues, reputarse desvirtuada la presunción de inocencia de éste, habiendo de concluirse que las sentencias impugnadas le han vulnerado este derecho (art. 24.2 CE), la de instancia, por la apreciación que hizo de las pruebas, y la de casación, al no haber corregido la insuficiencia probatoria de la misma para la conclusión condenatoria pronunciada. Por ello procede estimar el amparo y reponer al recurrente en su derecho”.⁸²

De allí que la doctrina haya precisado que el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, rechazando por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y tópe de la admisibilidad de la presunción como prueba.

⁸¹ JAÉN VALLEJO, MANUEL. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 96

⁸² JAÉN VALLEJO, MANUEL. *op. cit.*, pp. 93 - 94

Dos datos son, pues, imprescindibles y deben primar: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.⁸³

Siguiendo esta línea doctrinal SAN MARTÍN CASTRO ha precisado que el enlace entre el hecho “base y el hecho” consecuencia debe ser preciso y directo, ser fruto de una deducción, no de una mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y que el mencionado enlace sea racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia.⁸⁴ Es obvio que si existe la posibilidad razonable a una solución alternativa, se aplicará la más favorable al acusado de acuerdo al principio *in dubio pro reo*.⁸⁵

Ahora bien, la inferencia lógica que hemos descrito se sustenta en la suma de indicios que el juzgador tiene a la vista para crearse convicción sobre la existencia del delito o sobre la participación criminal del procesado en el hecho imputado. Sólo la conjunción de todos estos indicios puede constituir una prueba indiciaria capaz de desvanecer la presunción de inocencia. Por ello, es necesario realizar un estudio de las clases de indicios que en su conjunto pueden constituirse en prueba indiciaria. Así, como sostiene el Tribunal Constitucional español:

“[...] desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que la regla de

⁸³ CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL y CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 385.

⁸⁴ ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en: AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992. p. 177.

⁸⁵ SAN MARTÍN, CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Lima: Grijley, 2003, p. 860.

juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (FJ 2) Reafirmando su posición precisa que “es jurisprudencia consolidada que, ni el art 24.2 CE cuestiona la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, ni compete en amparo a este tribunal evaluar la actividad probatoria con arreglo a criterios de calidad u oportunidad La protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, según hecho dicho, en primer lugar [...] la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa [...], en segundo lugar [...] comprobar, cuando así se nos solicite, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de los hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada [], en tercer y último lugar [] supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante [..]”⁸⁶.

El Código de Procedimiento Penal de Chile, sobre la validez del indicio dispone en el Artículo 488 lo siguiente.

Art. 488. (516) Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere.

- 1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;
- 2° Que sean múltiples y graves;
- 3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas,

⁸⁶ JAÉN VALLEJO, MANUEL *La prueba en el proceso penal* Buenos Aires Ad-Hoc, 2000, p 104

- 4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca, y
- 5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.

El Código Procesal Penal de Ecuador señala para la validez de los indicios lo siguiente:

Art. 88 - Presunción del nexo causal - Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario.

1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;
2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones, y,
3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean
 - a) Varios;
 - b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí,
 - c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
 - d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógicamente y naturalmente.

Finalmente, el Artículo 983 del Código Judicial panameño dispone que el indicio tiene valor siempre que exista una relación entre los hechos que lo constituyen y los hechos que se tratan de establecer. Esta norma es del tenor siguiente:

Artículo 983: Los indicios tienen más o menos valor, según sea mayor o menor la relación que exista entre los hechos que lo constituyen y los que se tratan de establecer

En este sentido, tenemos que la doctrina también se ha pronunciado sobre la validez de la prueba indiciaria. Palacios señala que:

Es por lo tanto necesario, para admitir el valor probatorio de las presunciones.

- 1° Que el hecho o indicio del cual parte el razonamiento del juez se encuentre debidamente comprobado.

2º Que las presunciones sean: a) *varias*, b) *graves*; es decir, aptas para producir la convicción del juez sobre la verdad de un hecho; c) *precisas*, es decir, que el hecho productor de la presunción sea susceptible de interpretarse en un único sentido, pues aquella no puede admitirse cuando el respectivo razonamiento conduce a dos o más resultados distintos; d) *concordante*, o sea que formen entre sí un todo coherente y natural.⁸⁷

En este mismo orden de ideas De La Oliva señala que:

La convicción judicial en el proceso penal puede formarse, según reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales, sobre la base de una prueba indiciaria, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos

- a) Es necesario que el indicio no sea aislado, sino que exista una pluralidad, que sea múltiple
- b) Los hechos básicos o indicio al estar legalmente demostrados mediante prueba directa. Como lo señala el artículo 1249 CC, las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté plenamente acreditado
- c) Es indispensable que entre el hecho demostrado (indicio) y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art 1253 CC).
- d) En el órgano judicial debe explicitar en la sentencia el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de la certeza del hecho presunto.⁸⁸

V. LA PRUEBA INDICIARIA EN RELACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO.

El derecho a la presunción de inocencia consagrado en el Artículo 22 de nuestra Constitución viene incardinado en una larga lista o elenco de derechos⁸⁹ Aparece reconocido en el Título III de la Carta Magna por lo que tiene rango de fundamental, siendo

⁸⁷ PALACIOS, LINO ENRIQUE. op cit., p 507

⁸⁸ DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, ET AL, op cit., p 513

⁸⁹ El Artículo 22 de la Constitución panameña señala que “Las personas acusadas de cometer un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa.”

inherente a la condición de persona y se encuentra en correlación con el respeto y la consideración a que todo ser humano es acreedor, en cualquier caso y circunstancia, para preservar la dignidad.

Una vez consagrado constitucionalmente el derecho a la presunción de inocencia, ha dejado de ser un puro principio general del Derecho para convertirse en un derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata. Tal presunción es sólo *iuris tantum*, de manera que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, pero para tal desvirtuación es necesaria una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que, de algún modo, pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del imputado.

El derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales.

La constitucionalización en nuestro país del derecho a la presunción de inocencia ha significado la superación definitiva del sistema de valoración legal de la prueba. En la actualidad, nuestro sistema procesal penal se basa en la consagración de la valoración de la prueba en conciencia. Igual valoración en conciencia se recoge en diversos preceptos de nuestro Código Judicial, si bien en este último, corpus procesal se alude a las llamadas “reglas de la sana crítica”.

El sistema de prueba legal o tasada es, hoy en día, estimado como caduco, estrecho de miras y anticuado. El derecho a la presunción de inocencia es una de las garantías más esenciales y relevantes con las que el ciudadano cuenta cuando se ve inmerso en un proceso. Es evidente que a ningún ciudadano se le puede cargar con la prueba de demostrar su inocencia, porque es precisamente ésta la que se presume hasta que se pruebe lo contrario en el correspondiente proceso y con todas las garantías constitucionales.

actualmente reconocidas. Según IGNACIO MORALES,⁹⁰ todavía tiene este derecho una mayor amplitud, ya que no se trata sólo de presumir la inocencia en el estrecho marco de las relaciones jurídicas y del acatamiento a las normas legales, sino de presumir la buena fe en el ciudadano y la adecuación de sus comportamientos a las costumbres, los hábitos y las conductas que en su entorno y ambientes profesionales, sociales y familiares tienen predicamento y aceptación

La voluntad y la intención del legislador elevaron el derecho a la presunción de inocencia a la categoría de derecho fundamental de la persona. La función del Tribunal Constitucional en relación con la suficiencia o insuficiencia de las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia, ha sido concretada en la Sentencia de 29 de noviembre de 1983 del Tribunal Constitucional español, según la cual, corresponde únicamente comprobar si ha existido una mínima actividad probatoria de cargo que pueda desvirtuar dicha presunción, pero respetando la valoración efectuada por el Tribunal Penal, pues el Tribunal Constitucional no es un órgano revisor o una tercera instancia

En este sentido, tenemos que en la Sentencia de 2 de noviembre de 2005, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló que

En innumerables ocasiones ha dicho este Pleno que la garantía del debido proceso comprende derechos intraprocesales esenciales como son el derecho a "ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido en la ley, el respeto a la bilateralidad y contradicción, el derecho a aportar pruebas en su descargo, a obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, a la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada" (Sentencia de 8 de julio de 1998). Por lo tanto,

⁹⁰ MORALES LUPIÁNEZ, IGNACIO "Alcance del derecho a la presunción de inocencia" en el boletín del ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, número 4, febrero de 1983

admitir la presente demanda constitucional de amparo cuando ésta cuestiona errores en el juicio del tribunal competente desvirtuaría la acción constitucional y la convertiría en una tercera instancia del proceso.⁹¹

Dentro de este mismo orden de ideas, tenemos que en la Sentencia de 26 de abril de 2006, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá expresó que

el tema de la aplicación de las normas y el análisis o valoraciones de los hechos de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, es materia de competencia del juez natural de la causa, porque, de otro modo, el Tribunal de Amparo suplantaría el ejercicio de la prestación ordinaria de administrar justicia. Dicho de otro modo, se convertiría en un Tribunal adicional elegible ad-nutum por las partes e interesados para ventilar plenamente y de modo anticipado los hechos de la controversia original, fenómeno que no es compatible con el diseño constitucional, desarrollo legal y pronunciamientos jurisprudenciales, que niegan que el amparo de derechos constitucionales en nuestro país esté diseñado como una tercera instancia del proceso o incidencia respectivos.⁹²

ÓSCAR ALZAGA entendió esta presunción de inocencia en el sentido de que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio tramitado con las debidas garantías, implicando el juicio penal en sí mismo y en la fase de investigación que le precede la búsqueda de la verdad material sobre el delito en cuestión, porque acusar sin pruebas no sólo es odioso, sino que puede llegar a constituir calumnia.⁹³

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Registro Judicial, Noviembre 2005

⁹² Corte Suprema de Justicia. Registro Judicial, Abril 2006.

⁹³ ALZAGA, ÓSCAR *La Constitución Española de 1978 Comentario sistemático*, Madrid, 1979 p 238

A. LA MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En este esquema lógico, el salto entre los hechos base comprobados y los hechos inferidos o de consecuencia, se sustenta en una serie de requisitos obligatorios que deben presentarse concomitantemente para que los indicios se conviertan en prueba indiciaria.

Más aún, la validez de la inferencia lógica debe respetar el derecho a la presunción de inocencia, de allí que, sólo cuando la conclusión resulta unívoca (prueba indiciaria) derivada de un razonamiento válido, puede decirse, que estamos frente a una mínima actividad probatoria que ha desvanecido válidamente la presunción de inocencia⁹⁴

Ahora bien, el principio de presunción de inocencia, está recogido en la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia, promulgada el 27 de junio de 1776, la cual establecía que para ser declarado culpable se requiere el consentimiento unánime del jurado. También la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional en Francia el 26 de agosto de 1789, prevé que "todo hombre se presume inocente hasta que no halla sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley"⁹⁵

⁹⁴ Cfr entre otros MITTERMAIER, KARL, *Tratado de la prueba en materia criminal* Buenos Aires, Hammurabi, 1979, p 372 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Boch, 1997, p 244. MARTÍNEZ SILVA, CARLOS *Tratado de Pruebas Judiciales* Buenos Aires, Atalaya, 1947, p 141 ROCHA ALVIRA, ANTONIO *De la prueba en Derecho* Bogotá, Lerner, 1967, p 619 VARELA CASTRO, CASIMIRO *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p 119-120 MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS "La prueba indiciaria", en AA VV *La prueba en el proceso penal* Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1993, p 65 LEONE, Giovanni *Tratado de Derecho Procesal Penal* Buenos Aires, EJE, 1963, p. 165- 166

⁹⁵ RUBIANÉS, CARLOS J *Manual de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, p 77

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre, del 2 de mayo de 1948, en su artículo 26, también lo contempla y esa línea de orientación sigue la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, aprobada en Panamá por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento, mediante Ley 15 de 1977, promulgada en la Gaceta Oficial 18,468 de 30 de noviembre de 1977 e igual orientación se da en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y lo contempla en el artículo 14, convención aprobada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento, por medio de Ley 14 de 1976 publicada en la Gaceta Oficial N° 18,373 de 8 de julio de 1977.⁹⁶

Los derechos fundamentales adquieren una dimensión procedimental, en la medida que todos ellos deben ser respetados en el proceso judicial, siendo éste ilegítimo e inconstitucional si no los respeta en su desarrollo o los vulnera en sus conclusiones, lo que debe afirmarse de modo especial en el procedimiento penal, ya que en él actúa el poder del Estado en la forma más extrema, en la defensa social frente al crimen, a través de la pena, produciendo una profunda injerencia en uno de los derechos más preciados de la persona, su libertad personal

El derecho a la presunción de inocencia, constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos

⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia" en *Revista Ius et Praxis*, volumen 11, N°1, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, p 221-241

de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigente ⁹⁷

Para CARLOS J. RUBIANÉS, la presunción de inocencia representa lo siguiente.

"El imputado es, pues, inocente durante toda la sustanciación del proceso, y tal estado sólo cambia por la sentencia final que lo declare culpable. Ello no impide que, en forma más o menos intensa, aparezca en el proceso una presunción de culpabilidad que justifique medidas en su contra" ⁹⁸

Contrario al planteamiento citado, ALFREDO VÉLEZ MARICONDE considera que este principio no establece una presunción, más bien se trata del estado jurídico del imputado de su condición de inocencia hasta que no sea declarado culpable mediante una sentencia firme y, específicamente dice lo siguiente.

"No se establece una presunción de inocencia; si fuera así, quizá no podría concebirse la coerción personal del imputado, que se basa en una presunción contraria, si no se advirtiera que se trata de dos tipos diferentes de presunción: una de la ley y otra del juez

Si éste es inocente hasta que la sentencia firme lo declare culpable, claro está que su libertad no puede ser restringida a título de cautela, y no de pena anticipada a dicha decisión jurisdiccional, siempre y cuando se sospeche o presuma que es culpable y ello sea indispensable para asegurar la efectiva actuación de la ley penal y procesal

Lo mismo que antes se ha dicho y se repite, la detención provisional (lato sensu) sólo podrá ser autorizada por la ley procesal cuando el juez compruebe, en el caso concreto, la

⁹⁷ Cf, MONTAÑÉS PARDO, MIGUEL ÁNGEL, *La presunción de inocencia Análisis doctrinal y jurisprudencial* Pamplona Ed Aranzadi, 1999, p 29. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1987, p 9-34 MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial del Puerto S R L 1996, p 338 NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional doctrina y jurisprudencia" *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N°1, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003, p 403 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón Teoría del Garantismo penal* Madrid, Trotta, 2001, p 549

⁹⁸ RUBIANÉS, CARLOS J op cit , p 79

necesidad efectiva y actual de evitar el peligro del daño jurídico "99

Esa misma línea de pensamiento, en cierta forma, la sigue GIOVANNI LEONE, por cuanto expresa:

"Sagrado e inviolable sin duda el derecho de defensa cierto e indiscutible el principio de que el imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena, pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se proceda contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aún como forma retórica. Mientras hay un procedimiento en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino únicamente indiciado: sólo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente "100

Según MARIO I. CHICHIZOLA, en relación con la presunción de inocencia debe observarse lo siguiente

"El principio de inocencia, que surge del artículo 18 de la Constitución nacional (sic), establece que nadie puede ser considerado culpable mientras no haya una sentencia condenatoria firme que así lo declare. Conforme a este principio, durante el juicio el imputado goza de una presunción de inocencia, que determina que se halle en legítima posesión de todos sus derechos, que sólo pueden serle restringidos en la medida en que resulte indispensable por las exigencias del proceso penal.

La actividad cautelar personal que se desarrolla en el proceso penal persigue tres objetivos fundamentales: asegurar la comparecencia del imputado al juicio, el impedirle que entorpezca la investigación, haciendo desaparecer los rastros del delito o atemorizando a los testigos o poniéndose de acuerdo con sus cómplices para eludir la acción de la justicia,

⁹⁹ VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO *Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires, Editora Córdoba, 1982, p. 325

¹⁰⁰ LEONE, GIOVANNI *Tratado de derecho procesal penal*, tomo I, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 464

y, finalmente, asegurar el cumplimiento de la pena que pueda imponérsele en la sentencia que se dicte "¹⁰¹

De acuerdo SILVIO GUERRA MORALES, el principio de presunción de inocencia puede ser afectado a través de los medios de comunicación social y, sobre el particular, manifiesta:

" en un gran número de casos, las divulgaciones que a través de los medios de comunicación de masas se hacen, siembran en ese seno social o comunitario, una denigrante y dañosa presunción de culpabilidad, aun cuando la presunción de inocencia en su aspecto personal o subjetivo permanezca inalterable, pero, los medios, mecanismos y métodos que suele usar esa presunción de culpabilidad para introducirse en los procesos jurídicos, sobre todo los penales, resultan ser los más rápidos e instantáneos, afectando así instituciones procesales como el beneficio del derecho de excarcelación, la concesión de medidas cautelares, la resolución positiva de un recurso de amparo de garantías constitucionales, de un habeas corpus, de una solicitud de libertad provisional, etc "¹⁰²

Finalmente, HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ expresa en relación con el principio de presunción de inocencia que

"Se desconoce cuándo se legisla invirtiendo la carga de la prueba en cabeza del acusado, cuando es el Estado a quien incumbe, a través de sus jueces y fiscales, demostrar la responsabilidad del procesado. Si el reproche de culpabilidad esa apenas probable, mientras no se afirme definitivamente en una sentencia condenatoria, mal pueden las providencias anteriores presumir la culpabilidad del sujeto pasivo de la Ley Penal. Si ello pudiera ser así, el debate dialéctico dentro del proceso penal no sería otra cosa que una burla a la justicia."¹⁰³ (7)

¹⁰¹ CHICHIZIOLA, MARIO I. *Excarcelación y eximición de prisión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 18

¹⁰² GUERRA MORALES, SILVIO. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Lerner, p. 246

¹⁰³ LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO. *Estudios Procesales*. Panamá, Editorial Jurídica Bolivariana, p. 114

FERRAJOLI determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal*” y “*la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda*”.¹⁰⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a “*la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías*” que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia.

El principio de inocencia busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como así mismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigente.

En este sentido, se ha estructurado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que

“el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quién acusa”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ FERRAJOLI, LUIGI op cit., p 551

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 154. Disponible en la World Wide Web en http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=1

En buena cuenta, la presunción de inocencia o Estado de Inocencia implica durante el proceso penal que será el Fiscal quien tenga la carga de la prueba sobre la existencia del hecho y su carácter delictivo, la participación del inculpado en el hecho probado y el carácter delictivo de esa participación.

Así lo expresa el profesor chileno HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, cuando precisa que.

“La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso [.]”¹⁰⁶

Así JAUCHEN precisa que

En principio, todo hecho es introducido como incierto en la causa, debiendo ser objeto de comprobación. En el proceso penal esta comprobación debe estar referida a la realidad histórica, en cuanto mayor acercamiento a la verdad objetiva o material. El descubrimiento de tales extremos se obtiene mediante la prueba. Esta reconstrucción del pasado se procura efectuar mediante la producción de elementos que constituirán la base de credibilidad para establecer la existencia o no del hecho.

[...] la prueba puede ser directa o indirecta según que de la misma se obtenga una referencia del delito mismo, o bien de algún otro hecho que haga posible inferir o conocer indirectamente aquél [...].¹⁰⁷

¹⁰⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO “Consideraciones ” op cit., p 221–241

¹⁰⁷ JAUCHEN, EDUARDO *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2002, p 25

De allí que, una vez fijado el hecho controvertido materia de probanza en el esquema de libre valoración de la prueba, el juzgador puede elegir libremente los elementos de prueba que válidamente incorporados al plenario puedan desvirtuar la presunción de inocencia. Ello, siempre y cuando se cumpla lo establecido en sentencia 157/1998 del Tribunal Constitucional de España, citado por JAÉN VALLEJO:

“La presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de la duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías []”¹⁰⁸

Así, citando a JAUCHEN tenemos que

El estado de inocencia sólo podrá ser quebrantado mediante una sentencia condenatoria [...] No es posible en materia penal elaborar una verdad formal o ficticia, tampoco es aceptable que se la obtenga, en el sistema de sana crítica, mediante pura intuición, exclusivas conjeturas, prejuicios, ni caprichos. Los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de forma tal que resulten evidentes. Esto involucra necesariamente que de la prueba se obtenga una conclusión objetivamente unívoca, en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan acontecido de diferente manera.¹⁰⁹

En esa línea y concretando el derecho de presunción de inocencia en su relación con la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 123/2002 de 20 de mayo, ha señalado acertadamente que:

“[.] el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de modo que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad

¹⁰⁸ JAÉN VALLEJO, MANUEL. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p 92–93

¹⁰⁹ JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del Imputado*. Santa Fé, Rubinzal - Culzoni, 2005, p 108

penal, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable [] Por último, ha de tenerse en cuenta que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia cuando no puede establecerse un engarce suficiente entre los indicios y el hecho que ha de ser probado conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, así, cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, o cuando del hecho base no se infiere de forma inequívoca la conclusión, de modo que la inferencia sea tan abierta que dé pie para albergar tal pluralidad de conclusiones que ninguna pueda darse por probada []”¹¹⁰

En suma, la utilización de prueba indiciaria es válida para desvirtuar la presunción de inocencia siempre y cuando se sigan escrupulosamente los procedimientos y requisitos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia señalan para su construcción.

En relación con este tema, la Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló que

Aun cuando el artículo 4º del Decreto de Gabinete N° 36 de 10 de febrero de 1990, le concede a las personas distintas del sujeto llamado a responder patrimonialmente, la oportunidad de hacer valer los derechos que estime legítimos, la Sala conceptúa que es indispensable que la Dirección de Responsabilidad Patrimonial precise el valor probatorio de los indicios que propician la adopción de acciones cautelares de aquellos bienes que no figuren como parte del patrimonio del sujeto, toda vez que, aun siendo válidos, no significa, como antes se anotó, que tengan la eficacia probatoria para que el Juez declare la existencia o inexistencia del hecho que se investiga. Hernando Devis Echandía, en ese sentido insiste en que "cuando el legislador autoriza la prueba de indicios no está diciendo que el Juez pueda declarar probado el hecho, porque de aquellos resulte probable. De ninguna manera. Excepto en los casos de simple justificación del hecho o cuando la Ley diga que basta su verosimilitud, el principio de que mientras el Juez no tenga certeza sobre un hecho, no

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 20 de mayo de 2002. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* – <http://criminet.ugr.es/recpc> (Consultado 11/04/2007)

puede considerarlo probado, rige siempre, cualesquiera que sean los medios empleados para verificarlo en toda clase de procesos. Como observa atinadamente Bonier, es inaceptable la tesis "que consiste en imponer, en caso de duda, según la extraña frase de Papón, alguna condena graciosa o extraordinaria, porque es contraria a la justicia y a la lógica" (Ibidem, pág. 639).¹¹¹

En la Sentencia de 19 de febrero de 2003 de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en relación con el valor probatorio de los indicios, se expresó en los siguientes términos.

"Si bien los graves indicios no son prueba directa de la vinculación del imputado con el hecho, si deben proveer de forma indirecta el convencimiento de que el sujeto es responsable de la conducta. Deben ser graves, pues provocan la detención preventiva. (Jurisprudencia, Código Judicial Sistemas Jurídicos, S. A. pág 367)

"Para formar el tribunal su convicción, no sólo puede valerse de pruebas directas (personales o reales, mediatas o inmediatas, preconstituidas o sobrevenida), sino también de pruebas indirectas, indiciarias o conjeturales, dirigidas a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y a la participación del acusado, por medios de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, según las reglas del criterio humano, existente entre tales hechos, plenamente acreditados, y los que se trata de probar..." "Para la eficacia de esta prueba, jurisprudencia exige: a) que los indicios no sean aislado, sino que sean más de uno, b) que los hechos constitutivos de los indicios estén absolutamente acreditados por prueba directa .) que entre tales hechos exista armonía o concomitancia; d) que la unión del hecho consecuencia al hecho base se realice de modo coherente, lógico, racional, conforme a los parámetros de normalidad social vigentes en nuestro entorno.." (LUZÓN CUESTA, José María LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTE LA CASACIÓN Madrid. Editorial Colex, Pág. 70-71)

También se ha indicado que "La prueba de indicios es especialmente importante en la investigación criminal ya que

¹¹¹ Sentencia de 15 de noviembre de 2003, dictada por la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

muchas veces no hay prueba directa; la pluralidad de indicios es preferible para que se tome más seguro el juicio de probabilidad, en el presenta caso, a pesar de que no existe un testigo u otro medio probatorio que de manera directa ubiquen al imputado en la escena del crimen, sí existen los elementos de convicción, antes enumerados, que forman en su totalidad gravedad indiciaria que vincula al procesado, por lo que es criterio de éste Tribunal que debe mantenerse su detención preventiva" (Hábeas Corpus, Héctor Rojas, contra el Juzgado Segundo del Circuito Penal, Mag. Graciela J Dixon, 12 de marzo de 2002)

B EL DERECHO A PROBAR Y LOS CONTRAINDICIOS.

Según hemos acotado al analizar los requisitos propios de los indicios (plurales, probados, periféricos o concomitantes, e interrelacionados y convergentes), es preciso que exista una prueba plena sobre cada uno de los indicios que sirven de apoyo a una prueba indiciaria o de presunción, valiéndose para ésto de cualquier medio probatorio

Pero a su vez, como anota SERRA DOMÍNGUEZ, la parte perjudicada tiene el derecho de cuestionar la eficacia probatoria del indicio o de los indicios puestos en juego, lo que no es sino una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba.¹¹²

La actividad probatoria de quien se puede ver perjudicado por la eficacia probatoria de una presunción puede desarrollarse por dos vías. o bien a través de una contraprueba desvirtuadora de la fuerza probatoria de un indicio, o bien mediante la prueba de algún hecho que es contrario al hecho presunto resultante de la aplicación de una norma o regla de presunción

¹¹² SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Nauta, 1963, p 69.

Aquí se inscribe el *derecho a probar* o a *generar pruebas de descargo*, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia en el *caso Federico Salas*, cuando indicó que:

Este Tribunal Constitucional ha señalado (vid STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.¹¹³

En ese marco, se delinea la facultad de la defensa de aportar pruebas de descargo o contrapruebas oponibles a las ofrecidas por el representante del Ministerio Público, como anota GOZAINI:

...el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano por vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables, por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes, producción específica, y apreciación oportuna y fundamentada.¹¹⁴

En esa línea, la jurisprudencia argentina anota que, las garantías del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así también el de hacer valer todos los medios conducentes

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU *Caso Federico Salas Guevara Schultz*, Sentencia de 5 de abril de 2007, Exp 01014-2007-PHC/TC, Fundamento 8.

¹¹⁴ GOZAINI, OSVALDO *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p 400

a su defensa.¹¹⁵ En suma, la moderna doctrina constitucional reconoce que el derecho a probar, que le corresponde al imputado se inscribe en el derecho al debido proceso y al derecho de defensa.

Ahora bien, en este punto se debe distinguir entre contraprueba, dirigida a desvirtuar un indicio e impedir la formación de una presunción, y la prueba de lo contrario, cuyo objetivo es destruir una presunción ya formada.¹¹⁶ La contraprueba tiene como objetivo suscitar la duda del juzgador sobre la realidad de un determinado indicio.¹¹⁷ No se pretende probar un hecho contrario al hecho indiciario, sino cuestionar su aparente solidez de indicio, sembrando la duda en el juzgador y haciéndole perder así su fuerza probatoria, bien probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia, bien procurando acreditar que no ha quedado suficientemente probado, bien planteando alguna otra posibilidad fáctica que pongan en duda la realidad del hecho indiciario.¹¹⁸ Esto se consigue a través de cualquier medio probatorio, incluidas las presunciones.

Dentro de la contraprueba se distingue entre una contraprueba directa, mediante la cual se pretenden refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria, bien por defectos de índole procesal, bien por falta de entidad probatoria, y contra prueba indirecta, a través de la cual se persigue la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la

¹¹⁵ GOZAINI, OSVALDO; *op. cit.*, p. 401.

¹¹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; *op. cit.*, p. 155.

¹¹⁷ ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 69.

¹¹⁸ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II, Vol. I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos, consiguiendo así que la presunción correspondiente no tenga ninguna eficacia probatoria.¹¹⁹

Señala ROSENBERG que

“la contraprueba indirecta no pretende refutar inmediatamente la afirmación considerada probada, sino que se propone conseguir esta finalidad gracias a otros hechos de los cuales debe deducirse la falsedad (o por lo menos el carácter dudoso) de aquella afirmación probada o la inexistencia de una característica definitoria de la ley”. Y agrega más adelante que “si la prueba principal se basa en indicios, la contra prueba [...] es indirecta cuando mediante ella se tiende a demostrar la existencia de otros indicios de los que ha de resultar la falsedad o la falta de carácter contundente de los primeros indicios o bien la misma inexistencia de una característica definitoria de la ley. Estos otros hechos a los que va dirigida la contraprueba indirecta deben comprobarse positivamente para que puedan constituir el fundamento de la conclusión”.¹²⁰

La contraprueba indirecta se traduce en los contraindicios, entendido como la prueba de algún hecho indiciario, al resultar incompatible tales hechos entre sí o al cuestionar de aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

MITTERMAIER señala que los contraindicios:

“hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito, y daban importancia a las sospechas”.¹²¹

¹¹⁹ Cfr. CLIMENT DURÁN, CARLOS; *op. cit.*, p. 940–941. MITTERMAIER, KARL; *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 376–377.

¹²⁰ ROSENBERG, L.*op. cit.*, p. 175.

¹²¹ MITTERMAIER, K.*op. cit.*, p. 376–377.

Según CLIMENT DURÁN¹²², la consecuencia, que se deriva de la apreciación de una contraprueba, directa o indirecta, es que no llega a formarse la prueba indiciaria concreta (presunción judicial concreta) que, en caso contrario, habría llegado a construirse a partir del indicio o de los indicios desvirtuados. Por tanto, se consigue impedir que un determinado medio de prueba alcance la finalidad probatoria que le es propia

En suma, el imputado debe tener derecho a la contraprueba que busque restar coherencia interna y lógica al silogismo indiciario de reconstrucción histórica de los hechos de la tesis acusatoria, más aún cuando esa construcción se realiza sobre la base de la prueba indiciaria o presunción judicial que pretende desvirtuar la presunción de inocencia

En ese sentido, en el examen global y general de los elementos de prueba con los que cuenta el juzgador para formar su convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, debe tener en cuenta tanto los indicios como los contraindicios para valorar la construcción de la inferencia lógica que pretenda constituirse en prueba indiciaria. Sólo si los indicios son más numerosos y convincentes cabrá la construcción de una prueba indiciaria de responsabilidad y por ende una sentencia condenatoria

VI. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.

La realidad jurídica en la que se desarrolla el diario vivir es producto de una larga cadena evolutiva. Todas las instituciones jurídicas que se conocen en la actualidad son el producto de este proceso evolutivo. Como hemos visto anteriormente, la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses no estuvo siempre confiada a un órgano jurisdiccional

¹²² CLIMENT DURÁN, CARLOS. op cit, p 941

La doctrina concibe unánimemente que la monopolización por parte del Estado de la fuerza coactiva, antecedente necesario de la jurisdicción, es una conquista reciente en la historia jurídica

Como es conocido, inicialmente los conflictos intersubjetivos de intereses se resolvieron mediante el uso de la fuerza, de manera que el más fuerte siempre podía tutelar sus derechos y bienes. La constante evolución de los sistemas de organización en la sociedad conllevó a un cambio radical en los mecanismos de solución de las controversias, con fundamento en una cesión de poderes de los individuos, con el fin primordial de asegurar el beneficio de la sociedad ¹²³

De las formas auto-compositivas de solución de conflictos se pasa a las formas heterocompositivas, con lo cual la responsabilidad de disolver el conflicto es asumida por un tercero, distinto de los contendientes. En un principio esta prerrogativa era concedida al tercero por las propias partes. La evolución de la sociedad, permitió que fuera asumida por parte del Estado con carácter absoluto, en la facultad de componer los conflictos, mediante la actuación de unos sujetos profesionales, que serán conocidos como jueces

El juez, es entonces, un tercero extraño al conflicto y por tanto independiente e imparcial, que ostentará una posición por encima de las partes, con la única finalidad de resolver el conflicto que pone en peligro la paz social.

Esta cadena evolutiva ha tenido su retroceso. Así tenemos que en la Edad Media, el poder de imperio y *jurisdictio* se concentró en la cabeza del señor feudal, lo que acarreo

¹²³ Lo anterior tiene su explicación en la teoría contractualista, que marcó el destino de las ciencias jurídicas y sociales de la época renacentista, cuyo desarrollo culmina con la obra HOBBS, ROUSSEAU y KANT El contractualismo trata de explicar la sociedad y el derecho partiendo del hombre concebido como anterior a la organización de la convivencia social, del hombre en estado de naturaleza. REALE, MIGUEL *Fundamentos de derecho*, traducción de la 20 ed brasileña por Julio O Chiappini, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976, p 4

que durante de los siglos XII-XV surgieran una pluralidad de ordenamientos jurídicos, que trajo consigo una multiplicidad de jurisdicciones.

Con la Revolución Francesa, se sientan las bases de la jurisdicción moderna, con la adopción por parte del Estado de la separación de poderes, como una forma de contención del poder del Estado por una parte y de otra, como garantía de los derechos y libertad de los particulares frente al Estado y a los demás particulares.¹²⁴

La idea de la separación de los poderes tuvo sus destellos en el pensamiento de ARISTÓTELES, fue esbozada por JOHN LOCKE¹²⁵ y finalmente delineada con contornos precisos por CARLOS LUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BREDÉ Y MONTESQUIEU. En *El espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU señala que:

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, como que el juez sería legislador Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.¹²⁶

¹²⁴ SACHICA, LUIS CARLOS *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996, p 267-271 Siguiendo a ALLAN BREWER-CARRÍAS, (*Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª ed , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 107) “ ..debe reconocerse que el principio de separación de poderes, como distribución horizontal del poder político es un producto de los ideólogos del absolutismo, que propugnaban la limitación del poder político ilimitado del monarca absoluto, y entre ellos, un producto del pensamiento de LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU.

¹²⁵ Señala BREWER-CARRÍAS, op cit , p 60-61, que “LOCKE distinguió cuatro funciones del Estado la de legislar, la de juzgar, la de emplear la fuerza en el extranjero, en defensa de la comunidad LOCKE dio el nombre de *poder legislativo* a la primera de dichas funciones, es decir, la de hacer las leyes “respecto de las cuales todos los demás poderes están y deben estar subordinados”, como dijo La tercera función la denominó *poder ejecutivo*, e implicaba “la ejecución de las leyes municipales de la sociedad dentro de ella misma y por encima de sus partes” o componentes La cuarta función la denominó *poder federativo*, e incluía “el poder de hacer la guerra y la paz, las ligas y alianzas, y transacciones con todas las personas o comunidades fuera del Estado”

¹²⁶ MONTESQUIEU, CARLOS LUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BREDE Y, *El espíritu de las leyes*, Bogotá, Ediciones Universales, s/f, p 146.

El principio de la división de poderes ha sido uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo, desde entonces también se ha luchado de manera constante para que prevalezca. En ninguna parte del mundo el principio se observa de manera tajante e inflexible, tal vez porque lo más importante del mismo es la limitación del poder y no que la función legislativa, ejecutiva y judicial quede asignada estricta y exclusivamente al órgano al cual le otorgan su denominación.¹²⁷

Dentro de la concepción de la división de los poderes en el Estado constitucional de derecho la actividad jurisdiccional del juez es la función clásica del Poder Judicial. Esta función consiste en la utilización del proceso para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, por medio de la emisión del juez de juicios y mandatos que le ponen fin de manera definitiva a los enfrentamientos entre dos o más sujetos que se reclaman intereses formalmente lícitos.¹²⁸

Es por ello que MONTERO AROCA señala que la jurisdicción es la hipótesis dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y las cortes, integrada por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias.¹²⁹

¹²⁷ CARMONA TINOCO, JORGE ULISES. La división de poderes y la función jurisdiccional en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, N°9, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p 45

¹²⁸ RAMÍREZ CARVAJAL, DIANA MARÍA. Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional (Una búsqueda racional en la aplicación del Derecho), Ponencia, VI Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina, 2005, disponible en www.academaderecho.org, consultado el 16 de marzo de 2007

¹²⁹ MONTERO AROCA, JUAN. Jurisdicción y competencia (Aproximación general a algunos conceptos fundamentales), disponible en la World Wide Web en <http://www.academaderecho.org>, consultadas

El artículo 117 de la Constitución Española y el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial define la jurisdicción como potestad, y como señala LORCA NAVARRETE que el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de juzgados y tribunales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley¹³⁰

Cuando MONTERO AROCA alude a potestad, se refiere a una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad respecto a las personas que con él se relacionan o en otras palabras, en la superioridad con respecto a todos

Esta potestad derivada de la voluntad general que ejecuta el juez al resolver los casos concretos sometido a su conocimiento, se deriva de una de las características que incita al de la jurisdicción en su configuración actual, la responsabilidad por su ejercicio

La concepción democrática de la jurisdicción se sostiene en el ejercicio responsable por parte de jueces y magistrados de la potestad jurisdiccional. El juez es responsable de sus actuaciones frente a la sociedad, las partes, litigantes e incluso ante sus superiores jerárquicos y el instrumento fundamental para exigir la responsabilidad de los jueces y magistrados a través de la motivación de la sentencia

Por ello nos dice CHAUMET que el consenso de la sociedad democrática se construye también con el consenso que adquieran las decisiones judiciales,¹³¹ agregando que nos encontramos en presencia de una nueva atribución del poder judicial, que tiene una

el 30 de marzo de 2010, SUAREZ, LUIS GIL Jurisdicción y competencia en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N128, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001, p 17

¹³⁰ LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA El Derecho procesal como sistema de garantías en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, núm 107, mayo-agosto de 2003, p 532

¹³¹ CHAUMET, MARIO E Las escuelas, op cit., p 27

legitimidad en gran medida apoyada en la fundamentación de sus decisiones. El razonamiento judicial representa fuente de legitimación específica. De allí la atención que debe prestarle la sociedad democrática en la posmodernidad a las técnicas de justificación de las decisiones judiciales.¹³²

El acto de juzgar no es una actividad excluida de control, muy por el contrario la actividad del juez y en especial la sentencia está sujeta a controles endoprosesales, es decir que se dan dentro del ámbito del proceso y otros de carácter extra procesales, que surgen al margen del proceso.

Sin embargo, todos estos controles requieren una adecuada motivación de la sentencia, por lo que es necesario analizar las circunstancias que influyen en la actividad jurisdiccional y especialmente todo lo relativo al estudio de la justificación o motivación de la decisión judicial.

A. DERECHO A LA JURISDICCIÓN.

La voz jurisdicción se deriva del latín *iuris dictio* cuya traducción es declarar, imponer el derecho. Este es otro de los términos multívoco del derecho, por haberse constituido en uno de los elementos fundamentales del derecho procesal y cada estudio de esta ciencia propone y defiende su propio concepto.¹³³

El Diccionario de la Real Academia Española, tiene diversas acepciones para el vocablo jurisdicción y significa entre otras cosas:

1. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar. 2. Poder que tienen los jueces y tribunales para dar y hacer ejecutar lo juzgado. 3. Término de un hogar o provincia. 4. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. 5.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ En este mismo sentido cfr. LÓPEZ BLANCO, HERNANDO FABIO. *op. cit.*, p. 66.

Autoridad, poder o dominio sobre otro. 6. Territorio al que se extiende.

EDUARDO J. COUTURE siguiendo las acepciones consignadas en el Diccionario de la Real Academia Española, señaló los diversos significados del término y dijo que en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y, en su sentido preciso y técnico, de función de hacer justicia.¹³⁴

Según KELSEN la función jurisdiccional consiste esencialmente en dos actos: la calificación por parte del tribunal de un hecho tipificado como antijurídico por una norma general aplicable al caso y la aplicación de una sanción tipificada por la norma que ha de aplicarse. Sin embargo, TAMAYO Y SALMORAN considera que la función jurisdiccional se desarrolla entre estados: determinación de la norma, determinación de los hechos, y la decisión.¹³⁵

Para GÓMEZ ORBANEJA, la jurisdicción representa la función del Estado que se desarrolla en el proceso explicando así mismo que la jurisdicción es una función de la soberanía del Estado, y por tanto, exclusivamente suya.¹³⁶ En esta misma línea de pensamiento LASCANO nos dice que la jurisdicción viene a ser una función que ejerce el

¹³⁴ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de*, op. cit., p. 23.

¹³⁵ Véase KELSEN, HANS. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 323-324. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. *Elementos para una teoría general del Derecha. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1996, p. 172.

¹³⁶ Véase SUÁREZ, LUIS GIL. *Jurisdicción y competencia* op. cit., p. 17.

Estado cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley.¹³⁷

Para PODETTI la jurisdicción conlleva el poder público, una rama que el gobierno ejercita de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida.¹³⁸

Por su parte, el jurista español JAIME GUASP conceptuó que la jurisdicción es la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones.¹³⁹ Por lo que de esta manera podemos referirnos también a lo que deja sentir el gran columnista de igual forma HUGO ALSINA que dejó consignado que la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias decisiones se denominaba jurisdicción¹⁴⁰.

Para FENECH la jurisdicción viene a ser, la potestad del Estado para la realización de los fines de justicia que le competen.¹⁴¹ Esta definición afirma que se trata de una potestad del Estado que sólo puede ser ejercida por los órganos autorizados para tales fines.

¹³⁷ LASCANO, DAVID. *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1941, p. 29-30.

¹³⁸ PODETTI, J. RAMIRO. op. cit., p. 124. También en *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1963, p. 339.

¹³⁹ GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil*, t. I, 40 ed., Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 92.

¹⁴⁰ ALSINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. 2, 20 ed., Ediar 1957, p. 418.

¹⁴¹ FENECH, MIGUEL. *Derecho procesal penal*, Editorial Labor, S.A., p. 217, citado por ZINNY, JORGE HORACIO. Jurisdicción (concepto, naturaleza jurídica y caracteres)" en en *Cuadernos de los Institutos Procesales de Córdoba*, N°117, Córdoba, Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba, 1973, p. 57.

Por su parte ZINNY dice, que la jurisdicción siendo una potestad del Estado, deriva de la soberanía, destinada a restaurar el orden dentro de la sociedad, quebrado por la violación de una norma jurídica vigente, ejercido por determinados funcionarios que constituyen un órgano estatal específico dotados de facultades suficientes para imponer el cumplimiento forzado de sus decisiones.¹⁴²

Según lo expuesto por ALCALÁ ZAMORA Y LEVENE (H) la jurisdicción es:

una actividad del estado que deriva de la prohibición de usar la autodefensa y de la exclusión de las jurisdicciones privadas. Esa actividad constituye a la vez una facultad y un deber, como consecuencia del monopolio de administrar justicia que el propio estado implanta a su favor, encaminado a la resolución de los litigios o conflictos, mediante la declaración de la voluntad de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional como tercero imparcial y, eventualmente, al cumplimiento de las decisiones recaídas.¹⁴³

Para BRISEÑO SIERRA la actividad jurisdiccional sólo comprende los actos de dirección del proceso que proviene de la proyectividad de la acción. La función jurisdiccional se inicia con la presentación de la demanda y termina cuando el proceso va dirigido al estado de dictar sentencia. Más explícitamente señala que la jurisdicción, es una función pública que consiste en la dirección del debate por parte de un tercero imparcial del conflicto jurídico que enfrenta a estos dos sujetos.¹⁴⁴

¹⁴² ZINNY, JORGE HORACIO. Jurisdicción (Concepto, naturaleza jurídica y caracteres)", en *Cuadernos de los Institutos Procesales de Córdoba*, N°117, Córdoba, Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba, 1973, p. 65.

¹⁴³ ALCALÁ ZAMORA Y LEVENE, H. *Derecho procesal penal*, t. I, p. 192, citado por ZINNY, JORGE HORACIO, Jurisdicción, op. cit., p. 58.

¹⁴⁴ BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho procesal*, t. II, México, Cárdenas Editor, 1969, p. 264-265. Véase también *Derecho procesal fiscal*, 20 ed., México, Cárdenas Editor, 1975, p. 211. Así mismo en *Compendio de Derecho Procesal*, México, Humanitas, 1989, p. 198.

Bajo esta concepción, la sentencia queda excluida como acto jurisdiccional con lo cual rompe con el criterio tradicional sostenido por la doctrina.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO en el artículo *Jurisdicción y competencia* se manifiesta partidario de la tesis de BRISEÑO SIERRA, al considerar que define de modo inequívoco y definitivo el concepto de jurisdicción. Ampliando más este concepto explica ALVARADO, que en la jurisdicción se cumple *siempre* la autoridad *con motivo de un proceso* (y no de un procedimiento), sustituyendo intelectiva (acto de sentencia) y volitivamente (acto de ejecutar lo sentenciado) la actividad de los particulares.¹⁴⁵

De lo expuesto, podemos concluir que la función jurisdiccional representa actividad realizada por los órganos de gobierno o por los particulares facultados por la ley, a los cuales se les ha atribuido la potestad jurisdiccional, esto es, el poder de aplicar el derecho en los casos de conflicto material o virtual de los intereses por el orden jurídico, mediante resoluciones vinculativas dotadas de coercitividad.

Bajo estos parámetros, debemos entender que la jurisdicción más que una actividad realizada por el Estado representa un derecho del que gozan todas las personas. Este derecho se sitúa dentro de la Constitución panameña como parte integrante de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurado en el artículo 17 y 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, las cuales son del tenor siguiente:

Artículo 17: Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra

¹⁴⁵ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. Jurisdicción y competencia en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N°3, vol. 1, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, p. 30. Véase además *Introducción al estudio*, op. cit., p. 140.

esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Artículo 20: Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública, economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, así mismo la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.

Entendemos entonces que el derecho a la jurisdicción es un derecho constitucional a obtener de la autoridad competente, usualmente de los tribunales establecidos por la ley, la tutela efectiva de los derechos subjetivos, que en palabras del Tribunal Constitucional de España el cual dota de una serie de características y demanes por así decirlo al mismo, sería:

el derecho a la tutela judicial efectiva supone, positivamente el acceso al proceso y al uso de los instrumentos que ni se proporcionan para la defensa de los propios intereses con el límite más trascendente formulado negativamente, de la prohibición de indefensión a que se alude en su inciso final, garantía que, en sentido amplio, implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuánto timar en conveniente con vista al reconocimiento judicial de sus tesis.¹⁴⁶

A su turno, el debido proceso, como lo detallaré más adelante al referirme a su contenido, consagra un derecho asegurado por las Constituciones y consiste en que los

¹⁴⁶ Sentencia N148/1986 citada por RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Derechos fundamentales y Principios constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, p. 266.

procedimientos y las investigaciones de que sean objetos los titulares, sean racionales y justos.

El derecho a la jurisdicción se aplica a cualquier órgano que le ejerza, sea como integrante del Poder Judicial y aunque no forme parte del Estado, porque la ejerce en el ámbito privado, de allí que no sea correcta la definición de jurisdicción que algunas veces han dado los tribunales y la doctrina más autorizada porque lo ha circunscrito única y exclusivamente a los órganos judiciales o de todos aquellos de los cuales puedan o llegen a impartir justicia.

Así nos encontramos, con lo que se ha dicho que la jurisdicción siendo un poder y un deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

En este punto, consideramos importante realizar algunas reflexiones que permita diferenciar la tenue línea que existe entre jurisdicción y juzgamiento o, en términos normativos realizar una distinción entre autoridad jurisdiccional y autoridad judicial, porque se ha entendido que la jurisdicción está reservada única y exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley que tienen la facultad de conocer, y hacer ejecutar lo juzgado en las causas civiles y criminales.¹⁴⁷ Lo que sí no admite duda sería el hecho de

¹⁴⁷ La Corte Suprema de Justicia de Panamá en la Sentencia de 17 de julio de 2007, sobre el tema que nos ocupa expresó:

“Ello nos obliga a realizar un estudio lógico jurídico sobre qué debe entenderse por autoridad judicial, a fin de determinar si la autorización que realizó la Procuradora General de la Nación para intervenir y grabar las conversaciones telefónicas que se dieran mediante un número plural de teléfonos, por medio de la Resolución de 17 de agosto de 2005, vulnera nuestro ordenamiento constitucional.

En ese orden de ideas, para Guillermo Cabanellas, autoridad judicial corresponde a “El juez o tribunal competente en alguna causa o caso” (Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, 21ª Edición, Editorial Eliasta (sic) S.R. L., Buenos Aires-Argentina, 1989, pág.426).

que las autoridades jurisdiccionales y las judiciales tienen que respetar el debido proceso de que son titulares todas las personas que acuden ante ellos

Este problema presenta disímiles soluciones porque algunos consideran que lo jurisdiccional y lo judicial es la misma cosa por lo cual, solamente tendrían esta potestad los tribunales de justicia.¹⁴⁸ De allí que cualquier actuación que la Constitución no haya reservado a los integrantes del Poder Judicial sería nula, quedando a salvo solamente

Por otro lado, Ignacio Rivera García sostiene que autoridad judicial es "Aquella facultad que es inherente al cargo de juez" (Rivera García, Ignacio, Diccionario de Términos Jurídicos, 2ª Edición, Publishing Corporation, 1985, pág 23)

¹⁴⁸ Sin embargo, esta posición no ha sido pacífica, porque en la comentada Sentencia de 17 de julio de 2007 el Magistrado Adán Arnulfo Arjona se apartó del criterio de la mayoría, fundamentando su posición en la siguiente argumentación

- 1 La expresión "Autoridad Judicial", que aparece en el artículo 29 de la Constitución Nacional al no contener calificativos que restrinjan o delimiten su espacio de aplicación, constituye un concepto cuyo significado y alcance está sujeto a interpretación
- 2 El término "Judicial" no es lo mismo que "Jurisdiccional" ya que entre estos dos conceptos únicamente existe una relación de género a especie, de conformidad con lo cual no todo lo judicial es jurisdiccional, en tanto que, lo jurisdiccional siempre será, en términos generales, judicial
- 3 El artículo 228 del Código Judicial no se presta a equívocos cuando señala que "jurisdicción es la facultad de administrar justicia"
- 4 "Autoridad Judicial" no es sinónimo de Tribunal de Justicia como parece entenderlo la mayoría, puesto que, cuando el Constituyente ha querido referirse a este último, lo ha hecho de manera explícita y directa en, por lo menos, quince (15) ocasiones, según se sigue del texto manifiesto de los artículos 44, 54, 68, 128, 151, 153, 201, 202, 205, 209, 226, 234, 279, 280, numeral 3, y 295 de la Constitución Nacional
- 5 El vocablo "Judicial" designa la naturaleza del acto, lo que permite distinguirlo por contraste de otras actuaciones de autoridad (vgr administrativas, policivas, legislativas, etc)
- 6 Los Magistrados y Jueces, al igual que los agentes del Ministerio Público son "autoridades" que desarrollan dentro de los procesos actuaciones de naturaleza "judicial" sin que ello signifique que comparten igualdad de roles o funciones

Limitar lo judicial únicamente a los actos de los juzgados y tribunales plantea el inconveniente de dejar en el limbo la naturaleza legal de las actuaciones del Ministerio Público. A lo que cabe preguntarse ¿Es que si las actuaciones del Ministerio Público no son judiciales, lo que en realidad se quiere decir, es que, son administrativas o policivas?

De otro lado, es conveniente anotar que la expresión autoridad judicial que aparece en el artículo 29 de la Constitución, tampoco puede asimilarse al concepto "autoridad judicial competente para juzgarlos" que figura en el texto del artículo 216 de dicha excerta, puesto que, la marcada función jurisdiccional que el Constituyente le dio a este último término, es lo suficientemente determinante y visible para saber que, en ese caso, se está refiriendo a la función privativa asignada a los jueces y magistrados del Órgano Judicial

aquellos organismos públicos a los cuales la Constitución le ha otorgado esta potestad jurisdiccional como por ejemplo los Tribunales de Cuenta y el Tribunal Electoral.

En consecuencia, los órganos que ejercen jurisdicción, pero que no integran el Poder Judicial, carecen del poder de imperio por lo que para ejecutar sus resoluciones deben acudir a los tribunales ordinarios; y, en segundo lugar aquellos órganos jurisdiccionales sólo pueden conocer de asuntos que no esten reservados a los tribunales ordinarios, como ocurre con las causas civiles y penales.

La solución a este espinoso problema se encuentra en el hecho de que las potestades otorgadas a los tribunales que integran el poder judicial incluyen el conocimiento, juzgamiento, y ejecución de lo juzgado. Por el contrario, la atribución jurisdiccional conferida a otro órgano del Estado y aún a particulares, si bien requiere conocimiento, pues sin esta facultad le resultaría imposible obrar, carece de juzgamiento y de imperio, entendiéndose que juzgar consiste en deliberar acerca de la culpabilidad de alguien, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente.

Así pues, tenemos que concluir que el derecho a la jurisdicción no es más que el poder de hacer observar en concreto las normas ya establecidas, distinguiendo en su ejercicio la cognición, que es la declaración de certeza de un mandato individualizado expresado en una decisión; y, la ejecución forzada mediante la cual se hace cumplir la decisión emitida.

B. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Hay expresiones que con sólo pronunciarlas adquieren significados. No se necesita precisar o aclarar sus contenidos porque ellos se dan por sabidos. A esta la lingüística los

denomina conceptos abiertos, de cierta abstracción y con una generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

Entre estos conceptos, tenemos la moral y la buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público, el debido proceso, siendo algunos de los perfiles comunes para la interpretación automática que los aplica con una naturalidad incondicional de los mismos.

El concepto del debido proceso tal y como lo entendemos tiene sus orígenes en una descripción de las reglas básicas a la que debe someterse el derecho de defensa (que se observa claramente en las Constituciones americanas); seguidas en su desarrollo por las innovaciones que introdujeron las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América. *GOZAINI* destaca en su obra *Derecho Procesal Constitucional* que el debido proceso en el constitucionalismo argentino y de los países de América en general, responde al concepto formal de cómo se debe sustanciar según el proceso, aún cuando al mismo tiempo, se reconozca un aspecto sustancial, en algunos casos se declara como principio de razonabilidad.¹⁴⁹

La expresión debido proceso legal se deriva de la traducción anglosajona del *due process of law*, que con el transcurso del tiempo ha adquirido en el derecho estadounidense una connotación más amplia que como se prevé y es interpretado en nuestro sistema jurídico y que también se nutrió en su configuración actual por la influencia hispánica.

¹⁴⁹ *GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. Derecho procesal constitucional, t. I, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 2000. La voz debido no aparece en la mayoría de las Constituciones americanas, a pesar de que se habla de debido proceso. Se acepta que el origen es la 5 Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14 Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin un debido proceso.*

El debido proceso legal también conocido como derecho de defensa, derecho de bilateralidad del proceso, principio de contradicción, garantía de justicia, proceso debido, proceso justo, proceso equitativo, principio de audiencia, etc. resultan estas expresiones que no tienen la misma connotación, pero modernamente se emplean como derechos fundamentales de carácter instrumental.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Los antecedentes más remotos del debido proceso lo encontramos en el derecho hebreo que preveían la existencia de un tribunal denominado Sanedrin, compuesto por una junta de ancianos conocedores de la ley y que otorgaba una audiencia antes de cualquier acción en contra de un ciudadano hebreo. Su procedimiento se conoce por lo relatado en los evangelios canónicos en relación al proceso seguido a Jesús de Nazaret.

La Partida VII, Título X, Ley X impulsadas por ALFONSO X señalaba que nadie podía privar a otros de sus bienes sin existir una sentencia que así lo avalara, la cual debería estar fundada en derecho. También en la Novísima Recopilación de 1448 se prohibían cumplir cartas reales si éstas privaban a algunas personas de sus bienes sin haber sido oídos previamente.

No obstante lo anterior, la doctrina es constante en reconocer que el origen directo de la institución que comentamos se encuentra en la Carta Magna de 1215 expedida por el Rey JUAN como consecuencia de las demandas y reclamos que le formularon los varones ingleses, con el fin de que se les reconociera a los nobles ciertos derechos feudales. La cláusula 39 de la Carta Magna dispone lo siguiente:

Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no

meteremos, ni haremos meter la mano sobre él, sino en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra.

Este derecho surgió de un reclamo de los súbditos para combatir las arbitrariedades de los poderosos. La expresión debido proceso legal fue utilizado por primera vez en el idioma inglés en el año 1354 cuando el Rey EDUARDO III expidió un estatuto en el que se indicaba: “That not man of what estate o condition that he be, shall be put out of land o tenement, nor taken imprisoned, nor disinherited, nor put to death, withouth being brought in answer by due processs of law”. Antes de esa fecha se escribía en latín y la expresión *per legem terrae*, era traducida al inglés como *law of the land*, es decir, la ley de la tierra o del reino.¹⁵⁰

Siguiendo con la evolución histórica, también se encuentra el *due process of law* en la *Petition of Rigths* promulgada por EDUARDO III. También se consigna en el *Habeas Corpus Act* de 1679. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 previó esta garantía, cuando igualmente garantizaba la libertad individual, no pudiendo alguien ser puesto bajo acusación, ni arrestado sino en los casos previstos por la ley y en la forma que esta podía designarlo.

En la Constitución original estadounidense no se previó esta institución, siendo la Quinta enmienda constitucional de 1791 la que contempla el debido proceso legal a nivel federal previo a la privación de la vida, libertad o propiedad. Para los estados que conforman la Unión Americana la institución se reafirma con motivo de la Décimo Cuarta enmienda constitucional de 1868 en la cual se dejó establecido: Ningún estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal.

¹⁵⁰ FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO en el prólogo a HOYOS, ARTURO. *Debido proceso y democracia*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. xiii.

Es significativo que los textos internacionales o regionales sobre derechos humanos hayan reconocido también este derecho. El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo XVIII estipula que: Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966¹⁵¹ reconoció de manera precisa este derecho a ser oído públicamente, además consignó otro tipo de garantías. El artículo 14 de dicho instrumentoo excerta internacional establece:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos

¹⁵¹ Aprobado por la República de Panamá mediante la Ley No.14 de 28 de octubre de 1976, publicada en la Gaceta Oficial No.18373 de 8 de julio de 1977.

- matrimoniales o a la tutela de menores
- 2 Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley
 - 3 Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo,
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo,
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
 - 4 En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social
 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se

demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Otro documento que merece mención en el marco del sistema interamericano de protección a los derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵² también conocida como el Pacto de San José, la cual en su Artículo 8 establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un

¹⁵² Aprobada por la República de Panamá mediante la Ley No.15 de 28 de octubre de 1976, publicada en la Gaceta Oficial No.18468 de 20 de noviembre de 1977.

- defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La garantía del debido proceso persigue que los derechos que poseen las partes dentro del mismo permanezcan incólumes sin que se vean limitados o restringidos de manera tal que se impida su ejercicio pleno y efectivo de otros derechos relevantes dentro del proceso que menoscaben las garantías que debe ofrecer. Es decir, que lo determinante en la realización de esta garantía sería que no exista una limitación insoportable en una de las partes que restrinja el libre y seguro ejercicio de los derechos del justiciable dentro del proceso por una actuación antijurídica dentro de sus componentes.

2. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA.

Al comenzar el siglo XXI, todas las Constituciones de América Latina consagran la garantía universal del debido proceso que durante muchos años estuvo en códigos poco respetados. Es un avance importante porque el debido proceso y el juicio justo, aparte de

ser un derecho fundamental y sustancial, es también el instrumento procesal más importante para la protección de los derechos y libertades fundamentales.

En la Constitución de la República Argentina de 1853 con sus posteriores reformas, este derecho está contenido en el Artículo 18¹⁵³, la Constitución de Bolivia de 1995 lo consagra en el Artículo 16,¹⁵⁴ la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 incluye en el Artículo 5 varias disposiciones que integran el debido proceso y el juicio justo¹⁵⁵; la Constitución de Costa Rica de 1949 tal y como fue modificada en el 2001 regula el debido proceso y el juicio justo en los Artículos 39¹⁵⁶; la Constitución de la República de

¹⁵³ Artículo 18 - Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución coaduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

¹⁵⁴ ARTICULO 161. I Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad.
II El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable.
III Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor.
IV Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.

¹⁵⁵ Art. 51 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição,
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei,

¹⁵⁶ Artículo 39 - A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

Cuba lo regula en el Artículo 58¹⁵⁷; la Constitución de la República de Chile de 1980 reformada en el 2000 establece en el artículo 19 el debido proceso¹⁵⁸, la Constitución del Ecuador de 1998 reconoce el debido proceso en el Artículo 24¹⁵⁹, la Constitución de El

¹⁵⁷ Artículo 59 - Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen

Todo acusado tiene derecho a la defensa.

No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar

Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.

¹⁵⁸ Artículo 19 -La Constitución asegura a todas las personas

1 - La igualdad ante la ley En Chile no hay persona ni grupo privilegiados En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley

2 - La ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias,

3 - La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella,

¹⁵⁹ Art. 24 - Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia

1 Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento

2 En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción, y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado

3 Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado

4 Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente

5 Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio

Salvador en sus artículos 14, 15, 16 y 17 regula este derecho¹⁶⁰; la Constitución de Guatemala de 1985 con las reformas de 1993 en su artículo 12 consagra el debido

defensor Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.

- 6 Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado.
- 7 Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.
- 8 La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.
En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.
- 9 Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.
Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.
- 10 Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.
- 11 Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.
- 12 Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.
- 13 Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.
- 14 Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.
- 15 En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.
- 16 Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.
- 17 Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

¹⁶⁰ Artículo 14 - Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.

proceso¹⁶¹; la Constitución de Honduras de 1982 con reformas hasta 1999, contiene preceptos relacionados con esta garantía en los artículos 82 y 90¹⁶²; la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 con sus reformas hasta el 2001 destina los artículos 13 y 17¹⁶³ consagrar elementos del debido proceso legal; la Constitución de Nicaragua de 1987

Artículo 15 - Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley

Artículo 16 - Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa.

Artículo 17 - Ningún Órgano, funcionario o autoridad, podrá avocarse causas pendientes, ni abrir juicios o procedimientos fenecidos. En caso de revisión en materia penal el Estado indemnizará conforme a la Ley a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados

Habrá lugar a la indemnización por retardación de justicia. La Ley establecerá la responsabilidad directa del funcionario y subsidiariamente la del Estado

¹⁶¹ Artículo 12 - Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente

¹⁶² Artículo 82 - El derecho de defensa es inviolable

Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes

Artículo 90 - Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece

Se reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar. En ningún caso los tribunales militares podrán extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio activo en las Fuerzas Armadas

¹⁶³ Artículo 13 - Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 17 - Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil

con reformas de 1995 regula en el artículo 34 el debido proceso¹⁶⁴, la Constitución de la República de Panamá regula en el artículo 32¹⁶⁵ el debido proceso; en la Constitución del Paraguay de 1992 contempla el debido proceso legal en los artículos 16 y 17¹⁶⁶; los

¹⁶⁴ ARTICULO 34 - Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas

- 1 A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley
- 2 A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley No hay fuero atractivo Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.
- 3 A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley Se establece el recurso de revisión
- 4 A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.
- 5 A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor
- 6 A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal
- 7 A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable
- 8 A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso A recurrir ante un tribunal superior a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito
- 9 A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme
- 10 A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes

El proceso penal deberá ser público El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado por consideraciones de moral y orden público

El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas las instancias

¹⁶⁵ Artículo 32 - Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria.

¹⁶⁶ Artículo 16 - DE LA DEFENSA EN JUICIO

La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales

Artículo 17 - DE LOS DERECHOS PROCESALES

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a

- 1 que sea presumida su inocencia,
- 2 que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos,
- 3 que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales,

artículos 12, 13, 14, 15 y 16 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay regulan el debido proceso.

Como podemos observar el debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

3. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO.

Estamos de acuerdo en que el proceso desde un punto de vista lógico se traduce en el conjunto de fases sucesivas, establecidas y reguladas por la ley, que deben ser recorridas con antelación a que el órgano jurisdiccional adopte y comunique su decisión, razón por la cual se sostiene con acierto que:

El procedimiento no es sino el reglamento con sujeción al cual ha de desarrollarse aquel debate que denominamos proceso. Nos explicamos: Sencillamente el proceso es un avanzar, un ir hacia delante (desde la duda, que es el litigio, hacia la certeza, que se manifiesta en la sentencia sobre el fondo, que la disipa) con una finalidad determinada: La de hacer concreta la norma abstracta, que contiene la voluntad de la ley en el caso concreto sometido a juzgamiento.

-
4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;
 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;
 6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;
 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;
 8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;
 9. que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;
 10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a
 11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

Hemos revisado todo lo relacionado con los antecedentes históricos y constitucionales del debido proceso y coincidimos con ALVARADO VELLOSO que nos indica que.

La idea de debido proceso muestra un fenómeno jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha podido ser definido con precisión absoluta, de tal modo que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del Derecho¹⁶⁷

En la doctrina no se encuentra una definición positiva de lo que debemos entender cómo debido proceso legal. Todas las definiciones que se consignan en los textos y en la jurisprudencia parten de la idea de que no es debido proceso legal¹⁶⁸ y así lo encontramos en los fallos de nuestros tribunales. La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha expresado sobre este tema que.

Este Pleno en reiteradas ocasiones ha expresado que la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 32 citado comprende tres derechos, a saber, el derecho a ser juzgado por autoridad competente; el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales pertinentes, y el derecho a no ser juzgado más de una vez por una misma causa penal, policiva o disciplinaria. La garantía del debido proceso que incorpora la Constitución Política en su artículo 32, tiene una consolidada existencia en nuestro Estado de Derecho, como institución fundamental garantizadora de los derechos fundamentales, en toda nuestras excertas Cartas Constitucionales.¹⁶⁹

¹⁶⁷ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. El debido proceso en *Temas Procesales*, N°9, Medellín, Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín, 1989, p. 69

¹⁶⁸ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO nos dice que la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma positiva al debido proceso, haciéndolo siempre negativamente, y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que por ejemplo se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. en *El debido proceso*, Lima, Editorial San Marcos, 2010, p 278

¹⁶⁹ Sentencia de 4 de julio de 2004

Por su parte, ARTURO HOYOS, conceptúa que el debido proceso es:

una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.¹⁷⁰

Por su parte, JORGE FÁBREGA en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil manifiesta que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional;
2. Derecho al Juez natural;
3. Derecho a ser oído;
4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial;
5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez.
6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; y
7. Respeto a la cosa juzgada.

Y es que así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en repetidas ocasiones, como se desprende, entre otros, del fallo de 30 de mayo de 1996 bajo la ponencia de la Magistrada MIRTZA A. FRANCESCHI DE AGUILERA, al indicar lo siguiente:

¹⁷⁰ HOYOS, ARTURO. *El debido proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, p. 54. Véase también la Sentencia de 24 de enero de 2007, Registro Judicial, Enero 2007, p. 23 y Sentencia de 11 de diciembre de 2006, Registro Judicial, Diciembre 2006, p. 351, todas de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

" .Esta garantía parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico se ha encargado de regular el procedimiento o la actuación que deben seguir las autoridades en la tramitación de los distintos negocios. La regulación o existencia previa de las normas procedimentales constituyen en sí misma una garantía para todos los asociados, la cual se vulnera en los momentos en que las autoridades públicas dejan de aplicar dichas normas o aplican un trámite distinto al que las mismas prevén .." (Registro Judicial de mayo de 1996, pág 150)

Nuevamente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 8 de agosto de 1997, bajo la ponencia de la Mag. MIRTZA DE AGUILERA, señaló lo siguiente

"...En otras oportunidades, el Pleno se ha referido a la garantía constitucional del debido proceso indicando, que la misma se viola cuando se pretermiten o desconocen trámites esenciales del procedimiento (como el traslado de la demanda, la presentación de pruebas sobre los hechos de la demanda, la impugnación de las resoluciones judiciales, en los casos previstos por la ley, entre otros), de modo que se impida con aquella conducta a una o a ambas partes, el pleno ejercicio de su defensa o se le coloque en estado de indefensión (Cfr Sentencias del 29 de marzo y 13 de septiembre de 1996)

Puede afirmarse, en consecuencia, que el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales al que nos venimos refiriendo, involucra un sinnúmero de elementos o aspectos cuya plena observancia es fundamental para garantizar a las partes la activa defensa de sus derechos. A algunos de estos elementos se refiere el doctor Arturo Hoyos cuando expresa que la garantía constitucional del debido proceso es una "institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oído por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contra parte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos" (Hoyos, Arturo. El Debido Proceso Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 1996 pág 54).

En síntesis, el juzgamiento "conforme a los trámites legales", consignado en el artículo 32 constitucional, significa que corresponde a la Ley establecer los trámites del proceso al cual debe ajustarse el juez y las partes en la sustanciación de los distintos juicios.

En un pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema de Justicia, calendado 7 de febrero de 2003, esta vez bajo la ponencia del Mag WINSTON SPADAFORA, se expone

"Los razonamientos expuestos llevan al Pleno a expresar que la situación analizada, lejos de ser un problema de orden legal, como sostiene el Procurador General de la Nación, tiene en verdad rango constitucional, pues, precisamente, lo que se tiende a proteger a través de la llamada "garantía fundamental del debido proceso", es que los funcionarios públicos observen cabalmente los procedimientos estatuidos en las leyes y en los reglamentos para la atención de los asuntos de la Administración Pública. En otras palabras, la garantía del debido proceso, no se encuadra o restringe al puro texto del precepto constitucional que la contiene, sino que se ve complementada con numerosas disposiciones de orden legal y reglamentario, que normalmente señalan trámites o procedimientos, que no sólo constituyen el marco de acción de la administración pública, sino que, además se traducen en verdaderas garantías a favor de los particulares frente a la Administración. Este razonamiento lo corrobora tanto el precepto constitucional que consagra la garantía del debido proceso (cuando señala que nadie puede ser juzgado sino por autoridad competente y "conforme a los trámites legales", es decir, de acuerdo con los trámites establecidos previamente en la ley, como la jurisprudencia del Pleno la cual indicó en su Sentencia de 8 de agosto de 1997, lo siguiente:

"El artículo 32 de la Constitución Política, que se cita como violado en la demanda, recoge la garantía constitucional del debido proceso, uno de cuyos múltiples aspectos alude al derecho que tiene toda persona a ser juzgada "de acuerdo con los trámites legales", lo cual implica, que el juez o Tribunal debe someterse a las reglas procedimentales previamente establecidas por la ley para la tramitación de los diferentes juicios o procesos. Como afirmó el Pleno de la Corte en su fallo del 30 de mayo de 1996, esta garantía "parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico se ha encargado de regular el procedimiento o la actuación que deben seguir las autoridades en la tramitación de los distintos negocios. La

regulación o existencia previa de las normas procedimentales constituye en sí misma una garantía para todos los asociados, la cual se vulnera en el momento en que las autoridades públicas dejan de aplicar dichas normas o aplican un trámite distinto al que las mismas prevén."

De lo expuesto se infiere que no se puede definir qué se debe entender positivamente por debido proceso, porque se le ha entendido como una forma de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa. Por el contrario, el derecho al debido proceso hay que tomarlo como una construcción que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

Por ello, GOZAINI señala que el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.¹⁷¹

El respeto al debido proceso no se agota en el cumplimiento de unas condiciones o requisitos procesales o meramente formales, sino que requiere de condiciones sustantivas, con lo cual el apego del órgano jurisdiccional al derecho a un procedimiento racional y justo no se entiende cumplido cuando se respeta solo el procedimiento dispuesto por la ley, si éste adolece de lesiones a ese derecho fundamental, sin que el juez pueda escudarse, para reputar su conducta respetuosa de la Carta Fundamental, en la sujeción estricta a la ley procesal, si con ello no se realiza plenamente los derechos que la Constitución nacional asegura en su artículo 18 y 32 en relación con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana.

¹⁷¹GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. El debido proceso en la actualidad, disponible en http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/debido_proceso.pdf, consultada el 18 de agosto de 2006.

De allí que ALVARADO VELLOSO conceptúe que debido proceso es el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.¹⁷²

Así las cosas, tenemos que todo lo anterior viene a significar que la sentencia que finaliza el proceso debe cumplir con una serie de requisitos, porque de lo contrario se estaría violentando el debido proceso legal. Entre estos requisitos se encuentran que la sentencia se encuentre debidamente fundamentada en derecho, esto es, que la resolución judicial esté motivada.

VII. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: LA VALORACIÓN TOTAL INDICIARIA.

A. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

En primer lugar hay que tener valor para abandonar los surcos trillados y anunciar ideas no rigurosamente nuevas, pero sí en parte originales. La finalidad de la motivación de las resoluciones judiciales apunta a la propia legitimación del ejercicio de la potestad jurisdiccional que, como es sabido, se atribuye a los órganos del Poder Judicial en la medida en que actúan con sumisión a la ley, de modo que sólo cuando las resoluciones se ajusten a las exigencias del ordenamiento jurídico estará actuando la potestad jurisdiccional dentro de los parámetros constitucionales.

Por lo tanto, para hacer efectivo el control democrático de lo que es específico ejercicio del Poder Judicial, y que puedan operar en este campo los *checks and balances* del sistema jurídico, es preciso mostrar las razones que han llevado al pronunciamiento

¹⁷² ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. El debido proceso, op. cit., p. 84. Véase también *El debido proceso*, Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 282.

judicial, tanto a los efectos de la resolución del conflicto concreto como para el conocimiento general del quehacer de los tribunales; sólo de ese modo cabe controlar la potestad para interpretar y aplicar las normas jurídicas, que se atribuye en exclusiva, sin mediación de ninguna otra instancia, a los órganos jurisdiccionales

La generalización en las diversas legislaciones de nuestro entorno del deber de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica¹⁷³, pero que ha sufrido cambios significativos a lo largo de los tiempos. Por esta razón que COLOMER HERNÁNDEZ nos indica que es necesario estudiar la evolución histórica del deber de motivación de las decisiones judiciales como manifestación de los cambios producidos a lo largo de la historia en las finalidades asignadas a la actividad de motivación o justificación.¹⁷⁴

En este sentido, el punto de partida de este pequeño recorrido histórico lo constituye el hecho de que hasta la segunda mitad del siglo XVIII no existía el principio de obligatoriedad de motivación de las decisiones judiciales. Entonces, debemos tener presente que la justificación de las decisiones judiciales es una manifestación de una concepción democrática de la jurisdicción.

¹⁷³ Respecto de la evolución histórica de la obligación de motivar se puede ver a ORTELLS RAMOS, MANUEL. Origen histórico del deber de motivar las sentencias en *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, núm. 4, Madrid, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, octubre-diciembre de 1977, p. 912 y ss.; SÁINZ GUERRA, JUAN. Las razones de la justicia en el derecho castellano durante la baja Edad Media en *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia*. Actas, I Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, Jaén, Cámara de Comercio e Industria de Jaén, 1996, p. 92 y ss.; GARRIGA ACOSTA, CARLOS ANTONIO Y LORENTE SARIÑENA, MARTA MARÍA. El juez y la ley: motivación de las sentencias (Castilla, 1849-España, 1855), en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 97 y ss.

¹⁷⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 61.

Se considera por un amplio sector de la doctrina que desde los primeros momentos de la aplicación del Derecho romano existían algunas acciones judiciales que incorporaban la motivación de la sentencia. Sostiene DÍAZ SAMPEDRO que la incorporación de la motivación, “exigible en cuanto al cumplimiento de la totalidad externa del proceso, si era por obligación o no, queda en la esfera de la interpretación personal, pero en ningún caso sería argumento propio y sustancial para definir este elemento ajeno al sistema jurídico romano.¹⁷⁵ No obstante, otros consideran que en el derecho romano, el *iudex* no tenía la obligación de motivar sus pronunciamientos, refiere Séneca, que esa omisión, convertía a los jueces en misteriosos e indiscutibles, “Oráculo de la Justicia”.¹⁷⁶

Durante el periodo del *Ius Comune*, esencialmente entre los siglos XI-XIII, los juristas se dedicaban al estudio y enseñanza de los textos justinianos a sus alumnos, porque consideraban al derecho romano la única *ratio iuris* existente. Para los glosadores el modo de razonar jurídicamente consistía en acudir a proposiciones o brocardos latinos que contenían los principios esenciales de la decisión. Así pues que basta con invocar el brocardo latino para entenderlas justificadas.¹⁷⁷

¹⁷⁵ DÍAZ SAMPEDRO, BRAULIO “La motivación de las sentencias una doble equivalencia de garantía jurídica” en *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N°5, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2007, p 61 Esta posición no ha sido pacífica, porque CALAMANDREI ha sostenido que en el sistema procesal romano la motivación no era obligatoria, de lo cual se puede deducir que la motivación era utilizada en algunos casos y por ciertos jueces

¹⁷⁶ MARTÍNEZ RAMÍREZ, FABIOLA y CABALLERO GONZÁLEZ, EDGARDO “El recurso de casación” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, julio – diciembre 2009, p 154

¹⁷⁷ En tal sentido, NESTOR PEDRO SAGÜES, citando a JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES, en su obra *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento* refiere de manera muy sucinta en el derecho romano o en el llamado para muchos historiadores *iudex*, el cual no estaba obligado a motivar sus pronunciamientos, y tal silencio le confería u otorgaba si duda alguna una mayor autoridad (al decir de Séneca) a la ya conferida, porque convertía al juez en una especie de misterioso e indiscutible oráculo de la justicia. SAGÜES, NESTOR PEDRO

Sin embargo, en España al margen de la praxis europea de aquel período existían varias normas en las que se hacía una defensa implícita de la motivación. Entre ellas destacar, en primer lugar, la Partida III, Título XVIII, Ley 110 y el Título XXI, Ley I en la que se establecía la obligación de motivar cuando señalaban que deuen dezir los juezes que judgaren la alcada porque fallamos en tal razón.¹⁷⁸ Al tiempo, el Fuero Real de 1255 en su Libro II, Título XIII, Ley II recogía la siguiente obligación para los juzgadores: el Alcalde dé la sentencia sobre aquellos que fue la demanda, y no sobre otra cosa e dela lo más cierta que pudiere, é no dubdosa, é de guisa que dé el Alcalde aquel contra quien fuere la demanda por quito, o por vencido

Durante los siglos XII-XVI era una práctica muy difundida el denominado *consilium sapientis iudiciale*. Éste era un acto del proceso que debía ser leído con la sentencia, previa citación expresa de las partes para tal lectura. La particularidad del *consilium sapientis iudiciale* se encontraba en el hecho de que debía ser motivado, de forma que en modo alguno se reducía a una mera lectura de la resolución de la controversia. Esta exigencia de motivación del *consilium sapientis iudiciale* ha permitido a la doctrina deducir que la sentencia también debía ser motivada en los casos en que se dictaba de acuerdo a esta práctica.¹⁷⁹

Derecho procesal constitucional Recurso extraordinario, t. 2, 20 ed actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, p 224

¹⁷⁸ Sin embargo, en opinión de ORTELLS RAMOS esta disposición no impone realmente una obligación de motivar, puesto que la norma se refiere a lo que hoy llamaríamos formación interna de la sentencia, pero no a la manifestación exterior de aquel iter formativo o de sus pasos más importantes (Cfr AOrigen histórico del deber de motivar las sentencias en Revista de Derecho procesal Iberoamericana, 1977, p 901)

¹⁷⁹ COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO op cit., p 63

Sin embargo, en la Europa de los siglos XIII-XVIII, especialmente en Italia, era el conocido como *exprimere causam in sententia*, consistente en la inserción en la sentencia de un cierto tipo de los motivos de la decisión. Entre los motivos que se incluían en la sentencia destacaban por su importancia los conocidos como motivos rotales, es decir los emanados de la Rota romana, puesto que los mismos desempeñaban una doble función, de una parte, proteger los intereses de las partes a conocer los motivos de la sentencia (función endoprocésal), y de otra parte, tutelar los intereses del público o del Foro mediante el conocimiento de los motivos de la sentencia como eventual precedente judicial, o como ejemplo de justicia del caso concreto por la decisión adoptada en la misma (función general o extraprocésal)

Estos motivos rotales constituían un acto oficial del tribunal que se emitía separado de la sentencia, pues ésta última sólo contenía el dispositivo o fallo y los datos necesarios para identificar la causa. Resulta curioso comprobar que dichos motivos en la mayoría de los tribunales se redactaban con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia.

Sin embargo, en el caso de la Rota romana la práctica era diferente, puesto que los motivos se dictaban antes de pronunciar la sentencia, casi como si de una respuesta o dictamen a los argumentos de las partes se tratase. Por lo que respecta al contenido de los motivos rotales hay que señalar que los mismos no se limitaban y no debían limitarse a una mera indicación de la regla jurídica aplicada o a una apodíctica afirmación de la solución (*interpretatio*) dada a la *quaestio iuris*, sino que debía de extenderse a una justificación o demostración de dicha aplicación o de dicha *interpretatio*, y ello mediante el estilo argumentativo de la *quaestio*, y el uso del trinomio *Leges, Auctoritates, Rationes* y el

examen de las pertinentes objeciones (*nec obstat*) puestas por las partes o, en abstracto, por la contraria *opinión*

Esta práctica del *exprimere causam in sententia* aparece históricamente con la Decretal *Sicut Nobis* del año 1199, según nos informa COLOMER HERNÁNDEZ. Del tenor de dicha norma los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *Iudex non tenetur exprimere causam in sententia*. Sin embargo, dicho principio desde el inicio fue rodeado de una multiplicidad de excepciones en las que se exigía a los jueces la justificación de sus decisiones¹⁸⁰, lo que de hecho vino a provocar una reformulación del principio hasta el punto de que se generalizó en la práctica la necesidad de *exprimere causam in sententia*

Las funciones desarrolladas por esa obligación de indicar la causa de la decisión en la sentencia se enmarcaba en una trilogía la cual mencionaremos rápidamente: en primer lugar, tutelar en cierto sentido el interés público, ya que no se debe olvidar que en aquel tiempo existía la posibilidad de declarar la nulidad de la sentencia por expresión de una causa falsa en todos aquellos casos en que la resolución hubiese producido una notoria injusticia

En España, durante los siglos XVI y XVII se comprueba que, pese a la prohibición de motivar las decisiones judiciales que existía en el *Ius Comune* a raíz de la Decretal *Sicut Nobis*, la realidad española era plural. Pues, de una parte, en la Corona de Castilla los tribunales en todas las instancias no debían expresar las razones de su decisión (*Supremis*

¹⁸⁰ Entre dichas excepciones se podían encontrar las siguientes: 1) En las sentencias penales, cuando el juez utiliza su arbitrio o discrecionalidad. 2) La sentencia de apelación que reformen la sentencia impugnada deberán indicar la causa de la reforma. 3) Cuando el juez se aparte por justa causa del Derecho común o de la *communis opinio*. 4) Cuando el juez utilice el arbitrio que tenga concedido en materia civil o penal. 5) Cuando a fin de preservar los derechos de las partes resulte necesario conocer la causa en base a la cual el juez ha admitido o rechazado la demanda del actor.

quam infiráis, sententiae proferunt absque aliquo motivo, rationes, vel causa), y de otra parte, los reinos de la Corona de Aragón imponían la obligación de motivar las sentencias a sus jueces y tribunales (Cataluña en 1510, Aragón 1547, y Valencia en 1564).

Por tanto, la experiencia de la Corona de Castilla era conforme con las exigencias del Derecho Común, por lo que respecta a la prohibición de motivar impuesta por la Decretal de Inocencio III en 1199. Por el contrario la Corona de Aragón, dada su tradición de regímenes políticos contractualistas, se asentaba sobre la idea de respeto del derecho tradicional de cada uno de los reinos de dicha Corona; y por esta razón se exigía una justicia motivada o justificada apartándose de la regla general impuesta por el *Ius Comune*¹⁸¹

Como acertadamente señalan los profesores GARRIGA Y LORENTE la práctica de no motivar que existía en la Corona de Castilla exigió la instauración de un modelo de jurisdicción que concentraba la garantía de la actividad jurisdiccional en aquella persona y no así en la decisión que pudiera emanar de la voluntad del juzgador.¹⁸² Por tanto, en el reino castellano la justicia de las decisiones judiciales quedaba supeditada a la imparcialidad del juzgador más que a una eventual justificación de la decisión, que por otra parte estaba prohibida. Y así de esta manera en la llamada Castilla, todo en apego y en

¹⁸¹ Un sector de la doctrina considera que la Ley francesa de 24 de agosto de 1790 no es el primer texto normativo que imponía la obligación general de motivación, al considerar que dicha ley estuvo precedida por las normas y las praxis del foro de la Corona de Aragón. Sin embargo, no se debe perder de vista que la praxis de la motivación en los reinos de la Corona de Aragón no se extendió a las sentencias de las causas criminales. Por lo cual parece que efectivamente la ley francesa de 1790 supuso el reconocimiento explícito y general de la obligación de motivar todo tipo de decisiones judiciales.

¹⁸² En la Castilla, la persona de los jueces debía ser, en efecto, la encarnación rutilante de la justicia real. Los jueces, y especialmente los jueces supremos, que actuaban como si fueran el rey y habían de servir de ejemplo a los inferiores, se comprometían mediante juramento y naturalmente esa era la idea, arriesgaban al hacerlo la salvación de su alma inmortal a guardar las Ordenanzas. Si la justicia no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de este modo vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia.

consonancia con un modelo jurisdiccional de falta de motivación de las decisiones, se extendió la práctica de mantener en secreto las deliberaciones de los jueces, así como la posibilidad de emitir el voto cada magistrado por escrito al no tener que explicar ningún motivo de su respectiva decisión.

En resumen durante este periodo en España coexisten dos regímenes claramente diferenciados. Uno es el castellano que, acorde con las exigencias del derecho Común, carece de la obligación de motivar las decisiones; y otro es el vigente en los reinos de la Corona de Aragón que, hasta la unificación normativa de fines del XVIII, disfrutaron de un régimen propio de justicia razonada al margen de la realidad normativa del *Ius Comune* a partir de la Decretal *Sicut Nobis*.

Es importante recordar aquí que en las distintas épocas no se le dio mayor importancia a la motivación de la decisión judicial, a tal punto que mediante Real Cédula de 1778 el Rey Carlos III prohibió la fundamentación de las sentencias para evitar cavilaciones a los litigantes y por el mucho tiempo que se consume en la extensión de las sentencias.¹⁸³

Sin embargo, pese a la práctica generalizada en toda Europa del *exprimere causam in sententia*, no se puede hablar de la imposición de un deber u obligación general de motivación para todas las sentencias civiles o penales hasta el siglo XVIII, y en particular hasta la Ley francesa de 24 de agosto de 1790 sobre organización judicial (título V, art. 15). Esta imposición del deber de justificar las sentencias se produjo como una clara reacción frente a la actividad judicial del antiguo Régimen, ya que el legislador revolucionario

¹⁸³ PUCCINELLI, CLAUDIO Motivación de las decisiones judiciales en *Revista de Derecho Procesal Garantista*, N11, Rosario, Advocatus, 2000, p. 76

constató que la falta de motivación constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.

Por tanto, la motivación se concebía en aquel momento como un elemento fundamental para garantizar la legalidad de la decisión (función endoprocesal). Los revolucionarios franceses consideraron la motivación de las sentencias como el instrumento primordial para garantizar la vinculación del juez a la ley.

Durante el siglo XVIII se produjo una pluralidad de reformas legislativas que generalizaron por toda Europa la obligación de motivación con diversa intensidad y finalidad. Así por ejemplo, el *Codex Fridericianus Marchicus* (1748) de Federico II el Grande, que recopilaba leyes procesales estableció en Prusia la obligación de motivación de las decisiones judiciales con una finalidad exclusivamente endoprocesal, que se concretaba en permitir a los litigantes un conocimiento de las razones de la decisión que posibilitara valorar la oportunidad de una eventual impugnación. Paralelamente muchos de los estados de la península italiana también recogieron esta obligación en sus cuerpos normativos, entre otras la Ley de 1723 del Piamonte, la de Modena en 1771, la Pragmática Napolitana de 1774 y el Código Barbacoviano del Principado de Trento en 1788.

En España, al contrario de lo que sucedía en Europa, donde se pasaba de una normativa contraria a la motivación a un fenómeno de generalización legislativa de la obligación de justificar las decisiones judiciales, se aprecia un cambio de signo claramente diferente, pues se pasa de una realidad jurídica dual en la Coronas de Aragón y Castilla a un único modelo de jurisdicción impuesto por la unificación normativa de fines del siglo XVIII iniciada con los Decretos de Nueva Planta. Con la particularidad esencial de que la unificación de un modelo de jurisdicción se hizo sobre la base de la realidad existente en la

Corona de Castilla, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias a todo el territorio nacional, incluidos los reinos de la Corona de Aragón ¹⁸⁴

Es llamativo que, en un momento histórico en el que en Europa se hace una expresa defensa de la motivación como mecanismo de legitimación y control de la sumisión a la ley por parte del juez, en España se retrocedía y se prohibía la motivación, que durante mucho tiempo había estado vigente en una gran parte de ese país, para sustituirlo por un modelo de jurisdicción propio del Antiguo Régimen que perduraría hasta el siglo XIX. ¹⁸⁵

Con la llegada de las codificaciones se produjeron diversos cambios en la finalidad atribuida a la motivación, que encontraron su paradigma en la exaltación de la función endoprocesal de la motivación que tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XIX, coincidiendo con la general difusión de la obligación de motivar al nivel de normativa ordinaria.

Nos indica ANDRÉS IBÁÑEZ que en la primera mitad del siglo XIX en España existió un sentido más o menos generalizado en cuanto al deber de motivación de las decisiones judiciales, que es recogido en obras de carácter práctico. Entre estas obras, se encuentra la de VERLANGA HUERTA quien señala que el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley. El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica

¹⁸⁴ La Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778, establecía que para evitar cavilaciones a los litigantes y por el mucho tiempo que consume en la extensión de las sentencias, que viene a ser un resumen del proceso y las costas que a las partes se siguen se mandó que los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias.

¹⁸⁵ GARRIGA, C Y LORENTE, M op cit , p 113 indican que este modelo, en fin, que tras la imposición a la Audiencia y demás jueces de Mallorca por Carlos III en 1768 puede ser justamente calificado de español, figura recogido todavía como no podía ser menos en la Novísima Recopilación de Leyes de España, de modo que llegó incólume al siglo XIX, y fue, en consecuencia, la herencia judicial que el Antiguo Régimen legó al régimen liberal

Dispensar al juzgador de razonar, los decretos que dé sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad.¹⁸⁶

Por lo que respecta al caso español, las Cortes de Cádiz no introdujeron en el texto constitucional la obligación general de motivar las sentencias y con ello establecer la vinculación del juez a la ley por vía de la necesidad de justificar sus decisiones.¹⁸⁷ Sin embargo, la Constitución de Cádiz únicamente recogió la obligación de motivar los autos de prisión, sin que, en consecuencia, se generalizase un deber de justificar las decisiones por parte de los jueces, de modo que la responsabilidad de jueces y magistrados por quebrantamiento de ley se basó en la noción de desobediencia activa, y no en la vinculación sustantiva, si por tal entendemos la protección de la legalidad constitucional frente a la interpretación judicial

No obstante, no hay duda que la semilla de los debates de Cádiz dejó una impronta indeleble en la conciencia política de la época sobre la necesidad de garantizar la vinculación del juez a la norma legal a través de la exigencia de una justificación de sus decisiones, y por esta razón no es extraño que en el periodo comprendido entre 1829 y 1855 se generalizase la obligación de motivar las sentencias como una manera de dotar de claridad la valoración que tuviera el Juez con respecto al caso en concreto

¹⁸⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal* en Doxa, Alicante, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1992, p 259, disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/index.htm>

¹⁸⁷ Según ANDRÉS IBÁÑEZ (*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal* en Doxa, Alicante, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante 1992, p 259, disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/index.htm>) el diputado en las Cortes de Cádiz, José de Cea, presentó un proyecto de decreto propugnando que para “quitar la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y para asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados en toda decisión se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan, para las decisiones se funden sobre el texto expreso de las leyes

De la realidad legal de este período se puede destacar el hecho de que el proceso de generalización de la obligación de justificación de las decisiones judiciales se produjese en un contexto en el que los jueces tuvieron que fundamentar sus fallos a pesar de no tener un código civil ni una ley de enjuiciamiento criminal. De ahí que, el paso de un derecho jurisprudencial (modelo basado en la responsabilidad del juez por su actuación) a un derecho legal (modelo basado en la sumisión del juez a la ley) se realizase lentamente y en paralelo a la instauración de normas legales codificadas en relación con las que el juez pudiese justificar su decisión.

La importancia de este breve periplo histórico sobre la instauración de la obligación general de motivación de las decisiones judiciales se encuentra en que con él se ha podido comprobar cómo, ya desde sus inicios, la motivación ha sido un instrumento fundamental para ir configurando el modelo de jurisdicción vigente en cada momento histórico. Pues no hay que olvidar que, el paso de un modelo de jurisdicción propio del Antiguo Régimen a un diseño liberal ha tenido su vértice en la sumisión del juez a la ley, y ésta a su vez ha sido garantizada por la necesidad de justificación de las decisiones judiciales.

Desde otro punto de vista, el análisis histórico realizado resulta útil por cuanto ha permitido comprobar cómo la motivación, tanto cuando ha sido una simple práctica, como cuando ha venido impuesta como obligación legal, ha desarrollado varias funciones que le daban carta de naturaleza. Dentro de dichas funciones se ha podido comprobar la existencia de al menos dos dimensiones o criterios de organización de las mismas: de una parte, la finalidad endoprocesal, cuya esencia es permitir que los litigantes puedan apreciar el significado de la decisión para que puedan valorar la conveniencia o no de impugnarla, y en consentir en su caso al juez de la impugnación, valorar el fundamento de la sentencia impugnada a efectos de una eventual reforma de la misma. De otra parte, la función

extraprocesal, cuya esencia es consentir el control externo y difuso del fundamento y legalidad de la decisión por parte de la sociedad en general

Por estas razones es que PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ al prologar *Derechos y garantías* de LUIGI FERRAJOLI expresa que el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales proscribiera el decisionismo tan arraigado en los viejos hábitos judiciales¹⁸⁸

B. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y LA SENTENCIA. IMPORTANCIA DE LA POSICIÓN FILOSÓFICA.

El proceso es un medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan entre sí para lograr la resolución por una autoridad de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad

El proceso como medio de debate es una serie procedimental. Por serie se entiende el conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas a otras. La serie procedimental es la serie lógica que se compone de numerosos actos sucesivos relacionados entre sí y que se agrupan en grandes etapas:

AFIRMACION, NEGACION, CONFIRMACIÓN, EVALUACIÓN.

Cualquiera de sus etapas es siempre imprescindible precedente de la que sigue, y a su turno, esta es su necesaria consecuencia. No se puede abrir una etapa sin estar clausurada la que precede

Esta serie de actos tiende a obtener una declaración del juez, ante quien se presenta el litigio, que se denominará sentencia, la cual viene a constituir el objeto del proceso

¹⁸⁸ ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO en prólogo a FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y garantías. La ley del más débil* 40 ed., trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 11

La sentencia, es el modo normal de extinción del proceso, y es el acto judicial que resuelve (heterocompositivamente) el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el Juez hace de algunas de las encontradas posiciones (tesis-antítesis) mantenidas por los antagonistas (precedente-actor o acusador y resistente-demandado o reo) tras evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor (en función de la negativa del demandado ante ellas) y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general ¹⁸⁹

De la definición aportada, se desprende con claridad meridiana que este acto que se denomina sentencia debe cumplir con determinadas formalidades, a fin de hacer efectiva la garantía del debido proceso. Debemos tener presente que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia garantizando el acierto de la decisión jurisprudencial; jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obtener la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la justicia.

Ahora bien, la posición filosófica que adopte el órgano encargado de sentenciar determinará, en gran medida, cuál será el perfil de la motivación que contenga la sentencia.

Por ello, es de gran importancia para los justiciables y auxiliares de la justicia conocer a priori cuál es la posición filosófica donde el juzgado abordará el conflicto y elaborará su fundamentación. Con criterios de índole sociológica más que estrictamente

¹⁸⁹ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *Debido proceso y pruebas de oficio*, Bogotá, Editorial Temis, 2004, p 16-17

jurídicos se han clasificado¹⁹⁰ los modelos de la función judicial, que actualmente se practican, en cuatro paradigmas distintos.

En tal sentido, desde la *Escuela de la Exégesis* se beneficiará al autor del derecho positivo a través de la obediencia extrema a la intención que plasmó en las leyes al adueñarse del poder. Desde el punto de vista técnico, el derecho positivo prevalece sobre los hechos.¹⁹¹ Para la Escuela de la Exégesis, la sentencia se construirá siguiendo el esquema lógico del silogismo y por tanto la función de juzgar tiene una naturaleza lógico-mecánica. Bajo este modelo “La operación fundamental determinante del sentido de la sentencia es la subsunción, que consiste en la afirmación de que determinado supuesto de hecho acaecido coincide con el estado de cosas descrito en la norma, ya que la subsunción como procedimiento lógico no es más que la afirmación de que un predicado está incluido dentro de la extensión de otro predicado más amplio y que el mismo pueda dotarlo de veracidad”¹⁹²

El segundo modelo es el realista que es profesado por la Escuela del Derecho Libre, el cual tiene su desarrollo en el mundo anglosajón. En el realismo, el

“juez decide en cada caso de acuerdo con su conciencia. Sin embargo, la consideración sociológica del sistema concluye que en realidad el sentido de la decisión judicial viene determinado por factores extrajurídicos, que se enmascaran

¹⁹⁰ Sobre este mismo tema, J. HABERMAS distingue cuatro modelos, como son la hermenéutica jurídica, el realismo jurídico, el positivismo jurídico y la teoría de los derechos de DWORKIN. Cfr. HABERMAS, JURGEN *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* 4ª ed., traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 268 y DWORKIN, RONALD *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 2002, p. 20.

¹⁹¹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 68.

¹⁹² BENÉYTES MERINO, LUIS “Deontología de la decisión judicial” en *Ética del juez y garantías procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 327.

en lo que eufemísticamente se llama “resolver en conciencia” y, por ello, que sólo cabe pronosticar el sentido del fallo, atendiendo a factores empíricos de naturaleza histórica, psicológica o sociológica.”¹⁹³

Desde el *conceptualismo* el juzgador seguirá a la doctrina imperante, por lo que también prevalecerá el derecho sobre los hechos.

La *teoría pura del derecho* apunta a una interpretación de la norma por los jueces que le resulten confiables, buscando beneficiarse con el obrar de aquellos. Desde este punto de vista, cede la norma abriéndose a la consideración de los hechos.

Ello resulta más que trascendente si recordamos que para esta teoría, la interpretación de la norma jurídica que realizan los órganos de aplicación del derecho, es siempre auténtica, obligatoria jurídicamente y por tanto carece totalmente de sentido predicar de ella su verdad o falsedad ¹⁹⁴

Desde la escuela de la *libre investigación científica*, se tratará de buscar un equilibrio entre el legislador histórico, la sociedad y el juez. Es decir, el órgano jurisdiccional resolverá intentando lograr una paridad entre el derecho y los hechos

La escuela del *derecho libre* le asigna facultades legislativas al juez constituyéndolo en una especie de legislador actual, relegando al legislador histórico. Aquí se abre la posibilidad para que los hechos puedan prevalecer sobre el derecho ¹⁹⁵

¹⁹³ BENEYTES MERINO, LUÍS op cit., p 327

¹⁹⁴ ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL. *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p 164

¹⁹⁵ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL op cit , p 67-69

Desde el *trialismo* se abordará el punto de vista sociológico, normológico y dikeológico, buscando siempre que el deber de ser ideal sea concretado.¹⁹⁶

Así se anunciaron las principales escuelas filosóficas y podría continuarse con otras, pero lo importante es advertir a quienes forman parte del sistema sobre la importancia de conocer desde que postura abordará el juez el conflicto a la hora de sentenciar

C. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA. CONCEPTO.

Desde el punto de vista del lenguaje enunciativo, viene al caso citar la acepción pertinente que el Diccionario de la Lengua Española asigna a la palabra motivación. Esa acepción que elegimos, entre otras, es la de: *Acción y efecto de motivar*. A su vez, también según el citado Diccionario, la palabra motivar tiene como una de sus significaciones la de *Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa*

La acepción enunciativa transcrita es la pertinente para referirse a la conducta debida que, como realidad óptica, debe concretarse como acto consciente, coherente, lúcido y con claridad explicativa.

De modo que, esa conducta debida debe manifestarse en una argumentación idónea de la resolución a expedir

En el plano jurídico, para ALVAREZ GARDIOL, motivar la sentencia es

suministrar cual ha sido el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y en su caso, las pruebas que los verifican, para subsumirlos en los preceptos jurídicos. Motivación es explicitar el conjunto de consideraciones racionales que mueven al juez a inclinarse por una determinada solución del conflicto. Es cuando el órgano jurisdiccional exterioriza el razonamiento

¹⁹⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL La justicia del reparto aislado y las ramas del mundo jurídico, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N°2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 10 B 15

que justifica la decisión. Sobrevienen en esa etapa, juicios históricos y juicios críticos en torno a la valoración de las pruebas y de las normas jurídicas que se aplican. Esta es la única manera de saber si se ha cumplido adecuadamente el deber de imparcialidad y el principio de legalidad.

Motivar es entonces. 1) la invocación de la norma o del microsistema de normas aplicable y 2) el razonamiento que legitime la subsunción de los hechos del caso en ello no es la voluntad inicial del legislador la nota decisiva, porque la ley una vez nacida, una vez que se desprende de la matriz gestante del legislador, adquiere desarrollo y plenitud, por las nutrientes culturales que en el decurso de su vigencia va recibiendo de la realidad social de cada tiempo. Entre norma y sociedad hay una interrelación mutua y permanente y por eso ha podido decir Hobbes en el Leviatán que el legislador no es aquel bajo cuya autoridad la ley fue hecho por primera vez, sino aquel bajo cuya autoridad continúa hoy siendo ley”¹⁹⁷

Por otra parte, JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO señala que Motivar significa justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los fundamentos de las operaciones que el juez efectúa. Al explicar las razones del fallo está en condiciones de convencer a los litigantes (y a cualquier otro auditorio) de que la sentencia no es una toma arbitraria de posición.¹⁹⁸

Cuando las sentencias se apartan de la motivación suficiente o yerran en la decisión, entran en el terreno de las causales de arbitrariedad. Esta necesidad de motivación de las sentencias o de justificación de la decisión, varía en cada sistema jurídico, pues, como se

¹⁹⁷ ALVAREZ GARDIOL, ARIEL. Material de clases, Maestría Internacional de Derecho procesal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1999, p. 19

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS. La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional en Revista del Poder Judicial, Número Especial VI. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, p. 57-87

verá, en el *common law* no existe norma alguna que imponga la obligación de motivar y, en cambio, en el derecho continental es una exigencia que proviene de la ley

Explica BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT que

La motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, escribe Piero Calamandrei, subrayando cómo la motivación parte razonada de la sentencia sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento, y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza, sirviendo además, y en una función más estrictamente jurídica, como conducto para la impugnación.¹⁹⁹

SIERRA GIL DE LA CUEVA entiende por motivación “la obligatoriedad de todo tribunal de justicia de exponer las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan”²⁰⁰

Para PERELMAN “motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las operaciones que el juez

¹⁹⁹ BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL. *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Arazandi, 1992, p 560 Sobre este particular tenemos que PIERO CALAMANDREI enseña este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa y por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al *sic volo, sic iubeo* enunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es, la justificación que quiere ser persuasiva de la bondad de la justicia, pero además de esta finalidad psicológica de justificación y de persuasión tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condiciones de verificar si el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a los diversos medios de impugnación, la motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador. *Procesa y democracia*, trad de Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, S A, 1960, p 115 y ss

²⁰⁰ SIERRA GIL DE LA CUEVA, IGNACIO “Motivación de las sentencias penales” en *Revista del Poder Judicial*, Número Especial XI El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1990, p 43-56

efectúa... al explicitar las razones del fallo debe convencer a los litigantes de que la sentencia no es una toma arbitraria .²⁰¹

CALAMANDREI señala que “La motivación es una comprobación lógica para controlar a la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento, es la racionalización del sentido de justicia; es la demostración de que el juzgador se quiere dar así mismo antes que a las partes la *ratio scripta* que convalida el descubrimiento nacido de su intuición”²⁰²

D. NECESIDAD Y FINALIDAD DE LA MOTIVACIÓN.

La necesidad de motivar las sentencias viene impuesta por el numeral 5 del Artículo 199 y el artículo 990, ambos del Código Judicial, los cuales han de integrarse en el derecho reconocido en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de manera directa con el principio del Estado democrático de Derecho (artículo 2 de la Constitución Nacional) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para esta la Ley (artículo 210 de la Constitución Nacional).

La legislación sólo ha establecido la obligatoriedad del deber de motivar las sentencias por parte de los jueces y le ha correspondido a la doctrina y la jurisprudencia establecer cual es la finalidad de ésta.

Es en la Sentencia STC 55/1987 de 13 de mayo del Tribunal Constitucional español donde se expone más claramente la finalidad de la motivación En la mencionada

²⁰¹ PERELMAN, CHAIM *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p 213

²⁰² CALAMANDREI, PIERO *Proceso y democracia*, trad de Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, S A , 1960, p 125

sentencia²⁰³ el Tribunal Constitucional deja establecido que la finalidad de la motivación en un Estado democrático de Derecho es múltiple, con lo cual se legitima la función jurisdiccional porque:

- 1 Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.
2. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad al conocer el por qué concreto de la resolución

La motivación de las sentencias funciona como antídoto para evitar la tiranía judicial Señala ANDRÉS IBÁÑEZ que en España solo en los últimos años y trabajosamente ha empezado a abrirse camino una cierta cultura democrática de la motivación Con todo, la misma tiende a manifestarse de forma casi exclusiva en las sentencias, y dentro de éstas, preferentemente en la fundamentación jurídica.²⁰⁴

3. Permite la efectividad de los recursos Nos dice JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT que la imposición del deber de motivación al juez sirve como instrumento de control de la decisión judicial por parte de los tribunales y por la ciudadanía²⁰⁵ Sobre este punto indica HERNÁNDEZ GARCÍA que la Constitución de España:

...garantiza y proclama el derecho a los recursos del ciudadano que supone que éste ha de conocer las razones y fundamentos de las decisiones que le afectan en tanto que aquellas se convierten en instrumentos necesarios para su posible impugnación; en expresión del Profesor FAIREN «el

²⁰³ Disponible en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/1987_55.html. Consultada el 30 de octubre de 2010

²⁰⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO “Acerca de la motivación...”, op cit , p 258

²⁰⁵ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL op cit., p 558

derecho del ciudadano a la motivación lo es no solamente para obtener una satisfacción puramente intelectual sino adecuar sus medios de defensa, mediante los oportunos recursos establecidos en la ley.»²⁰⁶

4. Pone de manifiesto la vinculación del juez a la Ley. La vinculación del juez a la Ley sólo es posible verificarla si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho en las normas legales que aplica.

Explica HERNÁNDEZ GARCÍA que:

..la decisión fundada en derecho requiere ante todo que la resolución judicial se infiera de la ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga, expectativa de justificabilidad de la decisión, que ha de basarse en criterios razonados y razonables, en expresión de WROBLEWSKI «la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente controlado»²⁰⁷

La finalidad de la motivación es explicada por FLORENCIO MIXÁN MASS en los siguientes términos:

La finalidad de la motivación de las resoluciones judiciales es contribuir a que, en todos los casos, se concretice la obligación de poner de manifiesto las razones que sustentan la resolución como uno de los medios destinados, a su vez, a garantizar la recta administración de justicia. También responde a la necesidad de que las partes conozcan los fundamentos de la resolución expedida para que adopten determinaciones que les compete al respecto.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. La motivación de sentencias en los supuestos de daños acaecidos en la circulación. el juicio de suficiencia en Revista del Poder Judicial, N131, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 1993, p. 251-255.

²⁰⁷ HERNÁNDEZ, JAVIER GARCÍA op cit., p. 251-255

La motivación es consustancial a la necesidad de procurar siempre una consciente y eficiente realización jurisdiccional del Derecho en cada caso concreto

Desde el punto de vista de la conciencia jurídica, consideramos que la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales trasciende el marco normativo de un determinado Estado; puesto que cualquier habitante de cualquier Estado siente la necesidad de que las decisiones de sus jueces se sustenten en una adecuada fundamentación, en una razonada explicación del por qué y del para qué de la decisión. Esa exigencia y su concretización permiten evitar la arbitrariedad judicial²⁰⁸

Por su parte, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, sobre el tema que nos ocupa ha expresado que la necesidad de motivar las sentencias se sustenta en los siguiente elementos:

- 1 Si la norma opera sobre la realidad social, al aplicarla al caso concreto, hay que hacerlo de manera adecuada, para lo que es necesario precisar su contenido, consecuencias y alcance, lo que adentrado en área jurisdiccional es lo que hace que la resolución definitiva sea motivada.
- 2 La labor del Juez al juzgar ha de tener ineludiblemente a garantizar efectivamente el imperio de la Ley, y dicho imperio en cada caso concreto ha de ser explicado, y esa explicación pasa inexorablemente por una argumentación o motivación, que justifique que en dicho caso concreto ha existido una perpetua adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis
3. Desde un punto de vista estadístico, indica que los jueces españoles, en su mayoría, estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene, por este orden, de la Ley escrita, de la percepción de lo justo en cada caso concreto, del sentido común y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por lo que en todo caso estas predeterminaciones tienen que ser explicadas al justiciable, motivándolas.
4. Así mismo, la motivación de la sentencia es un dato indicador del grado de formación y conocimiento del juez al dictar. Pues la motivación de la sentencia será

²⁰⁸ MIXÁN MASS, FLORENCIO "La motivación de las resoluciones judiciales" en *Debate Penal*, N°2, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, mayo-agosto 1987, p 199

siempre un reflejo fidedigno de un conocimiento suficiente del Derecho, así como de otras materias del área cultural del humanismo, que servirán para calibrar el nivel cultural e intelectual del Juez sentenciador.²⁰⁹

En síntesis, la finalidad de la motivación de la sentencia es exponer las razones de hecho y de derecho que la sustentan por exigencia de la Constitución y de la legislación procesal ordinaria, para excluir la arbitrariedad y posibilitar la defensa ante instancias superiores.

E. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

En nuestro país, la ley establece que las sentencias judiciales deberán ser motivadas, pero en la mayoría de los casos, las mismas no cumplen con este requisito, violentándose de esta manera el principio constitucional del debido proceso

Así tenemos, que el Código Judicial establece que es obligatorio para los jueces motivar los autos y las sentencias, pero la infracción de la regla de la motivación sólo dará motivo a sanciones en contra del juez.

El Artículo 989 del Código Judicial señala que:

Artículo 989. Las resoluciones judiciales indicarán las denominaciones del correspondiente juzgado o Tribunal, firmadas en el lugar y en la fecha en que se pronuncien, expresados en letras y concluirán con la firma del Juez o los Magistrados y del Secretario

Los autos serán motivados y expresaran los fundamentos jurídicos pertinentes con cita de las disposiciones legales aplicables al caso. Las providencias indicaran el trámite que se ordena, el plazo que se fija para él y sólo llevarán media firma.

²⁰⁹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO op cit p 43-56

Por su parte, el Artículo 990 del Código Judicial indica que:

Artículo 990 Las sentencias se dictarán de conformidad con las reglas siguientes.

1. Se expresará sucintamente la pretensión formulada y los puntos materia de la controversia;
2. En párrafos separados se hará una relación de los hechos que han sido comprobados, que fueron alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse. Se hará referencia a las pruebas que obran en el expediente y que hayan servido de base al Juez para estimar probados tales hechos,
3. Enseguida, se darán las razones y fundamentos legales que se estimen pertinentes y se citarán las disposiciones legales o doctrinas que se consideren aplicables al caso; y,
4. Se indicará que se dictan administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Los Tribunales sólo podrán transcribir lo esencial del texto de la demanda y de la contestación. Cuando la resolución fuere dictada en segunda instancia, en casación o en revisión, no se insertará en ella la que es objeto de recurso, pero deberá hacerse un extracto sustancial y conciso de la decisión impugnada.

La infracción de cualquiera de estas reglas, sólo dará motivo a sanciones disciplinarias en contra del respectivo funcionario.

El Código Procesal Penal sobre la motivación de las sentencias señala que

Artículo 22. Motivación. Las autoridades judiciales y del Ministerio Público tienen el deber de motivar jurídicamente, de manera congruente, clara y precisa, sus decisiones judiciales, salvo las de mero trámite. La simple mención de las pruebas y la petición de las partes o de exposiciones genéricas no suple la motivación jurídica.

Artículo 73. Motivación. Los fiscales, al pronunciarse sobre cualquier negocio de su incumbencia, deberán expresar, de manera clara y concisa, las razones legales o jurídicas en que se apoyen.

Las peticiones ante los tribunales serán presentadas y sustentadas oralmente, salvo las excepciones que establece este Código.

Artículo 134. Motivación de las resoluciones Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de lo alegado o solicitado por las partes no reemplazarán, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen fórmulas pre elaboradas, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.

Es importante destacar que el debido proceso no es más ni menos que el proceso lógicamente concebido, que respeta los principios que van incritos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional. Por tanto, al no motivarse las sentencias no se está cumpliendo con las reglas del proceso.

De allí que es derecho de todo actor o demandado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, es decir, que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

Por tanto, el principio de motivación de las resoluciones judiciales, consiste en que el juzgador, en todas las providencias que impliquen un pronunciamiento de fondo y en particular en las sentencias, exponga los motivos o argumentos sobre los cuales basa su decisión.

Desde el punto de vista deóntico, específicamente, del *deber-ser jurídico*, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico, instituido por la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional.

La demostración del aserto precedente está dada por la prescripción prevista en la interpretación integral de la Constitución Nacional. En La República de Panamá, no se establece aún en la máxima excerta legal “Constitución Nacional De La República”, ninguna obligación de motivar las sentencias, como si lo hace la Constitución española. La finalidad de la motivación es servir como una de las garantías de la administración de justicia. De modo que, concretizada que fuere el supuesto de tener que expedir una resolución judicial, el Juez que la debe expedir asume, *ipso jure*, el deber de motivarla adecuadamente.

La conducta objeto del deber jurídico de motivar consiste en el acto de concretizar por el juez la fundamentación racionalmente explicativa de la resolución a expedir. En este sentido, tenemos que en la Sentencia de 19 de junio de 2006, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expresó que:

Lo anterior evidencia el incumplimiento del deber que tenemos los jueces de motivar las sentencias a fin que el procesado y la ciudadanía puedan conocer las razones de hecho y de derecho sobre las cuales se sustenta la parte resolutoria del fallo.

En ese orden de ideas, debe quedar sentado que la finalidad fundamental de la motivación de las resoluciones judiciales es múltiple porque, por una parte, permite el control de las actuaciones jurisdiccionales por parte de la opinión pública, cumpliéndose con los principios de publicidad, ética y transparencia que deben regentar a la Administración de justicia, y por la otra, logra que las partes, en el evento que no queden convencidos con la decisión, puedan ejercer con mayor efectividad los recursos previstos por la ley.²¹⁰

²¹⁰ Sentencia de 19 de junio de 2006, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Registro Judicial, junio 2006, p. 375

La motivación es la conducta debida que, como realidad óntica, debe concretarse como acto consciente, coherente, lúcido y con claridad explicativa. De modo que, esa conducta debida debe manifestarse en una argumentación idónea de la resolución a emitir.

Esa argumentación constitutiva de motivación, por prescripción imperativa de principios constitucionales- debe constar siempre por escrito. Aún el supuesto de la eventual emisión oral de alguna resolución interlocutoria o uno de mero trámite, por ejemplo, durante el juicio oral u otra diligencia, siempre será documentado por escrito, esa documentación comprenderá tanto los fundamentos como el sentido de la resolución expedida.

Lamentablemente, en la práctica, es un deber susceptible de ser infringido. Pero, a la vez, es necesario tener presente que la infracción de un deber jurídico trae consigo la correspondiente sanción también jurídica. Sin embargo, en Panamá la ley no establece ningún tipo de sanción procesal contra las resoluciones carentes de motivación, y a lo sumo, lo que puede ocasionar el incumplimiento de este deber, es una sanción disciplinaria contra el funcionario. Hay que recalcar que en este supuesto, no conozco que se haya sancionado a un juez por no haber motivado adecuadamente la sentencia.²¹¹

²¹¹ En la Sentencia de 29 de marzo de 2006, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Registro Judicial, Marzo 2006, p. 273) manifestó que: "Observa la Sala que el tribunal de primera instancia estimó como motivación de la concurrencia del ánimo de robo, sobre la base de las constancias procesales insertas en el cuaderno penal, sin embargo, en la sentencia no precisó en qué pruebas sustentaba su decisión, por lo que estimamos que el Ad-quem incumplió el deber de motivación de la resolución judicial, en el sentido que no motivó la selección del material fáctico que le permitió arribar a la conclusión comentada."

Al respecto, el tratadista FRANCISCO CHAMORRO BERNAL, en su obra "*La Tutela Judicial Efectiva*", indica que "los recursos contra las resoluciones judiciales pueden referirse obviamente tanto al derecho aplicado como a los hechos considerados probados y que sirven de base a las mismas. Cuando se habla de motivación es frecuente limitarla al Derecho aplicado al caso, cuando tanto más importante es la motivación de la selección del material que el Juez da como probado, ya que tal selección predetermina normalmente la solución jurídica" (Pág. 212).

En la Sentencia de 21 de abril de 2005, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dejó establecido sobre este punto que:

En segundo lugar, porque la resolución judicial omite establecer los razonamientos de hecho y jurídicos, necesarios para conocer y comprender cuál es el criterio de interpretación legal, que se ha empleado para justificar la emisión de una medida declaratoria de legalidad de la detención y de sustitución por otras medidas cautelares personales menos severas, a pesar que, previamente, se consideró que el detenido, no aparece debidamente vinculado con el hecho punible investigado. Vemos que lo que a tales efectos se hace en la resolución judicial, es transcribir la cita de una sentencia emitida por el Pleno de la Corte, calendada 19 de enero de 2001, donde se procedió en iguales términos, pero en dicho precedente, tampoco se hizo un análisis de hecho y legal, que justificará decretar una decisión judicial de esta naturaleza, por lo que aún persiste la falta de motivación al respecto.²¹²

La introducción de las nuevas tecnologías, permite la práctica del derecho mediante el almacenamiento de datos clasificados por materias, bloques y párrafos temáticos que ahorran un considerable esfuerzo de redacción y aportan una considerable riqueza de automatismos lingüísticos. Como contrapartida, su abuso nos conduce al uso de un lenguaje rutinario y ciego. En el mismo orden de cosas, cada día nos enfrentamos en mayor medida al problema de la profusa utilización por nuestros jueces, de patrones de cláusulas de estilo

Con relación a lo anterior, este Tribunal de Alzada, manifestó, mediante sentencia de 09 de septiembre de 2004, que

" es deber del juzgador sustentar la pena a imponer al responsable del delito con base en las constancias procesales, es decir, debe hacer mención de las pruebas en que se basa para ubicar la conducta desplegada por el agente en determinado tipo penal "

En el presente caso, como se dijo, el Ad-quen no razonó sobre los elementos probatorios allegados a la encuesta penal que lo conllevaron a concluir que el móvil del homicidio fuese el ánimo de robo, por lo que este Tribunal de Alzada pasa a analizar el caudal probatorio con la finalidad de dar respuesta a la disensión planteada por la defensa técnica, respecto a la calificación del hecho ilícito como homicidio agravado por robo

²¹² Sentencia de 21 de abril de 2005 Corte Suprema de Justicia, Registro Judicial, Abril 2005, Salvamento de Voto de la Magistrada Esmeralda de Trottiño

vacías de contenido preciso. Tan abstractas y genéricas que pueden ser extrapoladas a cualquier caso.

En los estudios procesales, el tema relativo a la parte que se denomina la motivación de la sentencia proferida, ha venido tomando mucha relevancia en tanto que se viene teorizando que la misma tiene alcance constitucional, sobre todo, de índole garantista²¹³ En gran medida, la importancia o no del mal denominado principio de la motivación, se inscribe en los exordios del debate concerniente con la naturaleza inquisitiva o dispositiva del proceso.

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA señala que:

La exigencia constitucional de motivar las resoluciones jurisdiccionales se proyecta en un doble plano: así, por un lado se constituye como un mandato público de naturaleza constitucional que vincula directamente a jueces y magistrados, y por otro lado, aparece como un verdadero derecho público subjetivo constitucional, de naturaleza reaccional que corresponde a todo ciudadano que acude a los órganos jurisdiccionales, lo que el profesor DIEZ PICAZO denomina «el derecho a la prestación judicial» que aparece recogido en el artículo 24 de la Constitución²¹⁴

VIII. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCESO

PENAL.

El ejercicio lógico y discursivo de valoración conjunta de las pruebas de cargo y de descargo implica que el juzgado debe motivar su resolución judicial ya sea que absuelva o condene al imputado. En ese sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones

²¹³ Dice SIERRA GIL DE LA CUEVA que la motivación es un deber de todo tribunal de justicia y un derecho constitucional exigible, op cit., p 43-56 JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR expresa que “la motivación de la sentencia es una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional elevándose a la categoría de derecho fundamental de la persona” (“El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena” en *Revista del Poder Judicial*, Nº18, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, junio 1990, p 133-140

²¹⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER op cit , p 251-255

judiciales se constituye en elemento importante del debido proceso. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia en el *Caso Jeffrey Immelt y otros*, cuando precisó que:

[.] Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.²¹⁵

Garantía que en materia penal cobra las siguientes características, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el *caso Tineo Cabrera*, cuando precisa que:

En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.²¹⁶

Ahora bien, debemos tener presente que, como ya precisamos, la prueba indiciaria consiste, en obtener la prueba de un determinado hecho (hecho presunto) partiendo de otro

²¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ *Caso Jeffrey Immelt y otros*, sentencia 14 de noviembre de 2005, Exp N° 8125-2005-PHC/TC, Fundamento 11

²¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ *Caso César Humberto Tineo Cabrera*, sentencia 20 de junio de 2002, Exp N° 1230-2002-HC/TC, Fundamento 11

u otros hechos básicos (indicios), que se prueban a través de cualquier medio probatorio, y que están estrechamente ligados con el hecho presunto, de manera tal que se puede afirmar que, probado el hecho o los hechos básicos, también resulta probado el hecho consecuencia o el hecho presunto.²¹⁷

Ello porque, como se ha sostenido, la prueba indiciaria también conocida como prueba indirecta es aquella que se dirige a mostrar la certeza de un(os) hecho(s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo éstos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados *contraindicios*.²¹⁸

En ese sentido, la construcción de la inferencia lógica que se constituye en prueba indiciaria recorre un camino muy complejo que encierra una serie de requisitos lógico – formales, se acentúa el deber del juzgador de motivar la resolución judicial donde decide aplicar la prueba indiciaria. Así, el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 123/2002, de 20 de mayo advirtió que.

“Igualmente hemos declarado que es constitucionalmente legítimo sustentar la responsabilidad penal en prueba indiciaria, aunque **en este caso las exigencias de motivación cobran mayor rigor, dado que han de expresarse las pruebas de las que derivan los hechos indiciarios, que han de estar plenamente probados, y las inferencias que unen éstos con los presupuestos fácticos del delito o con la declaración de su realización por el condenado [...]**.”²¹⁹

²¹⁷ CLIMENT DURÁN, CARLOS. op cit., p 862.

²¹⁸ ROSAS YATACO, JORGE op cit., p 291

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 20 de mayo de 2002. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* <http://criminet.ugr.es/recpc> (Consultado 11/04/2007)

Por ello, siguiendo MIRANDA ESTRAMPES,²²⁰ en su análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, cuando el juzgador recurra a la prueba indiciaria para fundamentar una sentencia condenatoria deberá fundamentar su resolución en la concurrencia de los siguientes requisitos

1. **La concurrencia de una pluralidad de indicios**; es imprescindible, como sostiene RIVES SEVA que los indicios, para que puedan legitimar una condena penal, sean varios, no siendo suficiente un indicio aislado, al considerarlo inconsistente y ambiguo²²¹ Defienden esta tesis JORGE CARRERAS LLANSANA, MIGUEL FENECH, ENRIQUE RUIZ VADILLO, JUAN R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, entre otros. Por otro lado, nos dice MIRANDA ESTRAMPES,²²² no existe ningún obstáculo para que la prueba indiciaria se pueda formar sobre la base de un solo indicio.

Cada indicio es un fragmento de prueba que debe ser complementado con otros elementos. Esta prueba necesita generalmente estar compuesta por una pluralidad razonable de indicios. De su idoneidad, cantidad y convergencia podrá obtenerse la prueba necesaria.

Así, JAUCHENSE pregunta ¿Cuándo es “necesaria” una inferencia indiciaria? Y precisa que: Cuando varios indicios se relacionan con una sola causa, su concurso importa una prueba indiciaria necesaria, pues señala de tal forma, necesariamente, al hecho delictivo, a su autor o a ambos. En este supuesto la prueba indiciaria es perfecta. Si bien los indicios aislados son meramente contingentes, cuando ellos son varios, diferentes y

²²⁰ MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 233 y ss.

²²¹ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. *op. cit.*, pp. 102 – 103.

²²² MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *op. cit.*, p. 234.

concordantes, adquieren la cualidad de “necesarios” suministrando una prueba altamente acreditativa.²²³

El grado de probabilidad estará dado por la convergencia de distintos indicios que permitan la inferencia de los motivos de sospechas. Si tal probabilidad, en el curso ordinario y natural de las cosas, sólo se explica satisfactoriamente por la culpabilidad del imputado, el resto de las inferencias resulta inverosímil. Del cúmulo de elementos indiciarios, examinados lógicamente en su integralidad, conforme a la experiencia comúnmente reconocida, debe desentrañarse la relación entre el imputado y el delito.²²⁴

En esa línea argumentativa GORPHE precisa que

“La determinación de esta prueba, todavía más que la de cualquier otra, puede ser compleja y delicada. Para eliminar en lo posible los riesgos de error, tiene importancia considerar todos los hechos indiciarios, tanto en cargo como en descargo, lo mismo los discordantes que los concordantes, y no eliminar sino a sabiendas las hipótesis desfavorables. El concurso de los indicios debe ser completo en todo sentido, para construir una prueba sólida.”²²⁵

En conclusión como sostiene JAUCHEN

“[.] un indicio no prueba jamás inmediatamente la culpabilidad. El número y la variedad de los elementos indiciarios aumentan indudablemente su eficacia. Pues es un indicio corroborado puede inferirse un hecho determinado [.] Sin embargo, cabe insistir que para establecer la existencia de un hecho delictivo y fundamentalmente la culpabilidad de quien se acusa, es imprescindible aquella serie de indicios que en número, variedad y concordancia puedan conducir a la inducción necesaria de tal extremo.”²²⁶

²²³ JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 606.

²²⁴ JAUCHEN, EDUARDO M. *op. cit.*, p. 607.

²²⁵ GORPHE, FRANÇOIS. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires, Ejea, 1950, p. 352.

²²⁶ JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 590.

2. Los indicios deben estar plenamente acreditados, esto es, que el indicio o hecho base debe estar suficientemente probado, toda vez que no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades. Tales *hechos base* han de estar absolutamente probados en la causa, y demostrados por prueba de carácter directo.²²⁷

En ese sentido, RIVAS SEVA, ha precisado que:

“[] en el ámbito penal [la prueba indiciaria es admisible] siempre que con base en un hecho plenamente acreditado – demostrado – dice, también puede inferirse la existencia de otro, por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia ”²²⁸

Además, continúa RIVAS SEVA, los hechos básicos o indicios han de quedar acreditados por medio de prueba practicada en el acto del juicio oral, que es el trámite en el que el proceso penal se desarrolla con las garantías propias que se derivan de la observancia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, ya que las diligencias sumariales no son verdaderas pruebas, y por ello carecen de virtualidad suficiente para destruir la presunción de inocencia²²⁹

De la misma forma se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 6 de septiembre de 2005, el hecho base de la construcción inferencial de la prueba indiciaria debe estar

²²⁷ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. *op cit*, p 102

²²⁸ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO *op cit*, p. 102

²²⁹ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO *op cit*, p. 104

plenamente acreditada por los medios de prueba que autoriza la ley,²³⁰ y además aquellos medios de prueba deben haber sido actuados respetando los derechos fundamentales del imputado, de lo contrario podríamos encontrarnos en el supuesto de exclusión probatoria de un medio de prueba por vulneración de algún derecho fundamental del imputado.

3. El enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, vale decir, que debe existir un proceso mental razonado coherente con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito

Para CARLOS CLIMENT DURÁN se advierte sin dificultad que las presunciones presentan una estructura más compleja que los restantes medios probatorios, ya que no sólo ha de resultar probado el o los hechos básicos, sino que también ha de determinarse la existencia de conexión racional entre esos hechos y el hecho consecuencia, y además ha de analizarse toda la prueba en contrario practicada para desvirtuar los indicios y la conexión racional existente entre los indicios y el hecho consecuencia.²³¹

Estimar lo contrario sería tanto como regresar a un tipo de sospecha que desplace la carga de la prueba hacia el reo, según lo ha sostenido la Sentencia del Tribunal Supremo español fecha de 20 de enero de 1988,²³² por lo que habría que comprobar si la prueba indirecta es verdaderamente tal, y no mera conjetura o sospecha y, asimismo, la corrección del nexo causal, pues en otro caso dicha prueba de cargo no existiría, como bien precisa la

²³⁰ Jurisprudencia Vinculante Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN 1912 – 2005, Piura, considerando cuarto en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Febrero de 2007, Año 12, p 232, disponible en <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-gaceta/dj.php>

²³¹ CLIMENT DURÁN, CARLOS, *La prueba penal*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p 862

²³² Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 20 de enero de 1988

Sentencia del Tribunal Supremo español del 6 de abril de 1988,²³³ puesto que “el juicio basado en los indicios vulnera la proscripción de la arbitrariedad contenida en el artículo 9.3 de la Constitución cuando no respete las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos” (STS de 11 de abril de 1995) En conclusión, “la prueba indiciaria, no deja márgenes a la equivocidad, la adivinación o la mera conjetura” (STS de 20 de diciembre de 1995)”²³⁴

Así, como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 135/2003, de 30 de junio, el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde del canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no lo lleva naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa)²³⁵

Ahora bien, una de las características esenciales de los indicios es que sean periféricos al dato fáctico a probar. Ya que, como señala RIVES SEVA ha de tratarse de hechos, sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito, dicho de otro modo es necesario que los indicios hagan relación, material y directa, al hecho criminal y a su agente, pues de lo contrario se estaría en el vedado campo de las presunciones en contra del reo y vulneraría el derecho fundamental a la presunción de inocencia²³⁶

En esa línea se precisa que debe existir una interrelación, ya que

²³³ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 6 de abril de 1988

²³⁴ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p 101

²³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 30 de junio de 2003

²³⁶ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO *op cit*, 103

“esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación”²³⁷

Criterio que se encuentra presente en la Ejecutoria Suprema Vinculante del 6 de septiembre de 2005, precisando en ese sentido que: “en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo”²³⁸

4. Conclusión unívoca

Es preciso, además, que entre los indicios y la conclusión exista una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo; es decir, que el juicio de inferencia no sea arbitrario o absurdo, sino que sea coherente y se ajuste a las normas del criterio humano; debiendo ser explicado en la sentencia ese proceso lógico de deducción realizado, para cumplir con las exigencias de motivación derivadas del artículo 139 5° de la Constitución. Lo importante será que el resultado de la inferencia sea lo menos equívoco posible. Que la corroboración de tal extremo no permita inferir al mismo tiempo que los hechos pueden haber acontecido de otra manera.²³⁹ Esto es, que el elemento indiciario no dé lugar a dos o más inducciones igualmente posibles.²⁴⁰

²³⁷ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO *op cit*, 103

²³⁸ Jurisprudencia Vinculante. Ejecutoria Suprema del 6 de septiembre de 2005, RN 1912 – 2005, Piura, considerando cuarto. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Febrero de 2007, Año 12, p. 232, disponible en <http://www.dialogoconlaJurisprudencia.com/dialogo-gaceta/dj.php>

²³⁹ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, *op cit*, pp. 102 – 103

Así puede llegarse a comprobar, luego de desechar varias posibilidades, que cuando un efecto determinado no puede ser atribuido sino a una exclusiva causa, entonces estaremos ante un “indicio necesario”. Por el contrario, cuando dicho efecto se muestra como factible de varias causas igualmente posibles, el indicio será sólo “probable”, y sólo podrá convertirse en necesario si mediante la ayuda de otro u otros medios probatorios, de otros indicios o de una mayor profundización en el razonamiento, se logran despejar todas las alternativas menos una, la cual será la necesaria, y por lo tanto una prueba indiciaria concluyente ²⁴¹

Ya que, como sostiene JAUCHEN, la labor esencial en materia indiciaria es escudriñar analíticamente a fin de determinar con precisión si existe nexo entre el elemento indiciario comprobado y el hecho que se indaga. La índole de esta conexión es la que establecerá el peso probatorio del indicio ²⁴²

El valor probatorio del indicio se concreta cuando revela un estado afectivo que se ajusta especialmente al móvil del delito. Deben existir entonces varios indicios concluyentes: el de personalidad, que debe completarse con el del móvil, que sirve de enlace, a su vez, con aquellos que infieren el acto imputado. ²⁴³

Más aún el Tribunal Constitucional español ha precisado en reiterada jurisprudencia que:

²⁴⁰ JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2002, pp 586 – 587

²⁴¹ JAUCHEN, EDUARDO M *op cit*, p 587

²⁴² JAUCHEN, EDUARDO M. *op cit*, p 588

²⁴³ JAUCHEN, EDUARDO M , *op cit* , p 589

“el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de ser coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como un mero mecanismos o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.²⁴⁴

Cuando ello no se produce se puede afirmar que

“se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada ”²⁴⁵

Así, también sostiene CAFFERATA NORES²⁴⁶ que la fuerza probatoria del indicio 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”: es lo que se llama “univocidad” del indicio.²⁴⁷

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”²⁴⁸

En suma, al basarse en un razonamiento por inferencia, para su plena validez, el razonamiento indiciario debe desembocar en una única conclusión posible, ya que, la existencia de muchas conclusiones alternas desvirtúa el valor de la prueba indiciaria

²⁴⁴ JAÉN VALLEJO, MANUEL. *op cit* , p 95–96

²⁴⁵ JAÉN VALLEJO, MANUEL *op cit* , p 97

²⁴⁶ CAFFERATA NORES, JOSÉ *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p 190

²⁴⁷ CAFFERATA NORES, JOSÉ. *op cit* , p 190

²⁴⁸ CAFFERATA NORES, JOSÉ *op cit* , p 190

5° La necesidad de explicitación en la sentencia del razonamiento utilizado por el juzgador. La utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal exige que el juzgador explicita en la sentencia el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del *iter* formativo de la convicción.

En ese sentido, autores como JAÉN VALLEJO²⁴⁹ y ROSAS YATACO²⁵⁰ invocan las sentencias del Tribunal Constitucional español 174 y 175/1985 del 17 de diciembre que declaran para fundamentar esta apreciación. En las referidas sentencias se expresa que.

“[] esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no solo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia”²⁵¹

Por ello, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 137/2005 del 23 de mayo precisó que:

“[..] desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) parta de hechos plenamente probados y 2) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de

²⁴⁹ JAÉN VALLEJO, MANUEL. *op cit* , p 91

²⁵⁰ ROSAS YATACO, JORGE *op cit* ,p 295.

²⁵¹ ROSAS YATACO, JORGE *op cit* , p 295–296

un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria”²⁵²

Bajo esos criterios, el juzgador debe explicar su razonamiento para la construcción de la inferencia lógica que constituye la prueba indiciaria. De allí, que se acentúe la necesidad de motivar aquella resolución como advierte SAN MARTÍN CASTRO

La motivación es una exigencia de toda resolución judicial, al amparo de lo dispuesto en el art 139º 5 de la Constitución. En el caso específico de la prueba indiciaria se exige, desde el punto de vista formal, al punto de estimar inexistente esta prueba, que el juez exteriorice el razonamiento deductivo que internamente ha realizado, mediante un ejercicio de autocontrol en el desarrollo de la prueba. El órgano jurisdiccional ha de explicitar en la sentencia cuáles son los indicios que se estiman plenamente acreditados, así como el razonamiento lógico utilizado para obtener la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del “íter” formativo de la convicción²⁵³

Esta explicitación, enfatizan CALDERÓN Y CHOCLÁN, aun cuando sucinta o escueta se hace imprescindible para posibilitar el control impugnatorio de la racionalidad de la inferencia²⁵⁴. Por ello, la motivación de la decisión ayuda a establecer la validez de la inferencia lógica de la misma, para que se cumpla a cabalidad la recomendación de MARTÍNEZ DE ARRIETA, cuando sostiene que:

“[.] deberá demás tomarse en consideración cuál es la naturaleza del elemento probatorio que hace surgir el indicio porque ... no es igualmente consistente cuando el indicio resulta acreditado no por hechos objetivos asociados a reglas científicas, sino cuando, como es normal, en la acreditación del indicio interviene una prueba testifical, en cuyo caso el

²⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 23 de mayo de 2005. En www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2005/STC2005-137.html (consultado el 11/04/2007)

²⁵³ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *op cit*, p 864 – 865

²⁵⁴ CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL Y CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO *Derecho procesal penal*, Madrid, Dykinson, 2002, p 385

problema apuntado, la valoración de la credibilidad del testigo surge, y al que hay que añadir el examen de la racionalidad de la inferencia”.²⁵⁵

En consecuencia, la decisión que se basa en prueba indiciaria debe encontrarse debidamente motivada, explicando expresamente todos los extremos del razonamiento deductivo elaborado

En suma, cuando el juzgador al momento de utilizar prueba indiciaria, para sustentar una sentencia condenatoria, sigue escrupulosamente los presupuestos materiales para su construcción, respeta los derechos fundamentales del imputado a la presunción de inocencia (que se desvirtúa válidamente por el efecto conviccional de la prueba), al derecho a probar (porque ofrece contraindicios que no enervan el valor probatorio de los indicios) y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (cuando explica detalladamente el razonamiento lógico – jurídico de construcción de la prueba indiciaria) Pero cuando el juzgador no sigue esos presupuestos materiales se perpetran violaciones a los derechos fundamentales del imputado, no tolerables en un Estado de Derecho

En realidad los indicios, técnicamente, no constituyen un verdadero medio de prueba no una labor lógico jurídica del juez, que le permite, estando probado o conocido un hecho, llegara establecer la existencia de otro, que es el relevante para el proceso y la Sentencia, puesto que es el hecho punible e incriminado, tipificado en la Ley Penal

Los clásicos distinguían entre indicia- reitatis e indicia innocentiae También se construían "tabulae indiciorum", asentadas sobre ciertas proposiciones. a) certeza y univocidad, b) rigor lógico deductivo, c) pluralidad y concordancia de los indicios, d) demostración de la causa Ello conducía a establecer diversas clases de indicios: 1.) generales y especiales, 2)

²⁵⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS “La prueba indiciaria”, en AA VV , *La prueba en el proceso penal* Madrid Centro de Estudios Judiciales, 1993, p 57

antecedentes, concomitantes y subsiguientes, 3) necesarios y contingentes; 4) causales y efectuales, 5) positivos y negativos, 6) personales y reales, 7) vehementes y tenues

Sin embargo los indicios, a pesar de su importancia, no pueden ser configurados conceptualmente como la prueba directa y la regla general. Si la prueba es indirecta, cede ante la prueba directa y los indicios solo deben ser utilizados cuando resulten graves, precisos y concordantes.

Los indicios no constituyen una prueba secundaria y meramente subsidiaria, sino que complementarían con la prueba directa

El problema de la prueba constituye el centro de la Ciencia Jurídica Penal, tanto en el ámbito teórico como práctico. La complejidad abarca no solo la prueba propiamente dicha en sentido estricto, sino también los indicios. A la primera se le denomina prueba directa y a la segunda indirecta o indiciaria, aunque esta última presenta peculiaridad es evidente en relación con la prueba directa. En el Derecho Romano el indicio era el resultado y en donde la teoría de la prueba indiciaria es fruto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que tiene sus raíces en el Derecho Romano Justiniano y la etimología de la palabra indicio era análoga a la inducción.

Lo relativamente nuevo de esta fuente del conocimiento es, entonces, su admisibilidad como prueba, sobre todo en el proceso penal, porque si bien los romanos bajo la denominación de "indicia" o "signa" le dieron importancia para la demostración en asuntos netamente civiles, se la negaron en el ámbito penal donde no fue admitida como prueba autónoma, toda vez que en su haber o devenir histórico, su carácter intelectual e indirecto lo presentaba como un medio de conocimiento inseguro que despertaba desconfianza. La técnica de los indicios ha sobrevivido a los diferentes sistemas procesales. La realidad jurídica histórica evidencia intentos de sustitución la prueba indiciaria fracasaron

En aquellos delitos en que solo están presentes el autor y la víctima, sin testigos presenciales (ejemplo asesinato, homicidio, delitos sexuales, violación, resulta enormemente complejo y difícil prescindir de la prueba de indicios, a pesar de los riesgos que comporta su utilización. La técnica del ADN, ha resultado en este extremo, sumamente eficaz para subsanar la ausencia de pruebas y así enervar la presunción de inocencia e incluso para descubrir y probar errores judiciales.

²⁵⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS “La prueba indiciaria”, en AA VV , *La prueba en el proceso penal* Madrid Centro de Estudios Judiciales, 1993, p 57

CAPÍTULO 3.0
MARCO METODOLÓGICO.

I. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es la actividad encaminada al descubrimiento cuidadoso o crítico en la búsqueda de hechos o principios y por ello se plantea que existen una gran variedad de fuentes, que pueden generar ideas de investigación entre las cuales menciona las experiencias individuales, materiales escritos (libros, revistas y tesis) teorías, descubrimientos producto de investigaciones, conversaciones personales, observaciones de hechos, creencias e incluso pensamientos.

Por ende en este capítulo a desarrollar definiremos el tipo de investigación que aplicaremos para la realización de nuestro trabajo final de graduación el cual se tratará de una investigación de carácter descriptivo

Para dicho fin nos debemos apegar a textos que se refieran a métodos de investigación que comprendan el campo de las ciencias sociales y además el campo de las ciencias jurídicas y en base a esto pasar a determinar de acuerdo al contenido y tema de nuestro trabajo, y así esclarecer el tipo de investigación a realizar.

A. INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIALES.

Al realizar un estudio en diferentes escritos de lo que son las ciencias sociales, hemos llegado a la conclusión que las mismas son aquellas que se dedican al conocimiento de todas las actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático y que se dedican al estudio del individuo como ser social y racional a través del método.

Por otro lado, podemos señalar que la investigación social no es más que un proceso que permite la obtención de nuevos conocimientos dentro del campo de la realidad social, o si bien para realizar un estudio que nos permite diagnosticar las necesidades y problemas o efectos de aplicación de dichos conocimientos con fines prácticos

Después de ver estos conceptos, podemos establecer que nuestro estudio tiene carácter descriptivo. Se puede decir entonces, que el objetivo principal de la investigación descriptiva es el desarrollo de las capacidades reflexivas y críticas por medio del análisis, confrontación e interpretación de la información recogida

La investigación descriptiva tiene como propósito llegar a conocer las situaciones, costumbres, actividades predominantes, mediante la descripción exacta de las actividades, objeto, procesos, siendo su meta la identificación de las relaciones entre dos o más variables.

Puesto que el estudio que realizaremos está centrado en la descripción de características establecidas dentro de nuestros preceptos legales, consideramos conveniente la práctica del método descriptivo, por lo que estimamos que este tipo de investigación se apega al tema que proseguiremos a desarrollar; por razón de que la Investigación de la prueba indiciaria es un estudio que está dirigido y enfocado en su haber, a describir y analizar las consecuencias y procedimientos que se requieren para la validez y consideración legal y judicial respecto del este tipo de prueba ha utilizarse.

B. INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS.

De acuerdo a nuestro análisis podemos decir que la ciencia jurídica tiene por objeto el estudio de lo relativo a las formas judiciales, a la justicia, a las leyes que registran las relaciones entre los ciudadanos y el derecho en general, además se encarga de revisar, analizar e interpretar la reglamentación nacional y extranjera relacionada a determinada disciplina

Puesto que nuestro estudio está situado dentro de la materia jurídica y plasma sus intereses dentro de los preceptos de la regulación nacional, la misma estará basada dentro del compendio de normas jurídicas como son las leyes, decretos, reglamentos, informes etc

Como mencionamos anteriormente para el desarrollo de nuestro estudio es de gran importancia la interpretación de las leyes, nuestra ley vigente en el Artículo 10 del Código Civil expresa refiriéndose al Tema lo siguiente:

Artículo 10: “Las palabras de la ley se extenderán en un sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en ese caso significado legal.”

Los métodos se basan en la documentación, análisis de información obtenida, con el fin de establecer las leyes que rigen cada uno de los fenómenos sociales, económicos, además de aclarar las normas legales existentes y conocer su verdadero sentido y determinar su alcance

II. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Los expertos en este tipo de metodologías de la investigación señalan que existe una gran variedad de fuentes que pueden generar ideas de investigación, entre las cuales podemos mencionar las experiencias individuales, materiales escritos (libros, revistas, periódicos y tesis), teorías, descubrimientos producto de investigaciones, conversaciones personales, observaciones de hechos, creencias e incluso pensamientos.

Por otro lado, debemos esclarecer el término fuente, con respecto a dicho término el Diccionario Jurídico Epasa (2001) lo define como aquello de donde fluye algo, sea documento, obra o materiales que sirven de información o de inspiración a un autor, para encontrar el conocimiento de los que deseamos verificar

Ya comprendido el significado de lo que son las fuentes, pasaremos a identificar las que fueron utilizadas para la realización de nuestro estudio

A. FUENTES MATERIALES.

Tenemos que mencionar que al ser nuestro estudio más que nada descriptivo, cuando hablamos de las fuentes materiales nos referimos a las denominaciones de fuentes directas o primarias, por lo que para dar desarrollo a esta investigación necesitamos apoyarnos en escritos y obras basados en materia penal, procesal y civil

Para la realización de nuestro trabajo utilizamos las siguientes fuentes:

1. LIBROS.

Son los diferentes escritos de autores nacionales como internacionales los cuales nos facilitaron la realización de la investigación.

2. CÓDIGO JUDICIAL.

Plasma el conjunto de normas jurídicas que regulan los procesos judiciales en nuestro país, así como la valoración de las pruebas y la forma en la que se debe dictar sentencia.

3. CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Dentro del mismo se plantea todos los procedimientos que se deben seguir para investigar y probar un delito en un sistema acusatorio

4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Se utilizó la legislación comparada para establecer las similitudes que existen con la prueba indiciaria y su valor en un proceso penal.

5. DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Son aquellos que nos facilitan el significado de términos y conceptos que desconocemos, en la colaboración de nuestro trabajo

6. FOLLETOS Y REVISTAS.

Estos contienen pequeños informes realizados por autores nacionales y extranjeros, los cuales se apegan a nuestro tema proporcionándonos un mejor entendimiento respecto al mismo.

7. INTERNET.

La utilización de la Internet, permitió consultar la legislación extranjera que regula la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas

III. VARIABLES.

Las variables van a desarrollar la hipótesis planteada y ayudarán a constatar la misma
UMBERTO ECO plantea que las variables son características observadas, de algo y en consecuencia son susceptibles de cambio o variación

Además podemos señalar que las variables adquieren valor para la investigación científica cuando pueden ser relacionadas con otras (formar parte de una hipótesis o una teoría) En este caso se les suele denominar “Constructos o construcciones hipotéticas”.

Dichas variables son las que van a proseguir a dar respuestas a la hipótesis planteada

Por tal razón plantearemos nuestra hipótesis: “La prueba de indicios en el proceso penal es violatoria del debido proceso.”

A. VARIABLE INDEPENDIENTE.

Se ha establecido que la variable independiente explica y determina la presencia de otro fenómeno y puede ser manipulada por el investigador

Podemos añadir que variable independiente es todo aquel aspecto, hecho, situación, rasgo, que se considera como la “causa de” en una relación entre variables

En nuestro estudio del proceso de impugnación de acuerdos sociales de sociedades anónimas, nuestra variable Independiente es:

VI = X = La prueba de indicios en el proceso penal.

1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL.

Cuando hacemos referencia a indicios en el proceso penal, estamos determinando que si la misma no cumple con los requisitos que establece la ley, puede ser atacada en la vía jurisdiccional, para que se le deje sin efecto

2. DEFINICIÓN INSTRUMENTAL.

Para localizar en nuestro estudio investigativo cómo y cuándo se puede impugnar una prueba de indicios, utilizaremos precisamente el Código Judicial, el Código Procesal Penal, la jurisprudencia y la doctrina que existe sobre el tema

3. DEFINICIÓN OPERACIONAL.

A través de un análisis e interpretación de las normas que regulan la prueba de indicio en Panamá y en otros países, podemos conocer si hay diferencias en las normas jurídicas que regulan esta materia probatoria

a. INDICADORES.

Tenemos que tener presente que para un mejor desarrollo de esta variable se han derivado de ella indicadores

Los indicadores no son más que los hechos característicos que integran las variables

B. VARIABLE DEPENDIENTE.

La variable dependiente es la conducta que requiere de su explicación científica.

La variable dependiente de nuestra hipótesis es.

VD - Y = Violatoria del debido proceso.

1. DEFINICIÓN CONCEPTUAL.

La existencia de normas jurídicas que establecen la forma en que se deben valorar las pruebas de indicios, determina que su incumplimiento puede provocar su impugnación.

2. DEFINICIÓN INSTRUMENTAL.

Es importante tomar en consideración para este estudio, la aplicación de las normas que se encuentran tanto en el Código Judicial como en el Código Procesal Penal, sólo regula lo atinente a la forma en que se debe valorar la prueba de oficio

3. DEFINICIÓN OPERACIONAL.

Si logramos detectar la ausencia o contradicciones entre normas las normas jurídicas que regulan la valoración y apreciación de la prueba de indicios, se podrán hacer aportes para su correspondiente modificación.

a. INDICADORES.

Los indicadores de nuestra variable independiente son.

- Procedimiento
- Prueba
- Debido proceso
- Sentencia.

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS.

Este apartado está dirigido a describir y analizar los instrumentos utilizados en el desarrollo de las variables de nuestra hipótesis

Porque nuestro estudio es de carácter descriptivo, sus variables se medirán en forma teórica esto es, poder establecer el grado de influencia de la causa en referencia de efecto, mediante la utilización de textos legales u obras doctrinales que ayudaran a su desarrollo.

En consecuencia los datos recopilados por medio de los diversos recursos, se utilizaran para poder llevar a cambio los objetivos fijados y así demostrar nuestra hipótesis.

CONCLUSIONES

Al finalizar, podemos afirmar categóricamente que la sentencia judicial no integra el concepto del proceso, ostentando así la categoría del acto procedimental que lo extingue

La doctrina y la jurisprudencia establecen que decisiones de un tribunal pueden fundarse en la prueba de indicios, pero para que el razonamiento judicial fundado en una prueba indiciaria pueda desvirtuar válidamente la presunción de inocencia, la conclusión a la que se arribe debe estructurarse más allá de toda duda razonable

El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico del imputado, pudiendo sólo ser afectado por decisión de un tribunal independiente e imparcial, mediante la valoración conjunta de los indicios con el resto de las pruebas obrantes en el proceso

El juez violará la regla del debido proceso al utilizar la prueba indiciaria:

- a. Si el tribunal se funda en hechos indicadores que no han sido debidamente comprobados, es decir, que un indicio no debe descansar en otro indicio
- b. Si la decisión se funda en indicios no necesarios no son graves, precisos y conexos
- c. Si la prueba indiciaria está excluida, ya que se requiere un medio específico de prueba
- d. Si se considera que hay varios indicios, siendo que en realidad los varios hechos o argumentos confluyen a un solo indicio

El tribunal al usar una prueba indiciaria alterando el estado de inocencia, requiere motivación de la sentencia integrada al debido proceso, la ausencia de motivación es susceptible de control jurisdiccional. El incumplimiento del deber de motivar debe ser sancionado con la nulidad absoluta por violación del debido proceso, que es garantía de rango constitucional y tutelado por Convenios Internacionales de Derechos Humanos

Motivando se legitima la función Judicial por la independencia e imparcialidad del Juez. Al ser un acto racional, coherente y razonable permite el control endógeno y exógeno de la decisión judicial mediante la crítica doctrinal y el uso de los recursos legales

BIBLIOGRAFÍA.

- ALSINA, HUGO *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t 2, 20 ed , Buenos Aires, Ediar, 1957
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO El debido proceso en *Temas Procesales*, N°9, Medellín, Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín, 1989
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO Jurisdicción y competencia en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N°3, vol 1, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *Debido proceso y pruebas de oficio*, Bogotá, Editorial Temis, 2004
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *El debido proceso*, Editorial San Marcos, Lima, 2010
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *Prueba judicial*, Rosario, Juris, 2007
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO *Prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Panamá, Universal Books, 2008
- ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979
- ALZAGA, ÓSCAR. *La Constitución Española de 1978 Comentario sistemático*, Madrid, 1979
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal en *Doxa* N112, Alicante, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1992, p 259, disponible en [http //bib cervantesvirtual com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/index.htm](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/index.htm).
- ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en AA VV., *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992
- AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho procesal Pruebas judiciales*, tomo VI, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- BACRE, ALDO. *Teoría general del proceso*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Arazandi, 1992.
- BELLOCH JULBE, JUAN ALBERTO “La prueba indiciaria”, en AA VV. *La sentencia penal*, Madrid· Consejo General del Poder Judicial, 1992.
- BENÉYTEZ MERINO, LUIS “Deontología de la decisión judicial” en *Ética del juez y garantías procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005

- BENTHAM, JEREMÍAS *Tratado de las pruebas penales*, tomo I, traducción de Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, EJEA, 1971
- BETANCUR JARAMILLO, CARLOS *De la prueba judicial*, 2ª edición, Medellín, Editorial Bedout, 1982.
- BREWER-CARRÍAS, ALLAN. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª ed , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO *Compendio de Derecho Procesal*, México, Humanitas, 1989
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho procesal fiscal*, 20 ed., México, Cárdenas Editor, 1975
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho procesal*, t II, México, Cárdenas Editor, 1969
- CABRERA ACOSTA, BENIGNO HUMBERTO *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996
- CAFFERATANORES, JOSÉ I , *La prueba en el proceso penal*, con especial referencia la Ley 23.984, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- CALAMANDREI, PIERO *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, S A , 1960.
- CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL Y CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO *Derecho procesal penal*, Madrid, Dykinson, 2002
- CARMONA TINOCO, JORGE ULISES La división de poderes y la función jurisdiccional en *Reforma Judicial Revista Mexicana de Justicia*, N°9, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*, 3ª reimpresión de la 2ª edición, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino AyerraRedín, Bogotá, Editorial Temis, 2002
- CHICHIZIOLA, MARIO I. *Excarcelación y extinción de prisión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. La justicia del reparto aislado y las ramas del mundo jurídico, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N°2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998

CLIMENT DURÁN, CARLOS *La prueba penal*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005

COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO *La motivación de las sentencias sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 154 Disponible en la World Wide Web en: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=1

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 4ª edición, Buenos Aires, Euros Editores, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, et al *Derecho procesal penal*, 4ª edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S A , 2000.

DAIVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, Buenos Aires, Zavalía, 1977.

DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría general de la prueba*, 9ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989.

DESIMONI, LUÍS MARÍA *La evidencia en materia criminal*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO “Requisitos para la existencia, la validez y la eficacia probatoria de la prueba de indicios y su valoración” en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, N°4, Buenos Aires, La Ley, 1968

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Medellín, Editorial Dike

DÍAZ SAMPEDRO, BRAULIO. “La motivación de las sentencias una doble equivalencia de garantía jurídica” en *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N°5, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2007

DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 2002.

ELLERO, PIETRO. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo Posada, Buenos Aires, Librería El Foro, 1994

FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional en *Revista del Poder Judicial*, Número Especial VI Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, p 57-87

- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005
- FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y razón Teoría del garantismo penal* Madrid, Trotta, 2001
- FLORIÁN, EUGENIO *De las pruebas penales*, tomo I, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1976
- FOUCAULT, MICHEL *La verdad y las formas jurídicas* México, Editorial Gedisa, 1980
- GARRIGA ACOSTA, CARLOS ANTONIO Y LORENTE SARIÑENA, MARTA MARÍA. El juez y la ley motivación de las sentencias (Castilla, 1849-España, 1855), en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS *et al* , *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II, Vol. I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011
- GORPHE, FRANCOIS *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. El debido proceso en la actualidad, disponible en http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/debido_proceso.pdf, consultada el 18 de agosto de 2006
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO *Derecho procesal constitucional*, t I, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 2000.
- GOZAINI, OSVALDO. *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004
- GUASP, JAIME *Derecho procesal civil*, 4ª edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1998
- GUERRA MORALES, SILVIO. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Lerner, p 246
- HABERMAS, JURGEN *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* 4ª ed , traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998
- HART, H L A *Entre utilidad y derechos*, traducción de Eduardo Lamprea Montealegre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003
- HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. La motivación de sentencias en los supuestos de daños acaecidos en la circulación: el juicio de suficiencia en *Revista del Poder Judicial*, N131, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 1993.

HESSE, GUILLERMO. “Acercamiento a la prueba judicial indiciaria” en *Derecho Procesal Civil Congreso Internacional*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2003

HOYOS, ARTURO *Debido proceso y democracia*, México, Editorial Porrúa, 2006

HOYOS, ARTURO *El debido proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1996.

JAÉN VALLEJO, MANUEL *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p 96.

JAUCHEN, EDUARDO M *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002

KELSEN, HANS. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988

LASCANO, DAVID *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1941.

LEONE, GIOVANNI *Tratado de derecho procesal penal*, tomo I, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América

LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO *Estudios Procesales* Panamá, Editorial Jurídica Bolivariana

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA *El Derecho procesal como sistema de garantías* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, núm 107, mayo-agosto de 2003

MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial del Puerto S R L 1996

MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS. “La prueba indiciaria”, en AA VV ; *La prueba en el proceso penal* Madrid. Centro de Estudios Judiciales, 1993.

MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS “La prueba indiciaria”, en AA VV. *La prueba en el proceso penal*. Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1993.

MARTÍNEZ RAMÍREZ, FABIOLA y CABALLERÓ GONZÁLEZ, EDGARDO. “El recurso de casación” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, julio – diciembre 2009.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá Temis, 1994

- MARTÍNEZ SILVA, CARLOS *Tratado de Pruebas Judiciales*. Buenos Aires, Atalaya, 1947
- MENICOCCI, ALEJANDRO ALDO Notas para una filosofía trialista de los derechos reales en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985
- MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997
- MITTERMAIER, KARL *Tratado de la prueba en materia criminal* Buenos Aires Hammurabi, 1979
- MIXÁNMASS, FLORENCIO. “La motivación de las resoluciones judiciales” en *Debate Penal*, Nº2, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, mayo-agosto 1987, p 199
- MIXÁNMASS, FLORENCIO *La prueba Indiciaria* Trujillo, BLG, 1992
- MONTAÑÉS PARDO, MIGUEL ÁNGEL; *La presunción de inocencia Análisis doctrinal y jurisprudencial* Pamplona. Ed. Aranzadi, 1999
- MONTERO AROCA, JUAN Jurisdicción y competencia (Aproximación general a algunos conceptos fundamentales), disponible en la World Wide Web en <http://www.academiadederecho.org>
- MONTERO AROCA, JUAN, JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO Y SILVIA BARONA VILAR *El nuevo proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MONTESQUIEU, CARLOS LUÍS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BREDE Y, *El espíritu de las leyes*, Bogotá, Ediciones Universales.
- MORALES LUPIÁNEZ, IGNACIO. “Alcance del derecho a la presunción de inocencia” en el boletín del ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, número 4, febrero de 1983
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” en *Revista Ius et Praxis*, volumen 11, Nº1, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, p 221–241
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional doctrina y jurisprudencia” *Revista Ius et Praxis*, Año 9, Nº1, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL. Origen histórico del deber de motivar las sentencias en *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, núm 4, Madrid, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, octubre-diciembre de 1977

- PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de Derecho procesal civil*, 17ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003
- PAZ RUBIO, JOSÉ MARÍA ET AL. *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1999
- PERELMAN, CHAIM *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
- PODETTI, J RAMIRO *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1963
- PUCCINELLI, CLAUDIO. Motivación de las decisiones judiciales en *Revista de Derecho Procesal Garantista*, N11, Rosario, Advocatus, 2000
- RAMÍREZ CARVAJAL, DIANA MARÍA Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional (Una búsqueda racional en la aplicación del Derecho), Ponencia, VI Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina, 2005, disponible en www.academiadederecho.org.
- REALE, MIGUEL *Fundamentos de derecho*, traducción de la 20 ed. brasileña por Julio O. Chiappini, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976
- RICCI, FRANCISCO. *Tratado de las pruebas penales*, traducción Adolfo Buylly y Adolfo Posada, Madrid, Editorial La España Moderna, 1922
- RIVES SEBA, ANTONIO PABLO. *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, Arazandi, 1996
- ROCHA ALVIRA, ANTONIO *De la prueba en Derecho*. Bogotá, Lerner, 1967.
- RODRIGO, FERNANDO M *Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal*, Rosario, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009
- ROSAS YATACO, JORGE. “Prueba Indiciaria Doctrina y Jurisprudencia Nacional” en *Anuario de Derecho Penal 2004 La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004
- ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956
- RUBIANÉS, CARLOS J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO *Derechos fundamentales y Principios constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, p 266
- SACHICA, LUIS CARLOS *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996

SAGÜES, NESTOR PEDRO *Derecho procesal constitucional Recurso extraordinario*, t 2, 20 ed actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989.

SÁINZ GUERRA, JUAN. Las razones de la justicia en el derecho castellano durante la baja Edad Media en *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia*. Actas, I Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, Jaén, Cámara de Comercio e Industria de Jaén, 1996.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho procesal penal*. Tomo II Lima, Grijley, 2003

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1979

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Nauta, 1963

SIERRA GIL DE LA CUEVA, IGNACIO. “Motivación de las sentencias penales” en *Revista del Poder Judicial*, Número Especial XI: El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1990.

STEPHEN C. THAMAN. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos” en AMBOS, KAI y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (comp.) *Constitucion y sistema acusatorio Un estudio de Derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005

SUAREZ, LUIS GIL Jurisdicción y competencia en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N128, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO *Elementos para una teoría general del Derecho Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1996

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO; “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1987.

VARELA CASTRO, CASIMIRO. *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. *Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires, Editora Córdoba, 1982

ZINNY, JORGE HORACIO. Jurisdicción (concepto, naturaleza jurídica y caracteres)” en *Cuadernos de los Institutos Procesales de Córdoba*, N°117, Córdoba, Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba, 1973.

ZINNY, JORGE HORACIO. Jurisdicción (Concepto, naturaleza jurídica y caracteres)", en *Cuadernos de los Institutos Procesales de Córdoba*, N°117, Córdoba, Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba, 1973.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. "El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena" en *Revista del Poder Judicial*, N°18, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, junio 1990.