



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

**VICE-RECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POST-GRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES**

**LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y SU INCIDENCIA EN EL
DERECHO PROCESAL PENAL PANAMEÑO**

ROSARIO GRANDA DE BRANDAO

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAESTRÍA EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN
EN CIENCIAS PENALES**

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2002

DEDICATORIA

A MIS HIJOS, que son la luz y el horizonte que da contenido a todos mis esfuerzos.

A MIS PADRES, IGNACIO GRANDA y ELSA DE GRANDA, inspiración eterna de mi espíritu.

A MI ESPOSO, que con su ejemplo y tenacidad me recuerda que nada es imposible y a su padre, JUAN B. BRANDAO, que por la herencia de su espíritu reflejada en el alma de los que le conocieron, me llevan a la convicción que legó con su ejemplo, la fortaleza imbatible que nace de la sencillez del alma, de la honestidad y del ejercicio incondicional, sereno y desinteresado de la amistad.

A TODOS los que realmente creen en la JUSTICIA.....

AGRADECIMIENTO

Al maestro CARLOS MUÑOZ POPE, quien de manera permanente nos alienta a perseverar en el estudio y quien ennoblece el apostolado de la docencia con su permanente esfuerzo de forjar mejores profesionales.

A la Doctora AURA EMÉRITA GUERRA DE VILLALAZ, fuente inagotable de ejemplo a la mujer profesional panameña, amiga y maestra, expresión de toda grandeza formada en la sencillez de sus propósitos y la grandeza de sus fines.

A todos los profesores de la Maestría de Derecho Penal, por sus especiales esfuerzos para que nuestra Patria no carezca de la oportunidad de especialización de los profesionales del Derecho.

INDICE GENERAL

Introducción

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS DEL PROCESO JUDICIAL

	Página
1. Evolución Histórica del Proceso	2
2. Teorías del Desarrollo del Proceso	4
2.1 Venganza Privada	4
2.2 Teoría Teológica	7
2.3 Teoría Contractualista	13
2.4 Teoría Ius Naturalista	16
2.4.1 El Positivismo	16
2.4.2 El Historicismo	17
2.5 Teoría del Materialismo Histórico	18
2.6 Teorías Sociológica	20
2.7 Teorías Liberales	22

CAPÍTULO II

LA PRUEBA

1. La Prueba	29
2. Concepto de Prueba Penal	32
3. Objeto y Fin de la Prueba	34

	Página
4. Carga de la prueba en el Derecho Penal (u Onus Probandi)	42
5. Evolución y Sistemas de Valoración de la Prueba	50
5.1 Evolución de las Pruebas	50
5.2 Sistema de Valoración de la Prueba	52
5.2.1 Sistema de Tarifa Legal	58
5.2.2 Sistema de Íntimo Convencimiento	61
5.2.3 Sistema de Prueba Racional o Sana Crítica	64
6. Relación de Algunos Principios Procesales Frente a la Prueba	71
6.1 Principio de Legalidad	74
6.2 Principio Indubio Pro Reo	77
6.3 Principio de la Libertad de la Prueba	78
6.4 Principio de la Apreciación de la Prueba conocido Como el principio de la Sana Crítica	79
6.5 Principio de la Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba	81
6.6 Principio de la Comunidad de la Prueba	82
6.7 Principio de la Contradicción	83
6.8 Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba	84
6.9 Principio de la Carencia de Valor Probatorio de las Pruebas Ilícitas	86

CAPÍTULO III

MEDIOS PROBATORIOS

	Página
1. Medios Probatorios	90
2. Conceptos de Medios de Prueba	90
3. Sistema de Fijación de Medios Probatorios	93
3.1 Sistema de Prueba Legal o "Numerus Clausus"	95
3.2 Sistema de Libertad de la Prueba o "Numerus Apertus"	97
3.3 Sistema de Enumeración Taxativa de la Prueba en el Género y no en la Especie	98
4. Clasificación de Medios Probatorios en la Doctrina	100
4.1 Pruebas lícitas e ilícitas	101
4.2 Pruebas Sumarias y Controvertidas	103
4.3 Pruebas Libres y Pruebas Legales	103
4.4 Pruebas Directas e Indirectas	104
4.5 Pruebas Judiciales y Extrajudiciales	106
4.6 Pruebas Originales y Trasladas	107
5. La Diligencia de Declaración Indagatoria como Medio de Prueba o Medio de Defensa	108

CAPÍTULO IV
PRUEBA ILÍCITA

	Página
1. Prueba Ilícita	124
2. Concepto de Prueba Ilícita en la Doctrina	128
3. Modalidades en que se Puede Materializar la Prueba Ilícita	130
3.1 Por Mandato Expreso de la Ley	131
3.2 Por Violación de los Derechos Humanos	133
3.3 Por Ser Contrarias a la Moral	135
3.4 Por Contraponerse al Orden Público	137
4. Teorías Sobre la Validez de la Prueba Ilícita	140
4.1 Teorías de la Admisibilidad y Eficacia de la Prueba Ilícita	141
4.2 Teoría de la Inadmisibilidad de la Prueba Ilícita y sus Excepciones	147

CAPÍTULO V

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO

	Página
1. La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Panameño	160
2. Consideraciones en Torno a la Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal Panameño	163
2.1 Medios Probatorios Inaceptables a la Luz de la Búsqueda de la Verdad Material	165
2.1.1 Violación de Correspondencia y demás Documentos Privados	166
2.1.2 Escuchas o Grabaciones Telefónicas, Filmaciones o Videos	170
2.1.3 Allanamiento de Morada	176
2.1.4 Compra Vigilada de Estupefacientes	183
2.1.5 Agente Encubierto	189
2.2 Medios Probatorios Ineficaces	193
2.2.1 Confesión Efectuada por Documento o en Informe Policial	194
2.2.2 Prueba Pericial Rendida por Persona no Idónea	197
2.2.3 Indagatoria sin la Asistencia de Abogada	198
2.2.4 Indagatoria sin Resolución que la Sustente	202
2.3 Convención Americana de Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (Pacto de San José)	203

	Página
2.4 Valor Probatorio de la Prueba Ilícita en Nuestra Legislación Procesal Penal	211
2.5 Admisibilidad	213
3. Valoración Legal	217
CONCLUSIONES	225
RECOMENDACIONES	231
BIBLIOGRAFÍA	244
ANEXO	258

INDICE DE ANEXOS

Núm.	Descripción	Página
1	Documento público (valor probatorio y procedimiento para desvirtuar su contenido)	260
2	Operación encubierta (justificación y alcance)	261
3	Informantes y agentes encubiertos (naturaleza jurídica)	262
4	Tribunal de Habeas Corpus (no le corresponde determinar la legalidad de la prueba)	263
5	Correspondencia privada y cintas magnetofónicas. Se admiten en delito	264
6	Tribunal de Habeas Corpus (no le compete decidir la legalidad de una prueba)	265
7	Allanamiento (falta de autoridad e incumplimiento de requisitos)	267
8	Tribunal de Habeas Corpus (no le corresponde pronunciarse sobre la legalidad de la prueba)	268
9	Derechos Humanos del detenido	269
10	Valor probatorio (de cargos formulados por co-imputados)	272
11	Agentes encubiertos (actuaciones)	273
12	Indagatoria	275
13	Allanamiento ilegal (decretan legal detención)	276
14	Allanamiento (admiten presencia de prueba ilícita, decretan legal detención)	277
15	Allanamiento (pueden obviarse ciertos requisitos)	279
16	Confesión (valor probatorio)	281
17	Confesión (formalidades)	283

Núm.	Descripción	Página
18	Informativos (valor probatorio)	284
19	Reconocimiento en rueda de detenidos	285
20	Inviolabilidad de secreto	287
21	Prueba ilícita (concepto y efectos)	289
22	Allanamiento (ilegal)	292
23	Indagatoria (cargos surgidos)	293
24	Prueba ilícita (concepto y valoración)	295
25	Agente encubierto (testimonio)	299
26	Allanamiento (requisitos)	301
27	Reconocimiento fotográfico (requisitos y efecto de su carencia)	303
28	Prueba ilícita (concepto y valoración)	306
29	Indagatoria (formulación de cargos a terceros)	310

INTRODUCCIÓN

La evolución, es la constante histórica que caracteriza a los grupos humanos de manera especial en sus interrelaciones sociales, las cuales de alguna manera han determinado la concertación de los Estados, promoviendo la actual división política del mundo actual.

Desde la esclavitud, pasando por la anarquía, las monarquías, las democracias, el liberalismo, el socialismo, el comunismo y todas las formulaciones ideológicas de la existencia del Estado, se ha requerido de la necesaria formulación de un sistema que dicte el derecho y determine lo que es justicia, dando origen a la formulación del proceso como actividad adscrita al ejercicio del gobierno de los Estados.

Diversas son las facetas que estudia la doctrina en torno al proceso, que en todo el devenir de la historia ha mantenido incólume la figura del JUZGADOR y como bastión de la verdad LA PRUEBA, elementos de permanencia inexorable al momento de la decisión jurisdiccional. Es certero afirmar que la prueba constituye no sólo el instrumento de cognición de la verdad, sino que reviste la condición del arma absoluta contra el error, la improvisación, la mala fe y por ende de la Injusticia, convirtiéndose, en consecuencia, en la columna vertebral de la actividad jurisdiccional, pues sin la prueba no existe verdad y nunca se podrá formular un verdadero concepto de justicia.

La prueba debe estar revestida de una serie de consideraciones de carácter legal y constitucional que garanticen que la misma se produzca dentro del marco del derecho, la Constitución y el respeto de los Derechos Humanos, entre ellos, el derecho de todo individuo a que se presuma su inocencia.

Es menester, en el marco de la presunción de inocencia garantizar que la prueba se produzca en el marco del respeto de esos derechos inalienables del individuo, en donde una fuerza superior a todo Juzgador y que se consagra en la carta fundamental de los Estados, salvaguarda al imputado de todo exceso, abuso, ignorancia o cualquier desafuero de la conducta humana y eleva el proceso a una dimensión supra-individual y lo convierte en el máximo interés del Estado como organización social, pues entiende el grupo social que su cohesión se justifica en tanto y cuanto los débiles pueden justificar la alienación de su libre albedrío a la seguridad de formar parte de un grupo donde prevalece la verdad, en ejercicio de la razón y el derecho.

De manera particular, en todo este contexto del marco jurisdiccional, nuestra atención se centra en la prueba ilícita, que viene a constituir la formulación de evidencias fuera del marco del respeto de los derechos humanos y de las reglas mínimas de moral y de orden público reglas que garantizan la inexistencia de abusos en un Estado de derecho.

La actividad jurisdiccional se sostiene en la previa actuación policial o sumarial que viene a generar las evidencias primarias sobre las cuales se

sostienen las consideraciones iniciales de la investigación y que posteriormente se convierten en las evidencias que han de servir al juzgador para convocar un auto de proceder, conocimiento o inicio de un proceso. Esa actividad policial o administrativa previa al proceso, es la promotora de actividades preprocesales que no pocas veces devienen en abusos del derecho, pero que resultan las bases sobre las cuales el juzgador ha de adoptar su decisión y por ende se convertirá, en un dictamen que algunos llamarán justicia.

De lo expuesto surge la discusión doctrinal de mayor trascendencia en el proceso penal, - debe el juzgador buscar la verdad material, aún a costa de valorar pruebas obtenidas por la fuerza y con la violación de los derechos humanos, la ley, la moral y el orden público; o por el contrario, debe el juzgador erradicar del proceso la prueba ilícita, violatoria de los principios fundamentales renunciando a la verdad material y permitiendo en todo caso no castigar el delito, a fuerza de respetar esos principios fundamentales inalienables y absolutos del hombre-.

La enunciación del concepto de justicia, debe constituir una de las preocupaciones fundamentales de la doctrina, pues a diario se le da contenido a este concepto en cada decisión jurisdiccional y la lucha contra el crimen inclina con alguna perseverancia, la balanza hacia la verdad material, a costa de todo derecho individual, con el pretexto del derecho colectivo. Sin entrar a determinar juicios de valor en torno a disquisiciones de orden

filosófico, sobre la verdad y la conveniencia del imperio de la Justicia aún a costa de los derechos individuales, no podrá perseverar un sistema judicial que no logre definir de manera clara el alcance, la proyección y el método de llegar a la verdad y el verdadero sentido de lo que es justicia.

Todos los sistemas jurídicos de los pueblos del orbe, buscan afanosamente dar con la correcta enunciación o formulación doctrinal en torno a la encrucijada de la verdad material, el derecho, la justicia y los derechos individuales; pues no podría ningún Estado mantener la paz social, si por lo menos no logra inducir en el ánimo de los ciudadanos la convicción de que sus derechos serán escuchados y sus reclamos satisfechos, con lo cual tendrán una oportunidad de concertar su derecho

En este marco, desarrollaremos nuestros conceptos en torno al problema planteado, con el ánimo de verter en nuestras apreciaciones, la experiencia diaria en los tribunales de justicia penal, en el ejercicio del cargo de Defensora de Oficio, que no sólo nos ha permitido ver EL PROCESO, en su descarnado afán de encontrar culpables, sino que nos ha acercado a los conceptos más elevados de justicia, cuando en efecto jueces y fiscales valientes, probos, alejados de todo interés material y obedeciendo a los más altos principios de la Verdad, la Justicia y el Derecho, dictan esa justicia impostergable, absoluta, incuestionable que al devolver al ciudadano su libertad o su derecho, a pesar del escarnio, del tiempo perdido y quien sabe cuántas lesiones más se le hubiese irrogado a su persona y su familia,

podrán esbozar aún una sonrisa como contraprestación al reconocimiento de sus derechos, su verdad y su justicia, que viene a constituir un de los pilares fundamentales de la existencia del Estado.

SUMMARY

The study of evolution of the social phenomenons, explains the projections and genesis which gives origin to the public's institutions. From this, the result is that we've been inspected from its first manifestations thru the present, the development of the process like an instrument generated from living together in society, in search of Truth and Justice.

The process, nurtures from a series of directing principles which guarantees the citize's juridical security, that without this requirement it is not possible to explain the existence of the Estate. That juridical security originates from the necessary concurrence of this principles that keep relation in the matter of human rights, the moral and the presumption of innocence, pedestal upon it rises up the existence of the judicial systems.

The evidence in the process establishes the necessary and irreplaceable way in the search for the material truth, assumed requisite to express in the sentence, which is the highest concept of Justice.

The Illegal evidence, comes to constitute, the antithesis in the search for Justice, because the material truth, most be reached respecting the highest principles of human rights, the moral and the public order, and the authority named to administrate justice will not promote the use of disrespect and violation of the law and constitutional order, with the excuse in search of truth, in detriment of the law.

The incident of illegal evidence in the criminal process reality, is permanet and its eradication from the process, is the hardest test faced daily by the judges, who, when evaluates the probatory caudal, a bove any collective interest will have to guarantee the right of each individual, submitted to the rigor of a process.

The justice that is borned from illicitness, it can not reach, by any means, the supreme purpose of what is JUST, there is no justice if it had violated the law to reach it.

RESUMEN.

El estudio de la evolución de los fenómenos sociales explica, la génesis y las proyecciones que dan origen a las instituciones públicas. De ello resulta que hemos examinado desde sus primeras manifestaciones hasta el presente, el desarrollo del Proceso como instrumento generado por la convivencia social, en búsqueda de la Verdad y la Justicia.

El proceso, se nutre de una serie de principios rectores que garantizan la seguridad jurídica del ciudadano, requisito sin el cual no es posible explicar la existencia del Estado. Esa seguridad jurídica dimana de la necesaria concurrencia de estos principios que dicen relación al respeto de los derechos humanos, la moral y la presunción de inocencia pedestal sobre el cual se levanta la existencia de los sistemas judiciales.

La prueba en el Proceso constituye el necesario e insustituible vehículo en la búsqueda de la verdad material, supuesto requerido para plasmar en la sentencia, el más alto concepto de Justicia

La prueba ilícita, viene a constituir, la antítesis en la búsqueda de la Justicia, pues la verdad material, debe ser alcanzada respetando los más altos principios de los derechos humanos, la moral y el orden público y no podrá la autoridad nominada para administrar justicia, promover la vigencia del irrespeto y violación de la ley y el orden constitucional, so pretexto de encontrar la verdad, aun en detrimento de la ley.

La incidencia de la prueba ilícita en la realidad procesal penal, es permanente y su erradicación del proceso, es la prueba más ardua que enfrentan a diario los Juzgadores, quienes al evaluar el caudal probatorio, deberán por encima de todo interés colectivo, garantizar el derecho de cada individuo, sometido al rigor de un proceso

La Justicia que nace de la ilicitud, no puede de modo alguno alcanzar los supremos designios de lo que es JUSTO, no hay justicia si se viola la ley para alcanzarla.

JUSTIFICACION.

La presente investigación encuentra su fundamento en la inquietud insoslayable que a nuestro espíritu motiva, al concluir que en nuestro sistema de justicia el principio de presunción de inocencia es una garantía de carácter procesal, pero en el transcurso del tiempo se ha distorsionado dicho principio sobre la premisa de la protección de los derechos de la colectividad, en detrimento de los derechos individuales.

El Estado máxima expresión de la organización social, debe considerar como dogma que todos los ciudadanos son inocentes hasta que se demuestre lo contrario y solo sobre pruebas irrefutables, incuestionables y lícitas se podrá dispensar el sagrado deber de dictar justicia.

El hombre al someterse a los rigores del proceso, declina su individualidad ante la magnificencia del Estado sometiéndose a los rigores de la ley que además de establecer derechos impone obligaciones. Esos derechos inalienables comienzan con el derecho a la defensa y sobre todo a las garantías del debido proceso, sin las cuales toda libertad y todo derecho, sería solo una quimera genuflexa al capricho de los más fuertes.

La prueba ilícita es la negación de los derechos que el proceso pretende garantizar al ciudadano, luego entonces nada parece más natural que desentrañar las condiciones que generan las distorsiones de la prueba convirtiéndola en ilícita, haciendo énfasis en la participación del juzgador en su producción y validación, acercándonos aún más a la verdadera naturaleza del proceso.

Este esfuerzo técnico, encuentra su justificación en nuestro interés de poner a disposición de letrados y románticos del derecho, un manual primario refrendado al proceso y la prueba que pueda de algún modo brindar a jueces, defensores, acusadores y a cualquiera que pretenda incursionar en el mundo de la administración de justicia, una referencia que le permita evaluar de

manera histórica la razón del ser del proceso y de manera específica destacar los intereses del ciudadano, sobre los intereses de la colectividad, en la convicción que la suma de los intereses de los individuos es la única y máxima expresión de un verdadero e inconvencible estado de derecho .

CAPITULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS DEL PROCESO JUDICIAL

1. Evolución Histórica del Proceso

La evolución histórica del derecho, va aparejada a los distintos procesos evolutivos de la Humanidad y del Estado, teniendo como marco de referencia el desarrollo de los principios de legalidad, equidad y seguridad jurídica como la enunciación primaria del desarrollo del Estado de Derecho, en el cual la razón y la justicia imperan sobre la fuerza bruta.

El control del grupo social, de unos sobre otros, ha buscado su justificación en el devenir de la historia, en elementos divinos, espirituales, económicos, políticos así como en el ejercicio mismo de la fuerza, lo que ha condicionado la existencia de los distintos sistemas de orden público, promoviéndose en cada etapa histórica y en cada pueblo, una estructura subjetiva y otra material, plasmada en la convicción de la legitimidad del derecho y de la estructura jurídico - material que dicta y garantiza la existencia de ese derecho.

Es interesante observar que el hombre, en la búsqueda permanente de la justificación de su destino y forma de vida, ha dado origen a diversas teorías del Estado, que consecuentemente explican las teorías de la evolución del derecho y por ende del proceso, expresión material de la búsqueda de la verdad y la justicia.

La ley, es el contenido estatutario del ideal de comportamiento del ser humano dentro del marco social, pero esa norma para ser legítima, debe

tener un fundamento aceptado por la colectividad y además, debe existir una persona o conjunto de personas, sabias, ilustradas, conocedoras de esas normas y de los principios universales que las inspiran, para que finalmente podamos justificar la existencia del derecho, de los tribunales y como ultima razón, justificar la sujeción del particular a los intereses de la colectividad, justificando por tanto la existencia del Estado mismo.

Examinaremos las distintas corrientes de pensamiento que se han ocupado de la justificación de la existencia del Estado y de las estructuras que le han dado contenido al orden social a través de la historia. Observaremos que cada pueblo, cultura o grupo social ha alcanzado el desarrollo de sus ejercicios filosóficos, de manera paulatina y no necesariamente coetánea con los otros grupos sociales, si bien es cierto la experiencia de algunos han influido en otros, los descubrimientos, el desarrollo de las comunicaciones, la globalización de las ideas, han permitido que los distintos pueblos tengan acceso a las experiencias de los otros, pero el hombre no ha concluido aún en su búsqueda incesante de las causas que le permitan legitimar la renuncia de su total arbitrio, para beneficio del interés común.

Este asomo a la Historia del desarrollo del Estado, del derecho y del proceso, es un ejercicio inconcluso, pues día a día se reevalúan nuevos capítulos en la justificación de la existencia de los Estados y de todas sus estructuras entre ellas los sistemas judiciales, entre los cuales el proceso es

el conducto por excelencia de la búsqueda de la justicia y en consecuencia la paz social, última razón de la existencia de los pueblos

2. Teorías del Desarrollo del Proceso

2.1 Venganza Privada

Desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, la fuerza ha constituido el medio de supremacía social teniendo ésta, múltiples manifestaciones que se adecuan al medio social en que se desarrolla el ejercicio jurisdiccional.

Se afirma que, el proceso nace de los conflictos y la forma adoptada para concertar una reparación privada o pública, viene a ser la máxima expresión de la organización de los grupos sociales.

Así lo expresa Gabriel Castellano Porrás, quien al respecto señala lo siguiente:

“Todo proceso jurisdiccional, independientemente de cual sea su naturaleza, supone un litigio. Así del litigio se ha dicho que es la base o el prius del proceso. No debemos de olvidar que el litigio penal no surge con el proceso penal, sino que a él es llevado para su solución. El litigio Penal es metaprocesal. Surge desde antes del proceso, Es por esto que el litigio es un supuesto sine qua non del proceso, y este depende o se funda en el litigio”. Castellanos (2000)(Pág. 3).

La primera manifestación de la solución de los conflictos es la autodefensa (Autotutela), la ley del más fuerte o del más hábil para hacer valer su derecho u obtener reparación.

En el estudio Cambios de Protagonismo en el Derecho, sus autores Adolfo Prunotto I., Alicia Bergero y Daniel Soso señalan acertadamente que:

“Desde la época del hombre de las cavernas, la fuerza fue considerada el medio para recuperar lo que en términos de justicia o ambición, alguien se creía con derecho a poseer o gozar, verbigracia, un terreno de caza, un refugio, o una mujer, bastaba con un “garrotazo”, y se había resuelto el entuerto. Según refiere el devenir de la historia, el más débil no pudo contra el más fuerte, salvo en la recordada anécdota de David y Goliath, situación que no se reiteró, sino que por el contrario, ha prevalecido la fuerza por encima de la razón para efectivizar lo que el común de las personas consideraba justo”. Prunotto (Revista)(Pág.2).

Es la fuerza ilimitada, la primera manifestación de dosificación del derecho para garantizar los derechos del individuo y la imposición de algún orden, aun cuando este signifique el imperio del más fuerte. No existe a este nivel de desarrollo del grupo social ningún parámetro que no fuese la voluntad exclusiva del que por la fuerza o el uso de la astucia pudiere hacer prevalecer su voluntad, disponiendo aún de la vida de los otros miembros del grupo social.

La Ley del Talión como génesis de la solución de los conflictos, promueve una proporcionalidad en la búsqueda del equilibrio social, evitando

el abuso del derecho por razón del imperio de la fuerza, procurándose el orden necesario que diera contenido al sistema social. En este sentido afirma Castellanos Porras que en: "la solución de los conflictos, el fin de la venganza privada desproporcionada tuvo lugar cuando se estableció un sistema de tarifas para graduar la venganza. Así apareció la Ley del Tali6n. Que supone un sistema de equivalencias". Castellanos (2000, p6g.3).

Esta especial condici6n del imperio de la fuerza se manifiesta en las primeras etapas del desarrollo de la humanidad, que se caracteriza por el andar errante de los hombres, propia de tribus n6madas.

Una vez los hombres se establecen en territorios determinados, producto de una economía de recolecci6n y arraigo agrícol a, se promueven las primeras manifestaciones de equilibrio social, imperando gradualmente el interés colectivo sobre los intereses individuales, por lo cual se gestan los principios embrionarios que dan origen a los Estados y, subsecuentemente, a todas sus estructuras jurídic as entre ellas, "el proceso".

La ley constituye, en este sentido, el marco de referencia de los intereses particulares y generales, estableciéndose de manera jerárquica los principios que ilustran el interés colectivo, garantizándose los derechos particulares que generen la necesidad de coexistencia pacífica, dentro del marco del respeto de los derechos individuales. Esta enunciación, trascendente en su contenido, constituye por sí la exégesis de toda la existencia social del hombre y la permanente búsqueda de la justificaci6n de la renuncia al libre

albedrío para vivir en sociedad, limitado en su libre albedrío, pero pletórico en el ejercicio de sus derechos individuales sin peligro a ser menoscabado por el arbitrio de la fuerza.

Esta manifestación suprema de la evolución social de los Estados, promueve la permanencia del orden estableciendo las garantías que se generan de esas manifestaciones estatutarias, designadas con el nombre de ley, para garantizar el imperio de la Justicia, cuyo fundamento es la igualdad, lealtad, imparcialidad y los principios básicos que constituyen el pedestal del debido proceso, marco conceptual que viene a ser el verdadero y legítimo soporte de los Estados democráticos.

Para garantizar el imperio de la ley se requiere de una organización de efectiva fuerza coercitiva, de manera que pueda constituirse en algo más que una norma programática sin sentido. Surge como consecuencia necesaria la figura del juzgador que al promover una formalidad en el ejercicio de los derechos crea el proceso, convirtiéndose en la garantía que el Estado pone a disposición de los miembros del grupo social, para acceder tanto al respeto como a la ejecución de los derechos y por ende, mantener la cohesión social con fundamento en la ineludible convicción de que la Justicia sólo puede ser alcanzada, en el marco de un Estado de derecho.

2.2 Teoría Teológica

Superado el criterio de la fuerza y de la venganza privada, la ley y la justicia buscó su legitimación en la voluntad de Dios, de manera tal que los elegidos por la voluntad divina, descubrían, enunciaban y legitimaban este concepto, para justificar sus manifestaciones de dosificación de la Justicia.

La conjunción de la ley, con el proceso de impartir justicia, históricamente tiene múltiples manifestaciones entre las cuales se destacan el Código de Hammurabi, las Leyes de Manu, el Libro de Josué en la Biblia, el Areópago, el Tribunal de los Heliastas, el Sanedrín -tribunal de los hebreos, la Ley de las XII Tablas, obras e instituciones que ilustran la búsqueda de ese equilibrio que venimos comentando, con el objeto de erradicar la venganza como sistema de resarcimiento y la búsqueda de la Justicia a través del examen de las evidencias, confrontadas ante la norma positiva que regula el sistema social de que se trate. Levene (1993, pág.27).

Todos estos cuerpos legales, van conformando la estructura universal de los códigos de conducta en las distintas culturas y grupos sociales, promoviendo una homogeneidad en los sistemas jurídicos que la historia fue incubando con el transcurrir del tiempo, consultando eminentemente su génesis divino.

Estos códigos inicialmente fueron aplicados por reyes, príncipes, sacerdotes y luego por personas expresamente facultadas para tal efecto,

conocedores de la ley, premunidos de la grandeza de la obra de dictar justicia y dotados de las virtudes propias que deben adornar a quién se le faculta para materializar el concepto de ley en su máxima manifestación material, justicia.

Encontramos antecedentes de esta búsqueda, de la persona del juzgador, del hacedor de Justicia, en la Biblia -libro del éxodo, Capítulo XVIII (Versículos 2) cuando preceptúa: “escógete de entre el pueblo hombres capaces, temerosos de Dios, hombres íntegros y libres de avaricia y constitúyelos sobre el pueblo, para que juzguen al pueblo en todo tiempo”. La Biblia. (1957, pág. 74).

La filosofía que motiva estas manifestaciones de orden codificado y de cuerpos especializados generadores de derecho, tiene diversos orígenes y justificaciones, que en su evolución han enmarcado un fin común, la justicia, así comenta Pedro Bonfante que:

“El Derecho, como cualquiera otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo en pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades, los sentimientos y la civilización. Todo esto representa el principio de la evolución jurídica”. Bonfante (1965, pág.9).

El concepto divino de la existencia de los sistemas sociales y del proceso privó en los primeros tiempos, pero su influencia ha sido y es tan

trascendente en la conciencia de la humanidad que aún hoy, en algunos tribunales de distintos países del orbe se convoca el espíritu de Dios antes de dictar Justicia. Al decir de Friedrich A. Hayek :

“El punto de vista medieval decisivo como soporte de los desarrollos modernos, aunque quizás solamente aceptado por completo durante los comienzos de la Edad Media, fue que *El Estado no puede crear o hacer la ley, y desde luego menos aún abolirla o derogarla, porque ello significaría abolir la Justicia misma y eso sería absurdo, un pecado y una rebelión contra Dios, que es quien crea dichas leyes*. Durante siglos se reconoció como doctrina que los reyes o la autoridad humana tan solo podían declarar o descubrir las leyes existentes o modificar los abusos introducidos al calor de las mismas, pero no crear la ley”. Hayek (Revista, pág.2).

El derecho divino, al calor del desarrollo de las ideas humanistas evoluciona de manera tal que las miradas de filósofos y gobernantes se dirigen hacia el hombre mismo, justificando la existencia de un Derecho Natural, inherente a todos los seres humanos y sobre el cual se levantan los derechos fundamentales que justifican el orden y la existencia de los derechos y deberes consagrados en la ley positiva de los pueblos.

Es evidente que esta evolución fue paulatina y matizada de conformidad a las distintas culturas y organizaciones sociales de la historia humana, quienes generaron esta evolución de manera independiente y en estados temporales no homogéneos, pero todos los grupos sociales evolucionaron hacia la búsqueda de un sistema judicial con soporte permanente en la ley,

constitutiva de los derechos primarios de los hombres conformados en organizaciones sociales donde prima el interés colectivo, sin dejar de lado los derechos individuales.

La teoría de la Justicia, con fundamento en el Derecho natural de los hombres sobre el Derecho divino pero con justificación en la divinidad surge con Pitágoras, quien elabora los primeros vestigios de Derecho Natural, pasando por Platón, Architas de Tarento, Sófocles (los Sofistas) y Aristóteles en Grecia.

El profesor Carlos Mauricio Iriarte señala en torno a este tema: “Pero no fue sino hasta el advenimiento de la Escuela de los Estoicos, fundada por Zenón (336 a 264 A.C.), que se cambia radicalmente el concepto y se concibe el Derecho Natural como “el dictamen de la recta razón del hombre”. A su vez esa recta razón “participa” de la razón divina que es la que gobierna el mundo”. Sin embargo una de las mentes más lucidas del mundo romano Marco Tulio Cicerón (106 a 43 A.C.) adepto de la doctrina estoica, en lo que respecta al Derecho Natural tuvo grandes aciertos conceptuales. Unas veces da al derecho natural implicaciones teológicas, como cuando habla de “una recta razón proveniente de la razón divina, que manda hacer lo bueno y prohíbe lo contrario”. Otras veces enmarca el Derecho natural dentro de la naturaleza, simplemente, o dentro de la “naturaleza de las cosas”, como cuando expresa; “La Ley natural es la Suprema Razón inserta en la

naturaleza, que manda lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario". Iriarte (1997, pág. 4).

En la evolución de los principios del concepto de Justicia y el desarrollo de la actividad procesal, en la Edad Media toda ley y todo proceso tienen su génesis en la voluntad divina.

El profesor Luis Ricardo Rodríguez Vargas, sostiene que:

"La idea cristiana del Derecho Natural se fundamenta en el concepto de la Naturaleza Humana, considerada como una naturaleza racional, pero creada por Dios, del cual deviene, como causa final, su dignidad y sus derechos personales. En este planteamiento, el concepto de persona es fundamental, pues esta posee dignidad por sí misma, dignidad que implica una serie de derechos. La Filosofía sirve, en este caso, como instrumento para la elaboración teológica, pues, según estos pensadores, fe y razón no podrían oponerse más que aparentemente, pues ambas tienen a Dios como única fuente". Rodríguez (2001, pág.1).

Este concepto sinóptico ilustra de manera clara y plena, como se proyecta en su justo sentido filosófico, la teoría teológica del derecho natural, que sirvió de fundamentos por siglos de los conceptos filosóficos primarios de los derechos de los hombres y su legitimación dentro del contexto social.

2.3. Teoría Contractualista

Las teorías contractualistas por su parte, buscan la esencia y legitimidad del derecho en el concierto de voluntad de los hombres, quienes deponen parte de su libre albedrío para garantizar la existencia y permanencia del Estado.

Los máximos exponentes de la Teoría contractual del Estado los encontramos representados en los filósofos Carlos Luis Secondat, varón de Montesquieu (1689 - 1755) y Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), quienes representan la más pura expresión de la época de la Ilustración.

Este período de la comprensión y justificación de la Ley, el Estado y el Derecho, coincide con una multiplicidad de hechos sociales de relevancia como el Enciclopedismo, la Declaración de los Derechos y Deberes del Ciudadano, la caída de la Monarquía Absoluta, la aparición del Estado moderno, la separación de los poderes, el contrato social y la limitación del poder de los gobernantes. Así José Edgar Morales Chávez en su monografía, *El Espíritu de las Leyes*, desarrolla de manera sucinta pero diáfana, las teorías desarrolladas en torno a la ley y la justificación de la teoría del Estado así dice: “la propuesta de Montesquieu es dialéctica, en el sentido de que se propone desarrollar el conjunto de los antagonismos que contiene el poder, para ponerlos al servicio de la ley, que es en definitiva una de las antítesis del poder y de otra manera constituye su legitimidad.” Morales (2001, pág. 7).

Montesquieu elabora la Teoría del Gobierno parlamentario, instituyendo la separación de los poderes en tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial limitando el poder del monarca, que hasta ese momento era omnipotente y totalitario. Sustenta que el hombre y la sociedad son entes autónomos distintos, pero no pueden concebirse como separados.

Las leyes no provienen de la naturaleza, ni de la naturaleza particular del hombre, provienen de la sociedad y de conformidad a este criterio se estudia el problema de la ley y su aplicación y aceptación como parte de la historia y de la naturaleza lo que determina la diferencia de la legislación entre los pueblos. Esta concepción la explica el antes citado Morales Chávez, al comentar sobre el concepto de poder y de ley los siguientes comentarios:

“Refiriéndose al poder individual, tanto Hobbes como Montesquieu llegan a conclusiones semejantes. En su Discurso sobre el Estado, como llama también al Leviatán, Hobbes afirma: de manera que doy como primera inclinación natural de toda la humanidad un perpetuo e incansable deseo de conseguir poder tras poder, que solo cesa con la muerte. Y Montesquieu, confirmando esta previsión de Hobbes sostiene: pero es una experiencia eterna. Que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre un límite”. Morales (2001, pág. 5).

Por su parte Juan Jacobo Rousseau, afirmaba que: “el más fuerte no es nunca lo bastante fuerte, para ser siempre amo si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”. Rousseau (1984, pág.159).

De este concepto deduce, que la existencia en una sociedad debe tener su fundamento en la igualdad absoluta de los asociados, sometidos a la voluntad de la colectividad ya que esa voluntad no es más que la ley, cuya fortaleza y causa de existencia es la permanencia de ese acuerdo, que supone de manera necesaria la permanente aquiescencia de cada uno de esos asociados en la convicción de que su sometimiento le acarreará el beneficio de la protección del Estado, que hará prevalecer las reglas de convivencia que garanticen el bienestar común.

El Discurso Sobre el Origen y el Fundamento de la Desigualdad entre los Hombres y el Contrato Social, contienen el fundamento filosófico que inspiró la Revolución Francesa y de manera consecuente, la Declaración de Independencia Americana.

En estas obras, encuentra su génesis el concepto universal de los Derechos Humanos, sosteniéndose en todo momento que la renuncia al estado de anarquía tiene su fundamento en la voluntad del hombre, que renuncia al libre albedrío en favor de la voluntad colectiva para alcanzar el bienestar de todos, premisa que aún se evoca de manera permanente como simple promesa estatutana y cuya permanente búsqueda inspira las más grandes e ilustradas mentes de la historia universal del Hombre.

De este concepto se desprende la premisa de que el hombre por propia voluntad y con fundamento en un contrato social, limita su libre albedrío para

que en ese contrato se establezcan los derechos y los deberes de los ciudadanos

2.4 Teoría Ius Naturalista.

Como una reacción a la justificación del Estado, del ejercicio jurisdiccional y el imperio del derecho colectivo en interés superior al derecho individual con fundamento en la libre renuncia de la voluntad de los hombres, surge en el pensamiento histórico las teorías que justifican que es un Derecho natural espontáneo, quien da origen al derecho y por ende al fundamento de toda justicia. Este concepto excluye toda participación de la voluntad humana y la voluntad divina, enmarcando sus principios superiores inherentes a un derecho inmarcesible que surge de la misma naturaleza humana.

La sustentación de la Ley y la Justicia, en su búsqueda formal por conducto de la emisión del derecho por magistrados designados para tal efecto, adopta nuevas manifestaciones a mediados del siglo XIX buscando su sustento en el Positivismo y el Historicismo.

2.4.1 El Positivismo

Augusto Comte, matemático y filósofo francés, es uno de los máximos exponentes del positivismo como doctrina de justificación del Estado, la Ley y de todo el sistema social Eladio Urbina señala:

“El Positivismo conceptuaba que cada una de las ciencias o ramas del saber debe pasar por “tres estadios teóricos diferentes: el teológico o estadio ficticio; el metafísico o estadio abstracto; y por último, el científico o positivo. En el estadio teológico los acontecimientos se explican de un modo muy elemental apelando a la voluntad de los dioses o de un dios. En el estadio metafísico los fenómenos se explican invocando categorías filosóficas abstractas. El último estadio de esta evolución, el científico o positivo, se empeña en explicar todos los hechos mediante la aclaración material de las causas. Toda la atención debe centrarse en averiguar cómo se producen los fenómenos con la intención de llegar a generalizaciones sujetas a su vez a verificaciones observacionales y comprobables”. Urbina (2001, pág. 4).

2.4.2. El Historicismo

El Historicismo por su parte, sustenta que el devenir del tiempo y el cambio incesante al que están sujetas todas las cosas, en todo los tiempos, es la autentica fuente de saber. Por ende, sobre esta realidad demostrable por la experiencia se llega al conocimiento y a la verdad, consecencialmente a los principios más cercanos a la justicia y la equidad.

Federico Carlos De Savigny (1779-1860) máximo expositor del Historicismo, ataca la ley como fuente del derecho y por tal razón como marco de la justicia, por lo cual niega eficacia y valor a las codificaciones, proclamando que la Ley es producto del espíritu del pueblo.

Es evidente entonces que el historicismo, se remite a la validez histórica de los principios generalmente aceptados, que se manifiestan en la costumbre como fuente de derecho. Este principio normativo, evoluciona de acuerdo a los cambios que se producen en el carácter y el espíritu de los pueblos, por ende las leyes son sólo la expresión temporal de un acuerdo de aplicabilidad general, sin que sea necesario plasmar la ley en Códigos, pues los usos y costumbres moldearán con la existencia de jueces justos, los verdaderos principios de justicia, que deben ser concertados en los procesos de generación de los derechos individuales y colectivo. El pueblo y su costumbre, es la ley, la vida humana es el objeto de la historia, que no tiene por objeto la búsqueda de leyes y principios, sino comprender la diversa variedad de formas históricas, inmersa en los acontecimientos. “La historia es...sobre cualquier otra cosa, un llamado, una vocación una instancia que los seres humanos libres han de oír y a la que han de responder; es en suma, la interacción de Dios y el hombre”. Vásquez (2001, pág. 90).

2.5 Teoría del Materialismo Histórico

En el mundo moderno, desde la Revolución Industrial que trae aparejada la revolución del pensamiento, surgen distintas teorías justificativas del Estado y de todo el sistema que lo sostiene, primordialmente la

justificación de la sujeción del hombre a las leyes y al dictamen de los jueces que esas leyes legitiman para impartir Justicia.

El Materialismo Histórico le da una explicación económica a la existencia del derecho y de las estructuras procesales que sostienen el sistema judicial de los Estados, señalando que la regulación de las relaciones de producción y de las clases sociales, promueven la existencia de mecanismos que garanticen la dominación de una clase social sobre otra.

El Manifiesto del Partido Comunista, de Carlos Marx y Federico Engels, ilustra los principios de esta Teoría del Estado y por ende de la evolución del Derecho y sus estructuras, partiendo de explicaciones historicistas de carácter económico en los siguientes términos:

“Toda la historia de la sociedad humana, hasta la actualidad, es una historia de luchas de clases.... En la Roma antigua son los patricios, los équites, los plebeyos, los esclavos; en la Edad Media, los señores feudales, los vasallos, los maestros y los oficiales de los gremios, los siervos de la gleba, y dentro de cada una de esas clases todavía nos encontramos con nuevos matices y gradaciones. Sin embargo, nuestra época, la época de la burguesía, se caracteriza por haber simplificado estos antagonismos de clase. Hoy, toda la sociedad tiende a separarse, cada vez más abiertamente, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases antagónicas: la burguesía y el proletariado.” Marx y Engels (1976, Pág. 3)

Es evidente que el derecho, la ley y sus sistemas de ejecución no son para este sistema, más que la expresión de opresión de una clase social

sobre otra y que el desarrollo de esa lucha de los grupos sociales genera la búsqueda de los derechos inherentes a los individuos, que se han visto históricamente afectados por el antagonismo de clases.

2.6 Teoría Sociológica

La Escuela Sociológica promueve su teoría teniendo como fundamento los fenómenos sociales según los cuales estos producen efectos sociales, que dan origen y contenido a los sistemas y estructuras imperantes. Desde este punto de vista el derecho y todas sus manifestaciones no son más que el producto de la interacción del grupo social y el resultado de la costumbre como fuente permanente de esa interacción social.

El ilustre autor colombiano Carlos Mauricio Iriarte al comentar la naturaleza de la teoría sociológica expresa: “El derecho es un producto social o “la manifestación de la vida social”. El derecho se manifestaba al principio mediante normas indiferenciadas de carácter moral, religiosas o sociales y su cumplimiento era asegurado por el mismo grupo social”. Iriarte (1997, pág.4)

Emilio Durkheim (1858-1917) expone en su teoría sociológica que la solidaridad es el elemento común de toda existencia social, lo que justifica la posibilidad de que un número plural de individuos puedan concertar la posibilidad de constituir un grupo social.

Se sustenta que la solidaridad conveniente de los hombres justifica la sujeción de éste a las normas de colectiva aceptación y que el debilitamiento de este sentido solidario provoca toda distorsión del equilibrio social y por ende el colapso de esa solidaridad que justifica la existencia del colectivo social. En este sentido toda manifestación de ley, no es más que la expresión de la solidaridad humana, que da vida al Estado de Derecho que a su vez crea sistemas represivos para garantizar la existencia y vigencia de esas disposiciones que garantizan el sistema de solidaridad social. Cada ser humano es producto de la colectividad, como individuo de ese grupo social; la división del trabajo, otorga a cada individuo distintas funciones en la sociedad y por tanto las instituciones jurídicas no son más que la manifestación externa de la coacción social ejercida en cada grupo.

Alicia González Garza, comenta que:

“En las Reglas del Método Sociológico apunta que la sociedad no es una simple rama de individuos. No puede producir ninguna cosa colectiva sino existen unas conciencias particulares, pero esas conciencias deben estar asociadas, cualquier formación social, puede no ser superior a sus partes individuales, pero lo cierto es que es diferente a estas partes”. González (2001, pág. 22).

León Duguit (1859-1928) forma parte del grupo de filósofos que enunciaron y dieron contenido a la Teoría Sociológica del Derecho y del Estado, introduciendo nuevos conceptos y un nuevo enfoque referido a que

las reglas sólo se aplican a las manifestaciones exteriores de la voluntad humana, no a las íntimas convicciones de los hombres, sus pensamientos y deseos pues lo único que importa es el efecto social que provoca tal o cual conducta, por ende el derecho solo genera una actividad de control social en tanto la voluntad humana produzca una consecuencia que afecte al grupo social.

En su obra, *La Transformación del Estado* este filósofo expresa:

“En la solidaridad sólo veo el hecho de la interdependencia, que une entre sí, por la comunidad de las necesidades y la división del trabajo, a los miembros de la humanidad, y especialmente a los miembros de un mismo grupo social. No hay político de campanario que no hable de la solidaridad social, sin comprender, por lo demás, el alcance de esas palabras, Por eso prefiero decir: la interdependencia social”. Duguit (1921, pág. 64).

2.7 Teorías Liberales

El Liberalismo ha constituido una de las corrientes filosóficas y políticas de mayor trascendencia en los últimos siglos, en donde se centra al individuo con derechos inmanentes, con pleno ejercicio de su individualidad y premunido de una existencia individualista, trocada en su plenitud por la necesidad de la coexistencia de los hombres.

Ubléster Damián Bermúdez de manera práctica sintetiza el concepto de la Teoría Liberal en los siguientes términos:

“En el liberalismo encontraremos un discurso teórico fundamentado en una gran preocupación por la libertad de individuo en tanto que centro del universo, esto es, el énfasis teórico y metodológico se coloca sobre el hombre en aislamiento, un hombre que nació libre e igual a los demás hombres, portador por lo tanto de derechos por naturaleza pero que a la vez se considera egoísta, racional, calculador y estratégico, y por ello mismo, propenso al conflicto con los demás hombres (Estado de Naturaleza). Bajo este contexto, la teoría liberal entiende que el poder del Estado es una necesidad para lograr la convivencia pacífica de los entes individuales (Sociedad Civil o Estado) siempre y cuando, los individuos consientan en la existencia del mismo (Contrato Social), pero, dado que su principal finalidad como teoría es la consecución de la libertad del hombre, entiende a la vez, que el Estado es un mal, una fatalidad necesaria para lograr la coexistencia humana”. Bermúdez (2001, pág. 6).

Es este a nuestro juicio el concepto que mejor ilustra la teoría liberal, que trata de justificar la existencia y origen de las estructuras sociales que regulan la conducta del hombre en sociedad. Este concepto no es más que la conjunción de los preceptos y de las teorías analizadas en el transcurso de la historia de la humanidad, salpicada de las experiencias recabadas en siglos de luchas, contradicciones, evoluciones y madurez del grupo social.

Las nuevas teorías económicas, el descubrimiento del nuevo mundo, los desafueros y experiencias del mundo indiano, la experiencia libertaria del pueblo norteamericano, las dos grandes guerras mundiales y los nuevos descubrimientos científicos, entre ellos el desarrollo de la comunicación, han promovido una regresión a los mejores y más puros conceptos del

humanismo, del derecho natural, de las libertades individuales, la exaltación de los derechos del hombre, todos estos principios sobre los cuales se asientan todas las teorías modernas que de un modo u otro tratan de justificar la existencia del Estado.

Para el Liberalismo, el estado y las estructuras sobre las cuales concerta la actividad social, llámese gobierno, judicatura o legislatura, tienen por objeto garantizar la paz social, pero teniendo como fundamento el respeto de los derechos del individuo. Las limitaciones a estos derechos no constituyen más que la necesidad que surge de suprimir los conflictos y garantizar la convivencia de los hombres bajo un concepto de respeto mutuo. En ese sentido el Liberalismo justifica la existencia de los órganos encargados de impartir justicia, como el instrumento más eficaz para mantener el respeto de esos derechos individuales y colectivos.

Es evidente que en el transcurrir de los siglos, el sistema judicial ha evolucionado garantizando cada vez más la eficacia del proceso, el respeto a los derechos de defensa, el respeto a la ley y a los derechos del hombre y a todas y cada una de las garantías fundamentales que el hombre ha logrado hacer valer a través de la historia humana.

Las distintas teorías que hemos expuesto, son un asomo a la inquietud del hombre por dar explicación y justificación a los fenómenos sociales. La búsqueda incesante de la legitimidad de los derechos de unos sobre otros, la justificación de las desigualdades, el ejercicio de dar contenido y validez a los

dictados de los gobernantes, la búsqueda de un concepto sólido que de contenido y universalidad a la ley, todo aquello que constituye aun hoy en día un enigma para el hombre, la búsqueda incesante de la verdad de su destino aún no acaba, en su errático camino por la historia, seguirá mirando a los cielos invocando a Dios o buscará en su propia alma esos derechos inalienables que otorga la naturaleza o la razón y no faltarán quienes aún sostengan que la fuerza o la supremacía de las razas debe ser la legitimación de todos los excesos de la raza humana.

Es el proceso y su evolución, la búsqueda del equilibrio y de la justicia, la limitación a la anarquía. Ese instrumento de la Justicia llamado proceso, ha evolucionado, de igual manera que ha evolucionado el pensamiento humano, pues, siendo éste el instrumento por excelencia para la búsqueda de la verdad, se ha perfeccionado y nos merece especial atención dentro del proceso LA PRUEBA, que constituye el medio idóneo de demostrar la verdad de los hechos, que promueve la identidad de la razón y la justicia.

Las distorsiones de los medios probatorios, constituyen la debilidad del proceso, razón por la cual nos abocaremos al estudio de LA PRUEBA ILÍCITA, con el objeto de plasmar las lesivas actuaciones de jueces y de los colaboradores de la justicia incluyendo a los ilustres abogados defensores públicos y privados, pues en respeto de esos derechos que hemos examinado y que, son la razón de ser de la justicia, del proceso y del estado, es menester que la prueba ilícita se erradique del proceso, para no ser ilusorios, los

esfuerzos históricos en la búsqueda de la verdad, para el imperio de la justicia y la validez suprema de los derechos del individuo y de la protección del grupo social.

Es el proceso moderno en síntesis, el resumen de todos los esfuerzos de la historia por dar significado al concierto social, a la aceptación de la voluntad de unos sobre otros, a la justificación de la existencia del Estado.

Cuando nos empujamos sobre nuestra propia naturaleza y nos preguntamos, ¿Por qué tal o cuál puede imponer su voluntad sobre la nuestra? ¿Por qué hay que acatar la ley que algunos dictan? ¿Por qué aceptar los aciertos o errores de los gobernantes? ¿Por qué aceptar los fallos de los jueces? Es en ese momento que tendremos que recurrir a la razón, a la historia, a los más íntimos derechos que cada persona siente le son inalienables por su propia condición de ser humano o, tal vez, dejemos a Dios dar contenido y significado a nuestras aprehensiones; pero, siempre hemos de dar contenido a nuestras reflexiones y, por ende, justificar la existencia de las estructuras sociales a las cuales accede nuestra propia existencia.

Este ejercicio personal es histórico y permanente y no viene a ser más que esa búsqueda insaciable y eterna que coloca al hombre en la cúspide de la supremacía evolutiva, pero que paradójicamente algunas veces demuestra los más atroces y atávicos ejemplos de barbarie, que nos llevan a reflexionar que la ley, el proceso y los sistemas judiciales no son perfectos, pero el imperio de la ley y la justicia deben constituirse en la única y permanente

ambición del hombre, que justifique el equilibrio de la vida en sociedad y que, por ultimo, limite los excesos de unos sobre otros, los abusos, el despojo, la arbitrariedad, la corrupción; en fin, que se mitigue ese vicio social que representa la delincuencia, pero que, por otro lado, suponga la disminución efectiva y permanente de las diferencias sociales y se promueva el acceso a las oportunidades sociales, económicas y políticas, única vía que permitirá acercarnos cada vez mas a esos ideales, que hemos visto han motivado al hombre en miles de años de búsqueda de la verdad y que han significado la máxima expresión del pensamiento humano.

CAPITULO II

LA PRUEBA

1. La Prueba

La prueba es la columna vertebral de la verdad y se constituye en la esencia del proceso, a tal suerte que no podemos prescindir de ella, pues es el medio idóneo para constatar la ocurrencia de los hechos. El hombre como ente políticamente organizado ha sido objeto de cambios graduales que se reflejan en los sistemas probatorios, los cuales tienen sus primigenias manifestaciones desde la aparición del ordenamiento jurídico con la aparición de las primeras leyes escritas, hasta nuestro derecho moderno en donde los conflictos se dirimen bajo reglas claras y debidamente estatuidas, con el concurso de un Juez, director del proceso y con la concurrencia de las partes y su defensa, garantía de que la oportunidad e imparcialidad del desarrollo del proceso, de por resultado el imperio de la justicia.

El proceso no puede ser concebido sin la existencia de la prueba, pues no es la especulación, la suposición o la ideación del juez o de las partes, sobre lo que puede sostenerse el peso de una decisión jurisdiccional.

Un pronunciamiento judicial debe tener como supuesto el examen de los hechos, que son sometidos al discernimiento del juzgador con fundamento en alguna expresión material o intelectual que suponga una formulación lógica que lleve al conocimiento de la verdad, ya sea por medios directos y objetivos o por medios indirectos y/o científicos, sobre los cuales se pueda fundamentar sin atisbos de duda o falta de claridad alguna, la verdad que se busca en cada ejercicio jurisdiccional. Comenta Luis Muñoz Sabaté en torno a la

prueba, al reflexionar sobre lo expuesto por varios autores: "Hoy por hoy, en fase de Jerome Frank, el problema de la prueba sigue siendo el punto más débil de la administración de justicia. Y es que de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al Juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho". Muñoz Sabate (1993, pág.30).

De estas reflexiones se desprende de manera clara e inequívoca, la trascendencia de la prueba en el proceso, pues es la concreción final del derecho reclamado; por lo cual sin la prueba no podrá llegarse por medios legales, a la Justicia que se persigue y se reclama en el proceso.

Esta distorsión del objeto del proceso, es el punto medular de la discusión que se plantea en torno a la omnipotencia del juzgador en su afán de búsqueda de la verdad y el objetivo que entienda es el propósito de sus esfuerzos. La verdad no siempre se refleja en el proceso y por ende la justicia no siempre es el resultado del análisis de los hechos. Como quiera que el contenido procesal, tiene que ver directamente con la ejecución de la actividad de los particulares, los abogados y los jueces, se hace evidente que el sistema judicial colapsa si los distintos sujetos del proceso no ejecutan a cabalidad los instrumentos y mecanismos que pone el proceso a su

disposición para demostrar su verdad. De igual manera el juzgador, debe evaluar, constatar, escudriñar, garantizar y promover que cada una de las reglas del proceso sean cumplidas a tal punto que no pueda existir vicios de nulidad de forma o de fondo, que pueda inhibir el derecho del reclamante.

El juzgador tendrá finalmente la difícil labor de discernir la validez y el peso probatorio que ha de otorgarle a las evidencias enfrentándose a un reto mayor, darle valor a las pruebas legítimamente constituidas y desconocer aquellas imperfectas o impuras, que aunque reflejen la verdad serán inútiles por su origen ilegal o alzarse sobre los derechos individuales so pretexto de los intereses colectivos y validar una ilicitud, sobre la cual fundamentar la supuesta existencia de una verdad, que será el soporte de una justicia, maculada de oprobio, pero justicia al fin.

Este ha de ser el contexto filosófico - doctrinal dentro del cual desarrollaremos este estudio, pues a diario al debatimos ante los tribunales de Justicia, buscamos afanosamente ese concepto universal de Justicia, que cada día abre las anchurosas puertas de la legalidad que se han constituido en el fin último que garantiza la permanencia del Estado y que procura que sobre todo, prevalezca la justicia.

Es el contexto del Derecho Procesal Penal sobre el cual desarrollaremos el análisis de la prueba, pues es en esta dimensión donde mejor se exteriorizan los conceptos que venimos enunciando y donde con mayor claridad se esbozan los principios de seguridad social, derechos

constitucionales, humanos, debido proceso, etc., principios que han dado origen y que constituirán las presentes y futuras bases del desarrollo del Estado y del Derecho.

2. Concepto de Prueba Penal

La prueba producida en el proceso penal, dice referencia a la comprobación, verificación o certeza de los hechos evaluados al determinar la violación de la normatividad punitiva.

Las definiciones enunciadas en torno a este concepto son diversas, pero complace a nuestro entender la amplia gama de exigencias de la doctrina, la definición expuesta por el autor Carlos M. De Elia en su obra titulada Manual de Derecho Procesal Penal , cuando expone: “Podemos definir la prueba de manera genérica, diciendo que es el conjunto de medios idóneos para obtener la verdad objetiva que se persigue en el proceso penal y se materializa en la sentencia ” De Elia (1992, pág.11).

Por su parte Nicola Framarino Dei Malatesta expresa que: “Así como las facultades de percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, asimismo las pruebas son el medio de aparición de las fuentes objetivas, o sea de la verdad. La prueba es, pues, por este aspecto, el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu, y como éste puede llegar en relación con un objeto y por intermedio de las pruebas, sea la simple credibilidad, sea a la probabilidad, o a la certeza, tendremos entonces prueba de credibilidad, pruebas de

probabilidad y pruebas de certeza. Por tanto la prueba es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano con respecto a sus especiales estados de credibilidad, de probabilidad y de certeza.” Dei Malatesta (1997, pág.95).

En esa secuencia ideológica propia del genio de este tratadista define que:

“En general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero.” Dei Malatesta (Op. cit., pág. 15).

Tiberio Quintero Ospina sugiere que: “La Prueba Penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del Juez”. Quintero (1991, pág.105).

Eugenio Florian por su parte, en su obra De Las Pruebas Penales, conceptúa que:

“En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir a un mismo tiempo. “Todo medio que produce un conocimiento cierto o probable, acerca de cualquier

cosa y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento.” Flonan (1998, pág.43).

Estos conceptos resumen de manera integral, los elementos y objetivos que persigue la prueba en el proceso penal, destacándose que en efecto, la prueba penal es de carácter eminentemente procesal, debe ser idónea y específicamente dirigida a los hechos sobre los cuales versa la encuesta de que es objeto el ejercicio jurisdiccional. No puede concebirse la existencia de la prueba extraprocesal pues no sólo sería ajena al proceso, sino que tendría vicios de ilegalidad ya que la prueba debe ajustarse de manera sacra a los medios probatorios que la ley pone a la disposición de las partes y del juzgador, para producir la verdad procesal.

3. Objeto y Fin de la Prueba

No podemos concebir al proceso, sin que exista o medien pruebas sobre las cuales se sustente el hecho y el derecho que se pretende ejercer por conducto del mismo. Las conjeturas no pueden constituir el pilar sobre el cual se levante la verdad procesal, de manera especial en el proceso penal, en el cual se debate el principio y derecho de mayor raigambre de la naturaleza humana, como lo es la libertad personal y la justicia que debe imperar en el orden social que permita la paz y seguridad del colectivo llamado Estado.

La determinación del objeto de la prueba tiene relación directa con los elementos fácticos e intrínsecos de la verdad que se discute en el proceso y de relevancia para ser usados como elementos sustentadores de la verdad procesal.

El objeto de la prueba se refiere por tanto a los elementos fácticos, es decir, los hechos sometidos a examen dentro del proceso penal y de las consecuencias materiales y subjetivas que de esos hechos se generan. De este adelanto a una enunciación amplia del objeto de la prueba, observamos que la prueba se sostiene en hechos, pero hay elementos subjetivos, inmateriales, condiciones especiales del ánimo e incluso de la intención humana que se generan en un hecho específico, que debe ser sometido a análisis procesal y que constituyen parte fundamental del objeto de la prueba.

Por su parte, el catedrático y jurista Jorge Fábrega Ponce, en tomo a este tema expone:

“Fundamentalmente constituyen objeto de prueba, hechos que el ordenamiento jurídico establece (en abstracto) como presupuestos de determinados efectos jurídicos. Se distingue del tema de prueba (*thema probandum*), en que la noción del objeto de prueba es abstracta, desligada de un proceso determinado, en tanto que la del “tema probatorio” se refiera a la situación concreta que, en un proceso determinado, es materia de la actividad probatoria.” Fábrega (1978, pág.13).

En este sentido podemos observar que algunos tratadistas afirman que el objeto de la prueba se resume en los hechos sometidos a la investigación

procesal y la corriente que afirma que el objeto de la prueba esta constituido por las alegaciones y/o afirmaciones que las partes someten en el proceso como presupuesto de su verdad.

Es evidente que en este tema hay que distinguir, las características disímiles del objeto de la prueba en materia civil y en materia penal, pues en aquella, sólo importa lo que se alega en los hechos constitutivos del proceso, importando sólo la verdad constituida y pedida, en tanto que en el proceso penal importa la verdad, aunque ésta no hubiese sido necesariamente invocada en el proceso.

Los grandes maestros de la doctrina del proceso, han sido generosos en sus aportaciones en torno a este tema; Sentis Melendo, Carnelutti, Couture, han sostenido que el objeto de la prueba, es la afirmación de las partes en el proceso. En opuesta directriz doctrinal se ubican procesalistas como Chiovenda, Alsina, Echandía quienes afirman que son “los hechos” el objeto de la prueba, pues aunque estos no sean parte de las afirmaciones o requerimientos de las partes, de tener relevancia en el proceso, constituyen el objeto de la prueba y por ende se constituyen en el espíritu que legitima la búsqueda de la verdad, mediante el análisis serio y objetivo del Juzgador, quien en fin no debe buscar el interés del particular, sino el imperio de la Justicia, es decir buscar la verdad donde ésta se encuentre, aunque la misma no sea percibida por las partes. (Fornaciari 2001, pág.7).

Los principios doctrinales enunciados nos llevan a considerar que en efecto los hechos son parte del objeto del proceso, al igual que las alegaciones de las partes, pero creemos oportuno advertir que el desarrollo de las ideas procesales y los distintos enunciados de concertación internacional en torno a los derechos del ser humano al debido proceso, han concertado la necesidad de aceptar como objeto de la prueba, todos aquellos elementos enunciativos, objetivos, sensoriales o de cualquier otra naturaleza que ilustre la verdad que se busca en el proceso.

Esta proposición ecléctica en torno al objeto de la prueba es la que mejor ilustra e informa de la necesidad del juzgador, de alzarse por encima de la cortedad o maximización de lo pedido por las partes o de las limitaciones del acervo probatorio incorporado al proceso y buscar la verdad como supremo interés que compete al juzgador en las enunciaciones procesales de carácter penal.

La importancia del análisis del objeto de la prueba radica en que la dimensión de las facultades del juzgador, comienzan a delimitarse al formular lo que se debate, por ello al definir o conceptuar el objeto de la prueba, estamos discerniendo no solamente esa verdad intrínseca que se debe consolidar en una sentencia, sino que en ese momento de discernimiento, es que se esclarece la soberanía que genera el juzgador en el proceso, esa permisibilidad de ir más allá de lo que se alega y desentrañar en nombre de la justicia la verdad que se constituye mediante la formulación y concreción de

pruebas idóneas e infalibles que puedan llevar a que en cada fallo, prevalezca la justicia.

En este sentido nuestro procedimiento procesal patrio, consignado en el Código Judicial preceptúa en su artículo 793 al referirse a la facultad del juez para practicar pruebas de oficio que:

Artículo 793:..... “El Juez de primera instancia debe ordenar en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el periodo probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes, para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso”.

Es que las afirmaciones de las partes en sí son parte del objeto de la prueba, que se consolida con los hechos que puedan ir en soporte de esas afirmaciones. La verdad tiene una naturaleza unívoca constituida por la simbiosis de lo alegado y lo probado, por ende esa concertación de formulaciones ideológicas fácticas viene a desentrañar el verdadero sentido y alcance del objeto de la prueba.

De lo expuesto, se colige que todo aquello que no forma parte de esa verdad perseguida en el proceso no es de interés en cuanto a la prueba, su formulación y sus consecuencias. Así lo intrascendente, lo obvio, lo prohibido por la ley como prueba, el derecho nacional constituido y vigente, los derechos inherentes del ser humano, no llegan a entrar en el ámbito del

objeto probatorio, pues no constituyen elementos de relevancia que den contenido a la verdad que se persigue y por ende caerán dentro de otras disciplinas o formulaciones teóricas y filosóficas, pero han de ser ajenas al Juzgador, que concentrará sus esfuerzos en apreciar lo que sea idóneo para la concreción de la verdad perseguida en el proceso. Además todos los derechos inherentes al hombre y la ley nacional vigente, son irrelevantes a la prueba pues su existencia se da por un hecho, sin limitaciones y parte de la estructura de derechos que garantiza el Estado a todo ciudadano.

El ordenamiento jurídico patrio, en torno a este aspecto determina en el Artículo 783 del Código Judicial que:

Artículo 783. “Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El Juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la Ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes e ineficaces”.

En ese mismo sentido se pronuncia el Artículo 784 de la misma ley legal que preceptúa:

Artículo 784 “No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que estén amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la nación o en los

Municipios. Los hechos claramente reconocidos en el curso del proceso por la parte adversa, no requieren prueba.

Estas y otras normas, determinan en nuestro ordenamiento positivo el marco del objeto de la prueba, que como hemos visto debe, de manera necesaria a nuestro juicio, ajustarse a los hechos y a lo alegado como un presupuesto enunciativo, cuyas resultas con fundamento en lo probado viene a constituir la sentencia, que debe y solo debe ser, el reflejo de la verdad real, aunque ésta trascienda los elementos de la prueba y en su defecto, evitar que se incurran en errores de juicio ante la inexistencia de una prueba sólida e infalible sobre la cual se pueda sostener el pronunciamiento judicial.

En lo que respecta al fin de la prueba, surgen igualmente distintas teorías doctrinarias que pretenden explicar el sentido final y determinante de la enunciación probatoria. Unos aducen que el fin de la prueba es establecer la verdad y otros señalan que en efecto lo que ilustra el fin de la prueba es crear en el ánimo del Juzgador el convencimiento o la certeza de lo que se discute en el proceso. Así el Dr. Fábrega expone:

“La prueba aspira, a un fin más profundo que una mera convicción subjetiva en el Juez, que sería (en abstracto) una representación auténtica de la realidad, que se vale de los datos suministrados por las partes debido a que aquellas son las que mejor conocen los hechos y las circunstancias concretas. La convicción refleja un estado psíquico, no un estado de conocimiento. Los sistemas procesales continuamente son objetos de estudio y de

reformas con el propósito de suprimir los obstáculos y vallas que le obstruyen al Juez el contacto con la situación de hecho.” Fábrega (1978, pág.15).

Ese concepto universal, que se desprende de lo comentado por el Doctor Fábrega, ilustra en efecto el sentido del fin de la prueba, pues no se trata en concreto de lo que el Juez pueda o deba entender; se trata de que la verdad prevalezca sobre toda limitación de conocimiento, de apreciación, de formación, de constitución o de cualquier deformación de la realidad de los hechos examinados. La veracidad y constatación, materialización y concreción de los enunciados de hecho, constituye el fin de la prueba.

No siempre la convicción del Juzgador, viene a resultar coincidir con la verdad solicitada y menos aún con la verdad probada, entonces es en este marco conceptual, que el fin de la prueba viene a tener el sentido que la doctrina y el derecho positivo le adjudica en importancia dentro del proceso.

El fin de la prueba no es otro que poner de relevancia la verdad, sobre todo los obstáculos materiales y formales, que puedan impedir que la verdad prevalezca. Inusitadamente, la prueba va mas allá del mismo pronunciamiento jurisdiccional, no sólo afectando las instancias posteriores dentro del proceso, sino que, la verdad prevalece y podrá en cualquier momento ejercer su eficacia, sus consecuencias .y en efecto será en todo momento el soporte espiritual del que se encuentra sometido a proceso, con la convicción de que la verdad sostenida sobre pruebas, tarde o temprano

arrojará la luz, a las tinieblas de la injusticia y que perseverará aún más allá de la certeza o la ignorancia del juzgador.

En el Derecho Penal, la verdad es el refugio de toda justicia y el sostén de la seguridad individual y colectiva, así opera que todo sujeto sometido a proceso, dueño de su íntima verdad, sabrá encontrar por conducto de la prueba, la verdad de los hechos y de sus alegaciones que deben abrirse paso a fuerza de las evidencias que logre incorporar al proceso en tiempo oportuno y que sean procedentes, que sirvan de sostén a la sentencia, última convicción del juzgador, sobre la verdad probada en el proceso, cuyo único fin es la búsqueda de la verdad, para el imperio de la justicia.

El fin de la prueba es la concreción de la verdad judicial, convertida en instrumento de valoración de los hechos, para que el juzgador sostenga en su pronunciamiento, la mejor verdad y la que más se acerque a los principios universales de justicia y equidad.

4. Carga de la Prueba en el Derecho Penal (U Onus Probandi)

El derecho de aportar pruebas en el proceso penal, tiene relación directa con la legitimidad de las partes que intervienen en el desarrollo del proceso jurisdiccional. En el proceso civil, en el que se discuten asuntos de interés privado, la parte actora es a quien le ocupa aportar las pruebas del supuesto derecho que se ejerce o que pretende le sea reconocido y en directa

correlación el demandado ejercerá aquellas que crea conveniente para probar su verdad.

En el proceso penal, por tener un contenido eminentemente público, los resultados de cada proceso trascienden el interés de las partes, razón por la cual la búsqueda de la verdad para el imperio de la justicia supone la existencia del mandato a todo funcionario que intervenga en el proceso para ejercer la facultad de aportar y promover las pruebas que resulten procedentes para sustentar la conclusión de verdad a la que se arriba, en la sentencia

Las partes en materia penal, por el derecho natural de defensa tienen la facultad y necesidad de aportar las evidencias sobre las cuales soporta su derecho o sostiene su inocencia; es evidente que aunque la búsqueda de la verdad reposa como obligación del Estado, no es menos cierto que compete como obligación y derecho a las partes promover las evidencias de su derecho.

Lo afirmado no resulta en un contrasentido, pues si la convivencia social se soporta en el Estado de Derecho resulta necesario que todos los que intervengan en el proceso, no sólo cuenten con el derecho de promover su verdad, sino de garantizar que con su actuación prevalezca la justicia, de allí que resulte en responsabilidad penal toda gestión dentro del proceso que se aleje de esos principios de búsqueda de la verdad, como son las simulaciones de hechos punibles y las calumnias en actuaciones judiciales, falso testimonio

y otras figuras penales que ilustran la necesidad, de que las partes en el proceso garanticen ese fin de carácter público cuya obligación primaria recae en el Estado.

El objetivo de los procesos penales además de restituir el derecho violentado al particular, busca dosificar una pena al transgresor de la norma de interés público, brindándole a la colectividad la certeza de la seguridad jurídica mediante el imperio del Estado de Derecho.

En estos términos es posible afirmar que la carga de la prueba en materia penal corresponde por igual a las partes involucradas en el litigio, al Ministerio Público y al juzgador, quien ha sido dotado de esa facultad en el desarrollo de la mejor búsqueda de la verdad.

La carga de la prueba, opera en diversos sentidos pero con un destino finalista unívoco, el cual resulta ser que lo alegado por el promotor de la prueba, se sostenga y prevalezca por virtud de ella.

Así, el denunciante, querellante o acusador promoverá sus imputaciones que deberá sostener con el caudal probatorio que aporte a la causa penal y el imputado de manera contrapuesta pero en directa correlación de los hechos examinados, promoverá aquellas pruebas que inhiban las alegaciones del promotor de la causa y permitan sostener la legitimidad o inocencia de los hechos sometidos a examen del juzgador. De igual manera el Ministerio Público en el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley a sus agentes deberá promover la investigación de la transgresión de la ley penal; así,

nuestro ordenamiento jurídico, en el Artículo 347 del Código Judicial, establece que:

Artículo 347. Corresponde a todos los Agentes del Ministerio Público las siguientes funciones:

1....

2....

3...

4....

5. Perseguir e investigar los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los Juzgados y Tribunales en que actúen. Asimismo, intervendrán en la tramitación de los sumarios, en la forma como se establece en este Código.

Es importante anotar que la formación del sumario viene a constituir dentro del proceso penal, la formulación de la verdad extra-procesal, por la inducción de la prueba que han de aportar las partes e incluso la vindicta pública en búsqueda de la verdad. Constituye por tanto una actividad extraprocesal pero formal, en la cual dentro de las reglas específicas de la formulación de la prueba, con prescindencia del juzgador se construye lo que ha de ser la presentación probatoria previamente considerada por el representante de la sociedad, quien a su juicio ha de formular criterios de valor jurídico que apreciados por el Juez, darán lugar al inicio o cesación de la actividad jurisdiccional.

Dentro del marco de la existencia del sumario, como previo examen de los hechos por el procurador de la vindicta pública, en la estimación de la

posible violación de la ley penal y de la responsabilidad consecuente que pueda ser imputada a los sindicatos, surge incontestable el principio de la presunción de inocencia que necesariamente provoca la necesidad de la existencia de la prueba y por ende de la determinación de la persona o personas sobre la cual recae esa obligación de aportar la prueba.

En este sentido al examinar los principios probatorios Jesús Ignacio García Valencia expresa que:

“La carga de la prueba, como principio específico, implica una regla de juicio en cuanto le indica al juez cómo debe fallar en caso que no encuentre producida en el proceso la prueba del hecho sometido a su consideración, y para las partes es una norma de comportamiento procesal, en cuanto les señala que en la medida que no aporten la prueba de los hechos o circunstancias que tengan interés en demostrar, su inactividad les acarrea una consecuencia desfavorable, cual es un fallo adverso al interés que persiguen. El principio busca evitar el fallo inhibitorio.” García (Op. cit., pág.47).

Nuestro Código Judicial en este sentido, en su Artículo 784, expresa que:

Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables. Y en ese mismo orden de ideas nuestro ordenamiento jurídico faculta al Juzgador a promover mediante autos de mejor proveer y antes de dictar sentencia la práctica de todas aquellas pruebas que juzgue convenientes para aclarar los puntos que encuentre oscuros o dudosos en el proceso.” (Artículo 2407 del Código Judicial).

En este sentido, por disposición normativa, nuestro Código de procedimiento, faculta y promueve en la actividad jurisdiccional un mandato específico en la producción de las pruebas que sean necesarias y conducentes para acreditar la verdad que se busca en el ejercicio jurisdiccional de que se trate.

La doctrina en torno a este tema presenta diversas opiniones, siendo de relevancia aquella corriente que señala que en el proceso penal no existe carga de la prueba, pues dotado el Juzgador de la facultad amplia de promover las pruebas que considere conveniente y siendo de interés público el resultado del proceso y la búsqueda de la verdad su fin, no debe por ende entenderse que la prueba debe ser carga de uno de los protagonistas del proceso penal. Todo esto aunado a las facultades del Ministerio Público de producir las pruebas en la etapa sumarial y luego representar el interés público dentro del proceso, releva de conformidad a este criterio doctrinal, la carga de la prueba pues siendo el Estado el procurador de la verdad, no vendría a necesitarse que el detentador de la verdad asuma sobre sus hombros la carga de la prueba, pues será relevado de la misma por ser de interés del grupo social que la verdad prevalezca por los mandatos y disposiciones específicamente atribuidos a los funcionarios públicos que el ordenamiento jurídico ha concertado para tales efectos.

En este sentido Marco Antonio Díaz De León afirma que:

“En los procesos de corte inquisitivo, y principalmente en el proceso penal, se cuestiona la vigencia de la carga de la prueba, por estimarse que -en este último proceso la carga no tiene eficacia de estímulo de la actividad de las partes, puesto que no puede decirse que el Ministerio Público sea titular de un interés interno en antagonismo con el imputado-.

...En el proceso penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o salir al paso de la astucia de las mismas”. Díaz (1988, pág.271).

En este orden de pensamiento García Valencia enuncia:

“Hay quienes rechazan la existencia de la carga de la prueba en materia penal bien sea que se radique en cabeza del Juez o del Ministerio Público, que en otras legislaciones hace las veces de Fiscal, con el argumento que dichos funcionarios no persiguen en el proceso la satisfacción de un interés propio sino de un interés público”. García (Op. cit, pág. 48).

Estos conceptos no los compartimos, pues si bien es cierto que la actuación de los jueces y fiscales es en interés de la verdad, no es menos cierto que jueces y fiscales son falibles y no siempre actúan en el correcto sentido de la verdad o en la adecuada valoración o perfección de la prueba, razón por la cual compete a las partes y en especial a los que lucha por su libertad; quien pretende la reivindicación de un derecho o quien pretende el resarcimiento del daño causado, que su verdad se manifieste pura, simple, inmarcesible en el proceso y pueda, durante su desarrollo, mantener la

vigencia requerida para que al enfrentarse en la sentencia a la valoración del juez, pueda alcanzar el objetivo particular y público que se persigue, sea éste la condena, el resarcimiento o la absolución; cualquiera de estos preceptos constituye el triunfo del derecho y la vigencia de la Justicia.

Estas apreciaciones devienen de la experiencia diaria en nuestros tribunales de justicia penal, que alejados de los recintos doctrinales donde la filosofía jurídica impera en un marco astral, alejada de las debilidades humanas, de las injusticias, del devenir de las arduas contiendas penales que afronta el Juzgador, la inusual pero probable malformación del espíritu de la vindicta pública que algunas veces troca su función de protector de la ley por el de vengador de la sociedad y en donde la realidad se impone a los principios filosóficos.

Esto nos obliga, a fuerza de experiencias, a considerar que la carga de la prueba penal, por su especial sentido de interés público, es una obligación y un derecho de carácter general, mandatorio por la ley y producto de la necesidad solidaria de mantener la convivencia social, único eslabón que nos separa de la anarquía y de la regresión del orden social.

5. Evolución y Sistemas de Valoración de la Prueba.

5.1 Evolución de la Prueba

Es la prueba, una institución sometida a los rigores de la evolución histórica tal como todas y cada una de las distintas manifestaciones del intelecto humano. En esa secuencia histórica de las distintas fases evolutivas del proceso que ya hemos examinado, podemos distinguir las distintas modalidades históricas de la prueba teniendo como presupuesto la necesaria existencia previa del proceso, por muy primigenia que fueran sus manifestaciones.

Enrico Ferri en su obra la Justicia Penal, citado por Gustavo Morales Marín, distingue “varias etapas históricas en la evolución del sistema probatorio, así: época primitiva, época religiosa, época de la prueba legal, época de la convicción íntima y época científico-crítica del futuro”. Ferri en Morales (2001, pág.91)

Enrico Ferri, uno de los pilares de la Teoría Positivista del Proceso y uno de los Padres de la Criminología, enunciaba en ese mismo sentido la existencia de cinco fases en la evolución del sistema probatorio expresando en términos generales los siguientes conceptos:

“en un principio fue la fase étnica, la de las sociedades primitivas, donde las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma

típica de procedimiento estaba constituida por el flagrante delito. Vino después la fase religiosa, que mejor se denominará mística, en que se invocaba el juicio de Dios o de los Dioses y se utilizaban las ordalías.....Apareció luego la fase legal, donde la ley no sólo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno; y en el cual se considera la confesión como la reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos para obtenerla a toda costa, por la tortura o la cuestión (tormento), cuando así es requerido. En cuarto lugar se encuentra la fase sentimental; en esta, por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan solo con su convicción íntima; se trata del sistema actual, instituido en función del jurado. Finalmente surge la fase científica, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales.” Ferri en García (1993, pág. 162).

De estas apreciaciones es evidente observar que las distintas fases o épocas del proceso, tienen relación directa a las fases evolutivas de la prueba, lo que resulta en la realidad previamente comentada de que todo producto del intelecto humano es, ha sido y será, fuente permanente de nuevos conceptos y proyecciones en la búsqueda incesante del equilibrio humano, político y económico, sobre el cual pueda sustentarse la solidaridad humana y la posibilidad de justificar las distintas formas de gobierno dentro del marco de derecho en que cada sistema político pretende fundamentar su vigencia y aceptación colectiva.

5.2 Sistemas de Valoración de la Prueba

Las conclusiones a que arriba el juzgador en la sentencia, como producto de lo debatido en directa relación con lo probado, nos lleva a considerar en esa íntima convicción, ¿Cuáles son los parámetros, grados, instrumentos, permisiones y modos específicos en que el juzgador valora la prueba?

Estas consideraciones han promovido en el desarrollo histórico del proceso, sistemas específicos que han pretendido darle contenido a la eficacia de los medios de prueba y procuran determinar la formulación de convicción que debe este medio de prueba procurar en el espíritu de certeza en la íntima expresión de la justicia: La Sentencia.

Debemos llamar la atención en este punto, pues los sistemas de valoración de las pruebas son normas promovidas por el Legislador y puestos a disponibilidad del juzgador, para el desarrollo de su labor de impartir justicia. No obstante observamos cómo el mismo Legislador, en el recurrir de la historia, ha procurado ampliar esa facultad de valoración y de promoción de la prueba, sobre conceptos de mayor certeza y oportunidad de encontrar la verdad de lo que se deduce en pleito.

No significa de manera necesaria que esta apertura en la formulación de la valoración de la prueba, haya resuelto los ingentes problemas que se suscitan al recorrer los complicados corredores que hay que transitar para

encontrar la verdad. Por el contrario, podemos adelantar que la amplitud en la formulación de la interpretación y alcance de la prueba puede operar en tanto que el juzgador, la más importante institución dentro del proceso, sea el más idóneo, respetuoso de los derechos del hombre, amante de la verdad, probo, versado en la materia que le toca dilucidar, en síntesis, que sea sabio, como lo ordena LA BIBLIA, la cual ya enunciaba en sus preceptos la necesidad de la sapiencia del juzgador, como condición sine qua non de permanencia de la justicia.

Nada aporta a la recta administración de justicia que tengamos las mejores normas de derecho material o de derecho procesal si los destinatarios, a fuerza de no poder contar con la grandeza de la función que les ocupa, hacen trizas toda la estructura del estado de derecho y desde sus refrigeradas trincheras, promueven constantemente la destrucción de la confianza pública, primer bastión de la fortaleza llamada Estado y de su espíritu identificado con la justicia y la seguridad jurídica.

De lo expuesto se deduce que la amplitud o las limitaciones en la valoración de la prueba puede operar como un medio de alcanzar la verdad o por el contrario puede promover la oportunidad del imperio del abuso y la injusticia, pues son diversos los factores que deben concurrir para que el Estado pueda garantizar a los asociados esa seguridad que se sostiene en el recto y justo proceder del juzgador, quien viene a constituir de manera

ineluctable el único destinatario de las disposiciones de valoración de la prueba.

Santiago Sentís Melendo, al esbozar estos conceptos enunciaba:

“La prueba es libertad; pero es libertad con la prueba; libertad de apreciación de la prueba; en manera alguna prescindencia de la prueba. Por eso, ya hace tantos años nos produjo, no extrañeza, sino susto la afirmación de Couture cuando al distinguir entre los sistemas para él, extremos de valoración, contemplaba el de la libre convicción diciendo que, de acuerdo con ese sistema, el legislador le dice al Juez -Tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos-”. Melendo (1990, pág.239).

En ese sentido, con un criterio muy particular, opina ANGEL MARTINEZ

PINEDA, al referirse a los sistemas de valoración de la prueba:

“Cuando el legislador señala reglas y condiciones para la valoración de la prueba, vuelve al pasado de sistemas obsoletos que la historia y la tradición señalaron en los sistemas de la prueba legal o tasada o en el sistema mixto. El sistema de las pruebas legales es poco objetivo, porque la ley solamente puede tomar en consideración el cariz general que acompaña al “hecho”, pero no la variedad de circunstancias especiales que, evidentemente, varían en toda ocasión. Estas circunstancias sólo el juez puede y debe apreciarlas. Con el sistema de la prueba tasada o legal, el órgano jurisdiccional, queda como cóndor atado a las cumbres de las montañas por lo impositivo de normas preestablecidas, atando el vuelo del entendimiento que dilucida, analiza, deduce o infiere con criterio racional y con auxilio de las leyes del raciocinio”. Martínez (1993, pág.99).

Es fácil observar que en esa búsqueda de la certeza dentro del proceso, se ha querido establecer el procedimiento que ha de utilizar el juzgador al analizar las evidencias, como presupuesto para acceder a la verdad. Esto supone necesariamente determinar cuáles han de ser las pruebas que han de ser formuladas en el proceso y de igual manera se deberá establecer el peso que esas distintas pruebas tengan para concertar la verdad del proceso, en tanto y cuantos diversos números de pruebas pueden concurrir a un proceso. Esa búsqueda del método probatorio es lo que concerta el sistema de valoración de la prueba y lo que permita al juzgador determinar cuáles han de ser las pruebas que se ponen al alcance de su mano y la validez que éstas puedan tener para informar en su íntima convicción, la verdad.

La prudente doctrina en su permanente afán de agotar las posibilidades de la lógica, la razón y la perspectiva de cada autor en torno a este tema, entra en debates casuísticos sobre los sistemas de valoración de las pruebas. Gómez Horacio señala, que en torno a los sistemas probatorios distingue “el sistema primitivo que se llegó a caracterizar por la venganza privada y una ausencia racional de valoración y fundada únicamente en las impresiones de carácter personal manifestadas por el acusado; sistema religioso en la cual lo distintivo era la influencia de las ideas y sentimientos religiosos era absoluta en el derecho, el delito era estimado como hecho ofensivo de la divinidad; sistema legal corresponde a un grado de evolución el derecho bastante apreciable, el valor de la prueba está determinado

previamente en la ley, el juez queda sometido a una tarifa probatoria inmodificable; **sistema de íntima convicción**, mientras que el anterior el valor probatorio lo fija la ley, en éste, lo determina la libre convicción del juez quien según su criterio determinará si es válida o no la prueba. Los dos últimos sistemas enunciados son los más importantes y los que en verdad tienen vigencia actualmente en el Derecho procesal. Gómez (1989, pág.27).

Hernando Devis Echandia en su obra, Teoría General de la Prueba Judicial afirma por su parte:

“Los sistemas de apreciación de la prueba judicial en realidad se reducen a dos: el de tarifa legal y el de valoración personal por el juez o libertad de apreciación. Las varias denominaciones que se han dado a esto sistemas y la diferencia que en un sentido estrictamente jurídico hay entre prueba legal, prueba formal y tarifa legal; dijimos que en realidad no existe un sistema mixto, pues cuando se otorgan ciertas facultades al Juez para apreciar determinados medios de prueba o en casos especiales, subsiste la tarifa legal atenuada... Como conclusión expresamos la opinión de que es indispensable abolir radicalmente el viejo sistema de la tarifa legal para el proceso civil, que si bien prestó valiosos servicios en un momento histórico, desde hace un siglo esta convertido en un fósil jurídico, que solo perjuicios puede ofrecer a la imponderable función de administrar justicia.” Devis Echandia (1993, pág. 287).

Esta posición asumida por el distinguido maestro Devis Echandia en sólo reconocer la existencia de dos sistemas de valoración de pruebas también es

ponderada por otros tratadistas, con ciertas variantes, pudiendo citar al procesalista argentino Carlos M. De Elia cuando señala:

“ Dejando de lado el examen en profundidad de los antecedentes históricos del tema, debemos ahora limitarnos a exponer los diferentes sistemas de valoración de la prueba que reconoce la doctrina; ellos son; el de la prueba legal y de las libres convicciones, a los que se puede agregar un tercero que, basado en el estudio de la prueba desde el punto de vista lógico, psicológico y de la experiencia del Juez, se conoce como sana crítica y que alguna literatura procesal, según veremos, admite solo como perfeccionamiento metodológico de las libres convicciones”. De Elia (Op. cit, pág. 23).

Al mostramos conforme con las explicaciones doctrinales en torno a esta materia, examinaremos los principios fundamentales de formulación y valoración de la prueba a saber:

- 5.2.1 Sistema de Tarifa Legal
- 5.2.2 Sistema de Intimo convencimiento y
- 5.2.3 Sistema de la Prueba Racional o Sana Crítica.

5.2.1 Sistema de Tarifa Legal

“Cuando el Legislador señala el valor de la prueba, estamos frente al sistema de la tarifa legal.” Parra (2001, pág. 147).

Es el Legislador en este sistema, quien de manera teórica establece de manera proyectada las enunciaciones de valor que la ley le asigna a las pruebas incorporadas al proceso. Se limita la función del juzgador, en este sistema, a ser un simple tasador de lo expuesto en la ley, versus los hechos que examina, tratando de hacer coincidir los preceptos de la ley en el marco de los hechos examinados, estableciéndose previamente el valor que habría de tener cada medio probatorio.

El Catedrático y Magistrado del Segundo Tribunal de Justicia Patrio, Wilfredo Sáenz al considerar este tema señala que:

“Cabe destacar que en el sistema inquisitivo regía el criterio de la prueba legal tasada y el juez debía interpretar la misma de conformidad con los lineamientos contemplados en la norma y le daba prominencia a la operación aritmética, es decir, el mayor número de testigos con respecto a determinada posición era determinante; por tanto, quedaba reemplazada la convicción del juzgador”. Sáenz en Fábrega (2001, pág. 846).

A juicio del catedrático Colombiano Jairo Parra las ventajas del sistema de tarifa legal son:

- “a. Que le permite a las partes saber de antemano, cuál es el valor que se debe dar a las pruebas que se aportan o se practican en el proceso.**
- b. Que habrá uniformidad en las decisiones judiciales.**
- c. Evita que el juez por cuestiones personales favorezca a alguna de las partes, ya que, basándose en el valor preestablecido por el Legislador, no habrá lugar a subjetividades.**
- d. Que suple la ignorancia y falta de experiencia de los jueces, ya que las normas redactadas por el Legislador son hechas por personas doctas en el derecho.” Parra (Op. cit., pág. 148).**

Igualmente, expone las desventajas de la tarifa legal:

- a- Relega la función del Juez sobre todo en las pruebas personales, ya que al preestablecer su valor, se desvirtúa, la función del proceso.**
- b- El juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema, en cambio en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo sobre todo en la producción de la prueba. La tarifa legal, termina por mecanizar y domesticar al juez, lo envuelve en la rutina; por el contrario, la libre convicción exigirá del juez cada vez más estudio, sobre todo de las ciencias que contribuyen a una mejor apreciación de la prueba.” Parra (Idem).**

Es necesario comentar que, a fuerza de observar los parlamentos de nuestras democracias en evolución, aquellos que formulan la ley no siempre son doctos ni procuran formular las mejores propuestas de derecho lo que, sin duda, agrega desasosiego a las atribuladas funciones del juzgador.

La legislatura a fuerza de ejercer cargos técnicos deformados por la política, dejan atrás la trascendental responsabilidad de gobernar y legislar

con sabiduría dejando en evidencia la responsabilidad que ocupa a todos los asociados en la formación de los sistemas judiciales que le sirven de soporte al Estado, pues de allí nace esa seguridad jurídica que todos anhelan, pero que pocos saben buscar y defender.

Los ciudadanos sabios y honestos, al no comprometerse en las funciones políticas, so pretexto de que los políticos son por naturaleza corruptos, dejan en manos de estos o aquellos los principios fundamentales de la ley y del proceso, quedando estos convertidos en simples enunciados programáticos, mientras nuestras sociedades se desintegran sin saber ¿por qué?, evitando así damos una explicación simplista, que nace de nuestra propia negligencia en la formulación de cosas tan simples como instituir y promover a los más sabios para hacer las leyes y hacerlas cumplir.

No es nuestro interés al formular estos comentarios, alejamos del sentido doctrinal de las instituciones procesales, pero es que no podemos concebir la ley, el proceso y la actividad jurisdiccional, fuera del contexto del estado y de la vida cotidiana de cada uno de los asociados y es que el análisis del proceso y su desarrollo nos enfrenta de manera directa a las vivencias que de manera permanente debemos concertar todos los ciudadanos ante nuestro sistema judicial que es independiente en su funcionalidad, pero complementario e inequívocamente parte del concierto gubernamental en la búsqueda de los principios que motivan la existencia de los Estados y en el derecho público moderno, la búsqueda del Estado de derecho, que tiene

como objetivo hacer perdurar la justicia y la equidad como garantía de coexistencia pacífica de todo ciudadano.

No es que exponamos una teoría Tecnócrata del Estado, no lo conceptuamos de esa manera, pues consideramos que la sabiduría emerge de todas las almas con formación moral, no importa la clase social o profesión que ejerza el individuo, nos referimos a esa sabiduría que dimana de las buenas intenciones y de los sanos propósitos y la concertación de los mejores intereses de la colectividad, discurso que solo parece tener vigencia en los estadios pre-electorales.

Nos mostramos igualmente de acuerdo a que la prueba en su valoración, debe ser dinámica, matizada de la experiencia del juzgador, la lógica y de las especiales circunstancias en que los hechos se produjeron, de manera tal que el sistema de tarifa legal, frena la responsabilidad del juzgador en la búsqueda de la verdad e imposibilita el libre ejercicio de la razón, prescindiéndose en el proceso del instrumento más apreciado al momento de juzgar, el raciocinio como medio de determinar la convicción del juzgador

5.2.2 Sistema de Íntimo Convencimiento

“Si el juez puede y debe libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de la libre valoración (o libre Convicción)”. Parra (Op. cit., pág. 147).

Este sistema viene a constituir una verdadera innovación en la valoración de la prueba ya que el juzgador, expedirá su fallo o sentencia de acuerdo a su íntima apreciación, dándole a la prueba incorporada al proceso, el valor probatorio, que su juicio le indique.

Eduardo J Couture, de manera simple y didáctica expone que:

“En cuanto a la libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos. En nuestros países, el concepto de libre convicción debe reservarse para expresar, conforme a su verdadero sentido, una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo: prueba hallada fuera de autos; saber privado del juez de los hechos que debe apreciar; etc.) El jurado también al no tener que motivar su veredicto, emite un parecer de libre convicción.” Couture (1981, pág. 215).

Este concepto ilustra en todo su sentido este sistema de valoración de la prueba, en donde el juzgador queda de manera ilimitada dueño de la verdad procesal, sin más limitación que su propio convencimiento o intuición en torno a la verdad que debe ser apreciada por conducto del proceso. Devis Echandia y Sentis Melendo discrepan de los conceptos vertidos por el Maestro Couture, por considerar que sólo existen dos métodos de valorar la prueba, el de las pruebas legales y de las libres convicciones. Ambos autores formulan la existencia de la obligación del juez a someterse a las reglas de la

lógica, el sano juicio, los medios científicos del convencimiento, la convicción razonable, análisis de los hechos y la apreciación crítica de los elementos de la prueba. No puede existir, de conformidad a estos autores, una libre disposición de criterio sin fundamento alguno y por último, es importante destacar que no reconocen una distinción entre sana crítica y las libres convicciones, sino que sostienen que la sana crítica es una forma razonada de aplicar las libres convicciones. De Elia (Op. cit., pág. 27).

Es evidente, a pesar de las discusiones doctrinales, que el juzgador no puede caer en la arbitrariedad, por ello esta libre apreciación debe suponer un razonamiento lógico, a efecto de arribar a una correcta evaluación de las pruebas allegadas al proceso, que permitan al juzgador encontrarse con la verdad real de los hechos.

Por otro lado, no puede concebirse sentencia que dimanar de manera exclusiva del arbitrio del juzgador separado de las pruebas, pues estas, como hemos afirmado, son el pedestal sobre el cual se levanta y se sostiene la justicia por ello, la infatigable permisión del legislador en dotar de facultades y eliminar las barreras y limitaciones, con el objeto de permitir que el juzgador encuentre la verdad, muy a pesar de las limitaciones de las pruebas, que las partes aporten al proceso.

5.2.3 Sistema de la Prueba Racional o “Sana Crítica”

Este sistema de valoración de la prueba, parte del hecho esencial de que el juez al momento de ejercitar la actividad jurisdiccional debe promover el ejercicio de toda su capacidad, experiencia, intuición, raciocinio, lógica y cualquier otro medio de formulación del conocimiento, en búsqueda de la verdad que emana de los elementos probatorios. Al decir de Gustavo Humberto Rodríguez en su obra, Derecho Probatorio:

“Dentro de este sistema, el calificador es también el Juez, pero ya no movido por su conciencia, por su convicción moral, simplemente sino por su discernimiento, su raciocinio, su análisis crítico, su apoyo en la ciencia y en la técnica, en la lógica dialéctica, en las reglas de la experiencia. Entra, pues, en juego su capacidad razonadora, su personalidad, su ilustración general. Esta obligado a motivar sus decisiones, a fundamentarlas racionalmente, y por ello entran en juego todos estos factores.” Rodríguez, (1997, pág.99).

La prueba, como parte esencial del proceso, presenta su aspecto más trascendental al momento de su valoración, pues la producción de la misma se encuentra sometida a reglas y términos específicos, pero en su valoración concurren en el ánimo del juzgador, factores incluso extra procesales, que sostienen relación directa a sus convicciones, su idiosincrasia, su perspectiva ideológica y política de las instituciones sociales, es en ese instante en que el

juzgador, como representante de la humanidad, con todas sus virtudes y defectos, se alza por encima de todos los vicios y debilidades para garantizar que prevalezcan los más puros principios, las mejores ideas y el mejor derecho, en donde la prueba adecuadamente valorada es el camino para alcanzar la verdad, fin del proceso, y reflejar esa exégesis conceptual reflejada en la sentencia, es la más pura verdad alambicada en la razón, la lógica, la buena fe y la ley para el imperio de la justicia. No es entonces, el solo capricho del juzgador o lo que disponga el legislador lo que le da contenido a la prueba; es el resumen universal de lo que significa el hombre, con sus virtudes y sus miserias, que se juntan al momento de redimir la más preclara de las actividades del hombre, elevarse desde el pedestal de su natural egoísmo e impartir JUSTICIA.

En oposición a estos criterios existen posiciones encontradas, ya que algunos formulan la tesis, que los medios probatorios por sí solo deben concertar la verdad que supuestamente sustentan en el proceso, de manera tal que no pueden existir axiomas incompletos de los cuales se desprenda una posterior verdad universal. La verdad es una sola e inequívoca y la prueba que conduce a ella debe ser igual.

Así afirma Gustavo Morales Marín:

“las reglas de la sana crítica se constituyen más en suposiciones o conjeturas, que en criterios ciertos para valorar los medios probatorios. Se trata, sencillamente, de

un método racional – formalista, fundado- se repite- en axiomas no demostrados e indemostrables. Lo extraño es que quienes dicen pensar con acierto sostienen que han salido del racionalismo formalista de los siglos XVII y XVIII, pero extrañamente se han aferrado a ese mismo racionalismo. Es apenas obvio admitir que dicho racionalismo pretendió liberar al juez del método de la tarifa legal, en la apreciación de las pruebas; que procuró independizar al juez del legislador y de la ley y someterlo tan solo a la “diosa” razón, pero desafortunadamente lo único que logró fue una sujeción ciega a los axiomas mencionados y a otros que fueron elaborando, para la fatalidad, los pontífices de las pruebas penales”. Morales Marín (Op. cit., pág. 106).

Nuestro ordenamiento jurídico patrio, consagra el principio de la sana crítica en la valoración de la prueba, en el artículo 781 del Código Judicial y preceptúa que:

Artículo 781. Las pruebas se apreciarán por el Juez según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. El Juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde.

Este precepto de la ley procesal se reitera en referencia directa a los medios de prueba, no obstante, el mismo código establece limitaciones al sistema de la sana crítica, pues el Artículo 918 del Código Judicial señala que:

Artículo 918. Un testigo no puede formar por sí solo plena prueba; pero si gran presunción cuando es hábil, según las condiciones del declarante y su exposición.

El jurista y catedrático Jorge Fábrega Ponce nos enumera en su obra **Teoría General De La Prueba**, un número plural de ejemplos de la prueba tasada en el ordenamiento procesal patrio y conceptúa:

“estimamos que se justifican algunas de estas excepciones, dados los patrones culturales de nuestro medio, y que de haber seguido el Código la “sana crítica” en forma absoluta, se hubiera abierto la posibilidad a excesivo subjetivismo e impediría, o frustraría en numerosas ocasiones, la impugnación por la vía de casación con respecto a la evaluación de la prueba que hace el tribunal de segunda instancia. Y tales limitaciones existen en otros códigos modernos v.gr.; el italiano y el colombiano. Respecto al primero a pesar de que la doctrina habla del “libre convencimiento” no es menos cierto que numerosos autores v.gr.; Michelli, Rocco, Lugo etc.- reconocen que nuestro ordenamiento incluye todavía numerosos residuos del sistema de la prueba legal e indica que constituyen reglas de la prueba legal aquellas en que el legislador determina a priori la eficacia de determinados medios como la confesión, el juramento, los documentos públicos y privados. Y limita la admisibilidad de la prueba testimonial, etc. (Lugo, Manuel. Pág.134) pero que, con todo, son exageradas.” Fábrega (1978, pág. 350).

Estos conceptos resultan en un contrasentido, que nos motivan a no compartir del todo los criterios del profesor Fábrega Ponce, pues si admitimos que en efecto, es necesaria la existencia de limitaciones en torno al sistema de la sana crítica en la evaluación de la prueba tan solo con el objeto de facilitar la impugnación por la vía de la casación de las evaluaciones de la

prueba que hace el tribunal "a quem", deviene la doctrina en una negación de la propia naturaleza del proceso.

La justicia penal, no procura, no tiene como objetivo, ni se limita a determinar la ocurrencia de los yerros del juez en torno a la existencia de la prueba o de la errónea interpretación de ella, la prueba no es un fin, es un medio para alcanzar la verdad, y las causales de casación operarían de igual manera de existir un sistema puro de sana crítica, pues como venimos diciendo, no es el solo capricho del juzgador lo que da contenido a la sentencia dentro de este concepto, es todo un conjunto de elementos de carácter lógico que deben coincidir de manera axiomática entre los hechos examinados y las pruebas incorporadas al proceso. Esa simbiosis pragmática objetiva es la que viene a garantizar, que las pruebas y los hechos den contenido a una sentencia que se identifique con lo preceptuado en la ley y que cumpla los altos fines del proceso, garantizar el imperio de la justicia teniendo como soporte la verdad.

Trata además este tema, un concepto más amplio que sería necesario desarrollar en otro estudio procesal, pues la casación que no es otra instancia, como tantas veces la doctrina advierte, y que es un recurso que "debe promover la sencilla búsqueda de la verdad", ha terminado por convertirse en nuestros países en una quimera pues, afectados por un injustificable formalismo pretoriano, en donde no son ajenos los días fastos y nefastos y en donde la sana crítica de los juzgadores, no encuentra limitación

alguna a sus razonamientos y conclusiones, han terminado por limitarse a determinar los errores del proceso y no a complementar la existencia de la verdad, pues nuestros juzgadores casacionistas, aunque adviertan la verdad, difusa entre la impericia o la ignorancia del juzgador y/o los auxiliares del proceso, tendrán que conformarse con mirar con indiferencia y resignarse a dejar de lado el fin del proceso y la razón de la existencia del concierto social, pues ante el altar de la formalidad se inmolan constantemente los más altos principios de la libertad, los derechos humanos y en síntesis de la justicia, razón de ser de la existencia de las instituciones juzgadoras y del Estado de Derecho.

Esto nos lleva a concluir que, en efecto, el sistema de valoración de la prueba, debe ser concebido desde la perspectiva del objeto y fin del proceso y no desde la posibilidad de la ventaja que le pueda acarrear al procesado. Las limitaciones impuestas por la ley a los hechos o a las pruebas, no vienen a explicar por si solos la necesidad de imponer límites a la capacidad de valoración del juzgador, pues a fuerza de creer en la institución llamada Estado y de los pilares fundamentales que justifican su existencia entre ellos, la Judicatura, tenemos que afirmar que, al valorar las pruebas el Juzgador no sólo debe limitarse a explicar razonadamente cómo llega a sus conclusiones y cómo conjuga la diversidad de los hechos y las pruebas para arribar a sus conclusiones, sino que además, en ese ejercicio lleva incita la obligación suprema de hacer que la verdad impere, y las disposiciones que

garantizan el ejercicio de la doble instancia, no hacen más que garantizar este objetivo.

Luego entonces, si esas instancias sujetas a la volición y a la experiencia arriban a la verdad, el estado cumplió con el objetivo de su existencia y ese recurso extraordinario no necesariamente garantiza, que la volición del Magistrado de casación, no deje arrebatarse su entusiasmo por la ley y la justicia, bajo los mismos efluvios que motivaron la resolución de instancia del "a quem", luego entonces, es necesario concluir que apenas estamos esbozando las teorías en la búsqueda del sistema de valoración de la prueba más adecuado, pues a pesar de la confianza que el legislador le ha querido irrogar al juzgador, ha soslayado la posibilidad de poner en sus manos toda la permisibilidad del valor probatorio y ha establecido un sistema mixto, que en todo caso constituye el consuelo de los inconformes, pues siendo la verdad absoluta y la justicia unívoca, los medios de prueba en cuanto a su valoración siguen sujetos a un sistema mixto, que finalmente devienen en confusión, pues quizás sólo aportan la diferencia en cuanto a la forma de la prueba, pero no inciden en cuanto al fondo de la misma, en donde radica de manera especial, el problema que venimos tratando, el de la valoración de la prueba.

La búsqueda de la justicia, por medio del imperio de la verdad, se abre paso en las tenebrosas brumas de la ignorancia, el egoísmo, las diferencias sociales, económicas, políticas; en ese mundo tenebroso de las influencias en

donde la debilidad del juez se torna en el peor de los peligros contra el Estado, aún mayor que aquel que se debate en las causa que deslinda, esa búsqueda involucra la necesaria concurrencia de una suprema voluntad del gobernante de dotar a los tribunales de los mejores jueces que, falibles al fin a las debilidades humanas, han de sortear cada día de sus delicadas labores, la humana debilidad y tendrán que encontrar el camino que les lleve a garantizar cada vez esa confianza que promueve la existencia del Estado de Derecho.

6. Relación de Algunos Principios Procesales Frente a la Prueba

El proceso y en especial el proceso penal, se encuentra matizado de una serie de preceptos de carácter procesal que pretenden garantizar que las pruebas incorporadas al proceso no tengan ningún viso de ilicitud y por ende puedan de manera plena, promover la garantía de certeza que requiere el Juzgador al valorarla.

Estos principios, sostiene el maestro Wilfredo Sáenz, persiguen la finalidad de que las pruebas cumplan con su objeto, es decir, demostrar la existencia y veracidad de los hechos motivo de la controversia jurídica, para ello corresponderá al Ministerio Público demostrar la culpabilidad del imputado. Fábrega (2001, Op. cit., pág. 850).

Los principios procesales, se han ido concertando en la evolución del proceso y se han consolidado de conformidad al reconocimiento de los

derechos del procesado que ha sido el elemento distintivo de la evolución del proceso. Estos principios vienen a darle contenido a los derechos inmanentes de todo ciudadano que sea objeto del proceder jurisdiccional, poniendo límites a la posible arbitrariedad de los juzgadores, acusadores, querellantes y del propio juzgador. Estos principios procesales promueven que la prueba, sea coherente, procedente, válida, lícita, oportuna, coincidente y que de alguna manera no pueda sujetarse a ficciones o suposiciones, enmarcando la volición del juez en los hechos examinados, en las pruebas aportadas y en las garantías procesales y de derechos humanos que se encuentran incitas en la actividad jurisdiccional, convirtiéndose estos principios en los garantes de la legitimidad no solo de la prueba, sino del proceso mismo, pues aunque se falle lo justo, si el proceso se desarrolla por encima de estos principios consagrados en la ley y en la lógica jurídica, no se hizo justicia, pues este es un concepto absoluto y no condicional o relativo, lo que vulnera el principio casi divino de la seguridad jurídica.

Los principios procesales aún no han sido concebidos en su totalidad, pues como hemos afirmado se van consolidando en la medida del desarrollo del concepto de justicia, de la madurez y evolución del proceso y de los estándares de los juicios de valor que la sociedad moderna le adjudica a la ley, al derecho, a las reglas de convivencia social en fin, a la natural evolución de la sociedad humana.

Número plural de estos principios aún se encuentran en discusión en cuanto a su alcance y validez, pues la inquieta doctrina no encuentra acomodo a la universalidad de los conceptos y discute de manera permanente sus alcances, como fuerza vivificadora de la sapiencia que de manera permanente se vierte en la consideración de los hechos y el derecho que se debate en los foros de la comunidad internacional. Por ello abordaremos de manera selectiva algunos principios de mayor concertación doctrinal y esbozaremos los alcances que se le adjudican en la doctrina y en el derecho positivo, como un preámbulo a la determinación del marco de acción del juzgador, quien previo a la sentencia debe garantizar que estos principios a enunciar, estén considerados en su plena validez en el proceso en examen, lo que constituye una limitación más a la posible arbitrariedad del juzgador, al tratar las pruebas en su validación jurisdiccional.

Estos principios son la medida del equilibrio, entre el respeto de los derechos de las partes, del procesado y de la obligación de garantizar que la justicia promovida por conducto de la sentencia, no hubiese sido contaminada con el oprobio del abuso, del desconocimiento de derechos o de la indefensión que promueve, el desconocimiento de los mínimos o extremos derechos a la defensa, es así pues en este marco conceptual, que dilucidaremos los principios procesales que inciden de manera directa en el caudal probatorio.

6.1 Principio de Legalidad

Para evitar confusiones y establecer la trascendencia de lo que estamos desarrollando debemos determinar la diferencia clara entre el Principio de Legalidad del Proceso y el Principio de Legalidad de la Prueba.

El Principio de Legalidad del Proceso, además conocido como el Principio de Reserva Legal, tiene acogida en todos los sistemas políticos que dicen llamarse democráticos ya que preceptúa que nadie puede ser juzgado y sancionado por conducta que al momento de su comisión no hubiese sido tipificada por una norma penal, este principio se traduce en el aforismo latino que reza "NULLUM CRIMEN, NULA POENA SINE PREVIA LEGE".

Este principio se encuentra estrechamente ligado al principio del debido proceso, tal como lo señala el tratadista Hernando Londoño Jiménez cuando expresa:

"Todo el postulado del debido proceso es equivalente al otro principio de la ley sustancial que consagra el de la legalidad referida al hecho punible. A la pena y a la medida de seguridad. Son dogmas legales, puesto que su inobservancia hace irrelevante la condena o enerva el juzgamiento, los cuales, de producirse en flagrante violación de aquellos principios rectores, estigmatizarían el proceso penal con un altísimo coeficiente de injusticia, de arbitrariedad y de atropello a las vías legales. Ambas filosofías, la de la legalidad en el Código Penal y la de Legalidad del proceso en el Código de Procedimiento, tienen su origen institucional en la Constitución, y su aplicación a la vida jurídica en ambos estatutos. Por eso los dos códigos tienen un profundo contenido de garantías

individuales, no solo para quien delinque, sino también para el hombre inocente, quien por una equivocada interpretación de la ley o abuso del poder, puede verse perseguido contra todo derecho". Londoño (1989, pág.3)

Este concepto de que la ley sustantiva debe ir aparejada en sus postulados programáticos a la ley adjetiva, viene a explicar de manera clara la garantía que debe asegurar el estado a los ciudadanos en el proceso, como condición inexcusable para que prevalezca el derecho y se imponga la justicia.

Por su parte, el Principio de la Legalidad de la Prueba o de la instrucción probatoria, determina que toda prueba que se incorpore al proceso, debe serlo de conformidad a los procedimientos específicamente establecidos por la norma adjetiva. Al decir del ilustre Profesor Fábrega Ponce:

"Ninguna prueba puede ser considerada como válida sin haberse practicado de conformidad con el trámite legal correspondiente. Una prueba que se haya llevado al proceso por vías distintas a las previstas en la ley carece de todo valor, Debe ser considerada—como ha expresado un tribunal—“subrepticia o clandestina.” Fábrega (1978, Op. cit., pág. 129).

Es ejemplar la simbiosis de estos principios pues, ilustran la compleja estructura que el estado ha formulado para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y limitar la arbitrariedad y los abusos del derecho y el desconocimiento de la ley.

El derecho adjetivo y el derecho sustantivo, como un solo garante de la legitimidad del proceso debe promover esa certeza que las reglas y procedimientos se han de cumplir para arribar a la verdad procesal y cualquier medio probatorio incorporado fuera de estos preceptos legales, no podrán concertar ninguna convicción en el juzgador por ser nula, inexistente, oprobiosa e ilícita.

Este principio también ha sido denominado de la eficacia jurídica y el Profesor Víctor de Santo en tomo a este principio reseña:

“Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para suministrarle al órgano jurisdiccional la convicción o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al pleito. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia y las modalidades de los hechos afirmados.” De Santo (1992, pág.9).

Nuestro ordenamiento jurídico recoge este principio en todo el recurrir del Capítulo I del Título VII del Código Judicial que se refiere de manera específica a las Normas Generales referidas a las Pruebas en el Proceso, en donde se deducen de manera taxativa, las condiciones de tiempo, modo,

forma de recepción, procedencia etc., y en donde se registran los elementos necesarios y requeridos para que la prueba deba ser considerada legal.

6.2 PRINCIPIO INDUBIO PRO REO

Sobre este principio se levanta toda la arquitectura de los derechos del hombre y en el encuentra refugio el más puro dogma generador de un Estado de Derecho, la presunción de inocencia. Es la condición de inocente de cada ser humano, su estado natural ante la estructura jurídica del Estado, en tanto y cuanto la vindicta pública no logre demostrar la existencia de un delito y la vinculación material y subjetiva entre los hechos y las evidencias incorporadas al proceso todo ciudadano se presume inocente y sólo la absoluta certeza, dimanante de pruebas lícitas, podrá variar la condición de inocencia, previo proceso legítimo y desarrollado conforme a derecho.

Este principio se deduce vinculado a la prueba, pues previa presunción de la inocencia, la prueba podrá ser apreciada libre de prejuicios, sin juicios preconcebidos, de manera pura, natural, desarraigada de falsas conclusiones extraprocesales y sujetas exclusivamente al mundo del proceso.

Nuestra Carta fundamental promueve del Principio in Dubio Pro Reo en su artículo 22 cuando preceptúa:

Artículo 22. Las personas acusadas de haber cometido 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.

Por su parte, nuestro Código Judicial de manera taxativa recoge el principio de presunción de inocencia cuando expresa:

Artículo 1942: Toda persona tiene derecho su libertad personal y frente a toda denuncia se presume su inocencia.

De conformidad a la doctrina y para ilustración Gustavo Morales Marín expresa:

“De los preceptos enunciados, se infiere racionalmente, que la investigación se inicia presumiendo la inocencia del imputado primero y del sindicado después. Y que el Juicio se inicia, también, presumiendo que el acusado es inocente. Si el sindicado es inocente, la carga de la prueba de que ese sindicado fue autor o cómplice de una determinada conducta punible corresponde a quien lo afirma. Si quien tiene a su haber la carga de la prueba no convence al juez o no se convence a sí mismo, de que el sindicado es autor o cómplice, es claro que subsiste la presunción de inocencia”. Morales Marín (Op. cit., pág. 193).

6.3 Principio de la Libertad de la Prueba

En virtud de este principio se permite a las partes en el proceso, al juzgador y a la vindicta pública, incorporar todos los medios de pruebas que

consideren conveniente, con la única limitación de que las pruebas que se pretenden incorporar no estén expresamente prohibidas por la ley, no violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público. Este principio es contemplado en nuestro ordenamiento procesal penal, en el artículo 780 del Código Judicial.

El tratadista Víctor De Santo, en su obra Prueba Judicial, comenta que:

“Las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad se refieran a hechos que la ley prohíbe investigar, o que resulten manifiestamente inútiles, impertinentes, inidóneas o que aparezcan ilícitas por otro motivo.” De Santo (Op. cit., pág. 95).

6.4 Principio de la apreciación de la Prueba conocido como el Principio de la Sana Crítica.

Este principio dice relación directa a las facultades del juzgador al momento de valorar los elementos probatorios y que resume los comentarios que hemos adelantado en torno a los sistemas de valoración de la prueba. Esencialmente se trata de que todo juzgador debe en cada caso, como regla de evaluación, promover una exégesis de la realidad reflejada en el proceso, con criterio amplio, libre de prejuicios, conceptos preconcebidos o vivencias ajenas al proceso, a lo sumo en su amplio espectro de experiencias puede

promover las pruebas que estime convenientes para garantizar que la verdad que busca se refleje en el proceso.

Es necesario aceptar que todo juzgador va conformando una cultura jurídica, que sin ser universal, va adaptando un criterio uniforme que necesariamente se traduce en la jurisprudencia, pero en el entendimiento que la ley, el hombre y la justicia evolucionan, debe imperar ese principio que promueve de manera necesaria, la facultad del juez de hacer uso de un juicio amplio, en búsqueda de la verdad, que constituye el fin de todos sus esfuerzos

Esta máxima obliga al juzgador que en el momento de emitir su decisión, la misma no sólo tiene que tener asidero legal, sino que además el juzgador debe apreciar el caudal probatorio incorporado al proceso basado este análisis, en la lógica, la historia, la calidad y el contenido de las declaraciones, su experiencia, su sano juicio, elementos estos que deben dar contenido a la sentencia, reflejo más puro de las evidencias incorporadas al proceso y que han de llevar a la verdad.

Ya hemos observado que nuestras normas adjetivas, acogen un sistema mixto de la evaluación de la prueba. (Ver artículos 917 y SS. del Código Judicial.) no obstante, el Artículo 781 del Código Judicial, promueve el principio y sistema de la sana crítica.

6.5 Principio de la Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba

Este principio dice relación directa a la verdadera naturaleza de la actividad del juzgador, que no únicamente se limita a ser receptor de las pruebas de las partes, por el contrario ejerce una actividad que reviste una importancia trascendental, pues no solamente admite y vigila que se cumplan todos los términos y formalidades de la recepción de la prueba, sino que participa en la producción de ellas, con lo cual se garantiza que al verlas producirse, nacer en el mundo jurídico y desarrollarse bajo su directa inmediación, no hace más que acercarse a esa verdad buscada, no hay que soslayar la realidad de que la producción de un testimonio de manera personal, no refleja la fría lectura impersonal que se desgasta del legajo probatorio, la promoción directa, el contacto con el testigo puede ilustrar al juzgador de la legitimidad o justo valor de lo dicho.

Victor de Santo al respecto opina que:

“La inmediación que es un principio general del proceso, acrecienta su importancia cuando se trata de la prueba, pues permite al juez una mejor apreciación de ella, particularmente cuando se trata de testimonios, reconocimientos judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos”. De Santo (Op. cit., pág. 94).

Nuestro ordenamiento positivo consagra la garantía de este principio en referencia a las pruebas testimoniales y periciales, en los artículos 2243, 2244 y 2256 del Código Judicial.

Es el Artículo 782, que plasma de manera amplia este principio cuando preceptúa

Artículo 782. El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer, por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique.

6.6 Principio de la Comunidad de la Prueba

Este principio dice relación al instante procesal en que la prueba se incorpora al proceso, y desde ese momento debe entenderse que con independencia a quien aduzca la prueba, una vez admitida, deja de ser de la parte que la propone para pertenecer de forma general al proceso, a tal suerte que puede ser requerida por todas las partes que en éste intervienen. A efecto de ilustrar este principio vigente en materia probatoria, el Profesor Castillo Barrante en su obra, Ensayo sobre la Nueva Legislación Procesal Penal, señala:

“Desde el momento en que una prueba es ofrecida o recibida, queda adquirida por el Juez y por el Proceso. Es oportuno recordar que las partes no tienen sobre el proceso penal ningún poder dispositivo (salvo en los delitos de acción privada) y las pruebas ofrecidas o recibidas se revisten del mismo carácter público propio del procedimiento penal, pasan al dominio público por estar referidas a un asunto de Derecho Público como el juzgamiento de una infracción penal”. Castillo (1992. pág. 65).

Nuestro Código Judicial patrio, se hace eco de este principio, en diversos artículos referidos a materia probatoria a saber el 802 y 814.

Este principio viene a resaltar y de manera inequívoca exponer que el proceso es de carácter público, con un fin de trascendencia social que se traduce en la aplicación de la ley para la concertación del derecho en procura de justicia. No es el proceso de manera simplista el vehículo de recuperar o hacer valer un derecho, obtener venganza o buscar reparación, es necesario reiterar que el proceso busca legitimar la coexistencia de los hombres en un Estado de Derecho.

6.7 Principio de la Contradicción

Este principio cobra importancia invaluable para el proceso, toda vez que es inadmisibles la existencia de prueba secreta en el proceso. Así, Jairo Parra expresa: “La parte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida o a espaldas de la contraparte.” Parra (Op. cit.. pág. 57).

Esto deviene en la necesidad de que todas las pruebas que se generan durante la actividad primaria de investigación, conocidos en nuestro ordenamiento positivo como “informativos”, sean posteriormente ratificados para su plena validez, para que sea permisible la intermediación en la producción de las pruebas que han de hacerse valer en el proceso, con lo

cual toda prueba que pretenda incorporarse al proceso, tratándose de testimonios, experticias y/o declaraciones de partes, deben ser formuladas, ratificadas o validadas en el proceso, sin que puedan existir en éste por propia imposición, ya que deben ser objeto de la contradicción, inmediación y conocimiento de las partes, para que no puedan finalmente ser inhibidas del proceso, por ilegales.

La norma adjetiva vigente en suelo patrio, consagra en su artículo 787 que “no habrá reserva de las pruebas”, imponiendo al Secretario la “obligación de mostrar a cualquiera de las partes, siempre que lo solicite las pruebas de la parte contraria”. Además el artículo el artículo 790 señala que tratándose de reconocimiento de una cosa por peritos, el cotejo de firmas y otras diligencias semejantes, la parte a quien pueda afectar esa prueba tiene derecho de presenciar su práctica”. De igual manera existe número plural de artículos que consagran este principio, no obstante basta como ilustración, los mencionados.

6.8 Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba

En materia probatoria se parte de la premisa que las partes en el proceso pueden aducir pruebas en el proceso a fin de procurar la veracidad de su relato, esta potestad esta íntimamente ligada con el principio de la formalidad y de la legalidad. Así las cosas, por principio de formalidad debemos

entender que sólo es admisible el que las partes aduzcan pruebas una vez el sumario se radica en el Tribunal de la causa, cuando el proceso se abra a pruebas por un término de cinco (5) días, previa dictación del Auto encausatorio (Artículo 2222 del Código Judicial). Es decir únicamente las pruebas aducidas en el término probatorio que la ley adjetiva promueve son válidas y aquellas que se producen fuera de este contexto, no han de ser partes del acerbo probatorio que el Juzgador ha de tomar en cuenta en su pronunciamiento jurisdiccional.

Al respecto comenta Gustavo Morales Marín:

“las pruebas se pueden decretar y se pueden practicar de oficio o a solicitud de algunos de los sujetos procesales. Obviamente, que ello se debe cumplir en la oportunidad legal correspondiente y con el cumplimiento de las formalidades pertinentes.” Morales Marín (Op. cit., pág. 186).

El principio de Legitimidad exige que las pruebas sean aducidas por las personas que por mandato legal son parte en el proceso como son: el Fiscal, el querellante, la defensa, el imputado y de oficio el propio juez. (Ver artículo 2226 del Código Judicial Patrio).

Este principio deviene en la modalidad de la inmaculidad de la prueba, que algunos tratan como un principio independiente, pues hace mandatorio que la prueba esté exenta de vicios, como el dolo, error, violencia, inmoralidad, mala fe.

6.9 Principio de Carencia de Valor Probatorio de las Pruebas Ilícitas

La prueba, como medio que nos permite de manera objetiva arribar a la verdad material de los hechos, para que resulte eficaz debe comulgar con los más altos principios morales de orden público, los derechos humanos y con la propia ley positiva. Bajo esta perspectiva resulta incuestionable el nexo que existe entre la prueba y este principio que examinamos, pues no puede coexistir la prueba ilícita y la posibilidad de una reclamación punitiva sobre este fundamento probatorio.

Nuestro sistema de derecho procesal garantiza que todos los derechos constitucionales y legales del justiciable deben quedar plenamente satisfechos en su respeto y vigencia, por lo cual resultaría en nula toda prueba alejada de los derechos inmanentes de todo ciudadano en el proceso jurisdiccional. La prueba ilegal es inexistente, aberración de los sistemas alejados de los principios humanistas y violatorios de los más puros principios de los derechos humanos, por lo cual en la recepción, práctica y aseguramiento de la prueba se debe garantizar todos los derechos que le asisten a las partes. Es la violación de este principio, la negación de todo el sistema judicial, la ruptura entre el hombre y la Justicia, es la promoción de la anarquía, la vigencia del abuso y el inicio del desmoronamiento del Estado de Derecho.

Existe un número indeterminado de principios procesales referidos a la prueba que destaca la doctrina, no obstante con el objeto de ilustrar el esfuerzo que genera el estado para encuadrar la volición del juez en una suerte de parámetro jurídico-filosófico y moral que garantice que no existirá un proceder anárquico, caprichoso, alejado de la solemnidad, que de paso garantice una recta administración de justicia, basta enunciar los principios que hemos descrito. Lo trascendente en este tema resulta en el esfuerzo del legislador en promover en la ley adjetiva, principios de rango constitucional, que consagran los más altos derechos que los hombres han promovido como producto de la evolución del proceso, la justicia y del mismo estado.

El proceso, la prueba, la sentencia, no son más que una ordenación programática de los postulados de la ley en torno a la búsqueda de la verdad como vehículo conducente para arribar a un pronunciamiento justo y por ende promover la justicia. Esto ilustra que no se trata de una actividad regentada de manera maliciosa y autárquica por el juzgador, por el contrario está sujeto a procedimientos, limitaciones, términos, en fin a todo un andamiaje de preceptos normativos insoslayables que lo someten y le obligan a la tutela permanente de los derechos del ciudadano, columna vertebral de la Justicia. La trascendencia filosófica de este asunto se ilustra cuando de manera permanente se discute si se arribar a un pronunciamiento justo a pesar de la violación de los derechos del hombre, resulta en ser legítima tal sentencia.

Puedo adelantar que a nuestro juicio, la justicia no sólo se refleja en la sentencia, es producto de todo el desarrollo del proceso, en donde todas las garantías procesales y legales, vienen a darle contenido a un resumen y a un pronunciamiento, que deben ser el fiel reflejo de ese respeto a la ley. Si resulta que la sentencia es justa, pero el proceso correspondiente es violatorio de los derechos consagrados en la ley, podemos afirmar que ha fracasado el sistema judicial, pues si se arriba a la verdad, con desprecio de la ley, no puede hacerse justicia.

La sabiduría popular bajo los efluvios de la inspiración surgida de la evolución histórica, ha acuñado en sentencias de corte popular sus derechos inalienables y se ha concertado el aforismo indiscutible fraguado en sangre y genio en las palabras del ilustre político Jorge Eliécer Gaitán, asesinado en manos de la ignorancia política cuando con certeza jurídica consagró la frase que reza: “el que sentencie una causa sin oír la parte opuesta, aunque sentencie lo justo, injustamente sentencia.”

He aquí en prosa, lo que la doctrina, la ley positiva, la vindicta pública y el juez deben tener como parámetro básico de obligatorio cumplimiento en la recta administración de justicia y que viene a ilustrar esa compleja actividad que hemos estado desarrollando en esta investigación, que resulta la virtuosa tarea de administrar justicia.

CAPITULO III

MEDIOS PROBATORIOS

I. Medios Probatorios

Los medios de prueba, constituyen la formulación material de la verdad que se examina en el proceso, promovida por las partes y que tiene por objeto esa realidad que se deduce en el proceso, por lo cual vienen a constituir la formulación del objeto del proceso, cuando la hipótesis de la causa, se convierte en norma de cumplimiento, traducido en la sentencia.

La doctrina discute de manera permanente la usual confusión que se recrea en torno a los medios de prueba con el objeto de ella, destacándose de manera cierta que los instrumentos que generan la verdad deducida en el proceso, no pueden confundirse con el objeto de la prueba, que viene a constituir esa verdad, misma que refleja la prueba que es objeto de examen.

Esta formulación ontológica, se esclarece de manera simple, determinando que el medio de prueba es el vehículo de formulación material de la misma, en tanto que el objeto de la prueba es el resultado inmaterial que supone el convencimiento que de esa prueba se deduce y los elementos de convicción que genera, siendo lo que se puede concretar con la prueba, el objeto de ésta, es la concreción de la verdad que se deduce en juicio.

2. Concepto de Medios Probatorios

El doctor Jorge Fábrega Ponce en su obra Medios de Prueba define que: "Los medios de prueba son en abstracto los diversos instrumentos o

elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del juez respecto a las afirmaciones de las partes. Así, medios de prueba son: el testimonio, el documento, el peritaje, la inspección judicial, la confesión, el indicio, etc. Se entiende igualmente por medios de prueba los que ofrecen al juez los órganos que sirven para acreditar las afirmaciones de las partes, tales como el testigo, el perito, la parte que declara, el documento.” Fábrega (2001. pág.23).

Por su parte Eugenio Florián, en su estilo dialéctico deductivo y excluyente sugiere que medios de prueba “es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez (juntamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de la prueba. Florián (Op.cit., pág.175).

Nuestro Código Judicial patrio, en su artículo 780 señala que:

Artículo 780 Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigo, 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. Puede así mismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares...

Es importante destacar que la doctrina tiene adeptos que excluyen a los indicios de los medios de prueba, pues lo tratan desde un punto de vista

eminentemente ideal, sin que pueda de manera directa considerarse un medio probatorio. Los supuestos de los hechos, que mediante la ideación de las probabilidades permiten una enunciación probable, no ha permitido concertar en la voluntad de algunos tratadistas, más que la inquietud que produce la volición, en tanto y cuanto se pueda ir descartando probabilidades por vía de los elementos indirectos que rodean a los hechos examinados, es decir en uso de los indicios, que vienen a constituir medios indirectos de llegar a la verdad, motivo de la causa in examine.

A este respecto, en su obra de las Pruebas Penales, Eugenio Florián apunta:

“en el fondo el indicio se reduce a la operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversas, ya establecidas en el proceso. El indicio por tanto antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás, se establece con medios de prueba, pero tiene una posición característica particular respecto al tema fundamental de la prueba. En el fondo, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista; por un lado se vincula al concepto del objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente, a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos.” Florián (Ibid, pág.176).

A nuestro juicio, los indicios, a pesar de ser una ideación inmaterial sujeta a elementos de hecho de carácter comprobable, vienen a ser un medio indirecto de prueba, pues a pesar de que se sostienen en medios de prueba alternos, permiten salvar las oscuras lagunas que a veces entorpecen el camino seguro a la verdad.

3. Sistema de Fijación de los Medios Probatorios

Al evocar de manera histórica la evolución de la prueba, salta a la vista de manera extendida las numerosas posibilidades de acceder a medios de prueba, que se han ido conformando en el desarrollo histórico de la humanidad. De la simple confesión, el testimonio, el documento, pruebas primarias por excelencia, la evolución de los conceptos y de la ciencia ha permitido incorporar al acervo cognoscitivo del juzgador, elementos que no dejan de evolucionar, que van desde los más simples medios científicos, hasta los complejos sistemas electrónicos, fotográficos, físicos, químicos, psicológicos y cualquier otra modalidad de la ciencia en constante progreso.

Es por esto que surge en la doctrina la permanente inquietud de la necesidad o la obligatoriedad del juez de atenerse de manera estricta a los medios de prueba específicamente señalados por el legislador en la norma adjetiva.

El Maestro Eduardo Couture en esa proyección universal de sus conceptos, que van más allá de una simple enunciación académica y que se constituyen sus opiniones en hitos insuperables de grandeza insuperable señala que:

“cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano: que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada, ante él. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia: negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho”. Couture (Op. cit., pág.15).

De estos conceptos surge la discusión doctrinal en torno al sistema que debe ser utilizado para fijar los medios de prueba que el juzgador y las partes tienen a su disposición para concertar los hechos debatidos en el proceso. Se desprende la posibilidad cierta de que sólo se tomen en cuenta los medios probatorios específicamente señalados por el legislador como tales, en cuyo caso nos encontramos ante el sistema denominado de prueba legal o numerus clausus y en contraposición a éste, el sistema de apertura de los medios probatorios, que deja en libertad al juzgador para concertar los hechos y la verdad con todos aquellos medios que la ciencia, descubrimientos o avances tecnológicos ponen a su disposición para administrar justicia,

encontrándonos en este evento ante el sistema de numerus apertus, o libertad en los medios de prueba.

No podría quedarse atrás en el mundo crítico de la doctrina el sistema mixto, refugio de los incrédulos y los indecisos, que proclaman la vigencia de los dos sistemas, en un equilibrio mesiánico, en el cual se debe ajustar el juzgador a los medios de prueba tasados por el legislador y de manera supletoria, echar manos a aquellos que la ciencia, luz de toda oscuridad pueda brindarle para acercarse a la verificación de los hechos o las afirmaciones debatidas en proceso.

3.1 Sistema de Prueba Legal o “ Numerus Clausus”

Debió nacer como una consecuencia necesaria del limitado alcance de los primitivos gestores del derecho y del proceso, en el cual sólo la materialidad de los hechos podría dar convicción al juzgador y el simplismo de la verdad se limitaba a una ecuación taxativamente numérica, que daba contenido a la verdad discutida.

Es pues el sistema primitivo, que fue evolucionando durante el periodo canónico, hasta la Revolución Francesa donde se fueron acuñando de cuando en cuando, elementos de renovación probatoria, pero siempre dentro del marco estricto de lo permitido por el Legislador, sin que el juzgador

podiera con criterio unilateral buscar la verdad en uso de medios distintos a los listados en la ley.

La legitimación de este sistema, se sustenta en la seguridad de los litigantes en torno a los medios de prueba que obran en el proceso, lo que permite de manera cierta conocer los caminos que ha de recorrer cada interlocutor en búsqueda de la verdad universal que debe sostener la sentencia en el proceso.

Esa seguridad, dimana de manera inexcusable, de la limitación del juzgador a no poder concertar otros medios de prueba, aún a pesar de que estuvieran a su alcance, limitando la virtud de la actividad jurisdiccional, a un cerco legal impropio, pues la verdad, su concreción y vigencia en la sentencia, debe estar por encima de la supuesta seguridad que brinda una exégesis de los medios probatorios, sobre todo en aquellos casos que la verdad aparente puede ser debatida con medios sofisticados de comprobación científica que no necesariamente pueden de manera permanente estar actualizándose en las normas adjetivas referida a los sistemas probatorios, que suelen constituir los más longevas y permanentes manifestaciones legislativas en torno al proceso.

3.2 Sistema de Libertad de la Prueba o “ Numerus Apertus”

Los tratadistas, siempre encontrarán la forma de estimar que todo está dicho y otros procuraran probar que falta mucho por decir. Algunos estiman que los medios probatorios usualmente conocidos son el resumen de todos cuanto puedan existir, de manera tal que la expresión de aquellos debe hacerse por conducto de estos, es decir, no existe prueba desconocida y por ende aún el sistema de numerus clausus se debate por ocupar la vigencia que la evolución del pensamiento le ha coartado en beneficio del sistema de número abierto de los sistemas relativos a los medios probatorios

Al decir del Profesor Jorge Fábrega: “el sistema de numerus apertus, que siguen los códigos procesales modernos, que admiten cualquier medio, siempre que no este expresamente prohibido por la ley, ni viole los derechos humanos, ni sea contrario al orden público.” Fábrega (2001, pág. 24).

El artículo 780 del Código Judicial Panameño, de manera expresa, amplia e ilimitada, promueve la permisibilidad de todo aquel medio de concertar la verdad de los hechos siempre y cuando no estén prohibidos por la ley, ni violen los derechos humanos ni sean contrarias a la moral o al orden público. A su vez el artículo 813 de la norma adjetiva en auxilio del sistema de numerus apertus, establece que los medios de prueba no previstos, se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez, siempre que

no se afecte la moral, la libertad personal de las partes o de terceros y que no estén expresamente prohibidas.

Por su parte el artículo 2046 del Código Judicial expresa que:

Artículo 2046. El hecho punible se comprueba con el examen que se haga, por facultativos o peritos de las personas, huellas, documentos, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo, la perpetración del mismo hecho, o con indicios, medios científicos o 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 contrarios a la moral o al orden público.

Es pues el sistema de medios abiertos de prueba el que impera en el ordenamiento jurídico de la República de Panamá.

3.3 Sistema de Enumeración Taxativa de la Prueba en el Género y No en la Especie

Este sistema para algunos, no viene a resultar más que una confusa interpretación errada del sistema de fijación de los medios de prueba referida a la prueba abierta o de numerus apertus.

Este sistema es el adoptado por la jurisprudencia española, que se atiene a las pruebas taxativamente fijadas como medios de prueba por la ley, pero por extensión analógica asimila todo el cúmulo de pruebas que puede ponerse a disposición del Juzgador para encontrar la verdad. Así las pruebas

grabadas en audio o video, medios técnicos especializados de transmisor de información o cualquier otro medio hablado o escrito, por analogía se tiene como prueba documental.

Es evidente, desde esta perspectiva, que este sistema si logra resistir a los embates de la doctrina, sostiene que las pruebas previamente previstas en cuanto a su género, pueden estar revestidas de modalidades que permiten su inserción en ese caudal probatorio, expresamente fijado en la ley. No obstante, consideramos que en efecto, el sistema de fijación de los medios probatorios, es unívoco pues no hay lugar a terceras formas de apreciar la permisibilidad de la prueba, de esto deviene de manera necesaria que o estamos frente a la prueba numerada y exclusiva, o por el contrario existirá forma permitida de echar mano a los medios científicos, modernos, evolutivos que pone la ciencia, el derecho y la natural evolución del hombre en manos del Juzgador en averiguación de la verdad.

En todo supuesto, es el juzgador quien en la norma adjetiva proporcionara al Juzgador los elementos de derecho que le permitirán determinar qué medios de prueba puede utilizar, aceptar, examinar y validar como herramientas en el recurrir del proceso, en búsqueda de la verdad.

4. Clasificación de los Medios Probatorios en la Doctrina

La doctrina distingue un número plural de clasificación de los medios probatorios, pues se parte de diversos criterios en torno a la naturaleza, forma, intermediación, dirección, promoción y otros factores intrínsecos y extrínsecos que aluden a los medios probatorios. No obstante, para los efectos de ilustrar la clasificación de tales medios, esbozaremos lo propuesto por Jesús Ignacio García Valencia que en su obra Las Pruebas en el Proceso Penal, clasifica los medios de prueba de la siguiente forma:

- **Pruebas Lícitas e Ilícitas**

En atención a la Sujeción al derecho y la moral.

- **Pruebas Sumarias y Controvertidas**

Según que el medio de prueba se haya practicado o no con conocimiento de las partes, y brindándoles la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción

- **Pruebas Libres y Pruebas Legales**

Atendiendo la libertad que le asiste al funcionario judicial para acudir a los medios de prueba con el fin de acreditar los hechos.

- Pruebas Directas e Indirectas

De acuerdo a la relación del funcionario judicial con el objeto de prueba y el modo como el objeto de prueba sirve para demostrar el hecho que se pretende probar.

- Pruebas Judiciales y Extrajudiciales

De acuerdo a si la prueba ha sido practicada con la intervención del funcionario judicial.

- Pruebas Originarias y Trasladas

De acuerdo a si la prueba se ha producido dentro del proceso o fuera de este en otro proceso. García (Op. cit., pág.107).

4.1 Pruebas Lícitas e Ilícitas

Esta clasificación de las pruebas, dice relación a la legitimidad de las mismas en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales referidas a la producción, vigencia y soporte de la prueba, que debe no sólo ajustarse a la ley vigente, sino a los principios de moralidad pública y de equilibrio social. La licitud de la prueba dice relación entonces con aquel medio probatorio, producido de conformidad a las disposiciones legales, aportada, obtenida y generada ante autoridad competente, sin uso de violencia, engaño, abuso del derecho, abuso de autoridad, coacción, en pleno cumplimiento de las

disposiciones legales relativas a la existencia, eficacia y licitud de la prueba, específicamente determinada por el legislador.

Este viene a ser uno de los temas más trascendentes en torno a la búsqueda de la verdad y el más débil de los eslabones de la dura marcha del juzgador en su intento de hacer valer el derecho y por ende hacer que prevalezca la Justicia. Nuestras cárceles latinoamericanas se encuentran atestadas de prisioneros que bajo el influjo de la ilicitud de la prueba, ven perecer sus derechos ante la mal comprendida función del Juzgador que a fuerza de ver frustradas las investigaciones primarias de los delitos, en manos policiales torpes y desconocedores de los más elementales derechos de los imputados, han reaccionado convirtiéndose en juzgadores ciegos, vengadores sociales que a pesar de ver el defecto de la prueba, que clama por su extirpación total del proceso, se limitan a considerarla un mal menor del que juzgan, sin darse cuenta que a la postre, se asesina la fiabilidad, el sentido de justicia, se lacera la conciencia del propio juzgador e insensibiliza su alma, haciéndolo tan indolente como el criminal que juzgan y a fin de cuentas convirtiendo el proceso en el cadalso en donde se vengán todas las afrentas sociales, pero donde nunca podría medrar la justicia y menos el derecho, sin que se pueda al fin encontrar mas que “venganza”, la antítesis de la evolución del derecho, del proceso y de la misma historia humana.

4.2 Pruebas Sumarias y Controvertidas

“Según que el medio de prueba, dice -García Valencia- se haya practicado o no con conocimiento de las partes y brindándoles la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, las pruebas se clasifican en sumarias y controvertidas.” García (Op. cit., pág. 115).

Por su parte Carlos Betancur Jaramillo, explica que:

“es requisito para la validez de una prueba o para que ésta pueda producir los efectos deseados, su contradicción por aquella persona contra quien se quiere hacer surtir ciertos efectos y que para lograrlo era preciso hacérsela conocer y darle la oportunidad de discutirla procesalmente, así no se hiciera uso activamente de tal facultad. De allí que la prueba sumaria sea una excepción a la regla general, ya que puede cumplir ciertos efectos sin que la parte haya tenido la oportunidad de conocerla y discutirla. Por tanto, si las pruebas no han sido debidamente controvertidas con fundamento en ellas no se podrá dictar medida de aseguramiento, ni resolución de acusación, ni sentencia condenatoria. Proceder en forma contraria viola el derecho de defensa y el debido proceso y ello determina que esas pruebas no tengan ninguna fuerza probatoria.” Betancur (1998, pág. 247).

4.3 Pruebas Libres y Pruebas Legales

Esta clasificación dice relación directa a la libertad que tiene el juez de acreditar los hechos que se deducen en proceso, con relación a cada medio probatorio puesto a su disposición en el conjunto de la normatividad adjetiva.

En ese sentido la prueba libre, tendrá la virtud de ser utilizada para la probanza de cualquier hecho deducido en juicio y la prueba legal aquella especialmente señalada para la probanza de un hecho específico, sin que pudiese admitirse otro medio probatorio para tal efecto.

El ilustre jurista Miguel Fenech en su obra Derecho Procesal Penal, al referirse a esta clasificación de las pruebas señala que:

“No ha de confundirse la llamada prueba legal con las reglas legales de valoración de la prueba. Por prueba legal no entendemos tampoco la que se realiza mediante la utilización de los medios de prueba regulados por la ley, sino aquella en que la ley exige que un determinado hecho sea probado, con un prefijado medio de prueba, como excepción a la regla general que determina que la prueba es libre. Entendemos por prueba libre la de aquellos hechos que no tienen asignados en la ley el empleo de un determinado medio de prueba para formar el convencimiento judicial sobre la verdad de los mismos.”
Fenech (1960, pág. 573).

4.4 Pruebas Directas e Indirectas

Esta clasificación dice relación, a la capacidad del medio probatorio de dar la certeza del hecho o afirmación que se pretende hacer valer en el proceso o por el contrario, que pueda tener solo la posibilidad de una representación indirecta que pueda ayudar al juzgador a tener los medios de concertar la verdad, con el concurso de otros medios probatorios.

Salvatore Satta en sus consideraciones doctrinales y ante esta especial clasificación de la prueba advierte que:

“todavía una observación debe hacerse en orden a la relación entre la prueba y el hecho a probar. Como se ha dicho, el problema procesal de la prueba es un problema de representación de un hecho (pasado). Esta representación puede provenir directamente de un testimonio o de un documento que, justamente, represente el hecho; o bien debe ser pedida, indirectamente a fuentes no representativas (indicios). Sobre esta doble posibilidad, y sobre este diverso carácter de las fuentes de prueba, se puede basar una distinción entre prueba directa y prueba indirecta.” Satta (1971, pág. 176).

Por su parte Víctor De Santo, en su obra La Prueba Judicial, cita a Carnelutti, quien al respecto dice:

“La diferencia entre los dos tipos de prueba estriba en la coincidencia o en la divergencia del hecho a probar (objeto de la prueba) y del hecho percibido por el juez (objeto de la percepción); precisamente la prueba indirecta representa la separación entre el objeto de la prueba y el objeto de la percepción; el hecho sometido a la percepción del juez no sirve sino de medio a su conocimiento. La prueba indirecta se da cuando el juez no percibe el hecho a probar, sino un hecho diverso de este. Por tanto, la percepción del juez no basta aquí por si sola para la búsqueda del hecho a probar, sino que ha de integrarse con la deducción del hecho a probar, respecto del hecho percibido. La actividad del Juez se hace entonces compleja: percepción y deducción”. De Santo (Op. cit., pág. 101)

4.5 Pruebas Judiciales y Extrajudiciales

Se desprende de las sintaxis de la clasificación que desarrollamos, que ésta dice relación a la autoridad o entidad formal en la que se ha producido el medio probatorio, si se ha producido ante los estrados del tribunal de la causa serán pruebas judiciales o procesales como la doctrina las califica o serán extrajudiciales o extraprocesales, si las pruebas se producen fuera del proceso.

Al respecto Jorge Fábrega Ponce apunta:

“Son pruebas judiciales o procesales las que se practican o aducen en el curso del mismo proceso y pruebas extrajudiciales o extraprocesales (también extrajuicio) las que se forman fuera del proceso en cuestión. (v.gr.: en los supuestos de “aseguramiento de pruebas”). Algunos autores y ordenamientos denominan pruebas judiciales las que practica el juez) en proceso o fuera de él) y, extrajudiciales aquellas que se practican sin intervención del juez, ante cualquier persona, v.gr.. declaración ante notario.” Fábrega (1978, op. cit., pág.286).

El artículo 923 del Código Judicial patrio establece, en atención a las ratificaciones, que las declaraciones de testigos sólo pueden estimarse como pruebas, en los procesos que hubiere término probatorio, si se reciben por el juez de la causa o el comisionado, es decir en el proceso. Igual tratamiento se le da a las declaraciones rendidas ante notario, en donde se requiere que las declaraciones notariales sean ratificadas. El contexto de lo expuesto

induce a la convicción de que todas las pruebas deben, para tener plena validez y merecer ser el fundamento de una conclusión judicial, tener el carácter de pruebas procesales, es decir que aún cuando hubiese sido engendrada fuera del proceso, necesariamente han de validarse por el Juez, para que pueda tener valor probatorio.

De estas disposiciones se colige, que evidentemente las pruebas extraprocesales, deben necesariamente ser ratificadas ante el juzgador, convirtiéndola por tanto en una prueba judicial, plena, válida, y con todo el valor probatorio que requiere para el fin propuesto.

4.6 Pruebas Originarias y Trasladas

Esta clasificación distingue a aquellas pruebas que se han producido en el proceso en el que han de servir como medios probatorios y aquellas que se han producido en otro proceso pero configuran la posibilidad real de probar hechos o afirmaciones en otro proceso, distinto de aquel que le dio su origen.

El Artículo 795 del Código Judicial patino dispone que las pruebas practicadas en un proceso seguido en el país, podrán aportarse en copia a otro proceso, en el que se apreciarán siempre que la prueba en el primer proceso se haya practicado con audiencia de la parte contra quien se aduce y haya precluido la oportunidad para impugnarla.

Todas estas clasificaciones que hemos observado no explican más que el complejo corredor por el cual transita el juzgador al darle contenido al proceso, mediante la valoración de la prueba, en su resumen sancionador que se refleja en la sentencia.

La actividad del juzgador, a pesar de las múltiples permisiones que el legislador le ha dotado en el proceso, debe ajustar su actividad cognoscitiva a todos y cada uno de los principios, clasificaciones, limitaciones, formalidades, conceptos etc., que le exigen someter a su juicio previa las enunciaciones en torno a la validez y alcance de la prueba, a todos y cada uno de los principios legales y doctrinales que evidencian que la actividad jurisdiccional no es un ejercicio feliz, sino que por el contrario, es una actividad de profundas reflexiones y adecuaciones del saber legal, a los hechos, las evidencias, la ley, dando por resultado la enunciación suprema de la verdad encontrada en juicio que tiene como fin, que prevalezca el derecho, se haga Justicia y se de contenido y razón a la convivencia social sujeta a un Estado de derecho, razón de la permanente evolución del ser humano.

5. La Diligencia de Declaración Indagatoria como Medio de Prueba o Medio de Defensa

La diligencia de declaración indagatoria, supone la existencia de un hecho punible y de elementos de hecho o afirmaciones de que se ha cometido un ilícito. Una vez ejercida la acción pública de convocar a las

autoridades judiciales para la investigación de un delito o que de oficio, se genere tal circunstancia se desatan una serie de actividades de carácter investigativa cuya actividad primaria es responsabilidad del Ministerio Público quien ha de determinar si existen suficientes evidencias primarias, directas o indirectas e incluso indicios que ameriten que todo el engranaje de la justicia se active en búsqueda de la verdad alegada o de la explicación de los hechos que se examinan.

Surge desde ese momento, la obligación del estado de determinar la existencia del hecho punible y del o los responsables del delito. De esa manera, determinado el cuerpo del delito o elementos de juicio que determinen la existencia de un ilícito, surge la necesidad de individualizar la responsabilidad criminal por lo cual ante la posible vinculación personal con un imputado, de manera razonada el instructor ha de señalar los hechos imputados con determinación de los elementos que cuenta en sostén de esa decisión de convocar a investigación al imputado, por lo cual mediante Auto se promoverá la convocatoria para que el imputado presente sus descargos y se genere la actividad investigativa que le ocupa a la Vindicta Pública.

De esta actividad surge una doble situación contradictoria, que ilustra la evolución de la permanencia del principio de legalidad y del derecho a la presunción de inocencia. Por un lado surge la obligación de las autoridades de determinar la existencia del hecho punible y de perseguir al delincuente que promovió la violación de la norma sustantiva con el ejercicio de la

actividad jurisdiccional con pleno respeto de todos los derechos constitucionales y legales que le asisten al imputado y por otro lado se encuentra el derecho de presunción de inocencia que le asiste a todos los ciudadanos, norma de rango constitucional que debe ser la antorcha que ilumine de manera permanente la actividad jurisdiccional como garantía inexorable de justicia y paz en la convivencia social.

Esta presunción de inocencia, surge de la necesidad de cada individuo de permanecer en el grupo social, respetado en su condición de gente de bien, respetuoso de las disposiciones de carácter normativo y respetuoso del orden social, condición sine qua non para permanecer en ese grupo o ser excluido de manera radical o paulatina.

La supervivencia, el modo de vida, la inserción social, dice relación directa con la aceptación del individuo en el grupo y es evidente que cuando se genera la actividad de convocar a una persona a responder por las supuestas violaciones de las normas de carácter punitiva que garantizan la convivencia social, ese solo hecho constituye de por sí, un señalamiento que ha de afectar esa moral pública y mácula a la persona que, siendo inocente o culpable ha de ser señalada para siempre en vinculación a un hecho perseguible por ilícito.

La indagatoria viene a constituir, desde este punto de vista, un arma peligrosa en manos de funcionarios superficiales, poco diestros en el arte de investigar, premunidos de la fácil tarea de descartar por ensayo y error la

posibilidad de encontrar un culpable, sin querer percatarse de los daños que se infiere a los particulares, cuando su honorabilidad, su estima social, su imagen pública, su dignidad y su propia auto estima se violenta cuando la imputación carece de la legitimidad de la cual debe estar revestida, que puede resumirse en el pleno cumplimiento del principio de legalidad, garantista del fiel respeto de todos los derechos consagrados en la norma. De allí que, las leyes positivas de carácter adjetiva, exigen que el auto de declaración indagatoria tendrá como presupuesto, la existencia del hecho punible y la probable vinculación del imputado, bastando incluso que existiese sólo prueba indiciaria, pero señalando de manera razonada las conclusiones que le asisten al funcionario instructor para elevar a un ciudadano, al rango de imputado (Ver Artículo 2092 del Código Judicial.)

Tal como lo hemos expuesto, por un lado se genera el ejercicio de la actividad jurisdiccional que vulnera el status de la persona imputada dentro del medio social y por la otra se procura el inmediato derecho que le ocupa a la persona imputada para oponerse a los cargos que se le imputan, en el ejercicio del derecho a la defensa, promoviendo el contradictorio necesario para la existencia del equilibrio de los argumentos en la búsqueda de la verdad, a la cual hemos aludido de manera reiterada en los comentarios que sobre este tema hemos exteriorizado.

Todo esto se resume en la necesidad de que el funcionario instructor en el ejercicio de su actividad investigativa, agote todas las posibilidades de

promover evidencias para determinar la existencia del hecho punible y la posible vinculación con un imputado, antes de convocarle a responder sobre su responsabilidad, a un imputado. Lo que sí es evidente y causa profunda preocupación es que la resolución indagatoria resulta ser convocada de manera reiterada por los funcionarios de instrucción con ligereza, pues han utilizado la duda como instrumento de investigación, cuando olvidan que toda la historia del derecho y la larga lucha por hacer valer los derechos humanos, claman que sea la certeza el instrumento de trabajo de la justicia y no la duda, fácil camino del ocioso que espera que la suerte, el destino o la indiferencia se encargue de su trabajo, hacer justicia.

La indagatoria por sus trascendentes efectos como ejercicio de la actividad jurisdiccional, ilustra el poder del Estado contra el individuo que a su vez debe ser protegido por ese Estado, aun siendo culpable, no obstante una vez más le debemos a la doctrina, haber adornado una dramática actividad del Estado como es ejercer la facultad de indagar, en un derecho, pues yéndonos tras el perfume de los debates doctrinales y perdiéndonos en las marañas de los supuestos derechos y de los análisis subjetivos, la doctrina ha sostenido que la indagatoria es la oportunidad de todo imputado de hacer sus descargos, por lo tanto viene a ser un derecho del imputado, transformando la más poderosa facultad del Estado, en un derecho fatuo, que se desgrana en ilusiones, cuando el supuesto medio de defensa, resulta convertido en un medio de prueba.

Surge, de manera consecuente con la discusión doctrinal, la necesidad de determinar si estando ante la indagatoria nos encontramos ante un medio de prueba o ante un medio de defensa.

Es menester para ilustrar esta discusión doctrinal asistimos de los modernos conceptos que en torno a este tema se han vertido, promoviendo de manera proyectiva la noción que de imputado se debe tener ante la sociedad y la ley. El jurista José I. Cafferata Nores, en conferencia brindada en torno a La Reforma Procesal en América Latina, expresa de manera atinada:

“Hoy se asume como un valor entendido que el hecho de acordar a una persona la calidad de imputado, es una conquista en relación al modelo inquisitivo anterior, en que aquél era considerado y tratado como un objeto de persecución. Por ello, o mejor dicho, a partir de ello, se advierte que lo mejor que se puede hacer por el imputado es tratar de evitar que lo imputen. Es decir, procurar que todos los instrumentos procesales que tienden a vincular una persona con el ejercicio del poder penal del Estado por atribuírsele participación en un delito, sean ejercitados sin automatismo, con racionalidad, sólo cuando sea imprescindible, buscando medios jurídicos alternativos que le permitan el ejercicio de la defensa a la par que eviten la estigmatización que, como una verdadera condena social, recae inexorablemente sobre quien es imputado oficialmente de la comisión de un delito.” Cafferata (1998, pág.3).

Y agrega este autor, en torno a la discusión planteada que:

“También aparece consolidada la idea, (aunque hay que reconocer que sufre periódicos embates de resabios inquisitivos de la práctica judicial), de que el imputado no tiene obligación de contribuir a (con) la investigación del delito que se le atribuye y que, por tanto, su declaración es un medio de defensa y no un medio de prueba (por lo que no declarar o el modo de hacerlo no pueden ser presunciones de culpabilidad), ni tampoco de sujeción compulsiva a la autoridad, ni mucho menos aún, un acto de poder para simbolizar su inferioridad frente al Estado. Por eso es que se escucha como un desafío: "Si la indagatoria no es un medio de prueba sino sólo una oportunidad para que, si el imputado así lo prefiere, pueda refutar, responder o aclarar los cargos que se le formulan, ¿por qué no se permite que lo haga por escrito, como lo haría en un proceso civil y con la asistencia de un abogado"? La respuesta a este interrogante deja planteada una discusión que seguramente va a exigir sacarse algunas caretas a quienes intervengan en ella.” Cafferata (Ibit, pág.5)

Por su parte Hernando Londoño Jiménez comenta que:

“Si no fuera por este sagrado derecho que tiene el procesado de ser oído dentro de las etapas de la investigación y del juicio, hubiera sido bien estéril la fragorosa lucha que por los derechos humanos ha librado ardientemente la humanidad en los últimos siglos..... Asimismo para el hombre inocente o culpable que ha tenido que afrontar un proceso penal, su declaración reclamada por la autoridad competente u ofrecida por el mismo dentro del proceso le ha servido de eficaz instrumento o medio de defensa principalmente cuando lo que ha dado en afirmar en su favor o disculpa no ha podido ser contradicho dentro de la respectiva investigación.” Londoño (1982, pág. 170)

De las ilustres manifestaciones en torno al tema, debemos incorporar a este estudio la posición ecléctica, que resume Carlos M De Elia, en su obra **Manual De Derecho Procesal Penal II** cuando expone:

“Pese a tan autorizadas opiniones afirmamos que la declaración es un medio de defensa y una garantía legal incontrastable que tiene el imputado en el proceso, pero también un medio de prueba; tanto es ello así que de ella puede surgir la confesión del hecho la cual aunque se argumente que su valor probatorio absoluto es un resabio inquisitorial, no hay duda que sigue siendo una prueba formidable; cualquier juez de instrucción puede aseverarlo sin tapujos; una confesión obtenida en indagatoria representa una buena mitad del camino hacia la solución del caso, aunque haya que seguir investigando..... La naturaleza jurídica de la declaración indagatoria reconoce entonces un doble orden sistemático; es por una parte un medio de defensa al cual tiene derecho el imputado, y por otra, un elemento de prueba y en esta inteligencia entendemos que puede ser considerado como *uno de los supuestos de convicción suficientes para llevar al juez a dictar el procesamiento.*” De Elia (Op.cit., pág.82).

Nuestro Código Judicial al tratar la diligencia de declaración indagatoria señala en su artículo 2089 que:

Artículo 2089. Se recibirá inmediatamente indagatoria, sin exigir juramento y sin apremio, a quienes resulten vinculados como autores o partícipes del delito. En todo caso, se indagará a los detenidos preventivamente o sometidos a cualquier otra medida cautelar, dentro de las veinticuatro horas siguientes al inicio de la aplicación de la medida. Si el imputado declarase contra otro, terminada la indagatoria se le recibirá declaración como testigo, previo juramento y lectura de las disposiciones sobre falso

testimonio, respecto a los cargos formulados contra terceros.”

De esta norma se desprende de manera clara la proyección programática de la norma adjetiva, de querer consagrar la indagatoria como un medio de defensa; no obstante tal objetivo resulta una parodia legislativa que no llega a plasmarse en la realidad procesal, pues los resabios del proceso inquisitivo se encuentran firmemente engastados en el pensamiento legislativo y judicial de legisladores y jueces de nuestra patria.

Si bien es cierto, la indagatoria se preceptúa como la posibilidad de hacer los descargos, sin apremio y sin juramento, podemos observar que las disposiciones normativas que desarrollan la indagatoria, por un lado enuncian el derecho que tiene el imputado a ser asistido por un abogado en la recepción de la indagatoria, no obstante no se dispone la exigencia de este derecho como una obligatoriedad que debe salvaguardar el Funcionario Instructor, sino que por el contrario se permite al imputado la renuncia del derecho a la defensa

En el desarrollo de los principios del derecho a la defensa, en las reformas procesales de las últimas décadas, se ha fortalecido el Instituto de Defensoría de Oficio, lo que de alguna manera ha constituido un adelanto en torno a la búsqueda de los principios tan consabidos y publicitados que constituyen el marco de los principios garantes del Estado de derecho. No obstante la anterior afirmación, las indagatorias en nuestro país, no pocas

veces se practican sin la presencia de abogados particulares o de oficio, promoviendo el funcionario instructor al imputado la posibilidad de que si carece de representación judicial, puede optar por declarar sin este auxilio.

Por si fuera poco, ese mal entendido derecho a la defensa que adopta como postura nuestra legislación positiva, reduce la actividad del defensor en la indagatoria a mero espectador, pues de manera taxativa el artículo 2103 del Código Judicial señala que ni el querellante, ni el defensor, podrán intervenir en la declaración indagatoria del imputado, más que para cuidar que se cumplan formalmente las garantías que le confiere la ley.

Podrá solo el defensor, al concluir la declaración indagatoria, formular las objeciones que a bien tuviere endilgarle a la indagatoria, como una limosna a la execrable permisión de que la defensa se limite a observar como el imputado ve desaparecer la oportunidad de decir su verdad, debidamente asistido y asesorado por un abogado, particular o de oficio, que permita garantizar que en efecto el imputado goza de esas garantías plenas a la libertad de la expresión de su relato, que pretende en fin de cuentas que el procesado pueda decir su verdad aun con el auxilio de una ayuda técnica como lo es la actividad del letrado jurista, que no debe limitar su actividad en ninguna fase del proceso.

No obstante, podemos afirmar sin temor alguno a equivocarnos, que el imputado sometido a las presiones propias que se generan en la psiquis de aquél que sabe que de las resultas de una indagatoria se puede deducir la

limitación de su libertad, la pérdida de su patrimonio, el desarraigo familiar, social, etc., resulta por demás injusto que este ciudadano deba enfrentar por si solo, formular un relato coherente de los hechos por el generados, señalando las pruebas que le asisten o estime oportunas para su defensa, exigiéndole un proceder mucho mayor a su posible capacidad de defensa, violentando por ende el sagrado derecho a la defensa y violentando el principio de legalidad, sostenedor de toda la estructura del Estado de derecho.

Acaso ignora el juzgador y el funcionario de la Vindicta Pública que la Ratio Legis de estos preceptos se desprende del derecho natural a la defensa, que no debe tener cortapisas, ni debe ser sujeta la defensa, a la mendicidad procesal de meros espectadores, pues una defensa plena como aspira el espíritu de la defensa de los derechos humanos, exige que no le falte consejo oportuno y apropiado al imputado, ni siquiera en ese mismo momento de prestar su verdad, o sus evidencias ante el funcionario instructor o juzgador.

No debemos de modo alguno dejar de lado la posibilidad de entrar en consideraciones de carácter intelectual, como sería la posible falta de preparación académica del imputado, el estado de nervios que acarrea las circunstancias especiales de ser imputado, la zozobra que genera el temor a la cárcel, la presencia de policías uniformados armados en el desarrollo de las

indagatorias, la prestación de indagatoria esposados, como suele suceder ante funcionarios alejados de las reglas mínimas de respeto a la judicatura.

Este cúmulo de arbitrariedades que suele darse a las espaldas de la defensa, nos llevan a considerar que la mendaz promesa del derecho a la defensa se ve frustrado día a día de manera reiterada, sepultado en el altar de la inquisición judicial, en donde disfrazada de defensa se alberga la retórica judicial arcaica inquisitiva, propiciatoria de la indefensión, del oportunismo procesal, de la injusticia mascarada de derecho mutilado, en donde a fuerza de establecer un premunido derecho a la defensa, no se llega a más que dejar patente que el estado se garantiza el poder omnipotente de llevar a todo ciudadano al cadalso de las libertades individuales, proclamando los derechos individuales y los consabidos derechos humanos, sin que se llegue efectivamente a garantizar tales derechos.

En estos términos es fácil advertir que en nuestro ordenamiento jurídico la indagatoria se promueve como medio de defensa, sin serlo y de conformidad a la forma en que se encuentra reglada la recepción de esta diligencia, apenas puede llegar a ser considerado como un medio de prueba, termina dicha institución procesal en convertirse en un medio de inculpación, cuya máxima expresión se manifiesta en la confesión, institución que evolutivamente quedó atrás como la prueba plena, pues la razón de ser del Estado de Derecho, es buscar la verdad donde quiera que se encuentre, aún

más allá de la voluntad del imputado y aun contra él, pues no es la búsqueda de un responsable lo que asiste a la justificación de la existencia del sistema judicial, es la búsqueda de la verdad lo que viene a ser la razón última de toda coexistencia social.

Sistemas jurídicos, atemperados por las vicisitudes propias del tiempo, la evolución, madurez y concreción de sus principios constitucionales y legales se han ido acercando mayormente a esos principios programáticos a que hemos aludido, cristalizando en dogmas lo que idearon como principio inspirador de las garantías individuales, consagrándolos en fallos judiciales; así en decisión jurisprudencial dimanada del proceso Escobedo-vs.- Illinois (378 U.S.478,490 1964) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció como principio garante de la permanencia de los derechos del hombre que “ningún sistema de justicia puede o debe sobrevivir si depende para su efectividad de la claudicación de un ciudadano en sus derechos constitucionales por ignorancia de los mismos. Ningún sistema digno de ser preservado debe temer que un acusado consulte a un abogado para darse cuenta que tiene y puede ejercer sus derechos.”

En la práctica forense panameña, la Indagatoria es el instrumento inquisitivo e inculpatario que ejerce el Ministerio Público, en donde el principio de presunción de inocencia queda desarraigado de manera tangencial con la emisión del auto que ordena la recepción de indagatoria.

La sola permisión, que la vindicta pública sugiere a los imputados de que se renuncie al derecho de defensa, permitiendo que preste indagatoria sin el concurso técnico del auxilio de un abogado, la ínfima cantidad de defensores de oficio para asistir a los imputados en las diligencias del proceso, el poco interés de los funcionarios de salvaguardar el derecho a la defensa; promovido por un cúmulo de expedientes a veces inmanejables por su número e insustanciales por las pocos recursos a disposición del funcionario instructor, frustran todo intento normativo de garantizar en nuestro medio procesal cualquier derecho y cualquier principio que se enmarque en leyes, constituciones, propósitos y enunciaciones políticas y programáticas que hasta ahora se convierten en meras expectativas mientras crece la frustración pública ante la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales.

No obstante, se acallan las conciencias con profusas reformas judiciales insustanciales en sus propósitos e ineficaces en sus fines, pues las leyes que se formulan sólo para estar a la moda de las corrientes internacionales, sin que efectivamente podamos sustanciar tales propósitos, no hacen más que exacerbar ese desprecio que medra en los espíritus de hombres que a fuerza de creer en la democracia, en los derechos, en los principios y toda esa gama de principios moralistas que inspiran las más altas pasiones, terminan por encontrar únicamente el propósito falaz de una mentira somnífica, mientras la sociedad que clama por justicia, ve perder sus esperanzas, deshojándose la fortaleza de las estructuras del estado, promoviéndose la cultura de la

anarquía, que no pocas veces concluye en conflictos bélicos a lo interno del seno social, regando con sangre la esperanza de nuestros hijos por un futuro mejor.

Latinoamérica entera, ha sido y es un ejemplo aleccionador de ese proceso de maduración y concreción de la importancia de sostener la fe en los sistemas judiciales y, por ende, en las estructuras políticas, pues perdida la fe en la legitimidad de los propósitos del sistema político; la violencia, la anarquía y todas las calamidades que arrastra la pública fe perdida, se constituirán en el cierto futuro de aquellos estados en donde los doctos y políticos han fracasado, si es que ese era su propósito, en defender los derechos de los ciudadanos, en el respeto del principio de legalidad y de los más puros principios de los derechos del hombre, fin último de la institución llamada ESTADO.

CAPITULO IV

PRUEBA ILÍCITA

I. Prueba Ilícita

El proceso, tal como se evidencia en los capítulos anteriores deviene en una estructura sistemática, revestida de una serie de principios de carácter general y especial, condicionada por sus objetivos y fines en donde se procura, dentro del permanente concurso de todas las ciencias y los métodos científicos la obtención de la verdad.

El proceso procura llegar a conclusiones ciertas en torno a lo alegado o a los hechos que se examinan y de los cuales se solicita un pronunciamiento. Esta actividad no se encuentra limitada al libre arbitrio del juzgador o de las partes, sino que, por el contrario, existen principios generales de carácter constitucional y de carácter legal que fijan los límites permisivos de la conducta de todas las partes, en especial de PRUEBA ILÍCITA, del juzgador y que de paso salvaguardan los derechos inherentes a la naturaleza del hombre mismo.

En el marco del desarrollo del proceso, subsiste de manera inexorable la defensa de los derechos del asociado y, como necesario argumento de vigencia histórica, la defensa del conglomerado social, por lo tanto, ese equilibrio que promueve el proceso constituye la permanente búsqueda que desarrollan sus protagonistas, en donde algunas veces se ven violentados esos derechos por los propios gendarmes llamados a custodiar la vigencia de la ley y de la Constitución, por lo cual, a guisa de ser optimistas, debemos

aceptar que no pocas veces se resquebraja la seguridad jurídica; violentándose así por tanto, toda esa estructura creada para la vigencia de la verdad y la concertación de la justicia.

Hemos afirmado que todo pronunciamiento judicial debe tener, de manera necesaria, sostén de sus argumentos en las pruebas recopiladas en el proceso y que éstas constituyen el vehículo e instrumento irrenunciable del juzgador para llegar a la verdad procesal y material que debe quedar reflejada en la sentencia. De esta afirmación se desprende que las pruebas deben, de forma ineluctable, ser producidas, recibidas, constituidas y valoradas de conformidad a las disposiciones legales específicamente referidas a la formación del caudal probatorio y deben responder, necesariamente, a todos los principios legales y constitucionales que observamos constituyen la estructura formal y filosófica del proceso.

La transgresión de esos derechos del hombre consagrados en la ley vigente, en la Constitución y los principios de general aceptación referente a los derechos inherentes de los individuos, pone a prueba la validez del sistema jurídico y vulnera la credibilidad del asociado en torno a la sociedad a la cual accede. Por lo cual, es prioridad en torno al desarrollo del proceso que, la prueba, fundamento de la sentencia, comulgue con todos esos derechos inherentes al hombre, pues aquella prueba que se produzca en desatención y violación de esos derechos, no podría llegar de modo alguno a

legitimar el concepto de justicia, aun cuando a través de esos medios probatorios el juzgador arribase a la verdad.

Surge entonces, el apasionante tema de la ilicitud de la prueba que permite apreciar que el proceso es más que un protocolo de hechos y sucesos ordenados, carentes de contenido filosófico y por el contrario, consulta principios superiores relativos a la solidaridad humana, la moral, que justifica la convivencia social y da contenido a la inequívoca convicción colectiva de la necesidad de un orden supra individual que garantice la coexistencia entre los individuos y dé validez a la estructura llamada Estado, dentro del marco de la plena vigencia de los derechos del hombre. Perdida la fe en el sistema judicial y en el fin del Estado, ya no queda retorno al orden social y sólo resta la anarquía y la violencia como único contenido de existencia fuera del marco de vigencia del Estado de Derecho.

Al decir de la Profesora Ada Pellegrini Grinover:

“es que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado

Social de derecho, tanto los derechos como las limitaciones.” Pellegrini (1995, pág.4).

La prueba ilícita, descrita de manera simple, es aquella que se produce en el proceso o fuera de él, en violación de los derechos sustanciales o inherentes del hombre, sean legales o constitucionales, o de aquellos principios que sin estar estatuidos, son de general aceptación. De este concepto simple deviene la encrucijada de la suprema moral de la justicia ante la concreción de la obtención de la verdad aun a costa de los derechos que esa misma sociedad dice y/o se encuentra obligada a proteger.

Si a lo anteriormente dicho, observamos que la prueba ilícita deviene en tal, desde el momento que se produce y se incorpora al proceso y en efecto es valorada al momento de formar la convicción del juzgador, nos encontramos en consecuencia ante un representante del estado que ha generado conductas violatorias de los derechos que la norma protege y es esa, precisamente, la negación misma de la naturaleza del proceso de la prueba y de todo aquello que significa la existencia de las estructuras sociales, jurídicas y políticas de la estructura llamada Estado. De allí la importancia y trascendencia de la actuación del juzgador al ser garante que las pruebas que obren en proceso sean legítimas y no adolezcan de ilicitudes o se produzcan en franca violación de los más puros principios de legalidad y de seguridad jurídica, marco de validez y legitimidad de la función jurisdiccional.

2. Concepto de Prueba Ilícita en la Doctrina

La ardiente polémica que ha desatado el alcance de la prueba ilícita, ha llevado a determinar distintos conceptos y contenidos de la naturaleza de ésta, no obstante todos los esfuerzos en definirla dicen relación directa a la violación de la norma legal y constitucional.

Así, Gustavo Morales Marín afirma que "Prueba Ilícita, en su connotación de acto jurídico, entraña la violación voluntaria de cualquier precepto legal relacionado con el procedimiento de su recolección, práctica o aseguramiento." Morales (Op.cit., pág.170).

Por su parte, la Profesora Ada Pellegrini conceptúa que, "por Prueba Ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad." Pellegrini (Op. cit., pág.2).

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Adán Amulfo Arjona, al comentar el concepto que de este tema aborda el Maestro Devis Echandia promueve el contenido conceptual de la prueba ilícita en los siguientes términos:

“Por su parte el tratadista colombiano Hernando Davis Echandia anota que son pruebas ilícitas: “aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.” En sus comentarios el Magistrado expresa: “De la definición transcrita - y que dicho sea de paso consideramos muy adecuada, por cuanto recoge la variedad de elementos que configuran la ilicitud de una prueba— se advierten las siguientes notas: 1- Una prueba puede ser ilícita porque la ley expresamente así lo ha dispuesto. (verbigracia: aquella que viola los derechos humanos o contraría la moral, como lo sería la prueba que persiguiera la investigación del subconsciente de una persona contra su voluntad. Etc. 2. Una prueba puede ser ilícita por el procedimiento empleado para producirla o hacerla valer en el proceso (por ejemplo; una confesión obtenida mediante la aplicación de torturas o coacciones físicas, mentales morales etc.) y 3- Una prueba es ilícita cuando se produce en violación de una prohibición legal expresa (por ejemplo; cuando el juez, aprovechando la autoridad de la cual esta investido, exige a un banco dentro de un proceso civil toda la información en cuanto a una cuenta cifrada. En ese caso, la prueba será ilícita pues, aún cuando la información la ha obtenido la autoridad jurisdiccional en ejercicio de sus funciones, esa autoridad se ha desplegado con evidente abuso y en franca violación que el ordenamiento jurídico le dispensa a las cuentas cifradas, lo que le resta todo valor (cfr. Artículo 5 de la ley 18 de 28 de enero de 1959)”. Fábrega (1978, pág.375).

En un estudio profuso del concepto de Prueba Ilícita, Manuel Miranda Estrampes distingue diversas corrientes en la doctrina al definir el concepto; por un parte señala:

“Para un primer sector doctrinal, la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana.” “Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de las normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas; constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.” “Una última postura, que podemos calificar de restrictiva es aquellas que circunscribe el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales.” Miranda Estrampes (1999, pág.17).

Baste estos conceptos generales, que ilustran de manera categórica el concepto que debe tenerse de la prueba ilícita ya que, por si solos evidencian lo trascendente de las consecuencias de la existencia y validación de este bodno jurídico producto de la aplicación impropia del derecho.

3. Modalidades en que se Puede Materializar la Prueba Ilícita

Es prudente, para los efectos de determinar el alcance de la prueba ilícita y sus connotaciones en torno a las normas susceptibles de ser vulneradas generando la ilicitud de la prueba, examinar los supuestos o

modalidades en que ésta pueda nacer en el mundo del proceso o afectarle naciendo antes de su inserción en el caudal probatorio.

Así, la prueba ilícita puede generarse en los siguientes términos;

3.1 Por prohibición expresa de la Ley

3.2 Por Violación de los Derechos Humanos

3.3 Por ser Contrarias a la Moral

3.4 Por Contraponerse al Orden Público

Así lo dispone nuestro ordenamiento jurídico adjetivo en su artículo 780, que además de señalar los medios de prueba admisibles para la formación de la convicción del juzgador, establece los presupuestos de existencia de la prueba ilícita, en los términos expuestos y que a continuación examinamos.

3.1 Por mandato expreso de la Ley

La norma, como presupuesto de obligatorio cumplimiento, supone la necesaria concurrencia de la legitimidad de los actos que genere el individuo encargado de la función jurisdiccional, al momento de analizar, producir e incorporar elementos probatorios en el examen de una causa. Así la norma, promueve principios como el del debido proceso, la presunción de inocencia y otro número plural de ellos que generan esa seguridad jurídica que garantiza el Estado a sus subordinados. La norma, por ende, prevé y excluye del

mundo jurídico, todo acto con visos de prueba que no se hubiese generado dentro del orden constitucional y legal y aún más allá contra los derechos inmanentes de todo individuo.

En ese sentido, Juan Luis Conde S., al tratar el tema expresa:

“La justicia de la sentencia penal no depende solo de que se realice correctamente el juicio de subsunción de determinados hechos sobre cuya veracidad el Juzgador ha alcanzado una suficiente certeza moral. Depende también – y en la misma medida- de que a esa certeza se haya llegado mediante pruebas que el ordenamiento jurídico defina como lícitas. Sólo como desenlace de un proceso justo, que entre otros presupuestos implica la proscripción de la prueba ilícita en la prosecución de la verdad se puede alcanzar una sentencia justa.” Conde (2001, pág.3).

Este concepto es el que promueve la natural exigencia de la misma ley, que toda actuación en búsqueda de la justicia y, por ende, de la verdad procesal debe ser legítima, sin visos de nulidad. Al decir de Carlos Muñoz Pope, “la referencia a la ley permite afirmar que es una prueba prohibida aquella que esté expresamente excluida como tal por alguna disposición jurídica, no importa el rango de la norma en cuestión.” Muñoz Pope (1997, pág.65).

De estas conclusiones doctrinales debe entenderse de manera inequívoca, que toda prohibición que sea vulnerada a nivel legal o constitucional y que haga referencia al proceso jurisdiccional promoverá la

existencia de la prueba ilícita y en consecuencia, se concertará de pleno derecho la inaceptabilidad de este medio de prueba, tachado por ley de ilícito y expresamente prohibido como tal.

3.2 Por Violación de los Derechos Humanos

Los derechos del hombre, han sido y serán fuente inagotable de luchas a todo nivel; político, económico, social, filosófico y se ha de constituir siempre en fuente de inspiración universal en esa búsqueda incansable de la verdadera naturaleza del hombre, que por un lado se manifiesta pacífico, soñador de igualdades y de derechos, y por la otra egoísta, dictador, amante de la fuerza, promotor insaciable de la lucha por el poder sin fundamento legítimo y en este marco se genera toda la proyección histórica de los derechos individuales, lícita aspiración del hombre civilizado.

Desde la Revolución Francesa (1789), con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que sirve de inspiración a todas las revoluciones subsecuentes de la historia de la humanidad, hasta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobados por las Naciones Unidas en 1948 y con el pronunciamiento del Pacto de San José el cual fue aprobado en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, el respeto de los Derechos Humanos se han constituido en el pedestal de sustento y legitimidad de todos los sistemas sociales modernos. Estas disposiciones y acuerdos internacionales en torno a los derechos humanos han pasado a ser

parte de la normatividad positiva de nuestros pueblos, con lo cual se ha concertado a nivel internacional y a nivel interno de los estados, el concepto universal de respeto a los Derechos Humanos y la convicción incontestable que sólo por conducto del respeto de los Derechos del Hombre, se pueden sostener los regímenes políticos y se puede sustentar la validez y permanencia de los gobiernos en los Estados de Derecho.

Esa conciencia clara de la universalidad e inviolabilidad de los Derechos Humanos se aplica de manera directa e incontrovertible al proceso. De allí que todas aquellas pruebas que se pretenden hacer valer en un proceso en búsqueda de la verdad, deben generarse en el marco del respeto a los derechos humanos, sin lo cual deviene en ilícita y prohibida, pues ese respeto que genera la evolución del concepto de hombre-ciudadano debe ser tomado en cuenta por el juzgador al momento de valorar la prueba y procurar que todos los principios que protegen los derechos del ciudadano no hubiesen sido vulnerados, al momento de producirse la prueba que pretende hacerse valer en juicio.

Las normas legales y constitucionales, recogen todos estos principios garantistas de los derechos humanos, pero subsiste un principio superior que aunque no esté contenido en la norma material, de manera subliminal persevera en lo más profundo de los valores primarios de los hombres justos, ya que la evolución de la ciencia y la tecnología, pone a prueba, de manera permanente, esos derechos inviolables, pues la norma por si misma no

evoluciona a la velocidad de la tecnología y de las distintas modalidades de promoción de vulnerabilidad de los derechos del hombre.

Por ello, todo aquello que atente contra cualquiera de los derechos conquistados por el hombre en torno a su derecho a la vida, a un proceso justo, a expresar su opinión, a la inviolabilidad de su domicilio, al respeto de su dignidad, a su integridad física, el derecho a la defensa, el respeto a su intimidad, en fin, todo ese cúmulo de derechos ya reconocidos e inalterables, promueve la existencia de actos ilícitos, que pretendiendo usarse en proceso como pruebas devienen en la existencia de la prueba ilícita.

3.3 Por ser contrarias a la Moral

La norma, en su estructura orgánica, no sólo debe contener presupuestos de obligatorio cumplimiento, o preceptos de conducta o permisibilidad, debe tener un contenido moral, que garantice la legitimidad del propósito de la norma y que enuncie los principios universales de aceptación que esa norma pretende consagrar en el entorno social.

La moral como frontera de lo legítimo, guarda relación directa con el sistema social y la época en la cual se convoca, pues la moral, al igual que todos los conceptos enunciados por el hombre, ha sido objeto de la permanente evolución de los conceptos y la concertación de los hombres.

El concepto de lo que es “moral”, a nuestro juicio, es producto de la convicción social en torno a conductas, hechos y conceptos referidos al decoro, ética, honestidad, respeto a todo derecho o institución de cualquier naturaleza, integridad, rectitud, pureza, es decir, es la convicción pública en torno a los juicios de valor aceptables en el entorno social y que constituyen los parámetros subjetivos para juzgar la conducta humana. La moral viene a determinar el status ideológico de convivencia social y permite establecer el entorno de lo permisible y lo prohibido.

Dentro de esta concepción es entendible, que toda gestión del sistema o aparato estatal, en búsqueda de la verdad, que promueva la violación de los conceptos y convicciones morales del entorno social o del individuo devienen en ilícitas, por el respeto a esa entidad intangible pero presente en cada una de nuestros actos, llamada MORAL. A título de ejemplo, es permisible reseñar que en el ordenamiento jurídico de nuestros países en algún momento fue lícito el testimonio prestado por un cónyuge en perjuicio de otro, en la actualidad nuestra ley positiva exige que se ponga en conocimiento del declarante su derecho a no estar obligado a prestar declaración en contra de sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, como un derecho constitucional, todo esto como presupuesto de ilicitud de la prueba que se promueva sin haber advertido previamente al declarante de un derecho consagrado a su favor y que tiene relación directa al sagrado concepto de la familia, frente a las

obligaciones y deberes que genera con respecto al individuo, el sistema judicial del Estado. (Artículo 25 de la Constitución Política de la República de Panamá).

Es preciso reconocer que el legislador, al dictar la ley, no define ni formula los conceptos de carácter moral de la norma, pero subsiste porque debe tener un contenido moral, de allí que los principios universales que componen cada uno de los estados, han esbozado una normatividad intangible de lo permisible y lo prohibido, que va generando una conciencia colectiva que promueve un estilo de vida y de convivencia, que al ser vulnerado rompe premisas que atentan contra esa convicción que a fuerza de abrirse paso a los embates del desarrollo de las libertades del hombre, ha subsistido y se debate en fiera lucha ante la irresistible anarquía que parece ser la máxima aspiración del hombre moderno, no obstante se mantiene enhiesta la humilde pero inmovible Institución del alma, llamada MORAL.

3.4 Por contraponerse al Orden Público

Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la norma, en tanto que el funcionario público sólo podrá ejercer todas aquellas actividades que previamente estén descritas en ella. Este principio de derecho público y administrativo viene a darle contenido a las normas de carácter público, que tienen como objetivo garantizar el normal

desarrollo de las instituciones públicas y asegurar la convivencia pacífica de los hombres.

De este concepto, se deduce que toda actuación de un funcionario que traspase el límite de sus permisiones legales, vulnera los principios básicos del orden público, gestándose por tanto las condiciones necesarias para promover la ilicitud de la gestión pública que se hace contra lo preceptuado en la norma.

El juzgador, como funcionario del orden público debe, al ejercer la actividad jurisdiccional, asegurarse que todas las personas que intervienen en la formación del proceso y de las pruebas, están legitimadas para ejercer su actividad, ha cumplido con las disposiciones legales adjetivas y sustantivas y, adicionalmente, se han respetado todos y cada uno de los principios garantistas del debido proceso así como de la presunción de inocencia como principios básicos del respeto a los derechos del imputado. Toda actuación del juzgador, fuera de este contexto, promueve la violación de las normas de orden público y por ende, genera la existencia de la prueba ilícita en tanto y cuanto se han producido en violación expresa de las disposiciones legales vigentes.

Las normas de orden público, son aquellas que se dictan en atención a su carácter de normas de obligatorio cumplimiento, como preceptos inviolables por todos los integrantes del conglomerado social sin distinción de su condición de funcionario o particular y que constituyen las bases de la

legitimidad del sistema social. Así las normas procesales son de orden público y por ende, la violación de las normas procesales en atención a la producción de la prueba, supone la existencia de la prueba ilícita o prohibida. Por ejemplo, si se desconoce la norma que establece que para promover una declaración indagatoria debe existir previamente una resolución razonada, toda prueba que se genere sin esta formalidad deviene en ilícita, por violación de normas de orden público. (Artículo 2092 del Código Judicial).

A efecto de ilustrar lo afirmado, el maestro Carlos Muñoz Pope nos dice que debemos entender cuando una prueba resulta contraria al orden público, así afirma: "La noción de orden público, por tanto alude a Principios y normas de conducta y actuación impuesta por una norma jurídica que no puede ser desconocida por nadie, sea autoridad o un particular." Muñoz Pope (Op. cit., pág.66).

Bajo los parámetros ya citados, no podemos aceptar en el proceso la existencia de pruebas que vulneren el orden público so pretexto de que se está investigando un delito; pues la seguridad jurídica del sistema priva sobre la venganza privada o el resarcimiento público, incluso sobre la justicia misma que debe enunciar la sentencia en cada proceso.

El orden público consulta principios superiores de la colectividad por encima de los derechos del particular y es en ese orden público donde se encuentran los principios más valiosos de seguridad de cada individuo, pues la protección de los derechos generales, promueve la protección de manera

ineludible de los derechos particulares y este equilibrio es el que sostiene la posibilidad de la coexistencia pacífica entre los asociados.

4. Teorías Sobre la Validez de la Prueba Ilícita

Parece un contrasentido esbozar la posibilidad que lo ilícito presente visos de legitimidad, no obstante, al analizar los elementos subjetivos que dan contenido a la razón y existencia del proceso, es evidente que el interés público accede al interés privado y esa formulación de carácter general permite filosóficamente llegar a conceptos superiores de interés público donde los parámetros de legitimidad pueden alterarse, teniendo como fundamento la necesidad de proteger los intereses del colectivo, por encima de los intereses de los particulares.

Profundas disquisiciones doctrinales, apasionadas e inconclusas han generado la posibilidad de darle valor a la prueba ilícita, máxime cuando ello supone inmolar ante el altar del proceso los derechos de un individuo contenidos en la ley, en la carta magna o en los principios supremos de los derechos humanos y aún así, con fundamento en una actuación ilegítima, violadora de toda norma, en nombre de una justicia marcada de oprobio, la autoridad ejerce su función jurisdiccional a pesar de las heridas mortales inferidas a la norma y a la fe pública, último bastión de legitimidad del sistema judicial.

Así, son diversas las posiciones que dicen relación a la valoración de la prueba ilícita en el proceso; la teoría que sustenta el valor y legitimidad de la prueba ilícita, la que a todas luces promueve la admisibilidad y valor probatorio de la prueba nacida ilícita y la teoría que promueve la inadmisibilidad de la prueba ilícita, destacándose algunas modalidades que atenúan el rigor de esta doctrina cuando se estima que de conformidad a la clase de violación de que se trate, ya sea constitucional o legal, puede tratarse la admisibilidad de la prueba ilícita. Así si se produce en violación de la norma constitucional y de los principios fundamentales será nula e inadmisibile, si se trata de violaciones de la norma sustantiva podrá ser admitida en interés de la verdad material, fin del proceso.

4.1 Teorías de la Admisibilidad y Eficacia de la Prueba Ilícita

La admisibilidad y eficacia de la prueba obtenida ilícitamente, para un número plural de autores, debe ser considerada y valorada por el juzgador al emitir la sentencia, invocando como argumento la búsqueda de la verdad que garantiza la recta dosificación de la justicia que priva sobre la seguridad jurídica del individuo objeto del proceso jurisdiccional. Esta teoría dice contraponer el interés del colectivo sobre el interés particular; lo que importa es la verdad, aunque ésta, para ser obtenida deba pagarse al precio de la violación de la ley o de los derechos fundamentales del individuo.

Al respecto, al comentar los criterios argüidos por partidarios de esta corriente, Manuel Miranda Estrampes apunta: "Tradicionalmente la mayoría de nuestra doctrina se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Estas, se afirmaba, no estaban afectas de nulidad y podían ser utilizadas por el órgano jurisdiccional para formar su convencimiento sobre los hechos. Al margen de otro tipo de consideraciones, el argumento decisivo que se esgrimía en defensa de su validez residía en la proclamación de la verdad material como el fin del proceso penal y por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil..... Una vez la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso resultaba intrascendente su forma de obtención" Miranda Estrampes (Op. cit., pág.51).

Esa búsqueda de la verdad material, que confronta el juzgador en cada causa, promovida por las pruebas incorporadas al proceso, deben responder a un principio coherente de moral y de profilaxis social que justifique la existencia de la coerción de la sentencia, pues no podrá prevalecer jamás una norma de obligatorio cumplimiento que se sustente en criterios deleznable. La justificación de la admisibilidad de la prueba devenida de manera ilícita, debe buscar sustentos superiores que a nuestro juicio no ha logrado alcanzar, pues no basta la invocación de la libertad de la apreciación de la prueba o la búsqueda de la verdad material como argumento para justificar que actos que atentan contra la moral, la ley, la recta administración de justicia, puedan prohiar los elementos necesarios para sostener un concepto de justicia o de lo que es justo. De igual relevancia podría resultar sustentar que a fuerza de

tortura se pueda obtener una verdad material pura, valedera, insoslayable y por encima de toda negación de los derechos del hombre, pretender que se ha hecho justicia.

Por su parte, Luis Muñoz Sabate promueve otra proyección interesante de la validez de la prueba ilícita, pues sostiene que una vez inserta en el proceso, es casi imposible suponer que el Juzgador no ha de formar sus convicciones en torno a la prueba que obra en autos, pues la limitación a su propio discernimiento sería una ficción imposible de promover al momento de dictar sentencia. En ese sentido expresa:

“bajo nuestra concepción fenomenológica de la prueba es indudable que el único modo de ser valables las tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrado su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrá nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el Juzgador, a fin de no violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otra fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada. No hay ningún inconveniente en que el juez aplique una ley que en su fuero interno estima injusta, porque al fin y al cabo, la ley no es obra suya sino del legislador, pero cuando se trata de buscar la verdad de los hechos—que es un trabajo exclusivamente de sana crítica— pretender que el juzgador automutile su propia convicción, declarando no ser verdad lo que es verdad, resulta algo que rompe con los cánones de toda cordura.” Y como corolario de toda convicción en torno al tema expresa: “Habiendo reducido, pues el problema a una cuestión que solo atañe a la admisibilidad, quiero anticipar, sin embargo, desde un plano puramente doctrinal y en discrepancia por tanto con nuestro actual derecho positivo,

que ni aún así encuentro motivos suficientes para rechazar la prueba adquirida ilícitamente. La prueba tiende a trasladar unos hechos a la presencia judicial; es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad.” Muñoz Sabate (Op. cit., pág. 77).

De este concepto justificativo de la eficacia de la prueba ilícita debemos detenemos a esbozar algunos comentarios, pues, a fuerza de consultar el espíritu que da vida a la existencia del orden público y al animus populus de someterse a la fuerza coactiva del estado en su ejercicio jurisdiccional, terminamos por evocar elementos superiores de naturaleza filosófica que dicen relación a la seguridad jurídica que se traduce en seguridad personal y esa evocación supone la necesaria concurrencia de la licitud en la obtención de los medios de prueba, pues cualquier conducta ilícita que genere una prueba exculpatoria o incriminatoria, no vendría más que a sumar elementos de carácter cognoscitivo de la ley y el juzgador, pues la ilicitud de la prueba supone la existencia de violación de la ley y por ende nuevos hechos que deben ser sometidos al concierto del examen punitivo.

Es cierto que las modalidades en que puede manifestarse la prueba ilícita, puede aleccionarnos en torno a su aplicabilidad, pues estos autores que la justifican, ponen en evidencia aquellos casos en que la prueba ilícita, promueve evidencias de la inocencia de un imputado, con lo cual nadie promueve quejas de su uso y eficacia, no obstante cuando supone la condena de alguien, la oposición de su validez se hace evidente

También, sugiere un sector de la doctrina, que las posiciones de aquellos que adversan la prueba ilícita, no son más, que una posición de carácter política, alejada de los conceptos meramente teóricos del proceso y de sus fines, pero tampoco podemos estar en conformidad con estas afirmaciones, ya que la trascendencia de la prueba y su producción ilícita, conlleva a todos los conceptos que ilustran la existencia misma del Estado. No se trata sólo de asuntos de apreciación del valor probatorio de la prueba devenida en ilícita, se trata de la posibilidad de promover la permisión o convicción en los estamentos policiales o de promoción de las actividades de la investigación primaria del delito o del mismo juez, de que a fuerza de obtener la verdad y de poder promover la justicia, puede violentarse la ley y los derechos humanos para producir la prueba, pues ésta, aunque viciada, subsistirá y se lograrán los altos principios de hacer prevalecer la verdad, aun por encima de lo que puede ser moral, justo, equilibrado, dentro del contexto de lo permisible, es decir, se promovería patente de curso a todos los colaboradores de la justicia so pretexto de ir en búsqueda de la verdad.

Sera inadmisibles a la luz de las corrientes modernas que sustentan la primacía de los derechos del hombre, considerar que se pueda partir de un concepto permisivo de la prueba ilícita, pues sería la negación de la razón de ser del proceso. Atrevemos a esbozar la tesis que, la justicia, se debe a conceptos universales y absolutos y no condicionados o sujetos a excepciones de conformidad al criterio de la autoridad que se encarga de la

apreciación o promoción de la prueba. Dejar al arbitrio de un solo hombre, la posibilidad de decidir la valoración entre el bien y el mal so pretexto de hacer conocer la verdad, es tanto como dejar en manos del juzgador o del captador de la prueba la suprema virtud de dictar los valores sociales y las normas de convivencia entre los asociados, con lo cual dejaría de ser juzgador o colaborador de la justicia, para convertirse en tirano.

No hay nada más peligroso, para el orden social y jurídico que un policía, investigador, juez o cualquier modalidad investigativa de nuestros sistemas judiciales, premunidos de la posibilidad de que sus desafueros, abusos o ilegalidades puedan convertirse en instrumento legítimo de valoración judicial, pues con ello le daríamos una justificación moral al oprobio y al abuso, con lo cual la fuerza siempre se abrirá paso sobre el derecho, si se atisba la posibilidad de que lo que engendra la fuerza pueda generar efectos lícitos, excelente excusa para el abuso del poder, precisamente en oposición a la causa por la cual los sistemas judiciales deben su razón de ser, evitar que la fuerza prevalezca sobre la ley.

Cada vez más, a medida que "la función jurisdiccional" alcanza mayores grados de discusión en torno a la legitimidad de los conceptos y de sus propósitos, se convierte en uno de los pilares fundamentales de justificación de la existencia del estado.

Están lejanos los días en que los hombres se asociaban para enfrentar a otros, para garantizar cacerías, promover intercambios agrícolas o de otra

naturaleza, ahora los ciudadanos justifican su asociación en el marco del estado en función al bienestar que les garantiza, seguridad, trabajo y justicia. Es por ello que la actividad jurisdiccional ha de impactar cada vez más en esa justificación de mantener el concierto social y nuestros pueblos americanos noveles aún en el desarrollo histórico, con vivencias de violencia a lo interno de nuestros estados, debemos abrazar con vehemencia la creencia y la fe en nuestros sistemas jurisdiccionales a fuerza de querer encontrar la paz y la esperanza de que las brechas de la desigualdad social se puedan estrechar mediante la primaria concepción de justicia, dar a cada cual lo suyo. La posibilidad de darle contenido de validez a la actuación ilícita para justificar un pronunciamiento jurisdiccional, nos alejaría gradualmente de toda esperanza de concertar la paz social de nuestros pueblos, en donde la filosofía y los conceptos doctrinales no se manejan en bibliotecas y universidades, se generan cada día en nuestros tribunales y hacen mella en el alma de los ciudadanos, que cada día miran con mayor recelo la eficacia de la justicia y las legítimas motivaciones del juzgador.

4.2 Teoría de la Inadmisibilidad de la Prueba Ilícita y sus Excepciones

Esta corriente doctrinal propugna lisa y llanamente que toda prueba obtenida en violación de los derechos y libertades fundamentales es inadmisibile e inutilizable. Al decir de Sentis Melendo; “un juez no podrá

valorar correctamente una prueba que no ha llegado con toda corrección al proceso". Melendo (Op. cit., pág. 43)

La promoción del concepto y alcance de la prueba ilícita, deviene de los esfuerzos jurisprudenciales de los distintos tribunales del orbe, en especial en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en donde se ha ido decantando este principio a la luz de las discusiones en los casos concretos examinados, que han ido construyendo toda una dinámica de valoración y tratamiento de la prueba ilícita en sus distintas modalidades.

Es interesante anotar los comentarios que al efecto esboza Silvia Teme Baron al formular una sinopsis de la evolución de la prueba ilícita en los siguientes términos:

"La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en los Estados Unidos, por la Jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que puede distinguirse varios periodos, desde una inicial expansión de la **"exclusionary rule"** hasta el ulterior surgimiento de criterios que moderarían sus efectos. La citada regla, prohíbe la aportación al proceso, de la prueba obtenida de forma ilícita, la que se constituye en principal derivación de la **"Doctrina de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine)** cuyo origen se sitúa en el caso **Silverstone Co. -vs- U.S.** en el año 1920, siendo acuñada la expresión citada, años después por el Juez Frankfurter al fallar en el caso **Nardone -Vs- U.S.** en un supuesto de intervenciones telefónicas realizadas sin orden judicial. La prohibición citada llega a ser absoluta en 1961 en el sentido de su aplicación extensiva para iniciarse por razones de política criminal y defensa social, un proceso de constante reducción y limitación de su ámbito de

aplicación, mediante la introducción de ciertos criterios de aplicación a saber:

- a. El **balancing test**: que deja al arbitrio judicial la decisión de los supuestos en los que se debe aplicar la "exclusionary rule" en cada caso concreto.
- b. El criterio de la fuente independiente o "independent source", que permite la incorporación del elemento de prueba cuando no existe la necesaria relación de causalidad directa entre la prueba inicialmente lograda de modo ilícito y la prueba derivada lícita.
- c. La teoría del descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en virtud de la cual no se reconocen efectos reflejos a la prueba ilícita en aquellos supuestos en los que los datos obtenidos con la misma se hubieran obtenido inevitablemente por otros medios legales durante la investigación en curso.
- d. La doctrina de la "good faith exception", que admite la validez procesal de ciertas pruebas ilícitamente obtenidas por los agentes de policía, cuando actuaron de buena fe, en la creencia objetivamente razonable de que su actuación se ajustaba a la ley." Teme (Op. cit., pág.1)

De estos razonamientos ilustrativos de la insigne abogada paraguaya, podemos volver a esbozar el concepto de que en los altos principios del derecho y la justicia, todo es evolutivo, pues los conceptos absolutos, prontamente son atemperados por la acción de la realidad que exige, en cada caso, un análisis especial y adecuado al caso concreto. Es aquí en donde se expresa con mayor claridad esa función volitiva del juzgador, que ateniéndose a conceptos universales debe ajustar sus conclusiones a los conceptos particulares que con base a una sentencia plasma el supremo concepto de justicia.

En este mismo sentido Ada Pellegrini Grinover, en torno a la inadmisibilidad de la prueba ilícita y el tratamiento que se ha generado en su desarrollo señala:

“La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que admitía la prueba relevante y pertinente, preconizando apenas la sanción del responsable por el acto ilícito (penal, civil o administrativo) practicado en la recolección ilegal de la prueba, llegóse a la convicción de que la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser borrada del proceso, por más relevantes que sean los hechos por ella aportados, una vez subsumida en el concepto de inconstitucionalidad, por vulnerar normas o principios constitucionales -como por ejemplo la intimidad, o el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la propia integridad y dignidad de la persona. La teoría hoy dominante, de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, aprehendidas en infracción a principios o normas constitucionales, viene, no obstante, atenuada por otra tendencia, que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional. Tratase del denominado Verhältnismässigkeitsprinzip, o sea, de un criterio de proporcionalidad, en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita, buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos. Es importante observar que el principio alemán de proporcionalidad recuerda la construcción jurisprudencial de razonabilidad, tan importante y significativa en los pronunciamientos de la Suprema Corte Americana.” Pellegrini (Op.cit., pág.5)

Es la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita, un concepto general que ha sido atemperado con el desarrollo de la jurisprudencia y al respecto se distingue si la violación de la norma es de rango constitucional o de las garantías fundamentales o si por el contrario es de carácter meramente procesal con lo cual se establece la diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular.

Si la prueba se produce en violación de las normas constitucionales, vulnerando los derechos fundamentales estaremos ante la presencia de la prueba ilícita, inadmisibile a la luz de todo ordenamiento jurídico que se precie legítimo defensor de los derechos del hombre. En tanto que si se trata de la violación de normas de menor rango, en donde sólo se vulneran normas de carácter formal y a veces subsanable, se promoverá el interés de la verdad material, por encima de los derechos vulnerados. Así lo consagró, en el más puro sentido la sabiduría jurisprudencial concertada en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2047) (Ponente Sr. Delgado García) al preceptuar:

“así pues, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, en el caso que se analiza el artículo 18.2 de la Constitución Española, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base crítica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizás haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de la verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración

de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza." De Urbano (2000, pág.36)

Es importante comentar esta jurisprudencia, pues es evidente que de ella se deduce, que la prueba ilícita es inexistente en tanto se pretenda apoyar una sentencia condenatoria en base a ella, no obstante, a contrario sensu, debemos entender que la sentencia absolutoria puede acceder a la admisibilidad de la prueba ilícita que promueva la inculpabilidad del imputado. Partiendo de esta premisa, seguimos sin dar solución a la discusión que se deduce al determinar si de lo ilícito se pueden generar principios que promuevan la existencia de una verdad que acceda a un contenido jurisdiccional, que se valga de concertar los elementos intrínsecos de la llamada JUSTICIA.

La Teoría de la proporcionalidad, constituye hoy en día la tesis de mayor trascendencia en torno a la admisibilidad de la prueba ilícita, pues a pesar del especial e inequívoco interés del Estado de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos, será necesario entrar a valorar los bienes de mayor valor en la escala social, determinando siempre el interés público como suprema medida de la permisibilidad del juzgador en búsqueda de la verdad.

A fuerza de acceder a lo razonable, sin duda que el principio de la proporcionalidad resuelve muchos, si no todas las interrogantes y los problemas de orden moral y filosófico que plantea la admisibilidad de la

prueba ilícita, pues promueve conceptos de autodefensa y el ejercicio de la restitución del derecho a la libertad del inocente imputado, aun cuando su inocencia derive de la más aberrante de las formas de producción de la prueba ilícita. Ciertamente que un concepto absoluto e inflexible de la inadmisibilidad de la prueba ilícita, pondría al juzgador en una situación irracional, pues la verdad al ser concertada por el juzgador al valorar la prueba debe acceder a principios de moral inmarcesibles, pero la moral es esencialmente garante de la libertad del hombre, en tanto que los medios de prueba deben acceder a la formación de un criterio que se manifestará en una sentencia que devendrá en la concreción de la justicia. Luego entonces, si en la prueba ilícita se refleja la verdad, no podrá el juzgador dejar a un lado el propósito de sus esfuerzos para abrazar de manera insensata un formalismo, ignorando el fin supremo de la Justicia, que prevalezca la verdad.

No podría de modo alguno justificarse a la luz del derecho, la justicia o los principios que promueven la existencia y legitimidad del sistema judicial, la negación de la libertad de un inocente, por la impropia existencia de su verdad en una prueba producida de forma ilícita.

De todos estos elementos de juicios ponderados debemos adelantar nuestras propias conclusiones en torno a la prueba ilícita en su aspecto formal y de admisibilidad en los siguientes términos:

- ◆ Consideramos que la prueba que deviene en ilícita por violación de normas constitucionales o de los derechos fundamentales, es nula, ineficaz, inexistente y debe ser erradicada del proceso.
- ◆ Es necesario aceptar que la prueba ilícita que viola derechos constitucionales y por ende ilícita, al ser incorporada al proceso y promovido su examen por el juzgador, de manera inevitable formará parte de su acerbo cognoscitivo y por ende se reflejará en la sentencia, aun con mayor injerencia en nuestros sistemas menos formales y más románticos en los cuales los derechos individuales son los últimos consultados en los valores de la administración pública y los intereses del sistema no pocas veces constituyen de manera prioritaria, el objeto de convicción de los ilustres juzgadores. La prueba ilícita por ende debe ser erradicada del proceso penal, por ende debe existir un proceso sanador del caudal probatorio, antes de que el juzgador que conocerá la causa, acceda a conocer del contenido de las pruebas del proceso. Debe instituirse por tanto, la posibilidad de recurrir contra la prueba ilícita, en cualquier momento del proceso, a instancia de parte.
- ◆ Es menester, para solventar la posibilidad de la contaminación del proceso por la prueba ilícita, promover en la convicción del juzgador la necesidad de que al admitir las pruebas, puedan depurarse aquellos elementos probatorios carentes de legitimidad, oprobiosos, ilícitos o irregulares. Es en ese momento en que el juzgador debe alzarse sobre las mediocres

aseveraciones del interés público y recordar que en la suma de individualidades se encuentra el interés colectivo que constituye la grandeza de su apostolado. Cada caso es la repetición de la universalidad del sistema judicial y jamás podrá la justicia, sustentar sus virtudes a fuerza de ser invidente, si no siente en lo más profundo de su espíritu, la inequívoca convicción de que lo justo es aquel estadio, en el cual a pesar de conocer la verdad, es imposible alcanzarla por medios ilícitos, pues sería tanto o peor juzgar por medios ilegales, que tratar de hacer valer una justicia carente de moral y de respeto a los derechos humanos que dice proteger pues, jamás podrá el funcionario judicial encontrar sustento valedero al resultado de un proceder ilícito.

No existiría otro modo, dentro de nuestros sistemas en evolución de evitar que el juez, estatista por convicción y conveniencia social, deje llevar sus razonamientos por la vigencia de la verdad material, aun por encima de todos los derechos individuales, constitucionales o legales, que garantizan los derechos del imputado. El juzgador es por su condición especial, el garante de los supremos destinos del Estado, por lo cual su responsabilidad le exige proscribir lo ilícito aunque le convenga a los supremos intereses de la justicia

- ◆ La prueba ilícita debe ser sólo admitida en todo caso de obtención de la verdad material que promueva la inocencia del imputado. En ningún caso la prueba ilícita que se genere en violación de los derechos y garantías

fundamentales debe ser el sostén de una sentencia condenatoria, pues sería tanto como pretender sostener que, sobre la violación de la ley puede prevalecer la justicia.

- ◆ La prueba ilícita generada por vía de violación de las normas sustantivas deben, de igual manera, ser incursas en nulidad y por ende en ineficaces, de conformidad a la clase de formalidad a la que acceda la prueba y en atención a la posibilidad de subsanarse, en el recurrir del proceso. Si la prueba es insubsanable debe entonces ingresar en el mundo de la ineficacia e inadmisibilidad.
- ◆ En cuanto al efecto reflejo de la prueba ilícita, debe prevalecer el mismo sentido que venimos expresando al determinar que los resultados de una prueba ilícita, de beneficiar al reo deben ser contemplados y admitidos en el proceso, pero en tanto y cuanto promuevan la responsabilidad del imputado o de un tercero, deben ser excluidas del proceso, pues no puede justificarse la existencia de una prueba ilícita, cuyo origen es espurio y la justicia no podrá jamás levantar sus cimientos sobre hechos ilícitos, aun cuando suponga el encuentro con la verdad. La prueba ilícita promueve la ilicitud de todo lo que de ella se desprenda.
- ◆ El juzgador en su delicada actividad, debe al momento de determinar la admisibilidad de la prueba, ejercitar todos sus esfuerzos para proscribir la prueba ilícita, velando que éstas comulguen en fiel cumplimiento de todas las garantías individuales del individuo. El ejercicio de admisibilidad es el

primer juzgamiento, referido de manera exclusiva a la valoración de la legitimidad de la prueba, de manera tal que ante la existencia de la prueba ilícita debe ser rechazada esgrimiendo los argumentos de hecho y derecho que motivan su convicción y al momento de dictar sentencia sólo las pruebas lícitas han de haber sobrevivido al escrutinio del juzgador. Siendo así, no existe riesgo alguno de que la ilicitud de la prueba afecte el desarrollo del proceso. El juzgador que se valga de tal, como hombre, falible e imperfecto, tiene como obligación suprema consultar su convicción sostenida en los hechos y las pruebas legítimas, cualquier error, ignorancia o imperfecta evaluación del caudal probatorio, será cernido por las instancias superiores o recursos extraordinarios, pero jamás podremos prescindir del hecho cierto, que el juzgador hacedor de libertades y promotor de justicia, es a quien corresponde garantizar el cumplimiento de la ley, el respeto a los derechos humanos como garantía de una recta administración de justicia.

- ◆ Las distintas modalidades en que la jurisprudencia ha dado tratamiento a la prueba ilícita demuestra, de manera inequívoca, la gran capacidad del juzgador de adaptarse a la realidad concreta de cada caso y resolver en juicio a su convicción, lo que más se asemeja al concepto de justicia, manteniendo el equilibrio entre el interés colectivo y el interés al respeto de los derechos individuales. Las variantes del derecho anglosajón en torno a la admisibilidad de la prueba ilícita, son la fiel expresión del

sistema que busca en el ejercicio de sus conceptos jurídicos, una concertación de todos los intereses, tanto del colectivo como los individuales para dar al conglomerado una prueba material de que el sistema judicial funciona en beneficio de todos y no de un grupo minoritario premunido de poder, riquezas o influencias y que, por el contrario, se mantienen enhiestos los principios de igualdad, equidad y justicia.

Por otro lado, la garantía suprema de que la prueba ilícita no cabalgará triunfante en el mundo del proceso, está supeditada a que los estados acierten en escoger a sus juzgadores, que al tenor del mandato bíblico deben ser sabios y en nuestro concepto, la sabiduría comulga con la suprema y sencilla regla de ser justo, con lo cual sobre los hombros de esos hombres justos llamados juzgadores se encuentra enhiesta la posibilidad de la cohesión y supervivencia de los sistemas jurídicos modernos y de la supervivencia de la institución llamada Estado. Si el juzgador sabe equilibrar adecuadamente el interés de la Justicia, que es concertar la verdad por medio de la prueba, en un concepto superior de Justicia que supone el equilibrio de lo legal con lo justo y lo permisible con lo inaceptable, podrá entonces encontrar el difícil camino que ha de transitar aquél, que por designios del pueblo debe encargarse de decir qué es la verdad y a quien le pertenece.

CAPITULO V

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO

1. La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Panameño

Desde el origen del proceso hasta el presente, todo esfuerzo de hacer justicia se resume en la confrontación de los hechos o las afirmaciones en directa correlación con las evidencias allegadas a la valoración del juzgador. Todos los sistemas de valoración de pruebas, medios de pruebas aceptados por la norma y toda la estructura del proceso, no es más que el esfuerzo generado por el legislador para garantizar que la actividad del juzgador se encuentre enmarcada en un ámbito de legalidad y de seguridad jurídica, de que debe gozar todo ciudadano al momento de someterse al concierto de la actividad jurisdiccional.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha sido ajeno a los influjos de las doctrinas que esgrimen los maestros del proceso, a nivel mundial y por reflejo de los impulsos de la modernidad legislativa nos hemos adentrado al mundo de la discusión filosófica, constructiva y modernizante de la prueba ilícita.

Es evidente que nuestros juzgadores han encontrado refugio en su razón, como supremo sustentador de sus conclusiones, atemperados cada vez más por los efluvios de los maestros y los libres pensadores que a fuerza de amar el derecho se arrojan al supremo esfuerzo de plasmar sus ideas en el papel agndulce de la crítica y el escrutinio de los pocos que se asoman al mundo de la lectura jurídica, grupo de estudiosos que se acrecienta a medida que sopesamos lo profundo de nuestras limitaciones a la luz de la evolución

del derecho de otros pueblos, que ya han cesado de discutir sobre lo que es justicia y promueven cada día la búsqueda de los entornos superiores de lo que debe entenderse por justo.

La última década ha constituido para el ordenamiento jurídico panameño, un período de evolución de las estructuras jurídicas, promovido por el esfuerzo de todos aquellos juristas reprimidos por algunas décadas de oprobio militar, que, no sólo se apartó del respeto de los derechos fundamentales, sino que promovió la mediocridad como doctrina de dominación y la corrupción como instrumento de concertación. No sólo se han promovido reiteradas modificaciones al Código de Procedimiento, sino que se ha fortalecido la oralidad del proceso y el Instituto de Defensoría de Oficio que a diario siembra la credibilidad en el sistema judicial, al fortalecer el respeto de los derechos del imputado, no sólo con una asistencia técnica oportuna, sino con su reiterada concurrencia a la formación de la jurisprudencia de nuestra patria, con la defensa permanente de los derechos humanos y las garantías fundamentales del debido proceso, la presunción de inocencia y de todos aquellos esfuerzos concertados a sangre y fuego convertidos hoy en principio garantistas de los derechos del ciudadano.

El Instituto de Defensoría de Oficio a nuestro juicio, se ha convertido en el gendarme de la constitucionalidad y legalidad del derecho penal panameño, pues el ingente número de patrocinados que a diario acceden a los servicios de la institución, nutren su espíritu con las modernas teorías del

derecho a la defensa y del debido proceso antes ajenas a su entendimiento, no por encontrarse ausente en la letra muerta de leyes incumplidas, sino por la voluntad de los gobiernos, que de alguna manera por intuición o convicción han comprendido que en la calidad de la justicia se ha de medir la calidad de la vida de los ciudadanos y por tal motivo, han vuelto sus ojos y sus esfuerzos al mejoramiento de la justicia panameña. Ninguno de estos conceptos, tiene nada que ver con que actualmente ejercemos el cargo de Defensora de Oficio de Circuito de Panamá, pues nuestra modestia no podría permitirnos tales alabanzas, con lo cual confirmo que lo dicho es cierto.

Cabe mencionar que aún resultan resabios arcaicos como los Juzgados Nocturnos de Policías adscritos a la justicia administrativa, que se mantienen en la ciudad de Panamá y Colón como una distorsión del concepto de justicia ininterrumpida, principio constitucional que no logra dar contenido a una oprobiosa manifestación de justicia amparada en conceptos y fundamentos desprovistos de cualquier legitimidad moral y social.

La prueba ilícita como doctrina de seguridad jurídica y respeto a los derechos humanos, al igual que en su concepto de doctrina de seguridad colectiva, se abre paso en la normatividad panameña y en la jurisprudencia penal patria, que ha dado tratamiento a este tema, en reiteradas ocasiones en especial en el juzgamiento de casos relacionados con drogas, que generan una gran cantidad de actividad policial encubierta, utilizando modalidades de escuchas telefónicas, grabaciones, videos y toda una serie

de actividades que pretenden encontrar legitimidad en el esfuerzo de las autoridades para erradicar los estupefacientes y las actividades de blanqueo de capitales y lavado de dinero, aún a pesar de violentar un número plural de derechos consagrados en las normas constitucionales y legales.

2. Consideraciones en torno a la prueba ilícita en el derecho procesal penal panameño

El marco legal de la existencia y validez de la prueba se encuentra estatuido en el artículo 780 del Código Judicial que expresa que:

Artículo 780. “sirven como pruebas, 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 prohibidas por la ley, ni violen los derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público”.

Son lícitas todas las pruebas que este extenso concepto agrupa y a contrario sensu, no lo serán aquellas, que se producen en contravención de lo preceptuado en la ley, las que violen los derechos humanos y las que son contrarios a la moral y al orden público.

El Título III de la Constitución Política de la República de Panamá, que consagra “Derechos y Deberes Individuales y Sociales”, establece el marco constitucional que le da contenido a los parámetros sobre los cuales ha de

producirse la prueba lícita en el cumplimiento y respeto de todas y cada una de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido, nuestra carta magna desarrolla en el título enunciado, los derechos fundamentales del individuo como lo son, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, el principio de legalidad, la inviolabilidad del domicilio, la confidencialidad de la correspondencia, el derecho a la integridad física, la libertad de expresión, ambulación y todos y cada uno de los derechos del hombre consagrados en el papel y la tinta de la historia de la humanidad.

De manera paralela y en consecuencia de la garantía de esos derechos, el Código Penal recoge en su normatividad punitiva, todas aquellas conductas que violentan las garantías fundamentales y las eleva a la categoría de delito, con lo cual se garantiza la efectividad de la norma escrita y el Código de Procedimiento promueve todas las disposiciones normativas necesarias para dar contenido a esos derechos, promoviendo que en el proceso y en la concertación de la prueba, se de respeto a todos y cada uno de esos derechos estimados como derechos supremos del individuo, que deben ser resguardados ante el ejercicio de la actividad pública del Estado de administrar justicia, poder que de mejor manera manifiesta esa omnipotencia subliminal y efectiva del Estado en beneficio de la colectividad, pero en permanente vigilia del respeto a la individualidad del sujeto examinado a la luz de la actividad jurisdiccional.

Es menester para una cabal comprensión de lo que enunciamos que nos adentremos en el examen minucioso de las distintas posibilidades que se podrían manifestar en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, que dieran por resultado el nacimiento de la prueba ilícita y que supone de manera necesaria la vulneración de los derechos fundamentales del individuo.

2.1 Medios probatorios inaceptables a la luz de la búsqueda de la verdad material

Para una recta administración de justicia, fundamento primordial de la existencia del Estado, se requiere el total cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones normativas vigentes de rango constitucional, legal e incluso a nivel administrativo, para tener la certeza de que el ciudadano a pesar de su debilidad ante el supremo poder del Estado, tendrá trato justo y su causa será examinada de manera imparcial sin vulnerar ningún derecho del imputado. Las distintas modalidades en que puede manifestarse el abuso del poder o el exceso en la búsqueda de la verdad, debe proscribirse del mundo del derecho, pues la violación de los derechos humanos deviene en una conducta tan execrable como la que se pretende castigar, sin importar la gravedad del delito investigado, pues si la verdad material supone la seguridad colectiva, la legitimidad de la violación de los derechos individuales es el inicio de toda destrucción de la integridad de la seguridad jurídica, último bastión de legitimidad del sistema judicial y por ende de los estados.

Examinaremos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento de medios probatorios especializados que han dado contenido a profundas disquisiciones y controversias doctrinales, pues constituyen medios de prueba, que lesionan o ponen en peligro derechos constitucionales fundamentales, pero que se han consolidado ante la supuesta ineficacia de los medios tradicionales de prueba para combatir la creciente y especializada delincuencia, que día a día en virtud de sus cuantiosos recursos promueve sofisticados medios de evadir la justicia.

Bien aprendido el discurso, pues esa excusa que se hace valer en foros una y otra vez, se va arraigando en nuestras almas, promoviendo la legitimidad de la violación de nuestros derechos fundamentales, pues atacamos el crimen en la calle, evitando hacerlo en los hogares, desde el nacimiento de los hombres, procurando tarde encontrar solución al crimen, cuando a fuerza de mitificar el crimen, nos hemos convertido en promotores del fenómeno criminal y no en eficientes promotores de la moral, el orden y la justicia.

2.1.1 Violación de Correspondencia y Demás Documentos Privados

La Constitución Política de la República de Panamá, en el primer párrafo de su Artículo 29 establece con rango de garantía fundamental el derecho del individuo a que “la correspondencia y demás documentos

privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.”

Es evidente, al tenor de lo expresado, que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia no es absoluto, pues la misma norma establece limitaciones a ese derecho, delegando en las “autoridades competentes”, en atención a “fines específicos” y “mediante formalidades legales” la posibilidad de limitar o violentar ese sagrado derecho a la íntima privacidad de la palabra escrita. Como corolario del respeto a la privacidad de la correspondencia como principio general, se establece que todo aquello que no tenga que ver con el fin u objeto de la investigación de que se trate será objeto de reserva por parte de las autoridades correspondientes.

Es importante destacar que el segundo párrafo de este artículo 29 de la Constitución Política, establece que “el registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.”

Debemos detenemos para examinar con detenimiento esta disposición constitucional, pues es evidente que la amplitud de las excepciones a la universalidad de una garantía fundamental, pueden poner en grave riesgo la institucionalidad y los derechos que esta Constitución consagra; así es evidente que el principio general supone la inviolabilidad de la

correspondencia y la excepción sólo atiende a la orden de una autoridad competente, con fines específicos y de acuerdo a formalidades legales, en toda clase de delitos o causas de carácter legal. Es tanto como que, cualquier autoridad laboral, civil, penal administrativa, mediante resolución motivada pueda acceder a violentar este derecho constitucional.

Así, nuestro Código de Procedimiento establece en su artículo 817, al dar tratamiento al aseguramiento de pruebas, la diligencia exhibitoria que es definida en los siguientes términos:

Artículo 817: “mediante la diligencia exhibitoria, el juez lleva a efecto la inspección de la cosa litigiosa, o de los libros o de los documentos u otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante o de terceros y que el peticionario estime conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos, pretensiones, excepciones o defensas.....”

Por su parte, el Artículo 24 de la Ley Número 23 de 1986 de 30 de diciembre de 1986, Reformada por la Ley 13 de 27 de julio de 1994 “ Por la cual se reforman algunos artículos del Código Penal y del Código Judicial y se adoptan otras disposiciones especiales sobre delitos relacionados con drogas, para su prevención y rehabilitación” establece que:

Artículo 24: “en las investigaciones que se adelantan por cualquier delito, por existir evidencias o indicios graves de tales delitos y de la relación punible entre la persona y los bienes investigados con dichos delitos, los

Funcionarios de Instrucción o del Órgano Judicial mantendrán bajo estricta reserva las informaciones de carácter confidencial que hubieran obtenido conforme a los procedimientos legales vigentes.”

De tal suerte, las autoridades del Ministerio Público y del Órgano Judicial, pueden en el ejercicio de la actividad investigativa y jurisdiccional, acceder a cualquier correspondencia o documento privado para la obtención de pruebas, tratándose de cualquier delito y nos atrevemos a adelantar tratándose de cualquier causa, limitando tan solo la legitimidad de este actuar, a que emane la orden de una autoridad competente, con fines específicos y mediante la formalidad legal correspondiente. Es evidente que todos aquellos documentos o correspondencias que se ocupen sin dar cumplimiento a estas condiciones, requisitos o preceptos normativos devienen en ilícitos, ineficaces e inaceptable en el proceso. Debo señalar que la ligereza con que el derecho a la intimidad en la correspondencia y la documentación privada es tratado, poco se genera en torno a la jurisprudencia de la prueba ilícita en esta materia en nuestro acerbo jurisprudencial, pues la violación de este derecho se ha constituido en una permisión aceptable en tanto y cuanto se satisfagan primarios principios de documentar la diligencia, por una autoridad competente y con un fin específico, liviano esfuerzo cuando se trata de escudriñar la privacidad del pensamiento y las intimidades de un ser humano, que con virtudes y flaquezas, tiene el derecho de que sus pensamiento sean

consagrados con la intimidad que garantiza la Carta Magna como atributo de garantía fundamental.

2.1.2 Escuchas o Grabaciones Telefónicas. Filmaciones o Videos

Todo un tratado puede generar el análisis del derecho a la privacidad, que puede iniciarse desde los preceptos bíblicos que enuncian que “el hombre dará cuenta en el juicio final de la palabra ociosa, porque por tus palabras serás justificado y por ellas serás condenado”, pasando por la filosofía Shakesperiana que recoge en su acervo el principio que “el hombre es esclavo de sus palabras”, principio proyectivo de lo trascendente que sería la privacidad del uso de las palabras en el contexto de las evidencias dentro del proceso. Estos conceptos de respeto a la privacidad y a las comunicaciones telefónicas privadas se recoge a nivel Constitucional en el segundo párrafo del Artículo 29 que preceptúa; “Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas.”

Es evidente que el avance de las comunicaciones y la tecnología ha modificado el desarrollo de la humanidad, incidiendo en la actividad diaria de los hombres, por lo cual se han generado conductas delictivas por razón del uso de esos medios, cuando son utilizados para vulnerar la privacidad del individuo. Así, nuestro Código Penal en su Artículo 169 señala que:

Artículo 169: “el que grabe palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuche conversaciones privadas que no le estén dirigidas” incurre en un delito contra la inviolabilidad del secreto.”

El artículo 29 de la Carta Magna Panameña, no establece excepciones en cuanto la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no obstante por estar inserta en el mismo artículo referido a los documentos privados y la correspondencia, que si admite excepciones, por extensión idiomática, haciendo malabares de las reglas de morfología y de la sintaxis, por analogía se han extendido las limitaciones al derecho absoluto, a la privacidad de las conversaciones telefónicas privadas, permitiéndose tales excepciones por mandato legal y, a nuestro juicio, sólo en caso de delitos relacionados con drogas.

Es en efecto el derecho a la privacidad uno de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico y esta privacidad supone todo medio escrito, hablado e incluso podemos agregar en el sentido moderno de las comunicaciones, los correos electrónicos que suponen la posibilidad de video, sonido y data. Toda actividad generada con el objeto de acceder a las conversaciones privadas de los individuos, merece tratamiento por parte de la ley punitiva, no obstante en ese ejercicio propio del Estado de ejercer las investigaciones necesarias para descubrir de los delitos, se ha dado

permisión a la vulneración del derecho a la inviolabilidad de su privacidad bajo ciertas circunstancias especiales contenidas en la Ley Número 23 de 1986 de 30 de diciembre de 1986 Reformada por la Ley 13 de 27 de julio de 1994, "Por la cual se reforman algunos artículos del Código Penal y del Código Judicial y se adoptan otras disposiciones especiales sobre delitos relacionados con drogas, para su prevención y rehabilitación".

Así, es necesario mencionar el artículo 26 de la excerta legal que venimos mencionando que preceptúa:

Artículo 26: "Cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquellos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el Artículo 29 de la Constitución Política. Las transcripciones de las grabaciones, se hará en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado y será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico."

Podrá observarse que esta permisión legal, está adscrita al ejercicio de la voluntad unilateral del Procurador General de la Nación, sin que pueda entenderse que hay delegación en esta especial facultad legal de violentar el derecho a la privacidad. Además valga mencionar la especial circunstancia de erradicar de las grabaciones todo aquello que no forme parte de la investigación adelantada por la autoridad, en todo caso de delito relacionado con drogas, sin que pueda referirse o extenderse tal permisión a otra clase de

actividad delictiva. He aquí una de las características que presenta la normatividad panameña, pues toda información que se genere producto de una escucha telefónica, en donde las autoridades se percaten de la comisión de otro delito, no relacionado al caso investigado, resulta ineficaz.

Este tema es de especial escozor en la vida pública y política de la República de Panamá, en donde las heridas inferidas a la intimidad de las personas durante la dictadura militar, aún no sanan, pues con atención a la justificación de la supuesta seguridad del Estado, las escuchas telefónicas se convirtieron en el oprobioso sistema de combatir las libertades democráticas. Ello ha llevado a la convicción popular de que las escuchas telefónicas sólo deben ser permisibles para las investigaciones de delitos relacionados con drogas, sin que pueda invocarse otro elemento justificativo de violentar la intimidad de las conversaciones privadas de todo ciudadano.

En todo caso es importante destacar que la norma legal violenta de manera directa un derecho consagrado en la Constitución Política no obstante la permanencia de la vigencia de esta norma parece legitimar en las autoridades y los asociados, la permisibilidad de que la verdad material sea obtenida aun a pesar de la violación de los derechos y garantías fundamentales.

Nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de octubre de 1998 señala que:

“...la Corte, en su condición de guardiana de la Constitución y de los derechos en ella consagrados y en el caso específico de proteger a los particulares contra las arbitrariedades que se puedan cometer contra el disfrute del derecho de la intimidad y dentro de ellos a la inviolabilidad de las conversaciones telefónicas, considera oportuno y relevante destacar que la legitimidad de las restricciones o excepciones al disfrute de esos derechos deben ser interpretadas de manera restrictiva como expresión misma del Estado de derecho, y en todo caso deben ser adecuadamente motivadas, por el carácter excepcional que tienen...En este orden de ideas y tratándose de intervenciones de las conversaciones y comunicaciones telefónicas, las que sin lugar a dudas constituyen una verdadera injerencia en la esfera individual aunque legítima en casos excepcionales, para que las mismas puedan ser aplicadas se requiere de ciertas condiciones o requisitos que la autoridad competente debe celosamente constatar previamente a su autorización y condiciones que están señalados precisamente en el artículo 18 de la ley Número 13 de 27 de julio de 1994, que adiciona el artículo 21-B de la Ley número 23 de 30 de septiembre de 1986 y que en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, podríamos enumerar como se señala a continuación :

- a- Que la injerencia se encuentra prevista en la ley y el acto revestido de formalidades legales.
- b- Que la autorice la autoridad competente.
- c- El deber de especificar claramente su propósito.
- d- Guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos al objetivo de la filmación o la grabación de la conversación o comunicaciones telefónicas.
- e- Que existan serios y concretos indicios de la comisión de un delito.
- f- Que se trate de delito grave.” (Almengor, 2001, pág. 292

Toda prueba que se produzca sin atender estos preceptos o limitaciones al derecho de las autoridades de violentar el principio de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas, promueve de manera inmediata la

existencia de la prueba ilícita. Por lo cual cualquier evidencia grabada, que sea promovida por un particular, sin orden de autoridad competente, sin determinación específica de sus propósitos y aún a pesar de la evidente existencia de un ilícito, se produce la ineficacia e ilicitud de la prueba recabada sin tales exigencias jurisprudenciales y de ley.

La Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado también su criterio en torno a la excepción de la inviolabilidad de la privacidad en las comunicaciones telefónicas en los siguientes términos concertados en fallo de fecha 19 de diciembre de 1997, en la ponencia de la Magistrada AURA EMÉRITA GUERRA DE VILLALÁZ en los siguientes términos:

“Mediante Vista N°100 de 28 de noviembre de 1997, la Procuraduría General de la Nación remitió para su calificación, el expediente de 20 folios, contentivo de la denuncia presentada por el señor———, contra la Licenciada———Fiscal Superior del Cuarto Distrito Judicial, La Licenciada———Fiscal Tercera Superior del Primer Distrito Judicial, la señora———, Oficial mayor de la Fiscalía Superior del Cuarto Distrito Judicial, los funcionarios del Juzgado Primero Seccional de Familia y la Doctora———del Instituto de Medicina Legal.

De conformidad con la denuncia, presentada el 7 de noviembre de 1997 se le imputa a las personas denunciadas la Comisión del Delito contra la Administración Pública, fundado en escuchas telefónicas gravadas en casetes que condensan las conversaciones mantenidas entre su esposa,——— y su madre———, quien funge como Oficial mayor de la Fiscalía Superior del Cuarto Distrito Judicial.

De las escuchas telefónicas contenidas en cuatro (4) casetes se colige que madre e hija (su suegra y esposa) mantuvieron diferentes conversaciones en las que se hacía

mención del personal en servicio en el Tribunal de Familia, donde se tramita el proceso de divorcio y el de guarda, crianza y reglamentación de visitas de los menores——y—— y por un supuesto tráfico de influencias que involucra a la Fiscal Superior y a los funcionarios.

“Cabe aclarar que en materia de la protección del derecho a la intimidad, la Constitución Política de nuestro país consagra la inviolabilidad del secreto, entendiéndose por tal los mensajes escritos, imágenes y conversaciones privadas, a través de los medios de comunicación, que la tecnología moderna pone al alcance de los asociados. Excepcionalmente, tales grabaciones o descubrimientos de asuntos íntimos contenidos en documentos es permitido, siempre y cuando se trate de diligencias ordenadas por autoridad competente “para fines específicos y mediante formalidades legales”. Esto significa que los particulares no están legalmente facultados para hacer, motu proprio, este tipo de interferencias en las comunicaciones telefónicas, en virtud de que al hacerlo incurren en violación de la Constitución y la Ley, pues, como se expresó antes, tales escuchas solo pueden ser realizadas con motivo de investigaciones y por las autoridades que la ley señala, de conformidad a las exigencias formales establecidas en las normas jurídicas correspondientes.

En consecuencia, La Sala Segunda de lo Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SOBRESSEE DEFINITIVAMENTE de manera objetiva e impersonal, en este caso y Ordena su archivo.”

Este es el sentido que le va formulando la Jurisprudencia a esa excepcionalidad que le asiste a las autoridades competentes para ser las únicas que pueden acceder a la posibilidad de promover excepciones a principios y garantías fundamentales de rango constitucional.

2.1.3 Allanamiento de Morada

En ese orden de principios programáticos de carácter general, que luego devienen en excepciones de interés público encontramos el derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el Artículo 26 de la Constitución Política que reza: "El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres."

El domicilio, constituye el asiento permanente en el cual todo individuo asienta sus esfuerzos materiales de subsistencia y que constituye su arraigo fundamental a determinado grupo social. El respeto a la integridad del domicilio, puede encontrar su justificación en los más recónditos vestigios del derecho al territorio que ancestralmente lleva el hombre en su propia idiosincrasia, que habla de derechos arcanos al trabajo, a la vida, al alimento, al entorno social al que accede, en fin el asiento material de su propia existencia.

La integridad de ese derecho, supone que el Estado debe respeto a esa intimidad generada en el entorno del domicilio, determinado por las paredes y acceso al hogar de cada individuo, inviolable por designios de programática constitucional, pero con carácter excepcional se permite que las autoridades bajo circunstancias específicas promuevan la vulneración de este

sacro derecho y puedan acceder al domicilio de un ciudadano, aún contra su voluntad.

Varios son los supuestos en que pueda accederse a violentar el domicilio de un ciudadano, por su propia voluntad o consentimiento, por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos y para socorrer víctimas de crímenes o desastres, en cuyo caso se trata de una permisión general a autoridades y particulares.

Nuevamente aparece en el espectro normativo constitucional, la genérica alusión a la "autoridad competente", peligro normativo que pone en manos de la elucubración policiva y administrativa los más altos derechos y garantías fundamentales del individuo. Así, en nuestra jurisprudencia con cierto criterio reiterado se trata este tema, promoviendo esta facultad a autoridades de carácter policivo y administrativo, que pone en peligro la institucionalidad de este precepto constitucional, pues la cadena de permisibilidad de la excepción del principio, mientras más se aleja de los más altos conceptos de la normatividad adjetiva, se promueven las más aberrantes violaciones de todo derecho humano, que esa misma Constitución esta llamada a salvaguardar.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, mediante sentencia de 11 de febrero de 1998, expresaba "

Por otra parte, consta providencia de 2 de octubre de 1997 (fs.8) en la cual la Corregiduría de San Lorenzo acoge la solicitud de allanamiento de la Casa N° 192 de Altos de San José en Pan de Azúcar San Miguelito, formulada por el Departamento de Investigación, Información Policial, a objeto de buscar arma de fuego por lo que ordenó efectuar el mismo, teniendo como fundamento legal; el Decreto N° 5 de 1934 el cual reglamenta el procedimiento a seguir en los casos de allanamientos por las autoridades policiales; el Decreto N° 39 de 1939 que dispone que el allanamiento debe ser ordenado por funcionario competente, de acuerdo a las formalidades y requisitos legales, que este mismo funcionario debe presidirlo y debe constar la diligencia en un acta. Señala además, quienes son funcionarios competentes y es aquí donde remite al Artículo 862 del Código Administrativo subrogado por el Artículo 10 de la Ley 64 de 1925 y establece que tienen esa calidad de corregidores en sus corregimientos, entre otros."(PLENO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PANAMA, ONCE (11) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Almengor et. al. (Pág.35)

Es importante destacar que nuestro ordenamiento jurídico, constitucional y legal, permite la existencia de arcaicas figuras de administración de justicia, cuando las autoridades de policía se erigían en los buenos compondores en sociedades simples, en donde los desacuerdos incluso bordeando los visos de delito, podían ser objeto de un tratamiento administrativo. Los corregidores, alcaldes, jueces nocturnos, regidores y aún comisarios que ya no existen en la realidad, pero que se conserva la posibilidad normativa de su existencia, pueden acceder a ese derecho de excepción de violentar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo cual es evidente que mientras que este excepcional derecho pueda ser detentado

por funcionarios policivos, de carácter político, cuya designación corresponde al Órgano Ejecutivo y que responden usualmente a intereses partidistas, no constituye más que una aberración legal, erigida por decreto, que dista de acercarse a los preceptos de seguridad jurídica que viene a constituir la columna vertebral de la legitimidad de la existencia del sistema judicial y por ende del Estado, como hemos querido subrayar, una y otra vez a lo largo de esta manifestación de nuestro criterio.

En torno a la formalidad de las diligencias de allanamiento de morada, valga citar el fallo promovido en Recurso de Casación interpuesto por el Procurador General de la Nación y resuelto por la Sala De lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 6 de enero de 1999, con la Ponencia del Magistrado Fabián Echevers en los siguientes términos:

CAUSAL INVOCADA

Se trata de un recurso de casación en el fondo, que se fundamenta en una sola causal, a saber; "Error de derecho en la apreciación de la prueba" (fs.113)

MOTIVOS.

La defensa técnica apoya la causal invocada en un solo motivo en el que argumenta que "aún cuando la orden de allanamiento...no tiene fecha de expedición ni precisa que el lugar de allanar es el inmueble N° 262, propiedad de—
—.... el a-quem erróneamente concluye que la omisión

de estos elementos, quedó convalidada con los indicios que deducen del informe de novedad de fojas 1-4, la declaración del corregidor..y la declaración del agente de Policía——...que sirven para establecer que la diligencia fue ordenada el 29 de marzo de 1996, a la residencia del imputado, situación que es errada porque tales medios probatorios, se refieren a la realización del allanamiento y no al acto mediante el cual, el funcionario competente...decreta la diligencia sin cumplir con las formalidades legales (fs.113-114).

CONSIDERACIONES DE DERECHO

Con fundamento en estos conceptos se puede colegir que en el negocio que no ocupa estamos frente al caso de una prueba ilegítima, ya que la orden de allanamiento dio lugar a la incautación de varios envoltorios contentivos de sustancias ilícitas, fue expedida desconociendo las formalidades básicas que rigen su práctica y consiguiente validez.

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este caso es determinar si la autoridad jurisdiccional debe reconocerle eficacia probatoria a los elementos de convicción que fueron recabados al amparo de la diligencia de allanamiento que se considera. A este respecto los criterios doctrinales varían. Para algunos las pruebas así obtenidas pueden ser utilizadas en el proceso, mientras que para otros carecen de todo valor. Un tercer criterio propugna por la utilización de dichos medios probatorios en tanto no violen derechos fundamentales constitucionalmente tutelados. (Cfr. MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. Cuestiones sobre el Proceso Penal; Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1997, Pág.63 y ARJONA, Adán Arnulfo."Las pruebas ilícitas ¿Tienen valor en el proceso?"; en la obra Teoría General de la Prueba de Jorge Fábrega; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia 1997, Pág. 342-346). A juicio de esta Sala, no todo vicio por

ilegitimidad acarrea la invalidez del acto, si no se acredita debidamente que afecta una formalidad que la propia normatividad reputa esencial. En otras palabras, lo que interesa es valorar la importancia o gravedad del vicio, comprobar que constituye una entidad suficiente para invalidar toda la prueba recabada. Esta postura se asimila en materia de validez de actos procesales, al sostenerse que "solo producen la nulidad aquellas desviaciones trascendentales, que causan perjuicios procesales graves e insubsanables". (FABREGA P. Jorge. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. EDITORA JURIDICA PANAMENÑA, Panamá, 1998, Pág.25)

La Corte concluye que la meritada orden de allanamiento no adolece de simples defectos formales que pueden ser subsanados, como sostiene el Procurador, con información consignada en el acta de allanamiento, que en modo alguno es un acto jurisdiccional complementario. Nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Artículo 26 de la Constitución Nacional como en el Artículo 2185 y siguientes del Código Judicial y el artículo 163 y siguientes del Código Penal, contiene previsiones dirigidas a garantizar la inviolabilidad del domicilio, para ser atendidas, no desechadas. Salta a la vista que esa orden pretermite el cumplimiento de los requisitos esenciales que exige la ley para poder llevar a cabo la diligencia de allanamiento; no precisa el día, ni el lugar exacto que va a ser allanado, ni el motivo que sustenta la práctica de la diligencia.

Todo ello demuestra que tal acto genera violación flagrante de garantías fundamentales, por lo que resulta invalidada toda prueba así obtenida, es decir se contaminan de nulidad todas las probanzas recabadas a su amparo. La Justicia no puede valerse de una prueba prohibida o ilegítimamente incorporada al proceso, infractora de derechos legalmente tutelados, por más que haya sido lograda con el propósito de descubrir y perseguir un delito.

El esfuerzo que emprenden los organismos de seguridad y demás autoridades para enfrentar el crimen organizado, que maneja las cadenas de producción, tráfico y venta de

sustancias ilícitas, no puede realizarse con merma de los imperativos esenciales que tanto la Constitución como la Ley preceptúan para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La desatención de esta regla de conducta personal no puede sino desembocar en el surgimiento de vicios procesales que contribuyen más bien a reforzar la impunidad de los delincuentes.

Por las consideraciones que anteceden, LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 23 de enero de 1998 proferida por el Segundo Tribunal de Justicia y ABSUELVE.”

2.1.4 Compra Vigilada de Estupefacientes

El marco de la legalidad de las actuaciones de los particulares y de los funcionarios públicos se encuentra delimitado en el contenido del Artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, que al tenor de sus palabras preceptúa que:

Artículo 18: “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

Esta especial figura de combatir el delito de narcotráfico y lavado de capitales, nos trae al tapete la discusión doctrinal sobre la legitimidad de la actuación de un funcionario, execrable a la luz de la moral del Estado, pero

aceptado por el mismo, en atención a criterios superiores de seguridad jurídica.

Cuando el Estado, promueve la posibilidad de que un servidor público gestione la compra de estupefacientes o "lave dinero", en el ejercicio simulado de una actividad delictiva, para descubrir el delito y los delincuentes, se asoma al precipicio de la apología del delito y de la utilización de medios execrables para combatir el delito.

Es importante destacar este aspecto, pues no contamos con una legislación que desarrolle el marco conceptual y de permisibilidad en esta clase de operaciones, que ponen en manos de las autoridades la posibilidad de sortear el borde del crimen so pretexto de combatirlo.

Es el artículo 27 de la Ley Número 23 de 1986 de 30 de diciembre de 1986, Reformada por la Ley 13 de 27 de julio de 1994 "Por la cual se reforman algunos artículos del Código Penal y del Código Judicial y se adoptan otras disposiciones especiales sobre delitos relacionados con drogas, para su prevención y rehabilitación"

Artículo 27: "el que establece esta permisión cuando preceptúa que "El Procurador General de la Nación autonzará y supervisará el procedimiento de entrega vigilada de drogas ilícitas, precursores, sustancias químicas y dinero producto del narcotráfico, para lo cual se permitirá que estos ingresen, transiten, circulen o salgan del territorio nacional, con la finalidad de identificar a las personas involucradas en los delitos previstos en la presente ley. Cuando se trate de una entrega vigilada de

naturaleza internacional, el Estado interesado deberá comunicar previamente, la entrada de la remesa ilícita e informar sobre acciones ejecutadas por ellos con relación a las mercancías sujetas al procedimiento de entrega vigilada. El Ministerio Público o el Tribunal de la causa, según el caso, cuando se haya utilizado el procedimiento de entrega vigilada podrá solicitar, vía diplomática, la remisión de los documentos y otras pruebas relacionadas con este procedimiento, las que serán utilizadas como prueba en los procesos ordinarios que se adelanten contra las personas que hayan resultado vinculadas al hecho ilícito.”

Es evidente, que a nivel mundial, los esfuerzos por combatir el narcotráfico, ha legitimado medidas extremas para controlar este flagelo, medidas que como vemos a nivel legal han promovido la permisibilidad de que el Estado por conducto del Procurador General de la Nación promueva la entrega vigilada de drogas, precursores, sustancias químicas y dineros ilícitos. Esta demás decir que no existe sobre esta permisibilidad legal, una autoridad de custodia, controles, supervisiones u otro mecanismo que permita la salvaguarda de la legitimidad de dichos actos, pues esa facultad omnipresente de un solo hombre de poder promover una actuación delictual, so pretexto de combatirla, debe merecer mayor control, por los abusos y extralimitaciones que este procedimiento puede acarrear en la administración de asuntos de Estado.

La Jurisprudencia nacional se ha pronunciado en torno a este procedimiento a nuestro juicio de dudosa legitimidad y efectividad investigativa, así en Fallo de 9 de marzo de 1999, la Sala de lo Penal de la

Corte Suprema de Justicia, en ponencia del Magistrado Humberto Collado T.,
en fallo de casación preceptuó lo siguiente:

“CAUSAL INVOCADA:

La causal invocada por el casacionista es el Error de Derecho en la Apreciación de la prueba, que implica infracción de la ley sustancial penal y que ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado.

MOTIVOS

Son cuatro los motivos que se presentan, para apoyar la causal aducida. En el primer motivo, el censor cuestiona el valor probatorio otorgado a las declaraciones de los agentes captores, —y—, bajo la premisa que se trata de declaraciones de referencia. En el segundo motivo, el recurrente sostiene que el hallazgo de la droga en la residencia del procesado, no es prueba de su vinculación con el hecho punible, por que en el lugar reside otra persona y que, además, los testimonios de los agentes captores al respecto, fueron apreciados erróneamente, reiterando que se trata de declaraciones referenciales. En el tercer motivo, el casacionista se refiere a circunstancias que rodearon el hecho de la detención del procesado y el hallazgo en su poder, de los billetes marcados utilizados en la operación de compra simulada de drogas, argumentando que en el proceso no consta el señalamiento directo del agente encubierto, contra la persona que le recibió el dinero. El cuarto motivo se limita a una afirmación del casacionista, que no representa en

modo alguno, cargo de injuricidad contra el fallo impugnado; de acuerdo con la técnica de este recurso.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

Precisa distinguir que la operación de compra simulada de drogas no es un medio probatorio per se, como los expresados, en numerus apertus, en el artículo 769 del Código Judicial. La operación encubierta es un mecanismo autorizado por la ley para llevar a cabo una conducta materialmente típica, antijurídica y culpable, pero que pierde su ilicitud, por expresa disposición legal, diseñado a propósito de la investigación de los delitos relacionados con drogas, con la finalidad de que se puedan producir los medios de prueba que permitan establecer la existencia del hecho punible y descubrir sus autores y partícipes. Bajo esta perspectiva, si en determinadas circunstancias, los elementos probatorios recabados, (verbigracia posesión de billetes marcados) son insuficientes para establecer con certeza la autoría del hecho punible, debe recurrirse entonces al testimonio del agente encubierto, que tuvo conocimiento por percepción propia, de los actos ejecutados por quienes resulten imputados por el delito.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Casa la sentencia de 19 de febrero de 1997, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito judicial en este proceso....”

De lo expuesto en los criterios jurisprudenciales, se puede atisbar de manera clara la endeble asistencia de los motivos y la razón de esta clase de procedimiento de investigación criminal, pues vale motivar a las agencias de investigación del crimen a nivel internacional o de las Agencias de los

Derechos Humanos, que se estudie razonablemente la eficacia de este método investigativo y que pueda arrojar luces en torno a su posible legitimación y subsistencia en el mundo de la actividad policial y de procedimiento investigativo del Ministerio Público. Adverso el uso de cualquier método ilegítimo a la luz de la moral, que promueva la apología del crimen, so pretexto de combatirlo y se funda nuestra razón en el ámbito oscuro y profundo en que se sumerge la Justicia, cuando pone en manos de la volición de un solo funcionario la permisibilidad para justificar la existencia de un crimen, promovido por su propio mandato. De cualquier manera esta figura, tal como esta prevista en nuestra normatividad jurídica, no alcanza a tener visos de legitimidad y de sustento moral, por lo cual debe ser erradicada y promoverse toda ilegitimidad e ineficacia de los medios probatorios que de este procedimiento se deduzca.

Mientras que los funcionarios judiciales o de investigación, no logren cabal convicción de que el respeto a la ley y a la Constitución, es el camino correcto en la lucha contra el crimen y que éste se combate no sólo en las calles, sino en las complicadas marañas de las diferencias sociales, económicas, políticas, haciéndose necesario promover cada vez más la igualdad de oportunidades entre los hombres, no se podrá a fuerza de permitir estos desafueros encontrar una verdadera solución a los altos índices de criminalidad que afectan nuestra sociedad actual.

2.1.5 Agente Encubierto

La posibilidad de que un funcionario público, simule ser un delincuente, debidamente autorizado por las autoridades judiciales y policivas, constituye un mito que lesiona de manera directa toda credibilidad moral del Estado. Las técnicas policivas de persecución de los delitos han incrementado la permisibilidad de acceder a patrones criminales supuestamente controlados, de inserción en las organizaciones criminales, para su supuesta destrucción, desmantelamiento y la posibilidad de procesar e imponer condenas a los imputados.

Nuestro ordenamiento jurídico da tratamiento a esta figura de persecución delictual en el artículo 25 la Ley Número 23 de 1986 de 30 de Diciembre de 1986 Reformada por la Ley 13 de 27 de julio de 1994 "Por la cual se reforman algunos artículos del Código Penal y del Código Judicial y se adoptan otras disposiciones especiales sobre delitos relacionados con drogas, para su prevención y rehabilitación". Esta disposición normativa preceptúa que "El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones con el propósito de identificar los autores, cómplices, encubridores, o para el esclarecimiento de los hechos relacionados con los delitos mencionados en esta Ley."

Es lamentable que dicha disposición normativa no este ampliamente regulada y que su escueta formulación deje al arbitrio de las autoridades del

Ministerio Público esa facultad de delimitar sin más argumentos que su propia técnica policial la permisibilidad de acción que debe otorgársele a un funcionario público que se le faculta a desarrollar actividades delictivas, so pretexto de acceder a la verdad material de la comisión de un delito.

No resulta extraño a la investigación policial patra la intervención de agentes encubiertos que en el transcurso del proceso promueven evidencias y testimonios amparados en seudónimos, sin comparecer al proceso y en salvaguarda de una identidad ficticia so pretexto de guardar la integridad de las investigaciones y la vida del funcionano, dejando de lado todos los pncipios normativos de seguridad jurídica y del debido proceso, en atención de la supuesta búsqueda de la verdad material y con el programático fin de combatir la delincuencia.

La delgada línea que delimita las conductas lícitas de las ilícitas, se confrontan con serena regularidad, en todos estos casos de agentes encubiertos, pues la falta de regulación, el poder unilateral y sin control alguno de las autoridades policivas de montar estas operaciones, la violación de las normas de procedimiento y del derecho a la defensa que se promueve con la imputación de cargos por funcionarios desconocidos, cuya existencia no pocas veces sólo es entendible a la luz de testimonios privados practicados por entidades policíacas o por funcionarios de instrucción, sin que pueda darse la oportunidad del contradictorio, la repregunta, el careo o cualquier otro medio de defensa probatono, vedado por el velo policial, que sostiene su

arbitrario proceder en la supuesta legitimidad que le ofrece el combatir el crimen con las armas que la ley puede brindarle, este es el mito de la justicia convertido en trama policial de nefastas consecuencias para el imperio de la Justicia, aunque al fin de cuentas se alcance la verdad.

El profesor y Fiscal Superior de Distrito Judicial, Edwin Álvarez en disertación en torno a este tema sostiene:

“Si bien es cierto la actividad desplegada por el agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por si misma contraria a las garantías constitucionales; ello no significa que su comportamiento no tenga que ajustarse a los principios rectores de un auténtico Estado de Derecho y ser armónico con el orden legal vigente. No puede sostenerse jurídicamente ni legítimamente, bajo el absurdo pretexto del beneficio y superior fin que se persigue, que la actuación del Agente provocador no debe estar sujeta al cumplimiento de ciertas pautas legales.” Álvarez.

No obstante los comentarios vertidos por un funcionario ejecutor de las políticas contra el crimen, la normatividad jurídica panameña, carece de una reglamentación de esta novedosa figura o instrumento de investigación, promoviendo la absoluta y recurrente violación de los derechos de los ciudadanos, violentando todos los principios legales y constitucionales vigentes, promoviéndose así un fin distinto al programático concepto del imperio del derecho y la justicia, en la búsqueda y permanencia de un Estado de Derecho.

Es evidente que, cuando la lucha contra el crimen se asoma a medios extremos de investigación, tolerando y promoviendo la impunidad de ciertos

actos ejercidos por funcionarios autorizados a participar en la violación de la ley, so pretexto de promover una investigación criminal que tenga como resultas, el castigo del crimen investigado, nos orillamos a la posibilidad de violentar los derechos primarios que la ley y la constitución promueve a favor de los ciudadanos, en el supremo esfuerzo de hacer valer los derechos humanos. No es permisible a las autoridades, custodias del estado de derecho, violentarlo bajo ninguna excusa, que por aceptable que pueda ser es la antítesis de la existencia del Estado.

La prueba ilícita deviene de manera ordinaria, precisamente de estas distorsiones de la investigación policial o del ejercicio de la actividad jurisdiccional que usualmente yerra al ejecutar estas actividades fronterizas con la norma jurídica, violentando no pocas veces esos mismos derechos que pretenden proteger, por lo cual es atendible nuestra afirmación que la prueba ilícita se gesta en mayor número, en todas aquellas actuaciones judiciales y policiales, que atentan contra los derechos humanos y que precisamente se gestan en la arbitrariedad de funcionarios que a fuerza de creerse el discurso de su lucha contra el crimen, terminan promoviendo el mayor de los crímenes, violentar la ley, en nombre de la justicia, sepultando los principios superiores de los derechos del hombre, desde las humildes recepciones policiales, hasta los preclaros sitios de los altos magistrados, que al extender la elasticidad de la ley, terminan por romperla.

2.2 Medios Probatorios Ineficaces

La prueba, como fuente de ilicitud jurídica debe entenderse como tal en diversos supuestos, cuando se violan derechos fundamentales de carácter legal o constitucional o cuando por efectos de la falta de cumplimiento de los requisitos de la formación y existencia de la prueba se incurre en las mismas violaciones por lo cual deviene el acto procesal, en una contravención a la normatividad jurídica. En esos términos, la prueba ineficaz, es aquella que no produce efectos jurídicos por la inexistencia de los requisitos formales que garantizan los derechos del imputado y aunque se genere por autoridad competente, no cuenta con los elementos de garantía del debido proceso por lo cual, la prueba producida en estas condiciones, sencillamente se tiene como ineficaz, nula, sin consecuencia jurídica alguna pues los requisitos de forma que suponen el sostén de su valor jurídico han sido trastocados y por ende únicamente se constituyen en un acto ajeno a la valoración jurídica y por ende ineficaz.

Diversos son los supuestos en que la prueba deviene en ineficaz, por lo cual expondremos los clásicos ejemplos de prueba ineficaz que suelen producirse en el desarrollo del proceso penal, pues estos casos atienden a factores que por acción u omisión dentro de la esfera estrictamente procesal.

2.2.1 Confesión efectuada por documento o en informe policial

La declaración del imputado, elevada a la nomenclatura de "indagatoria" está revestida de una serie de condiciones previas garantistas del debido proceso y de respeto a los derechos humanos, pues la confrontación del individuo a la formulación de cargos por el Estado, máxima expresión del poder institucional del concierto social, supone el enfrentamiento de todo el sistema social contra los hechos ejecutados por un individuo, con lo cual se hace necesario salvaguardar los derechos individuales del hombre ante la omnipresente institución llamada Estado.

La Constitución Política de la República de Panamá, así como los estatutos constitucionales del mundo, han establecido como regla de universal cumplimiento, que todo ser humano tiene derecho a no declarar contra si mismo, como una barrera de concierto universal referido al derecho a la presunción de inocencia y como garantía de la posible injerencia de la presión o la violencia para la obtención de un testimonio inculpatario. El artículo 25 de nuestra Carta Magna, establece:

"Artículo 25.- Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad."

principio normativo de rango superior, que establece el marco conceptual del respeto de los máximos derechos de la individualidad social, al enfrentarse al reproche colectivo.

De esta normativa constitucional se desprende una serie de condiciones procesales necesarias para la validez de tal testimonio y el primero de estos requisitos de validez es poner en conocimiento del imputado su derecho a no declarar contra si mismo o incluso a guardar silencio al ser requerido a explicar cargos que se le hubiesen formulado. Por su parte el Código de procedimiento panameño en su Artículo 900, preceptúa que “no se puede pedir confesión sobre hechos vergonzosos o criminales, imputados a la parte que ha de responder o a sus ascendientes y descendientes, o a su cónyuge o hermanos.”, con lo cual en correspondencia con la Constitución Política, la norma de procedimiento estatuye, el derecho a no declarar contra si mismo.

La confesión debe entenderse a juicio del maestro Cafferata Nores como “el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra”. Cafferata (Conferencia 1998)

De esta definición, se deduce de manera necesaria, que la declaración del imputado debe ser libre, espontánea, ajena a presiones, amenazas o

cualquier intimidación por parte del receptor de la diligencia. Debe además ser receptada por autoridad competente, llámese juez o funcionario instructor, quedando vedada la posibilidad que un informe policial pueda producir un documento de validez probatoria plena y mucho menos puede un documento ológrafo producido por el imputado, pues no alcanza a superar las formalidades garantistas que la ley exige a la confesión, para que pueda ser utilizada como prueba en el proceso.

La confesión obtenida por las autoridades de policía, dista de toda validez probatoria, pues la sola prestación de una declaración sin autoridad competente, generada sin la atención de un asesor legal, que proteja los intereses y garantías del imputado, no podrá tenerse como válida, salvo que a posteriori, sea ratificada con las formalidades que la ley exige, para tales efectos.

La confesión, en el desarrollo de las modernas teorías del Derecho Penal y del proceso, no constituye la prueba superior, pues debe valorarse en el entorno de todo el proceso, determinando la validez de la misma en concordancia con la plenitud de las pruebas acopiadas a la encuesta penal, por lo cual previa garantía de la validez de su recepción, contenido y formalidad, constituye una prueba más que debe ser confrontada con la plenitud del caudal probatorio, para poder llegar a una conclusión aproximada sino cabal, de la verdad material sujeta a prueba en el proceso.

2.2.2 Prueba Pericial Rendida por Persona no Idónea

Para la formación de la convicción del juzgador, tratándose de asuntos referidos a materias especializadas, el medio de prueba idóneo es la referencia de personas versadas en la materia objeto del análisis pericial, que puedan arrojar elementos de valoración que de otra manera sería imposible acceder al juzgador por ser ajeno a su juicio y conocimiento.

“La peritación es, a criterio de Eugenio Florián, el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica” Florián (Op. cit. pág.351). Este criterio ilustrativo de lo que es la prueba pericial, delimita la posibilidad de la existencia de esta prueba, en tanto y cuanto la persona que emite el concepto o juicio técnico, posea la capacidad, idoneidad e ilustrado criterio para promover un dictamen de carácter técnico.

El desarrollo científico que experimenta el mundo moderno, ha permitido que las investigaciones penales se nutran con los dictámenes de peritos en criminalística u otras ciencias auxiliares, por lo cual la peritación cobra cada día, inusitada relevancia en el mundo de la prueba y de la convicción del juzgador.

La posibilidad de que una persona no cuente con los atributos técnicos requeridos para la formación de un criterio pericial, deviene en la ineficacia de

la prueba, pues es esencial en la existencia de la prueba, esa capacidad técnica individualizada, que pueda colaborar en la formación de la convicción del juzgador y en nada beneficia al proceso, el concepto de quien no posea, conocimiento especializado sobre la materia que se deduce en la valoración probatoria. Es por ello que esta prueba es ineficaz y nula, pues no promueve el objetivo y finalidad de concertar conceptos especializados en beneficio del proceso y la persona que pueda prestarla, debe contar con la idoneidad requerida para tales efectos.

2.2.3 Indagatoria sin la Asistencia de Abogado

La indagatoria, para su validez como instrumento de prueba y como medio de defensa, debe de manera necesaria suponer el fiel cumplimiento de las garantías procesales, teniendo suprema relevancia el derecho a la asistencia judicial, por lo cual toda declaración indagatoria, debe suponer la necesaria asistencia de un letrado en derecho, que garantice la defensa del imputado y su adecuada instrucción en torno a sus derechos al momento de su indagatoria. La prestación de la declaración del imputado, enfrentado al poder del Estado y a sus imputaciones, requiere de manera necesaria, en atención al debido proceso, la asistencia de un procurador legal que de garantía de esta protección del Estado.

Así la Constitución Política de Panamá, establece en su Artículo 22 que, “toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes. Las personas acusadas de haber cometido 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. Quien sea detenido tendrá derecho desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales. La ley reglamentará esta materia”.

Esta disposición constituye el pilar fundamental del principio de presunción de inocencia y de seguridad jurídica, que a su vez sostienen los fundamentos del Estado de Derecho y cualquier concurrencia de un imputado a la formulación de un interrogatorio de cargos, debe de manera necesaria sujetarse a la obligatoriedad constitucional de promover asistencia legal al imputado; de no satisfacer este requisito, la prueba que se produzca no puede tenerse como tal, pues es ineficaz y por ende inocuo en cuanto a los fines del proceso, pues deviene en una prueba inexistente, por falta de cumplimiento de los requisitos de validez, exigidos por la norma constitucional y procesal.

En torno a este tema adelantamos que la asistencia legal en la indagatoria, es un mito concurrente de falsas excusas morales, pues la

asistencia legal del imputado se limita a que el defensor verifique que se le ponga en conocimiento el Artículo 25 de la Constitución Política de la República, referido al derecho a no declarar contra si mismo y su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y a que en efecto no se ejerza violencia o coacción al momento de promoverse el interrogatorio de que se trate. La defensa debe suponer la oportunidad de intervenir de manera eficaz en el desarrollo de todo el interrogatorio, inclusive la posibilidad de asistir en la formulación de las respuestas del imputado en tanto y cuanto su capacidad, estado anímico y conocimiento pleno o no, de los hechos sobre los cuales se le interrogan, puedan viciar la legitimidad de los hechos que se examinan.

Las normas garantistas del debido proceso, en torno a este tema solo promueven la presencia escénica de un defensor, cuya capacidad de gestión es simbólica, nula, ineficaz, sin que pueda desarrollar una legítima actividad de defensa de los intereses del procesado, conculcándose por ende el legítimo derecho a la defensa.

El Estado cuenta con todo un aparato de investigación puesto a disposición de la Justicia, y el imputado al enfrentarse a este enjundioso sistema de persecución institucional, sólo promueve por garantía del Estado una defensa silenciosa, que no puede participar más que de observador, que de promotor de la defensa, sistema impropio y que evidencia en el transcurrir del tiempo, los obsoletos medios de búsqueda de la verdad material, en

donde la intimidación estatal, sigue siendo un medio de presión en el ánimo del imputado, para socavar una verdad mediatizada por el abuso y la violación del debido proceso.

No pasará mucho tiempo, en que estos últimos vestigios de abuso estatal sucumban ante los legítimos derechos a la defensa y la protección de los derechos humanos, en donde la verdad se obtendrá por los medios idóneos que la ciencia y el conocimiento pone en manos del Juzgador para arribar a la verdad, camino de la Justicia, sin que sea necesario el abuso o la intimidación para hacer Justicia.

Nuestro ordenamiento procesal, en su artículo 2090 establece el derecho del imputado a nombrar defensor al momento de rendir indagatoria, pero no lo establece como una obligación sine qua non y no pocas veces las autoridades judiciales, promueven el crimen de lesa ley, de permitir y promover que el imputado a fuerza de dejarse encantar por su inocencia, desconocimiento de los hechos o por la ignorancia de su estado procesal, se permita la indiscreción de rendir indagatoria sin el concurso de un abogado, tal vez premunido de la ineficacia de su defensa pues el Artículo 2103 del Código Judicial Panameño dispone que

Artículo 2103: “ Ni el defensor, ni el querellante, podrán intervenir en la declaración indagatoria del imputado, más que para cuidar que se cumplan formalmente las garantías que le confiere la ley, no podrán dirigirse al declarante, ni indicar el modo en que deben hacerse las preguntas o darse las respuestas. Terminada la indagatoria y firmada en la forma indicada en el artículo anterior, se consignarán

a continuación las objeciones que, al contenido de la misma, quisiera formularle el defensor o el querellante. La violación de esta norma constituye desacato y previo apremio del funcionario que practique la diligencia, será sancionada ”

Este es el concepto de un derecho inexistente y que finalmente niega la asistencia judicial, conformándose nuestro derecho procesal con sustituir un derecho real, con una excusa moral de asistencia judicial que resulta en una negación de la misma, tal como se expone en el articulado de nuestro Código de Procedimiento.

2.2.4. Indagatoria Sin Resolución que la Sustente

La formulación de cargos por parte del Estado a un ciudadano, tiene de manera necesaria que estar sustentada en una resolución razonada, en donde se exponga de manera clara, esquemática, sucinta y con apoyo en pruebas o por lo menos en indicios de la posible existencia de un delito y la posibilidad de establecer un vínculo material o intelectual entre el sujeto imputado y el acto criminoso.

La indagatoria que se practique sin la existencia de una resolución motivada, debidamente sustentada conforme los requerimientos de ley, deviene en un acto inexistente que es intrascendente para la valoración probatoria, pues excede la posibilidad de su existencia jurídica por

encontrarse por encima de los parámetros de ley y en contra de ella. Deviene en un acto nulo, de intranscendencia probatoria.

El artículo 2092 del Código Judicial panameño, preceptúa que “la indagatoria tendrá, como presupuesto, la existencia del hecho punible y la probable vinculación del imputado. El funcionario de instrucción determinará ésta en resolución razonada, bastando para este efecto, que resulte del proceso, al menos prueba indiciaria”. De esta disposición normativa se desprende de manera necesaria, la obligatoriedad de la previa dictación del auto de formulación de cargos, sin el cual no se genera como hemos advertido, ninguna consecuencia a nivel probatorio pues deviene en nulo todo acto que se promueve en desatención de las disposiciones que garantizan el debido proceso, el principio de legalidad y todos esos principios universales que constituyen la panacea de todo derecho consagrado en normas, en búsqueda de la verdad material, supremo interés de la Justicia.

2.3 Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (Pacto de San José).

Es largo el periplo que ha marcado el desarrollo y vigencia de los derechos humanos en territorio latinoamericano, en donde con esa pasión que caracteriza al pueblo americano, hemos podido consolidar a fuego de esfuerzos supremos e inmolando ante el altar del Estado democrático algunas

generaciones de soñadores que nos han legado los principios inmarcesibles sobre los cuales hoy alzamos los derechos consolidados en las piedras de las almas de los hombres libres que aspiran a satisfacer su sed de democracia, en el abrevadero del Estado de Derecho.

Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tantas otras convenciones, acuerdos tratados etc., constituyen los antecedentes de esas garantías personales de todo ciudadano al debido proceso, al respeto del principio de presunción de inocencia, a la libertad y a todos aquellos principios programáticos de naturaleza universal que garantizan la libertad que todo hombre debe ejercitar en su concurso de ciudadano, sin que pueda alterarse el derecho ajeno, garantizando la convivencia pacífica, resultado final de la interacción humana en un Estado de Derecho.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana De Derechos Humanos (Pacto de San José) en su articulado contiene esos principio preestablecidos por las normas de obligatorio cumplimiento, que promueven la existencia y vigencia de las condiciones de validez de la prueba lícita y por ende del proceso justo, a que debe aspirar todo sistema judicial, que pretende perseverar en los supremos intereses de la ley y la justicia.

Resulta necesario destacar, esos principios normativos de aceptación universal que dan contenido a los principios promotores del debido proceso y por ende de las condiciones de previo cumplimiento para la vigencia de las garantías legales y constitucionales e incluso aquellas que dimanar de la propia naturaleza humana, aunque se encuentren ausentes de la norma escrita, pero que constituyen parte integral de la suprema gracia de la vida y de los derechos del hombre. Cumplidas estas condiciones que procederemos a enumerar de manera sucinta, podremos aspirar a acercarnos a la concreción del Estado de Derecho y la formulación del debido proceso, promoviendo los instrumentos lícitos en búsqueda de la verdad, prevaleciendo la prueba lícita y proscribiendo del proceso la prueba ilícita, instrumento de violencia y arbitrariedad de los deformes sistemas judiciales, que aún se debaten en la búsqueda de los verdaderos parámetros de formulación de un derecho justo y de una justicia aceptable.

El artículo quinto del Pacto de San José dice relación al Derecho a la Integridad Personal en los siguientes términos:

- 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.**
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.**

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

La integridad personal viene a constituir el marco conceptual de la existencia del debido proceso, pues esto involucra la supresión de cualquier acto de violencia física o mental, que pueda de manera alguna ponerle en indefensión o sujeto a la violencia del aparato represivo del Estado. La abolición de la tortura, determina un capítulo fundamental en el desarrollo de la actividad procesal probatoria, pues el moderno concepto de la tortura, debe llevarnos a análisis especializado de promoción de la violencia física o mental, pues el acoso, la intimidación, la promoción de inducción de fármacos o cualquier medio no idóneo de recepción de una prueba, queda en virtud de estos principios de general aceptación consagrado en la normatividad internacional, como un dogma de fe en la justicia universal.

Por su parte en esa búsqueda del entorno normativo probatorio valga mencionar los principios referidos al respeto al Derecho de la libertad personal, consagrado en el Artículo séptimo que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Es entendible, que estas disposiciones constituyen la columna vertebral de nuestras disposiciones normativas constitucionales y procesales pues en ella se encuentran concertados los principios rectores del debido proceso y el derecho a un proceso justo ante autoridad competente, procurando erradicar a su máxima expresión el desarrollo de la actividad judicial en las esferas policivas, principio de toda arbitrariedad y promoción de las distorsiones que hemos examinado devienen en la ilicitud de la prueba.

Por su parte las garantías judiciales contenidas en el Pacto de San José se consagran en el Artículo 8, que constituye la expresión de las garantías del individuo, frente al sistema judicial y por ende regla esa gestión del poder supremo del Estado ante la comparecencia del individuo ciudadano, vector débil de la relación procesal, cuya única fortaleza radica, en la consistencia de las estructuras del debido proceso y del Estado de Derecho, en donde han de prevalecer, los principios universales de los Derechos Humanos, aún por encima de los intereses colectivos cuando se trata de la actividad jurisdiccional, pues lo que es bueno para el colectivo, debe ser lo propio para el individuo y es ese equilibrio lo que puede garantizar la coexistencia pacífica del concierto social.

Expresa esta norma que los Derechos o Garantías Judiciales son:

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 interprete, 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 defensor proporcionado por el Estado, remunerado

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.

Se plasman en esta disposición los principios que reglan el debido proceso a saber, principio de inmediación, de lealtad procesal, de legalidad, de oportunidad, de publicidad del proceso, de independencia judicial, de imparcialidad, de estricta legalidad, de igualdad procesal y de todos los principios fundamentales garantistas de los derechos que garantizan el proceso justo, camino irreducible que conduce a la verdad material y a la Justicia, último y supremo esfuerzo de los sistemas judiciales nacidos para perdurar, ante la adversidad y el desinterés de aquellos que claman por los derechos, pero que poco se esfuerzan para consagrarlos en el devenir de cada día en los tribunales de justicia, campo de batalla de la vigencia de los derechos del hombre.

Esta concertación de principios normativos de universal vigencia, nos ilustran de manera simple que la Justicia reclama el cumplimiento previo de todos los principios garantes de los derechos humanos, y toda violación de estos principios, acarrea la nulidad de lo actuado, la aparición de la prueba ilícita, y el deterioro de los principios fundamentales de convivencia social, luego entonces es válido afirmar sin temor a errar que la erradicación de la prueba ilícita se limita a dar fiel cumplimiento a los principios universales de los derechos del hombre.

El derecho normativo patrio acoge en su seno el Pacto de San José (1969), mediante Ley Número 15 de 28 de octubre de 1977, con lo cual

algunas décadas transcurridas se constituyen en una prueba enjundiosa para la superación de las distorsiones e inconsistencias de nuestros sistemas normativos y la permanencia de sistemas arcaicos insostenibles, que aún constituyen un peso en la consecución de los más altos principios de justicia que se plasman en nuestras leyes, pero que no terminan en concretarse en el diario bregar de la Justicia en los campos tribunalicios, que en no pocos casos miran con desdén, el derecho del hombre ante la magnificencia del poder del Estado.

Es necesario, que las normas no se constituyan en meras manifestaciones programáticas y que la apatía no sea el proceder conceptual de los atavismos de la ignorancia y del desinterés de los funcionarios por ese supremo arte que es la Justicia, pues cuando el trabajo se convierte en rutina y la aplicación del derecho en un simple sistema de promover un salario, ha fracasado la promoción de la verdad y de la justicia

2.4 Valor Probatorio de la Prueba Ilícita en Nuestra Legislación Procesal Penal

La prueba ilícita no tiene en el derecho procesal patrio, un tratamiento normativo específico, pues no es producto de una actividad natural del derecho procesal, sino que se trata de una distorsión de la aplicación de los principios procesales o violaciones flagrantes de estos principios, que

devienen en una violación directa de la ley, los derechos humanos, la moral o el orden público.

La prueba, como instrumento irremplazable en la búsqueda de la verdad material establece su marco conceptual al decir del maestro Carlos Enrique Muñoz Pope al afirmar que: “El tema de la prueba ilícita pone en evidencia la necesidad de la búsqueda de la verdad en el proceso a través de los medios y formas que garanticen un debido proceso legal, ya que es inaceptable la obtención de tal verdad desconociendo los principios de lealtad y buena fe en el proceso.” Muñoz Pope (Op. cit., pág. 60)

Es en este sentido que, luego de examinar la legitimidad de la producción del caudal probatorio al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas el juzgador debe asegurarse que todos los medios probatorios comulguen con los principios básicos referidos a los contenidos de la ley, la moral y los derechos humanos, requisito sin el cual, la prueba deviene en ilícita y sus consecuencias se apartan en dirección opuesta a la recta administración de justicia.

La prueba ilícita entonces no es producto más, que de la distorsión de la ley y su manifestación material se promueve cuando el juzgador advertido de la inexistencia de los juicios de valor formal de producción de la prueba o de vigencia en razón de su origen, tendrá que admitirla por válida o promover su inadmisibilidad por no haber satisfecho las garantías del debido proceso y respeto a los derechos humanos.

Es atendible entonces, llamar la atención sobre las necesarias condiciones para que se promueva la existencia de la prueba ilícita, ligada a la imperfecta aplicación de las normas y el desconocimiento de los derechos inherentes al individuo, por lo cual la jurisprudencia en su actividad decantadora de las virtudes del proceso, promoverá la valoración de las pruebas producidas legalmente y erradicará aquellas que en su constitución, producción y vigencia, produzcan vicios que le hacen inexistente e intolerable al sentido de justicia, su permanencia en el proceso como medio probatorio, utilizable en búsqueda de la verdad material.

Siendo la prueba el pedestal de la verdad en el proceso, sobre el cual se levanta la convicción del Juzgador y que promueve los elementos de juicio que dan contenido a la sentencia, es sin duda el interés fundamental de la justicia que dichas pruebas reflejen, el concepto universal de respeto a los derechos del hombre y que esos conceptos probatorios de modo alguno vulneren esos derechos y por el contrario, que de la solidez de su producción y vigencia, pueda alcanzarse la recta administración de justicia.

2.5 Admisibilidad

La admisibilidad de la prueba en materia penal, supone la previa concertación de los elementos de conducencia probatoria, pero consulta además la admisibilidad, criterios referidos a la idoneidad del medio

probatorio, oportunidad de la prueba, legalidad, formalidad y todas aquellas exigencias de ley que dicen relación a los parámetros formales del proceso.

Así, el Artículo 780 del Código Judicial Patro, establece como lo hemos observado con anterioridad los medios probatorios admitidos por la legislación patria, al preceptuar que:

Artículo 780: “sirven como pruebas los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de partes, 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 prohibidas por la ley, ni violen los derechos humanos, ni sean contrarias a la moral, ni al orden publico. Puede 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. En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica ”

Es atendible sobre el particular, lo expresado en el artículo 783 del Código Judicial que expresa que las

Artículo 783: “pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieran a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba

prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso, también puede rechazar las practicas de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces.”

Una vez el caudal probatorio en examen se encuentre en las alternativas probatorias que pone a disposición la norma procesal, debe atenderse a lo dispuesto en el Artículo 792 del mismo texto de procedimiento que señala que “para que sean apreciadas en el proceso las pruebas deberán solicitarse, practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos u oportunidades señaladas al efecto en este Código.....”. Es evidente, que requisito de admisibilidad es la oportunidad de la presentación de la prueba, ya que aquel medio probatorio, aunque resulte conducente y válido, sino se promueve en atención a los términos probatorios estipulados, deviene en improcedente e inexistente para los efectos de su valoración procesal.

La adopción de nuestro derecho procesal del sistema de libertad de los medios de prueba (numerus apertus) al preceptuar la norma de la posibilidad de incorporar como medios probatorios, cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidas por la ley, ni violen los derechos humanos, ni sean contrarias a la moral, ni al orden publico, presenta una novedosa posibilidad en torno a la facultad del juzgador de promover la valoración de cualquier

medio físico, representativo o figurativo de la realidad procesal que pretenda demostrarse, con lo cual la libre convicción del juzgador, sujeto a la sana crítica es de por sí, el marco conceptual y legal de determinación de los criterios de admisibilidad y valoración de la prueba.

En torno a la admisibilidad de la prueba ilícita, debemos establecer un concepto formal y un concepto material, pues todo aquello que nace de la discrecionalidad del ser humano es relativo, en tanto que aquello que dimana de la recta razón y permisibilidad de la norma debe ser permanente, invariable y de general aceptación para todos los ciudadanos.

En ese orden de ideas y de conformidad a lo preceptuado en las normas referidas a la procedencia y admisibilidad de la prueba, no debe ser admitido ningún medio probatorio que se encuentre desprovisto de las condiciones establecidas en la norma procesal como condición sine qua non de validez, siendo así la Prueba que se desprende de este curso normativo claramente establecido en la norma deviene en ilícito y por tanto es inadmisibile.

La inadmisibilidad de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico deviene de las claras normas de procedencia, conducencia, nacimiento e incorporación de la prueba al proceso, por ende no es susceptible de discusión la posibilidad de dar valor probatorio desde el examen estrictamente procesal a la prueba ilícita, pues a suerte de nuestro ordenamiento procesal

punitivo, el imperio de la ley se sostiene por encima del interés del juzgador por encontrar la verdad material, por ser nuestro sistema judicial uno más de aquellos que se debate en la búsqueda del principio de legalidad, del debido proceso y de todos aquellos principios garantistas del Estado de Derecho.

Desde la perspectiva del desarrollo de la actividad jurisdiccional, con fundamento en la amplia facultad del juzgador de invocar la sana crítica en búsqueda de la verdad material contenida en el caudal probatorio, no pocas veces la Jurisprudencia en nombre de una Justicia inexistente, va más allá de la ley y sepulta en la venganza pública los más preclaros principios procesales y le da vida a la prueba ilícita, promoviendo la ilicitud como medio de concertar la justicia y la vigencia del derecho, mito inaccesible a la razón y los fundamentos primarios que dan vida a la existencia del Estado y de los sistemas judiciales, que tienen como último fin el respeto permanente a la ley por encima de cualquier criterio personal del Juzgador so pretexto de servir a la justicia.

3. Valoración Legal

El juzgador, en el ejercicio jurisdiccional con fundamento en los parámetros astrales de la sana crítica y con fundamento en la posibilidad que alberga a contrario sensu la norma en el artículo 783 del Código Judicial que preceptúa que: “el juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba

prohibidos por la ley”, sin que hubiese propuesto de manera taxativa la obligatoriedad de hacerlo, permite la posibilidad de dar valor a medios probatorios ilícitos, para la consecución de la verdad material, dejando de lado todos estos principios garantistas que han significado logros históricos y sociales, que a fuerza de un plumazo de un Jurisconsulto con criterio romántico, dará al traste no sólo con el derecho del ciudadano, sino que compromete con cada actuación permisiva de la ilegalidad, todo el sistema del Estado de Derecho, convirtiendo la justicia, en la venganza pública y el Derecho en normas de alternativo cumplimiento, privando el criterio del juez sobre la ley, la justicia y toda razón de coexistencia segura en el concierto social.

A título de ilustrar lo que exponemos, transcribiremos jurisprudencia relativa a la dicotomía de los esfuerzos doctrinales de nuestros juzgadores referidos al tema de la prueba ilícita, contenidos en Sentencia de 23 de febrero de 1999, de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia referida al valor probatorio de los informativos policiales que trata el tema en los siguientes términos:

INFORMATIVO POLICIAL

Con fundamento en el principio de la Sana Crítica el juzgador puede evaluar los llamados “informativos policiales.” Aunado a lo anterior debemos señalar, en

cuanto al valor probatorio de los llamados "informativos" que los mismos no constituyen declaraciones juradas, ni pueden considerarse prueba sumaria, pero si pueden ser evaluados por el Juzgador dentro del proceso con base a los principios de la sana critica. En estos aspectos esta Augusta Corporación de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

"En Panamá las declaraciones ante las autoridades de Policía solo sirven de base cierta al funcionario de instrucción para iniciar las investigaciones respectivas. Pero una cosa es que no posean valor procesal per se, y otra es que no puedan ser apreciadas por el Juzgador, atendiendo las condiciones que rodearon su obtención y a las demás pruebas que se logren acopiar en el proceso.

Todo lo anterior significa que las declaraciones suministradas ante las autoridades de policía pese a no tener valor procesal per se pueden ser valoradas por el Juzgador, puesto que el sistema de la sana crítica así lo permite" (Fallo de 9 de mayo de 1991). Corte Suprema de Justicia (1991).

Resulta de exigencia doctrinal dar análisis puntual al contexto normativo y filosófico del contenido de este pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la existencia de la prueba que se genera fuera del contexto de los parámetros de legalidad de la producción de la prueba lícita, pues este concepto data de 1981 y se mantiene vigente en los conceptos teóricos válidos para la ilustre Sala por tiempo prolongado.

El informativo policial, constituye dentro de toda investigación criminal, sólo el atisbo de un funcionario no judicial a los elementos materiales de la concreción criminal, cuya noticia a lo sumo debe ser contenida en un informe

y en adición debe promover el cuidado de proteger la escena del crimen mientras las autoridades correspondientes puedan de modo alguno, recabar de manera profesional e idónea las pruebas del ilícito cometido y la recaudación de las pruebas primarias in situ, del cuerpo del delito y de los posibles responsables del hecho imputado. No obstante, esta puntual concepción que tenemos de las posibles facultades primarias del funcionario policivo, es usual que estos, promuevan interrogatorios, arrestos, declaraciones testimoniales, reciban confesiones y ejecuten una serie de actos "procesales" que les está vedado por designios de toda la normatividad procesal, que exige en todo caso un funcionario competente para tales efectos.

Toda prueba que se genere en estos actos policiales, está desprovista de las garantías legales y constitucionales referidas al debido proceso, principio de presunción de inocencia y todos y cada uno de los principios rectores de los derechos humanos, por lo cual, no puede de manera alguna, un proceder apartado de todos estos principios, ni ser fundamento de prueba o siquiera objeto de una formulación conceptual a título de sostén probatorio disimulado, con fundamento en otras pruebas, pues la sana crítica, por muy extensivo que sea el parámetro que apliquemos al concepto, no puede permitir jamás que se fundamente una sentencia en una actividad policial extra procesal que vulnere la ley y la Constitución Política de la República.

Si este es el concepto imperante, las declaraciones juradas, o informativos indagatorios, receptados ante policías uniformados o funcionarios de investigación criminal que trocan con sencilla pasmosidad el fusil, por la máquina de escribir, vendrá a constituir la realidad de la administración de justicia patria y de manera permanente habremos abierto atajos para que la violencia policial, disimulada o artera haga mella en el sistema judicial que debe soportarse en superiores designios y en elementos de juicios universales y no mediatizados por la simple voluntad de un juzgador que pueda considerar que una declaración prestada ante un policía uniformado, sin asistencia legal y dentro de los recintos policiales, pueda constituir de modo alguno sostén de una recta aplicación del derecho y la satisfacción primaria de todos los principios reguladores de la legalidad y los derechos humanos.

No obstante lo anterior, como lo hemos observado en el recurrir de nuestras ideas la prueba ilícita inculpatória, jamás puede tener valor en la estructura valorativa de la prueba de conformidad con las normas procesales probatorias vigentes y consideramos que resulta inadmisibile a la luz de la sana crítica, dar valor alguno a elementos de juicio promovidos fuera del contexto de la formalidades legales, pues deja de lado esas mismas condiciones de legalidad y legitimidad que caracterizan las actuaciones del juzgador en un Estado de Derecho.

La permisión de los actos informales en la valoración de la prueba, es abrir los caminos para entronizar el abuso, la inseguridad jurídica y la anarquía en el desarrollo de la verdad material en el proceso, pues apelar a la sana crítica, para abrirse paso a través de las ejecutorias policiales para validarlas en el proceso, es renunciar a toda legalidad y entregar a la violencia y a la fuerza el dictamen de todo derecho, jamás podremos alzarnos sobre los defectos del sistema judicial patrio, mientras no sujetemos el criterio del juzgador a los principios básicos de legalidad y respeto a los derechos humanos, la sana crítica debe ser utilizada para abrir los caminos que conduzcan a la verdad y a la justicia y jamás para validar actos desprovistos de valor legal per se y que pueden llegar a constituirse en fundamento de una sentencia, cuando su origen pugna con los principios procesales examinados que son el pedestal de ese Estado de Derecho, al cual debe acceder todos los esfuerzos de los ciudadanos que de algún modo amamos la libertad con orden, dentro de una Democracia que acceda al respeto de los Derechos del Hombre

La prueba ilícita es producto como hemos anotado del exceso y la violación de la norma y de los principios fundamentales y es producto de la actividad diaria de la actividad policial y judicial que se aparta de los caminos de la legalidad, pero de igual manera es motivo de permanente esfuerzo de letrados y jueces, evitar que se abra paso la ilicitud en la prueba en el

proceso, pues sería tanto como promover la recta administración de justicia a fuerza de violaciones a la misma norma a la cual accede el derecho que se pretende hacer valer.

La prueba ilícita a nuestro juicio no puede, ni debe ser admitida, valorada o utilizada como referencia para concertar la verdad material, por el contrario, detectada la ilicitud en la producción y vigencia de la prueba debe ser erradicada de manera integral del proceso, incluso segregada del mismo para evitar la contaminación del sano juicio del juzgador. No se trata de querer promover por nuestra parte una concepción supra ideal de la prueba, por el contrario propugnamos limitarnos al fiel cumplimiento de las disposiciones legales referidas al debido proceso, utilizar la sana crítica con fundamento en esos medios probatorios legítimamente promovidos en el proceso y encontrar la verdad en el sostén de pruebas plenas, legítimas, incuestionables, que no admitan duda de la responsabilidad criminal y con fundamento en ellas dictar la convicción de la verdad procesal reflejada en la sentencia. Procurar una verdad material a fuerza de violentar el debido proceso o los principios fundamentales legales y constitucionales, rompe de manera integral con el objetivo supremo de la ley y el derecho, alcanzar los más altos principios de Justicia, seguridad jurídica y coexistencia pacífica entre los asociados.

CONCLUSIONES

Esbozar conclusiones es sólo ratificar los conceptos vertidos en el contexto de los criterios ya externados, no obstante la trascendencia de la ilicitud de la prueba en el devenir jurisprudencial del derecho penal patno, es motivo de atención y alarma, pues de la legalidad de los cimientos del proceso depende la solidez del sistema judicial y la garantía de permanencia del Estado de Derecho.

Nuestros sistemas judiciales debilitados por las limitaciones de carácter presupuestario, el agobio de la mora judicial, la falta de preparación de personal idóneo, las consabidas influencias de los sistemas políticos en las democracias embrionarias, pugnan con dar al traste con los legítimos esfuerzos de los dignatarios del Estado y del sistema judicial por alcanzar la plenitud de la actividad junsdiccional, no obstante es una labor colectiva, permanente, mística y entornada en celajes de heroicidad.

Entre tanto maduren los esfuerzos iniciados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la última década, de mejorar la calidad de la justicia, luego de dejar atrás el estado militarista, disfrazado de democracia protegida por las armas, nuevos retos se han de forjar en el ánimo de aquellos tenaces luchadores de la verdad y la justicia, un Colegio de Abogados renovado por la fortaleza de la juventud y de nuevos criterios, una comunidad más crítica y conocedora de sus derechos, una Defensoría de Oficio valiente, con criterios jurídicos formados al calor de la búsqueda diaria de los mas altos conceptos de justicia, nutridos por la asistencia internacional y el intercambio de

impresiones y conceptos con tratadistas y abogados del entorno latinoamericano y europeo, son garantía insoslayable de que los derroteros de nuestro derecho procesal penal, nos llevarán a los límites propuestos, un sistema judicial de excelencia, donde prime el derecho y sólo se de lugar a la más excelsa interpretación del concepto de lo que es JUSTO.

La eliminación de la actividad policiva y administrativa en el tratamiento de los elementos de primera formulación probatoria en la comisión de delitos, se hace impostergable. No puede de manera alguna, justificarse en un Estado que promueve altos conceptos de derecho y de justicia, tolerar la existencia de juzgados nocturnos, de policías investigadores y procuradores de testimonios y confesiones en recintos policiales; no puede de modo alguno tolerarse la inversión del principio de presunción de inocencia, ni aún en los delitos referidos al tráfico de estupefacientes y blanqueo de capitales. En fin, bajo el pretexto de perseguir los delitos, no podemos cercenar los derechos individuales y obliterar la libertad de los individuos, pues la lucha contra el crimen, ha promovido en el ánimo de las autoridades, del Ministerio Público, del Órgano Judicial y el Ejecutivo, la equívoca convicción de que el crimen ha de disminuir en tanto los derechos de los individuos se vean limitados o sean susceptibles de limitaciones bajo el pretexto de luchar contra el delito.

La prueba ilícita, es producto de ese afán policiaco o de funcionarios de instrucción y jueces, que a fuerza de producir la verdad material dejan de lado los derechos fundamentales de los individuos, asignando a la doctrina la

responsabilidad de componer los retazos del derecho dejados atrás por la supuesta necesidad de violar el derecho particular para sustentar los altos dictados de la justicia colectiva; procurando de manera directa o por reflejo justificar que el producto del oprobio y la vergüenza pública, se convierta en soporte del derecho y pueda utilizarse un proceder ilícito para sustentar un pronunciamiento de justicia.

La calidad de los jueces y su escogencia debe ser objeto de análisis profundo y de cuidadosos sistemas de selección, que garanticen la selección de jueces idóneos en la materia penal y con la experiencia suficiente en el mundo del derecho y de la actividad jurisdiccional que les permita discernir con la mano dura de la ley, pero con la dulce templanza de la justicia y que puedan alzarse con valor sobre la imposibilidad de poder condenar a un culpable por falta de pruebas y así lo hagan y que jamás permitan que un inocente purgue cárcel por no formularse el cuidado y la grandeza de buscar la verdad material por encima de cualquier escollo, sin violentar la norma. Los más sabios, los más justos y aquellos que por sobre todo valor amen la verdad, deber ser quienes ejerzan la más primaria de todas las actividades públicas, aplicar el derecho en el proceso de dictación de la justicia.

Es la erradicación de la prueba ilícita, el triunfo de la judicatura, pues individualizada una actividad procesal violatoria de los derechos individuales de rango legal o constitucional y nacida al mundo procesal mediante su declaratoria de ilegal al momento de formularse su admisibilidad o por

posterior ejercicio de los medios de defensa o de las instancias procesales de rigor, no se hace más que ratificar el compromiso ineludible del Estado por la salvaguarda de los intereses individuales, como condición per se, para la protección de los intereses colectivos.

La consecuencia inmediata de la prueba que deviene en ilícita, no constituye más que el éxito de la actividad jurisdiccional al erradicar el producto del oprobio procesal, pero aquella prueba que pasa por lícita sin serlo y que queda inmersa en el mundo del proceso, a pesar de violentar los derechos individuales y que a fuerza de la costumbre o la jurisprudencia se enraíza en los criterios naturales del sistema juzgador, es el peor peligro para la Justicia, pues conceptos erróneos, ilegales, oprobiosos pudieran llegar a constituirse en criterios de sólida convicción de los juzgadores que echan mano a todo instrumento que les permita castigar al delincuente a pesar de la inexistencia de la prueba, lo que se traduce en una simple venganza, alejada de toda justicia.

El desarrollo de las ciencias penales, abre nuevas posibilidades a la certeza de la prueba judicial, limita las especulaciones y permite llegar a discernimientos desprovistos de conjeturas y fortalecidos por criterios certeros, que nos lleven de manera programática e irreductible a la perfección de los dictámenes jurisprudenciales. La incansable doctrina en su afán de perfeccionar el derecho y de procurar de manera permanente nuevos derroteros de excelencia procesal, sin duda permitirán que los sistemas

judiciales latinoamericanos en las próximas décadas se nutran de experiencias renovadoras y podamos ir perfeccionando el sistema judicial a una medida de aceptable calidad jurídica, en donde la mora judicial sea argumento del pasado y la ilicitud de la prueba se refleje en los autos de admisibilidad de primera instancia y no en los pronunciamientos finales de la Judicatura, pues la presencia de la prueba ilícita en el proceso promueve la vigencia de abusos del derecho que afectan precisamente esos fines superiores de Justicia que constituyen el fin del proceso , el objeto y fin último de la prueba penal.

RECOMENDACIONES

Promover recomendaciones resulta ostentoso a la humildad del espíritu de aquellos que entregados al apostolado de hacer valer los altos conceptos de justicia, sólo podemos aspirar a enunciar conceptos válidos referidos a la necesaria promoción del respeto de los derechos de los imputados.

Por tal razón, enunciamos como recomendaciones primarias las siguientes:

- **Cambiar Sistema de Selección de Jueces, Magistrados, Funcionarios de Instrucción y Defensores de Oficio**

Humanizar la justicia resulta la primera y necesaria condición de alcanzar los parámetros de lo justo. Debemos entender la humanización de la justicia, como el proceso por medio del cual, jueces, fiscales y defensores comprendan a cabalidad que el desarrollo del proceso, no sólo tiene por objeto imponer una condena o restablecer un derecho, sino que cada proceso es la réplica natural de todo el sistema judicial. A la par de la Justicia, se plasma el derecho de todos los individuos aun el delincuente y como fin último castigar con adecuación a la ofensa inferida y procurar que ese individuo pueda regresar al seno social, pagada su culpa. Vemos con cierta frecuencia la deshumanización del sistema judicial, en donde fiscales convencidos de su papel de ejecutores sociales, pierden de vista su objetivo de integración social y buscan únicamente engrosar sus estadísticas de triunfos condenatorios sin

discernir claramente el propósito de sus verdaderas gestiones en el mundo de la judicatura.

El proceso de humanización de la justicia, requiere de manera necesaria contar con jueces, fiscales y defensores debidamente preparados desde el punto de vista académico, con una formación moral sólida y de convicciones éticas inalterables al batir de las ofertas mundanas y de las bajas pasiones que azotan las débiles almas que acceden al soborno y la corrupción.

Nuestro sistema judicial, adolece de sistemas arcaicos, informales, inútiles y deformados por intereses ajenos a los mejores intereses de la sapiencia doctrinal, para la escogencia de los jueces y magistrados; sistema donde priva no la capacidad real o la condición moral de los elegibles, privan lamentablemente principios de antigüedad en la permanencia de los cargos, criterios de selección subjetivos formulados al calor de la influencia y no en la certeza de que el funcionario elegido para el más excelso de los cargos, impartir justicia, sea como lo manda la BIBLIA, designar entre los más sabios, los que han de impartir JUSTICIA.

Nuestra recomendación en este sentido, deviene en la natural sugerencia de que debemos reformar el sistema de elección de jueces y fiscales e incluso defensores de oficio, en donde sean los méritos desprendidos de sendos sistemas de debates y posiciones doctrinales, donde se desprenda no sólo la sabiduría conceptual de la materia que ha de lidiar,

sino donde se evalúe la profundidad de los conceptos y la sanidad mental y moral de los propósitos.

Es menester que el que accede a un cargo referido a la administración de justicia, además de pasar por el tamiz de la sabiduría en la materia que ha de ser el objeto de su diario tratamiento dispositivo, que sea auscultada su formación moral, su conducta pública y privada y que en resumidas cuentas con sus virtudes y defectos, sirva a los altos propósitos de la justicia y no a otros propósitos alejados de la verdad material y de la recta administración de justicia, que se alcanza mediante la aplicación racional y justa del derecho positivo.

Es atendible al respecto señalar que, mediante Resolución Número 8 de 9 de septiembre de 1996, se adoptó El Reglamento de Carrera de Instrucción Judicial para el Ministerio Público, estableciendo una serie de parámetros referidos a la evaluación, selección, derechos y deberes de los funcionarios de Instrucción, norma que tal vez por su rango resolutivo de carácter administrativo, ajeno al rango de ley, ha sido postergado al olvido privando el criterio de selección unilateral y basado en conceptos ajenos a las ciencias penales y adeptas más al criterio unilateral del nominador, execrable práctica digna de ser erradicada para siempre de cualquier estamento de lo que ha de llamarse, en su grandilocuente expresión, LA JUDICATURA.

- **Erradicar la Práctica de Diligencias Probatorias Ejecutadas Por Policías o Agentes Investigadores Ajenos al Sistema Judicial.**

He sostenido y me permito reiterarlo, que la República de Panamá, debe convertirse en el laboratorio social de todas las materias humanísticas objeto de estudios de la conducta social y de las soluciones de carácter colectivo, referidas a la eficiencia del Estado.

Esta afirmación deviene en certera, pues no sólo tenemos todas las virtudes y defectos de los sistemas judiciales arcaicos, sino que por ser un pueblo de gente noble, premunido de buenos propósitos y de un número poblacional manejable al tenor de la eficiencia de los sistemas sociales reguladores de la conducta humana, podríamos sin duda crear nuevos criterios y teorías de control social y de formulación de sistemas judiciales eficaces, probos, que convoquen el fin último de todo esfuerzo de concertar la justicia como fin último del derecho .

Para poder de manera cierta iniciarnos en el camino de una recta administración de justicia, nuestra Corte Suprema de Justicia, debe con prontitud dirigir todos sus esfuerzos y reclamar de manera efectiva que la Justicia administrativa referida a Juzgados Nocturnos y algunas materias referidas a Corregidurías, en donde aún se mantienen a prevención materias de interés que se encuentra inmerso en las responsabilidades judiciales, deben ser erradicadas para siempre y ser de exclusivo conocimiento de la judicatura, en nombre de una recta administración de justicia.

Las unidades policivas, deben especializarse en el levantamiento de las diligencias primarias en la evaluación de la escena criminal y estos funcionarios de primario conocimiento del crimen, deben adscribirse al Ministerio Público, debidamente facultados y entrenados para producir y preservar las evidencias, los policías, funcionarios de la Policía Técnica Judicial y cualquier otro funcionario de primer conocimiento del crimen, debe ser adscrito a las funciones judiciales, sin que se pueda de manera alguna, dejar en manos de un uniformado, elaborar, producir o concertar una evidencia, que por ese solo hecho nace espuria, inútil y vicia la investigación, impidiendo al juzgador posteriormente hacer uso de esos instrumentos para la obtención de la verdad material.

La Policía Nacional, debe dedicarse de manera exclusiva a la actividad preventiva delictual, es decir adoptar las medidas de profilaxis social y de detección de los centros críticos de población, así como de elaborar de manera científica las estadísticas referidas a los incidentes policiales, indicadores de los factores criminógenos, que permitan un conocimiento fiable de la realidad criminal del entorno social. La Policía Técnica Judicial, debe ser a lo sumo un conjunto de departamentos especializados en la investigación criminal adscritos a la Procuraduría General de la Nación, al servicio de jueces, fiscales y de todo el sistema judicial en la investigación de los delitos, con rango de funcionarios de instrucción.

A la ocurrencia de un crimen, o suceso relevante para la justicia penal, el policía nacional a lo sumo debe ser agente de cognición de la información primaria y detención amparado en el principio del arresto ciudadano, convocando de inmediato a la Vindicta Pública, quien debe contar con todos esos departamentos a nivel nacional especializado en la investigación criminal quienes se activarán ante la noticia criminis y promoverán la búsqueda inmediata de la verdad material, sin excesos, con profesionalismo y produciendo pruebas válidas, que jueces y fiscales podrán analizar, y validar ante una sana crítica sustentada en la legalidad y en procederes de contenido profesional que nos acercarán al objetivo propuesto, la justicia.

La Ley 16 de 9 de julio de 1991, "Por la cual se aprueba la Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial como una dependencia del Ministerio Público" a pesar de tener rango de ley, de igual manera adolece de una serie de incongruencias conceptuales que no terminan de resolver el problema que hemos venido comentando, referido a una instrucción criminal expedida, legal, completa y premunida de conceptos de legitimidad institucional, que es lo que permite iniciar la erradicación de los defectos del proceso entre ellos, la prueba ilícita.

Esta disposición normativa adolece del defecto de considerar la Policía Técnica Judicial como una entidad bajo la dependencia, dirección, vigilancia y control de la Procuraduría General de la Nación con competencia en todo el territorio Nacional de la República de Panamá, cuando en realidad la Policía

Técnica Judicial debe desaparecer como tal y los distintos departamentos de esta policía especializada, deben formar parte de la Procuraduría General de la Nación e instituirse cada uno de estos departamentos en entidades de investigación y formulación de investigación criminal con el rango de funcionarios de instrucción, que permita que sus investigaciones y formulaciones probatorias sean válidas y cuenten con la formación profesional que garantice el ejercicio de los derechos ciudadanos del imputado y dentro del marco del respeto de los derechos humanos pueda desarrollarse la investigación criminal, libre de excesos, privando la verdad material, como fin último de la investigación y como resultado de esa actividad el imperio de la verdad, el derecho y la justicia. Esta dicotomía de existencia de una entidad policiva, sin rango instructivo, deviene en una policía al mando de un Procurador, que debe posteriormente legalizar, legitimar, autorizar y validar las pruebas producidas, dentro del contexto normativo pero sin validez procesal, cuando debemos en nombre de una justicia expedita y de la economía procesal, minimizar los esfuerzos y maximizar la calidad de los resultados.

La permanencia de la Policía Técnica Judicial como una entidad de investigación adscrita y no constitutiva del Ministerio Público, resulta en una duplicidad de funciones y en un derroche de recursos humanos y materiales que promueven una lucha contra el crimen destinada al fracaso y a una distorsión grave de la actividad del sistema judicial cuya materia de trabajo,

nace de las confusiones del actuar policial, remendado por las posteriores ejecutorias de la vindicta pública, que poco o nada puede hacer para enderezar los entuertos probatorios que nacen de manos de policías o funcionarios ajenos a la instrucción pública.

A pesar de expedir normas de rango de ley, resoluciones y disposiciones de orden administrativo, no hemos podido obtener la eficiencia de los recursos con los que contamos, criterios referidos a la diseminación de poder, nos llevan a la ineficiencia y a la incapacidad de obtener resultados efectivos en la lucha contra el crimen, no obstante es evidente que la solución se encuentra no en los hombres de turno, sino en la formulación correcta de la filosofía y los objetivos que nutren las instituciones del sistema judicial, por lo cual si no restablecemos una estructura, eficiente, sin duplicidad de funciones, trocando agentes policivos por funcionarios instructores, seguiremos alejándonos del objetivo final que tanto hemos señalado, la recta administración de Justicia.

- **La Supresión de la Mora Judicial Como Condición de Formulación de una Justicia Oportuna**

Es evidente que un Proceso premunido de defectos de forma, pruebas incompletas, mal formuladas, ilegales, obtenidas por funcionarios no preparados para la obtención de pruebas plenas y conducentes, no traerá más que como consecuencia inmediata derroche de recursos judiciales, en

búsqueda de la verdad material. La ineficiencia de las investigaciones criminales y la imperfección en el desarrollo de las investigaciones, resulta en materia penal a nuestro juicio, la razón principal de la mora judicial, pues usualmente las consabidas ampliaciones solicitadas por los jueces y las limitadas evidencias que el funcionario instructor recaba para dar contenido a su vista fiscal, usualmente suelen ser insuficientes para ilustrar al Tribunal sobre la verdad procesal que se debate.

Resulta por tanto, la inexcusable necesidad de mejorar las técnicas de investigación, la recepción de toda prueba por funcionarios instructores instruidos en investigación criminal, lo que permitiría dar contenido a la norma preceptuada en el Artículo 2033 del Código Judicial que preceptúa que el sumario deberá estar perfeccionado dentro de los cuatro meses siguientes a su iniciación, término que podrá prorrogarse hasta por dos meses más, cuando son varios o los imputados o los hechos punibles examinados. No obstante la realidad es otra, la investigación la inicia la Policía Técnica Judicial, la más de las veces, institución que por ordenanza de la Ley 16 de 1991, que constituye su ley orgánica establece que las diligencias practicadas por la Policía Técnica Judicial debe entregarlas al Ministerio Público en un término de 8 días, contados a partir del día en que se tenga noticia de la comisión de la infracción punible, cuando no hubiese detenidos y cuando los hubiese el término será de veinticuatro horas. Esta disposición no se compagina con la realidad de las modernas concepciones doctrinales de

investigación criminal y no son más que un culto a lo arcaico, lo profano en materia de derechos humanos y una execrable forma de pugnar con los más altos principios de los derechos humanos.

Por disposición normativa, dejar el desarrollo de un proceso a un policía interlocutorio, que sólo podrá producir medias pruebas y podrá disponer de la libertad de un ciudadano por las horas que sean suficientes para dar contenido a la disposición normativa o poder deshacer por la vía judicial el entuerto del abuso policial, significa que hemos acuñado en la ley, el símbolo del abuso y la enajenación de la libertad humana.

Resulta curioso, que usualmente al reformar la norma jurídica referida a las estructuras políticas del sistema judicial, sean los funcionarios judiciales, los últimos sino los que jamás son consultados en la posible estructuración de un sistema coherente que permita agilizar la justicia y a fuerza de saber que la ley es ineficaz y promueve distorsiones del sistema, la misma norma en su artículo 12 sugiere que todos los dictámenes rendidos por la Policía Técnica Judicial, deben ser objeto de análisis a la luz de la sana crítica, pero esto es insuficiente y basta transcribir el oprobio legal de los derechos humanos contenidos en esta norma cuando en el artículo 9 de la precitada Ley Número 16, Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial se dispone:

Artículo 9: “Las diligencias sumariales, incluidas las de investigación preliminar a cargo de la Policía Técnica Judicial, son reservadas. Pero la parte y su defensor

podrán conocerlas cuando se le haya recibido declaración indagatoria al imputado o si este hubiese sido privado de su libertad durante el curso de las investigaciones.....”

Mientras disposiciones de esta naturaleza se abran paso en la normatividad penal vigente de nuestra patria sin duda no podremos de manera alguna alzamos en el foro patrio o en el espectro de la doctrina internacional, ni de asomo esbozar el más mínimo concepto de justicia, pues la defensa se constituye en una maroma circense cuando el defensor y el propio indagado no tienen acceso a las resultas de los cargos, a nivel policial sino con posterioridad a la rendición de los informativos o de la propia indagatoria, lo que resulta en una negación de todos los preceptos legales y constitucionales y es el consabido resabio de control militarista que radica aún en los funcionarios de revolver al cinto, quienes no renuncian a la posibilidad de ser autócratas en la disposición de los derechos del imputado, de su libertad, de sus bienes y de la disposición y ultraje de todos sus derechos, incluso del derecho a la defensa

Los esfuerzos normativos referidos a la estructuración de los procesos, la inclusión del proceso oral, las últimas disposiciones referidas a los términos y notificaciones judiciales, la formulación de estrategias refendas a la práctica de abogados de dilatar los procesos, sin duda han de rendir frutos en la economía del proceso penal, pero resulta preocupante que los ilustres Jueces a fuerza de promover una resolución pronta y expedita, ponen en grave riesgo

la defensa de los imputados pues no pocas veces, se designan defensores sustitutos para llevar procesos en el mismo acto de las audiencias, sin que se hubiese dado más que minutos, para recabar los elementos probatorios del proceso, que usualmente constan de infinidad de folios, que nunca han de valorarse por la impropiedad de la ejecución de la audiencia sin preparación de la defensa lo que deviene en un crimen judicial, referido a la negación de Justicia, pues la Justicia que nace de la improvisación o de la simple ejecución de la formalidad sin dar importancia al contenido, resulta en una mentira institucional y el juez se convierte en oficinista tramitador, pues el juez que no promueve la justa defensa del imputado, se convierte en verdugo y cómplice sino promotor de cualquier injusticia en perjuicio del ciudadano imputado.

Diversas pueden ser las consideraciones que podamos plasmar como recomendaciones, pero basta que se implementen las mínimas sugerencias que por este conducto esbozamos para que la justicia panameña, pueda ser ponderada al tamiz de las exigencias de las organizaciones internacionales de los Derechos Humanos, sin avergonzarse y en resumidas cuentas, no propugnamos sugerencias que resultan en inversiones millonarias, ni siquiera en aumentar el número de funcionarios judiciales, proponemos maximizar los recursos con que actualmente contamos, eliminar la duplicidad de funciones, extirpar de la administración de justicia la intervención policial y administrativa impropia, en fin reorganizar los esfuerzos normativos y promover por encima

de toda norma y de todo precepto judicial, el más alto concepto de moral, el respeto a la dignidad humana y de los derechos del hombre y en fin dar la administración de Justicia a los sabios y minimizar la mora judicial resulta bastante para acercarnos a lo que parece ser hoy el inalcanzable mito de la recta administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

- ALMENGOR, J. A. (2001). Texto Único de Drogas de Panamá. Universal Books, Panamá.
- ARENAS SALAZAR, J. (1996). Pruebas Penales. Editorial ABC Limitada, Bogotá.
- ARJONA, A. A. (1990). "Las Pruebas Ilícitas tienen Valor en el Proceso". Estudios Procesales. Editorial Jurídica Panameña. Panamá.
- BACIGALUPO S., E. (1998). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, S.A., Bogotá.
- BARRIOS DE ARGELIS, D. (1989). El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- BERNAL CUELLAR, J. , MONTEALEGRE, L. E. (1995). Texto Único de Drogas. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogota.
- BETANCOURT JARAMILLO, C. (1998). De La Prueba Judicial. Editorial Señal Editora Medellín.
- BONFANTE, P. (1965). Instituciones de Derecho Romano. Tercera Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid
- CAFFERATA NORES, J. I. (1986). La Prueba en el Proceso Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

CASTILLO BARRANTES, E. (1992). Ensayo Sobre La Nueva Legislación Procesal. Actualizado por Víctor Dobles Ovaes. Segunda Edición, San José.

COUTURE, Eduardo J (1981). Fundamento del Derecho Procesal Civil. Ediciones DePalma, Buenos Aires.

CHAVEZ, C. A., HIDALGO, J.D. (1992). Temas de Derecho Procesal Penal. Primera edición, Editec Editores, San José.

DE ELIA, C. M. (1992). Manual de Derecho Procesal Penal II. Segunda edición, Librería El Foro, Talleres Gráficos, Buenos Aires.

DEI MALATESTA, N. F. (1997). Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá.

DE LA RUA, F. (1991). Teoría General del Proceso. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

DE SANTO, V. (1992). La Prueba Judicial. Editorial Universidad. Buenos Aires.

DE URBANO CASTILLO, E., TORRES MORATO, M. A. (2000). La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Editoral Aranzadi, Navarra.

DEVIS ECHANDIA, H. (1993) . Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá.

(1984). Pruebas Judiciales. Editorial ABC. Bogotá

(1994). Compendio de Derecho Penal. Octava Edición. Editoral ABC, Bogotá.

DÍAZ DE LEÓN, M. A. (1988). Tratado sobre las Pruebas Penales. Editorial Porrúa, S.A., México.

DUGUIT, L. (1921). La Transformación del Estado. Francisco Beltrán, Librería Española, Madrid.

EDWARD, C. E. (1992). El Defensor Técnico de la Prevención Policial. Editorial Astrea. Depalma, Buenos Aires.

FÁBREGA PONCE, J. (1978). Teoría General de la Prueba. Imprenta L. Cañizales, S.A., Panamá.

(1982). Teoría General de la Prueba. Editorial Texto Limitada, San José.

(1998). Medios de Prueba, la Prueba en Materia Mercantil. Segunda Edición, Editorial Jurídica Panameña, Panamá.

(1998). Medidas Cautelares. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fé de Bogotá.

(2001). Medios de Prueba. Tomo II, Plaza Janes Editores, S.A., Bogotá.

FENECH, M. (1960). Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editorial Labor, Barcelona

FLORIAN, E. (1998). De las Pruebas Penales. Tomo I. Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá.

GALINDO POHL, R. (1978). Guión Histórico de la Ciencia de Derecho. Primera Edición, UCA Editores. San Salvador.

GARCÍA VALENCIA, J. I. (1993). Las Pruebas en el Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá.

GÓMEZ ARITIZABAL, H. (1989). Las Pruebas en el Nuevo Procedimiento Penal. Primera Edición. Tercer Mundo Editores, Bogotá.

GONZÁLEZ FERRER, C. E. (1985). Derecho Procesal Penal Panameño. Copyjet, Madrid.

HEINZ GOESSEL, K. (1989). El Defensor en el Proceso Penal. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, Bogotá.

HIDALGO MURILLO, J. (1992). Temas de Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editrec, San José.

HOYOS, A. (1998). El Debido Proceso. Editorial Temis. Bogotá.

IRISARRI, C. A. (1987). El Defensor en el Sumario. Editorial Universidad. Buenos Aires.

LONDOÑO JIMÉNEZ, H. (1989). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editonal Temis. Bogotá.

(1982). Tratado de Derecho Procesal Penal. Editonal Temis, Bogotá.

JIMÉNEZ WALTERE, P. (1992). Apuntes de Pruebas Judiciales. Primera Edición, Señal Editora. Bogotá.

LA BIBLIA. (1957). Libro del Éxodo. Editorial Grolier Incorporated, New York.

LEVENE (hijo), R. (1993). Manual de Derecho Procesal Penal. Segunda Edición, Tomo I, Ediciones Depalma. Buenos Aires.

- LÓPEZ FRAGOSO, T. (1991). Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal. Editorial Cole. Madrid.
- MARCHECA GÓMEZ, M. (1992). El Ministerio Fiscal: su Pasado y su Futuro. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid.
- MARTÍNEZ PINEDA, Á. (1993). Estimativa Jurídica de la Prueba. Editorial Porrúa. México.
- MARX, Carlos, ENGELS, Federico. (1976). Manifiesto del Partido Comunista. Editorial Progreso, Moscu.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1999). El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal. J.M. Bosh Editor, Barcelona.
- MONTERO AROCA, J. (1999). La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- MORALES MARÍN, G. (2001). Prueba Penal y Apreciación Técnico-Científica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín.
- MUÑOZ CONDE, F. (1996). Derecho Penal. Parte Especial, Undécima Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- MUÑOZ POPE, C. E. (1997). Cuestiones sobre el Proceso Penal. Ediciones Panamá Viejo, Panamá
- MUÑOZ SABATE, L. (1993). Técnica Probatoria. Estudio sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso. Editorial Praxis, S.A., Barcelona.
- PARRA QUIJANO, J (1995). Manual de Derecho Probatorio. Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

(2001). Manual de Derecho Probatorio. Décima Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.

(1994). Tratado de la Prueba Judicial. La Confesión. Tercera Edición. Tomo I, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

(1994) Tratado de Prueba Judicial, El Testimonio. Cuarta Edición. Tomo II, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

(1989). Tratado de la Prueba Judicial. Los Documentos. Segunda Edición, Tomo III. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

(1992). Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. Segunda Edición. Tomo IV. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

(1996). Tratado de la Prueba Judicial. La Prueba Pericial. Tomo V. Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

QUINTERO ALVAREZ, F. (2000). Valoración Judicial de las Pruebas. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana,

QUINTERO OSPINA, T. (1991). Las Pruebas en Materia Penal y Otros Temas de Procedimiento Penal. Librería Jurídica Wilches, Bogotá.

RODRÍGUEZ, G. H. (1997). Derecho Probatorio. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá.

RODRÍGUEZ, L (1987). Nulidades Procesales. Segunda Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires.

RODRÍGUEZ, O. A. (1995). La Presunción de Inocencia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá.

(1992) El Testimonio Penal y sus Errores. Editorial Temis, S.A. Bogotá.

RODRÍGUEZ SOL, L. (1998). Registro Domiciliario y Prueba Ilícita. Editorial Comares, S.L. Granada.

ROUSSEAU, J. J. (1984). El Contrato Social. Libro I, Capítulo III. Edición Orbis, Barcelona.

SAAVEDRA ROJAS, E., GORDILLO LOMBANA, O. (1995). Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá.

SATTA, S. (1971). Manual de Derecho Procesal Civil. Volumen I, Editorial Ejea, Buenos Aires.

SENTIS MELENDO, S. (1990). Valoración de la Prueba. Editorial Ejea, Buenos Aires

THOMAS, G. R. (1992). Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales. Librería El foro. Buenos Aires.

VALDERRAMA VEGA, M. E. (1992) La Prueba de Indicios en la Investigación Penal e Identificación Crminal. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá.

VÁSQUEZ ROSSI, J. (1978). La Defensa Penal. Parte Especial.

VILLALAZ GUERRA, A. de. (2001). Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Panamá Viejo, Panamá.

REVISTAS

CASTELLANOS PORRAS, G. (1 de septiembre de 2002). "Derecho Procesal Penal". Revista. Universidad Abierta Puebla. Carrera de Derecho. México.

DEL RÍO FERRETTI, C. (julio-diciembre 2001). Consideraciones Básicas sobre el Sistema de Prueba en Matena Penal y Control sobre el Núcleo Fáctico Mediante Recurso de Nulidad. Profesor de Derecho Procesal. Universidad Católica del Norte. No. 8. Chile

EDITORIAL JURÍDICA BOLIVARIANA. (1995). Encuentro Internacional de Derecho Procesal. Estudios Procesales, homenaje al Doctor Jorge Fábrega Ponce. Santiago de Veraguas, Panamá.

FRONDOZI, R.J., S. DAUDET, M.G. (Abril, 2000). Garantías y Eficiencia en la Prueba Penal. Primera Edición. Librería Editora Platense, S.R.L. Argentina.

HAYEK A., F. *s/f*. La Evolución del Estado de Derecho. En Defensa del Neoliberalismo. Revista. Consultada por Internet, Neoliberalismo.Com/Evolución.htm.

MORA MORA, L. P. (marzo-junio, 1995). La Prueba en el Código Procesal Penal. Tipo para América Latina, Ciencias Penales. Revista. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5.

ORTEGA PINTO, L. T. (Septiembre, 1995). Tratamiento de la Illicitud Probatoria en el Proceso Penal. Coordinador del área de Derecho Civil de la Escuela Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, España.

PARRA QUIJANO, J. (1995). Pruebas Ilícitas. Estudios Procesales Homenaje al Doctor Jorge Fábrega Ponce. Editorial Jurídica Boliviana.

PELLEGRINI GRINOVER, A. (Septiembre 1995). Pruebas Ilícitas. Ciencias Penales. Revista. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 7, No. 10.

SAENZ ELIZANDRO, M. A. (diciembre, 1992). La Prueba Ilícita en el Proceso Penal. Revista de Penales, Costa Rica. Año 4 No. 6. San José, Costa Rica.

TEM BARON, S. (20 de octubre de 2001). El Debido Proceso como Categoría del Conocimiento.

OTROS DOCUMENTOS

BERMUDEZ UBLESTER, D. 2001. Fundamentos Últimos De La Democracia y el Liberalismo. □ HIPERVÍNCULO
 "http://deceyec.ife.org mx/fundamentos"
 □ Http://Deceyec.Ife Org Mx/Fundamentos □

CAFFERATA, N. J. 1998. I. Conferencia en Torno a "La Reforma Procesal En América Latina." □ HIPERVÍNCULO
Http://Www.Dplf.Org/Conference98/Cafferata.Pdf
 □ Http://Www.Dplf.Org/Conference98/Cafferata.Pdf □.

CONDE SALGADO, J.L. 2001. Los Medios de Prueba en los Procesos de Tráfico de Drogas y de Blanqueo de Capitales. Conferencia Dictada en Antigua, Guatemala. Referencia [www.Cicad.Oas.Org/Es/Desarrollo Jurídico/Ponencias/Indexponencias.htm](http://www.Cicad.Oas.Org/Es/DesarrolloJurídico/Ponencias/Indexponencias.htm).

FORNACIARI, M. A. s/f. Reflexiones Acerca del Objeto de la Prueba en el Proceso Civil. "Derecho Procesal en Visperas del Siglo XXI". □ HIPERVÍNCULO <http://www.Salvador Edu.Ar/Fundación>
 □ www.Salvador.Edu.Ar/Fundación □ de Estudios Superiores E Investigación.

GONZÁLEZ GARCIA, M.A. Derecho Penal. Universidad Abierta México □
 HIPERVÍNCULO <http://www.universidadabierta.edu.mx/biblio/G/González/20marzoDerecho/20penal.htm> □
www.universidadabierta.edu.mx/biblio/G/González/20marzoDerecho/20penal.htm

GONZÁLEZ GARZA, A. s/f. Teoría Sociológica. Universidad Abierta.
 Bibliografías. www.UniversidadAbierta.Edu.Mx.

IRIARTE, C. M. 1997 Teorías sobre el Origen del Derecho □
 HIPERVÍNCULO <http://www.Chez.Com/Cmi/Teorías> □
www.Chez.Com/Cmi/Teorías □, htm.

MORALES CHAVEZ, J. E. 2001. El Espíritu de las Leyes. Ensayo □
 HIPERVÍNCULO <http://www.Monografias.com>
www.Monografias.com □.

PRUNOTTO LABORDE, A y B. Cambios de Protagonismo en el Derecho.
 Justicia on Line. □ HIPERVÍNCULO <http://www.justicia-online.com/prunotto.htm> □
www.justicia-online.com/prunotto.htm □

RODRÍGUEZ VARGAS, L. R. 2001 Nociones Fundamentales y Desarrollo Histórico □
 HIPERVÍNCULO <http://www.Comunidad.Derecho.Org/Aulavirtual/Natural.htm>
www.Comunidad.Derecho.Org/Aulavirtual/Natural.htm □. Facultad de Derecho U.C.R.

TEME BARON, S La Prueba Ilícita Penal y su Consecuencia Jurídica □
 HIPERVÍNCULO <http://www.ARANDU:NET/Art1.htm>
www.ARANDU:NET/Art1.htm □

URBINA, E. Marzo, 2001. El Positivismo. Monografía. □ HIPERVÍNCULO
<http://www.monografias.com> □ www.monografias.com □

VÁSQUEZ, J Z. Historia de la Historiografía. 2001 Revista, Universidad Abierta, □
 HIPERVÍNCULO <http://www.UniversidadAbierta.Edu.Mx>
www.UniversidadAbierta.Edu.Mx □

TRABAJOS DE GRADUACIÓN

CHIN NG, R. M. 1997. La Valoración de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Panameño. Tesis. Universidad de Panamá, Panamá.

DOMINGO C., L. M. 1991. La Prueba Ilícita y su Valor en el Proceso Civil. Tesis. Universidad de Panamá, Panamá.

DE LEÓN GARCÍA, W. 1998. Las Pruebas Ilícitas en Panamá y en el Derecho Comparado. Tesis. Universidad de Panamá, Panamá.

JURISPRUDENCIA

ALMENGOR ECHEVERRÍA, J.A. y REMÓN PÉREZ, R.D. Jurisprudencia en materia de delitos relacionados con drogas. Internacional Publishers Co.

JOVANÉ, J. Y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. (1993). Jurisprudencia Penal. Publicaciones Jurídicas de Panamá. Panamá.

JURISPRUDENCIA CIVIL, COMERCIAL, PENAL. Juris. Tomo I, Año 6, Volumen 9., Sistemas Jurídicos, S.A. Panamá.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, O. y GONZÁLEZ MONTENEGRO, R. (1995). Jurisprudencia Penal. Editorial Mizrahi Pujol. Panamá.

CONSTITUCIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMA. (1972). Panamá.

CÓDIGOS

CÓDIGO JUDICIAL DE PANAMÁ (2001). Tercera Edición. Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. (1994). Primer Edición. Editorial Jurídica Bolivariana. Panamá.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. XVI Edición Heliasta. Buenos Aires.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (1992). XX Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (1970). XIX Edición. Madrid.

DICCIONARIO ESPASA SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. (1997). V. Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid.

ANEXO

**JURISPRUDENCIA PENAL QUE DICE
RELACIÓN CON LA PRUEBA ILÍCITA**

JURISPRUDENCIA PENAL QUE DICE RELACIÓN CON LA PRUEBA ILÍCITA

A efecto de ilustrar el tema central del presente estudio, creemos necesario, y así lo hemos hecho, de transmitir las distintas decisiones de carácter jurídico que en esta materia han expresado los Jueces y Magistrados a través de los fallos

Para ello hemos seleccionado algunas muestras, mediante una revisión de los Registros Judiciales, desde enero de 1995 hasta julio de 2001, siendo esta última publicación del texto, en el momento de terminar la revisión

Los fallos seleccionados corresponden a las expedidas por la Corte Suprema de Justicia (pleno) en materia de Habeas Corpus y de la Sala Segunda de lo Penal que guarde relación con la prueba ilícita.

Al adentrarnos al examen de la Jurisprudencia en esta materia podemos concluir que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a través del Recurso de Habeas Corpus y de forma mayoritaria, no entra a dirimir aspectos en torno a la licitud de la prueba señalando que dicha materia, que se refiere a valoración de prueba, es menester abordarlo por medio de otros recursos legales Sin embargo, la Prueba Ilícita, tema inquietante, que todavía su importancia y vigencia al proceso sigue incólume y, tanto es así,

que a través del Recurso de Casación en Materia Penal proferido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, hemos encontrado ciertos casos en donde se ha preservado el principio procesal de la inadmisibilidad de la Prueba Ilícita al proceso. Además, hemos traído a colación algunas resoluciones proferidas por la citada Sala Segunda que se traducen en Apelación de Autos de Llamamiento y de Sobreseimiento, así como también ciertas denuncias formuladas a fiscales superiores.

A pesar de que no podemos calificar a la Jurisprudencia reseñada en la materia motivo de este estudio como basta, sin embargo, la que logramos encontrar nos sirve de muestra para concluir que en nuestro país tiene relevancia el tema abordado.

JURISPRUDENCIA PENAL**1. Acción de Habeas Corpus.**

Corte Suprema de Justicia Plena

Documento Público (Valor probatorio y procedimiento para desvirtuar su contenido)

Fallo del 28 de abril de 1995

Magistrado Ponente Fabián A. Echevers

En el segundo cargo formulado, se señala que la resolución objeto de censura le da valor de plena prueba a un "documento que no cumple con los lineamientos de los documentos públicos auténticos", toda vez que en "autos reposa copia fotostática del Dictamen Pencial y al dorso consta sello de autenticado (sic); pero no por el Secretario especializado en Asuntos de Drogas de la Provincia de Colón, sino por un funcionario subalterno que firma como responsable de la autenticación".

En cuanto al primer argumento que propone el libelo de habeas corpus, según el cual se le confirió valor de plena prueba a un documento público que no cumple con el requisito de autenticidad, considera la Corte que no le asiste razón al recurrente toda vez que el artículo 822 del Código Judicial consagra una presunción iuris tantum en materia de la autenticidad de los documentos públicos. Por la naturaleza de la presunción, quien la contrarie debe recurrir al procedimiento incidental de tacha, vista la facultad que atribuye el artículo 525 del Código de la Familia a los jueces de menores para investigar, conocer y decidir los asuntos relativos a las infracciones de los menores, toda vez que, según el artículo 2601 del Código Judicial, "En los negocios de Habeas Corpus no podrán promoverse incidentes de ninguna clase"

Por las anteriores consideraciones la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA, aunque por motivos distintos, la sentencia de 22 de febrero de 1995, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, que DECLARA LEGAL la medida preventiva de internamiento.

- 2. Acción de Habeas Corpus**
Corte Suprema de Justicia. Pleno.
Operación Encubierta (Justificación y Alcance)
Fallo de 3 de octubre de 1995
Magistrada Ponente: Aura E. Guerra de Villalaz

Por su parte, el apoderado legal del detenido alega que las diligencias que obran en autos, llevadas a cabo por los agentes encubiertos, adolecen de defectos procesales porque se trata de medios de prueba prohibidos por la ley, en virtud de que son diligencias practicadas por personas que no son funcionarios de instrucción, ni están señalados en la ley.

En estricto derecho, las operaciones encubiertas, recién autorizadas por la ley en la investigación de casos relacionados con drogas, dejan en manos de terceros la corroboración de la secuencia de hechos que conducen a identificar a los autores y partícipes de los hechos delictivos; incluso se aceptan como posible y lícitas situaciones como la de autorizar la entrega vigilada de drogas para su tráfico internacional, con el propósito de destruir una red delictiva. En este caso se incluyen documentos provenientes de telefax que no reúnen los requisitos formales para alcanzar el carácter de un medio probatorio propiamente tal.

No obstante, en el caso de autos, los hechos ciertos demuestran que se dio una entrega controlada de drogas en la ciudad de Panamá y dada la cantidad de la sustancia ilícita y su vinculación con una de las personas que recibió la droga en Alemania, surgen los dos presupuestos que sustentan la medida cautelar personal adoptada, esto es: la existencia del hecho punible y la vinculación de su conducta al hecho delictivo investigado.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL la detención preventiva

3. Acción de Habeas Corpus
Corte Suprema de Justicia. Pleno
Informantes y Agentes Encubierta (naturaleza jurídica)
Fallo de 5 de octubre de 1995
Magistrada Ponente Aura E. Guerra de Villalaz.

Como fundamento del recurso presentado, el abogado afirma que las diligencias llevadas a cabo por la policía, en cuanto a la figura del informante, carecen de sustento probatorio, igualmente objeta la prueba de campo practicada en este caso, pues la misma, según su criterio, se llevó a cabo horas después de adquirida la droga en venta simulada y en las oficinas de la policía, no en el lugar de los hechos. También se refiere al agente encubierto y advierte el carácter restrictivo de sus operaciones y las limitaciones normativas que tanto la Ley 13 de 1994 como la jurisprudencia de la Corte han señalado para su admisión.

Si bien es cierto que las figuras de los informantes y de los agentes encubiertos no forman parte del amplio caudal probatorio admitido por la legislación procesal más difundida en el sistema continental europeo, la aparición de la criminalidad organizada, violenta y transnacional, debidamente potenciada con grandes recursos económicos y apoyo político en algunos casos, ha obligado a los Estados contemporáneos a trasladar algunos modelos que han sido puestos en práctica en el sistema anglosajón y que han tenido éxito en la oportuna detección de los focos criminógenos y las redes delictivas que operan subterráneamente y con otros mecanismos de comportamiento. Es cierto, que estos medios probatorios, por lo extraño que resultan al sistema y por la cautela, previa la verificación del cumplimiento de ciertos requisitos que aseguran su control y práctica bajo la vigilancia del funcionario de instrucción; sin embargo, en el caso de autos, el expediente levantado por el Ministerio Público contiene la autorización de la operación encubierta (f. 11), hay constancia de la diligencia de entrega de evidencias, producto de la compra y ventas simuladas (fs 18-19), de la diligencia de la prueba de campo (f. 20), la diligencia de allanamiento y registro a la residencia del señor xx (fs 23-36), además de las declaraciones indagatorias de y donde esta última aceptó ser consumidora de cocaína y poseedora de una dosis que se encontró durante el registro y que ella traspasó al patio del vecino.

Por tanto, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL la detención preventiva

4. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Tribunal de Habeas Corpus (no le corresponde determinar la legalidad de la prueba).

Fallo de 30 de mayo de 1996

Magistrado Ponente: Eligio Salas.

En el escrito de apelación contra la aludida sentencia de habeas corpus, que consta de fojas 61 a 64, se señalan como principales argumentaciones las siguientes

- 1 El Ministerio Público no realizó la Operación Encubierta.
- 2 El Ministerio Público no comisionó ni autorizó expresamente a nadie y menos al D. I. P. para que realizara dicha diligencia

Con respecto a este último punto, cabe hacer la observación de que la Ley alude es al Ministerio Público como la entidad que debe realizar las Operaciones Encubiertas en los casos de drogas y no otra institución

- 1 La supuesta "Compra-Venta Simulada" a la cual se le da categoría de previa, no fue autorizada por el Ministerio Público ni hecha por éste.
1. Existe la solicitud de autorización para la Compra controlada, pero no consta que se haya dado tal autorización.
2. Que, en caso de haber hecho el D. I. P. la diligencia de Compra Controlada, lo hizo sin autorización.
- 3 Que el Ministerio Público se confundió y se ha confundido al darle a una diligencia de allanamiento el sugestivo título de DILIGENCIA DE COMPRA CONTROLADA A TRAVÉS DE UN AGENTE ENCUBIERTO sin hacerlo en realidad "

A juicio de la Corte, el problema que se plantea en el caso sub-júdice no es de índole constitucional, sino de orden legal, pues lo que se pretende es que se revise la forma en que se realizó la aludida operación encubierta, situación que no puede ventilarse a través de una acción de habeas corpus a pesar de que sus efectos hayan contribuido a la determinación de los principales elementos para la comprobación de hecho punible

En consecuencia, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la Sentencia de 29 de abril de 1996 dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, mediante la cual se DECLARA LEGAL la detención.

5. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Plena

Correspondencia Privada y Cintas Magnetofónicas se admiten en Delito Contra el Patrimonio.

Fallo del 11 de julio 1996

Magistrado Ponente: Fabián Echevers

La detención de Moreira fue decretada por la Fiscalía Auxiliar de la República, mediante resolución de 7 de mayo de 1996 (fs. 87-93, sumarias), diligencia que satisface los requisitos que exige la ley. Así, se indica que el hecho imputado lo constituye delito contra el patrimonio, concretamente extorsión, que lleva aparejada pena mínima de 3 años de prisión, según lo establece el artículo 187 del Código Penal.

Como elemento de prueba allegado a las sumarias para la comprobación del hecho punible se tienen las cartas enviadas a Viggiano y su esposa (fs 7 y 8, sumarias), así como una cinta magnetofónica (f. 84, sumarias) y el dinero fraccionado en billetes de veinte balboas por la suma de B/ 2,000 00 (fs 9-17, cuaderno de antecedentes), elementos utilizados por los agentes de investigaciones en el operativo

Por las razones que anteceden, el PLENO de la CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de 3 de junio de 1996, dictada por el Segundo Tribunal Superior

6. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Al tribunal de Habeas Corpus no le compete decidir la Legalidad de una Prueba.

Fallo de 29 de enero de 1997

Magistrado Ponente: Edgardo Molino Mola

El licenciado CARLOS HERRERA MORÁN, expone a favor de su representado que la medida tomada, es ilegal porque no existe en el expediente penal elementos probatorios con valor legal contra él que justifique la medida cautelar tomada

En forma resumida sus argumentos a favor de su representado, se reducen así

A. El día 20 de abril de 1995 se efectuó una diligencia de reconocimiento en rueda de detenido en la que figuró como reconocedora la joven DAYSY VÁSQUEZ concubina del occiso. (F. 135). En esta diligencia de reconocimiento una de las personas que configuró la fila de detenido fue el procesado MOISÉS GARCÍA y el mismo no fue reconocido por la testigo. Esta prueba que obra en el expediente es de un inestimable valor legal porque resultó favorable a mi patrocinador MOISÉS GARCÍA y porque, la misma se efectuó semanas después de ocurrido el hecho de sangre, es decir cuando la memoria de la testigo estaba fresca como agua de un manantial

B La diligencia de reconocimiento en rueda de detenido del 24 de octubre de 1995, a nuestro juicio no se le debe reconocer valor legal (f. 324) por lo siguiente

En primer lugar esta segunda diligencia de reconocimiento era improcedente porque ya se había realizado una anteriormente (f 135) en la que había sido favorecido MOISÉS GARCÍA. En segundo lugar esta segunda diligencia se practicó ocho (8) meses después de ocurrido el ilícito cuando ya indiscutiblemente la memoria de la testigo no estaba fresca y lúcida y además y había visto anteriormente a MOISÉS GARCÍA. En último lugar la diligencia se practicó con cinco detenidos y en la misma participaron dos menores de edad lo cual es ilegal. Igualmente se pretermitió el artículo 2135 del Código Judicial en cuanto al número de detenidos que debe intervenir y se omitió advertirle al imputado el derecho que tiene a escoger el lugar que desee en la fila.

Por estas consideraciones estimamos que la prueba de reconocimiento que obra a foja 324 carece de valor probatorio con los que queda ilesa la inocencia de MOISÉS GARCÍA.

Es preciso recordar que la función del Tribunal de habeas corpus se limita a realizar un examen relativo al cumplimiento, por la autoridad acusada, de las formalidades que debe atender para decretar la detención preventiva básicamente atinentes a la comprobación de la existencia del hecho punible y de la existencia de elementos probatorios contra el detenido. Por lo tanto su actuación no tiene por finalidad proceder a una calificación del caudal probatorio, actividad jurisdiccional que debe realizarse en otro momento procesal que la ley también establece y por el Tribunal competente.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL la detención

- 7. Acción de Habeas Corpus.**
Corte Suprema de Justicia. Pleno.
Allanamiento (falta de autoridad e incumplimiento de requisitos)
Fallo del 22 de octubre de 1997
Magistrado Ponente Edgardo Molino Mola

Fundamento de la Acción de Habeas Corpus

El proponente de la acción ha señalado a esta Superioridad, que la detención preventiva que sufre su patrocinada es ilegal, por cuanto la droga incautada en la residencia de LUZ MOSQUERA pertenece a la señora AMPARO RIVAS, quien la llevaba en su bolso al momento de ingresar a la residencia, a la vez que señala que el registro policial que permitió el incautamiento de las sustancias ilícitas se llevó a cabo sin que mediase orden de la autoridad competente, irregularidad que también vicia la detención preventiva que afecta a la señora MOSQUERA.

Es preciso acotar finalmente, que si bien es cierto la entrada de las unidades policiales a la vivienda se produjo sin que estuviese presente la autoridad del Ministerio Público, y sin que mediase orden de allanamiento, fue la propietaria de la residencia quien les permitió de manera voluntaria, aunque a petición de los agentes policiales, acceso a la misma, tal como quedó plasmado en la declaración indagatoria que rindió la detenida, situación que se corrobora con el documento manuscrito que reposa a folio 4 del sumario, en la cual la señora autoriza a las unidades del DIIP para entrar y revisar su casa.

En consecuencia, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL la detención preventiva

8. Acción de Habeas Corpus.**Corte Suprema de Justicia****Al Tribunal de Habeas Corpus no le corresponde pronunciarse sobre la legalidad de la prueba.****Fallo de 11 de diciembre de 1998****Magistrado Ponente Rogelio A. Fábrega**

El PLENO advierte en la sustanciación del escrito de apelación, que el procurador judicial del sindicado, basa su disconformidad con la medida de privación de libertad, en la supuesta inobservancia del artículo 2135-A del Código Judicial, pues estima que se ha violado el debido proceso al no ser notificado el imputado para la práctica de reconocimiento fotográfico, ni se le notificó a su defensor particular o a un defensor de oficio, como así lo pauta el ordenamiento jurídico. Argumenta también que al reconocedor, "nunca le pusieron diez (10) juegos de fotos como lo exige la norma bajo estudio.." indicado que en la declaración se refiere a "UNA FOTOGRAFÍA QUE ME MOSTRARON" (f. 23)

No corresponde al PLENO, como tribunal de habeas corpus, pronunciarse sobre anomalías en la fase de instrucción por errores in procedendo, por cuanto cualquier discrepancia entre el imputado y el agente del Ministerio Público puedan ser ventiladas por medio de un incidente de controversia (Código Judicial, artículo 2009). Al tribunal de habeas corpus le corresponde determinar la legalidad de la detención, bastando para tal efecto que se haya dado cumplimiento a los artículos 2148 y 2159, que exigen, entre otros requisitos, indicios graves del imputado, lo que ciertamente ocurre en este caso. No discrepa, por lo tanto, el PLENO del criterio adoptado por el Segundo tribunal Superior de Justicia, de resolver que la medida cautelar personal se ajustaba al ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, PLENO, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA**

9. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Sala Quinta de Instituciones de Garantía.

Derechos Humanos del Detenido

Fallo del 9 de septiembre de 1999

Magistrado Ponente Mariblanca Staff Wilson

Hechos en que se funda la acción

El accionante fundamenta el Habeas Corpus básicamente en los siguientes.

...El sumario también demuestra que la Policía Técnica Judicial incurrió, en su investigación preliminar, y, con posterioridad a la remisión del sumario a la Fiscalía Auxiliar de la República en los siguientes abusos graves:

a) Aprehendió a varios supuestos “sospechosos” sin informarle de sus derechos constitucionales y legales al momento de la respectiva aprehensión física, en violación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Nacional, cuyo texto, en la parte que interesa ahora es del siguiente tenor “Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales”.

Nuestro representado no tuvo posibilidad alguna en la PTJ de poder contar con asistencia legal, ni siquiera con la presencia de un representante del Ministerio Público acreditado en dicha institución policial

b) Hizo uso excesivo de la fuerza, sin razón alguna, al momento de aprehender a vanos de los imputados, incluido mi representado (Ver Decreto Ejecutivo número 168, de 15 de junio de 1992, “Por el cual se reglamenta el Procedimiento de Uso de la Fuerza para las instituciones de Seguridad Pública de la República de Panamá”, publicado en la Gaceta Oficial número 22,065, del día 26 de junio de 1992)

El agente Rogelio Merrón (folio 532) le rompió la cabeza (folios 166 y 213) a mi representado, con la culata de su arma de fuego, luego de haber sido sacado con violencia de su automóvil y ya aprehendido. Conforme al artículo doce del Decreto Ejecutivo número 168 de 1992

“ARTÍCULO DOCE: Estará prohibido utilizar la vara policial de las siguientes maneras.

1 Para golpear la cabeza, la columna vertebral, el esternón, los riñones y los órganos sexuales del sujeto

2 ...

3 (las negrillas son nuestras)

c) La aprehensión de mi representado, y la de otros, se hizo de manera irregular, para hacer ver que se habían dado a la fuga

d)

e) Torturó a casi todos los aprehendidos para hacerlos aceptar la comisión de hechos punibles inexistentes y la vinculación de inocentes, lo mismo que su supuesta participación en tales hechos. Esto está debidamente comprobado en autos, con declaraciones de los sindicatos, fotos de los detenidos (folios 212 y 213) 6y con los respectivos exámenes médicos de la Medicatura Forense (folios 166) del Ministerio Público, entre otras piezas

f) Fabricó "pruebas", (folios 532 a 537) como son las consistentes en colisionar dos autos de la Policía Técnica Judicial para hacerle ver al Ministerio Público que ellos habían sido embestidos por el auto conducido por mi representado, aparentando que el mismo se había dado a la fuga al momento de su aprehensión, lo que no es cierto.

Por otro lado, ha quedado claramente evidenciado el hecho de que en este caso, los inspectores o detectives de la PTJ no solamente han violado las garantías contenidas en el artículo 22 de la Constitución Nacional, sino que además han violado los derechos humanos del detenido consagrados en los artículos 5 y 11, numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al haber sido sometido a torturas y trato cruel por parte de los agentes policiales que tenían el deber de respetar y garantizar tales derechos

En tanto que los artículos 5 y 11, numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, disponen

"Artículo 5 Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"

"Artículo 11

1. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa "

Esta corporación estima que no debe pasar por alto, la necesidad de hacer un fuerte llamado de atención a las autoridades policiales, en este caso

la Policía Técnica Judicial, en el sentido de que como funcionarios al servicio de la Constitución y las Leyes, son los primeros que deben ceñirse al estricto cumplimiento y ser garantes del orden constitucional y legal, pues aquí no se trata de números o de objetos, sino de seres humanos con derechos que les deben ser respetados, aún a aquellas personas que hayan violado las leyes o que supuestamente lo hayan hecho. Los agentes policiales no deben convertirse en verdugos o meros ejecutores de castigo y maltrato, sino tener la capacidad y la voluntad necesaria para la búsqueda de la verdad en las investigaciones siempre con sujeción a las leyes, teniendo siempre presente que el respeto a los derechos humanos en el mundo constituye una manifestación de paz y de justicia que beneficia a toda la humanidad y que de ello depende que en el futuro, puedan beneficiarse las generaciones venideras

Finalmente, esta Sala concluye, luego de un análisis exhaustivo de las constancias procesales, que no existen elementos probatorios que vinculen al beneficiario de la presente acción de Habeas Corpus con el hecho punible que se investiga, es decir, con el supuesto secuestro de la señora y su hijo menor, toda vez que el detenido ha negado categóricamente haber participado en el hecho, ninguno de los otros inculcados lo inculpa y por tanto, el único indicio en su contra se deriva del informe del Inspector, que figura de folios 69 a 71, que como ya se dejó anotado está plagado de errores y omisiones que infringen las garantías procesales.

PARTE RESOLUTIVA

Por tanto lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA QUINTA DE INSTITUCIONES DE GARANTÍA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA ILEGAL

10. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia Pleno.

Valor Probatorio (De cargos formulados por Co-imputado)

Fallo del 17 de noviembre de 1999.

Magistrado Ponente Fabián Echevers

No obstante, en relación con los elementos probatorios que figuran en el proceso contra la persona cuya detención se ordena, consta únicamente la declaración indagatoria del coimputado x, quien señala a y como uno de los partícipes en la comisión de los hechos punibles que se ventilan (antecedentes, fs. 757-761) La lectura de la deposición de x permite apreciar que el testigo admite que se encontraba borracho el día de los hechos (f. 757) Esta circunstancia, resta credibilidad a su declaración e impide que de su testimonio se deriven los graves indicios que la ley (a 2147-A, C.J.) requiere para fundamentar la aplicación de una medida cautelar. A lo anterior se agrega el hecho de que la imputación resultante de la indagatoria del otro coimputado carece de valor legal, toda vez que éste último no fue juramentado en relación con los cargos que formula contra terceras personas, como lo exige la ley.

De otra parte, no consta en el expediente señalamiento alguno por parte de las víctimas que involucre a y, ni ningún otro elemento probatorio que permita afirmar que existen contra él indicios graves de presencia y oportunidad

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial, DECLARA ILEGAL la detención preventiva

- 11. Acción de Habeas Corpus.**
Corte Suprema de Justicia. Pleno.
Agente Encubierto (actuaciones)
Fallo del 26 de octubre de 2000
Magistrado ponente Adán Arnulfo Arjona

FUNDAMENTO DEL RECURRENTE

La parte actora argumenta que la operación de “Compra Vigilada de Drogas”, avalada por la Fiscalía de Drogas de Provincias Centrales, tal y como fue dirigida no respeta el debido proceso y vulnera así los derechos y garantías constitucionales individuales del encartado.

Con relación a este primer supuesto, señala el recurrente que la investigación penal tiene su génesis en la denuncia de un informante, que a criterio de los agentes de Drogas, es de entero crédito. En ésta se manifiesta que unos sujetos de nombre EVERARDO VELÁSQUEZ, JORGE DEAGO y FELIPE ÁLVAREZ se dedican a la venta de drogas, ya que él le ha comprado anteriormente.

Sostiene que las pruebas recabadas para la vinculación e imputación de un hecho a una persona debe fundamentarse en pruebas legales, y que en este caso el “agente encubierto”, resultó ser una persona que no llenó las exigencias legales para tal propósito

Continúa exponiendo la parte actora que dicha diligencia dio un resultado viciado y lejos de los objetivos por lo que fue solicitada. Explica que el operativo era supuestamente para dar con unos vendedores de sustancia ilícita, y se encontraron con tres sujetos dedicados al consumo los cuales se mantienen privados de su libertad por una conducta ilícita que contempla la posibilidad de otra medida cautelar distinta a la aplicada

A juicio del recurrente, la actuación del agente encubierto indujo directamente al señor DEAGO BARRÍA a la realización del supuesto delito de “venta de sustancia ilícita”. Que lo anterior se desprende a simple vista del dossier objetado, ya que el agente encubierto “BRISA” llegó al establecimiento en donde se encontraba el encargado, en compañía de dos amigos y le solicita que le venda droga, la cual es proporcionada después de su insistencia, no sin antes la advertencia que la misma era del consumo de quienes la poseían. Alega además, que esto lo corrobora el informe de la cantidad de droga incautada producto de la supuesta venta

Bajo este supuesto, es pertinente destacar que el Pleno de la Corte en Sentencia de 20 de noviembre de 1991 señaló con relación a la actuación del agente encubierto

“La posibilidad de actuación del agente encubierto debe estar restringida, en primer lugar, por una autorización expresa emitida por las autoridades competentes y que se pueda acreditar dentro de un proceso. En segundo lugar, y no por ello menos importante, el desenvolvimiento del agente encubierto tiene que adelantarse dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución a favor de todos los ciudadanos, incluyendo obviamente a aquellos que son investigados. En consecuencia será prueba ilícita aquella que es obtenida por un agente encubierto, siempre que se compruebe dentro de un proceso que dicho agente violentó derechos constitucionales considerados fundamentales en perjuicio de la persona a la que se investiga”.

En consecuencia, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL

12. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Indagatoria

Fallo de 15 de diciembre de 2000.

Magistrado ponente Gabriel Elías Fernández

El recurrente en la parte medular de su escrito solicita se revoque la orden de detención preventiva decretada contra GRACIELA ESTHER CORTEZ DELGADO y TOMÁS ANTONIO MELGAR, por ser ilegal y violatoria de los artículos 2159 2566 del Código Judicial y el artículo 22 de la Constitución Nacional

Esta Colegiatura advierte el hecho de que se tomó como testigo en la diligencia de declaración indagatoria de la señora x al detective y, quien anteriormente a fojas 12 del sumario le practicó la Diligencia de Prueba de Campo a la droga incautada, por lo que hacemos la salvedad de que no se debe repetir esta práctica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Pleno, DECLARA LEGAL, la detención preventiva y sustituye la detención preventiva por las medidas cautelares contenidas en el artículo 2147-B, literales a, b y c del Código Judicial

13. Acción de Habeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia. Pleno

Allanamiento (Illegal Decretan Legal detención)

Fallo de 12 de marzo de 2001.

Magistrado ponente Rogelio A Fábrega

Esta Corporación de Justicia, señala primeramente, que si bien nuestro Código de Procedimiento Penal, regula el allanamiento, específicamente en los artículos 2185 a 2200, señalando, que son los funcionarios de instrucción los que tienen la facultad de decretar este tipo de diligencias, el Pleno observa, que existen los decretos No. 5 de 3 de enero de 1934 y No 3 de 16 de junio de 1939, que reglamentan el procedimiento que deben seguir las autondades policiales en los casos de allanamiento, y se indica, que el mismo debe ser ordenado por funcionario competente, estableciéndose esa facultad a los corregidores, entre otros.

El Pleno llama la atención, de que la orden de allanamiento decretado por el Corregidor de Calidonia, no cumple con las formalidades legales instituidas, es decir, si bien aparece por escrito, no contiene una motivación en la que conste la supuesta existencia de la comisión de un delito, sino que se limita a señalar que "se nos comunica de ciertas actuaciones ilícitas"

La Corte considera preciso enfatizar que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, toda diligencia de allanamiento debe contener una motivación clara de los hechos y las razones por las cuales se considera que la diligencia efectuada puede ser de utilidad a la investigación, es decir, debe contener un fin específico

Además, en dicha diligencia de allanamiento por escrito, no basta con que se citen las disposiciones legales que autorizan al funcionario a practicar este tipo de diligencia, sino que se requiere, que cumplan con ciertos presupuestos como la indicación de

- a Fecha y hora de allanamiento;
- b. Domicilio cuyo mandamiento se autoriza,
- c Motivos en la que conste la posible comisión de un hecho ilícito,
- d Indicaciones que vinculen al sujeto (s) con el domicilio y
- e Razones por la que se considera que la diligencia puede ser útil a la investigación, es decir, debe contener un fin específico

En consecuencia, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA Y DECLARA LEGAL la detención.

14. Acción de Habeas Corpus

Corte Suprema de Justicia Pleno

Allanamiento (Admiten presencia de prueba ilícita. Decretan legal detención).

Fallo del 28 de junio de 2001

Magistrado ponente Rogelio Fábrega Zarak

El escrito de apelación reposa de foja 20 a 22 del cuaderno de Habeas Corpus y en el mismo, el apoderado del detenido argumenta que en el fallo recurrido se señala que la aeronave Cessna, modelo 152, serie 152-79785HP- mil doscientos noventa y cuatro 8HP-1294, ex N-757JV es de matrícula panameña y pertenece a la sociedad Malek Aviation Corp., inscrita en el Registro Público, pero no es en dicha aeronave donde se encontró la droga incautada mediante allanamiento, sino que fue en la aeronave con matrícula estadounidense N75FG, mientras que la aprehensión provisional de la nave de matrícula panameña fue levantada mediante la resolución de 7 de enero de 2001, visible de fojas 670 a 672 del expediente del proceso penal.

Agregó que como la aeronave allanada tiene matrícula estadounidense N75FG, era necesario el cumplimiento de la formalidad establecida en el artículo 2186 del Código Judicial, que consiste en solicitar autorización al agente diplomático del país donde está matriculada la aeronave, lo cual fue incumplido en el caso que se sigue contra su representado y por ello al estar viciado de ilegalidad la diligencia de allanamiento, también lo está la detención preventiva que se fundamenta en los elementos probatorios recabados en dicho allanamiento ilegítimo

El artículo 21 de la Constitución Nacional dispone que "nadie puede ser privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley" por su parte, el artículo 2159 del Código Judicial señala que la diligencia por medio de la cual se decreta la detención debe contener, so pena de nulidad, el hecho imputado, los elementos probatorios allegados para la comprobación del hecho punible y los elementos probatorios que figuran en el proceso contra la persona cuya detención se ordena

Este Pleno, al menos en dos ocasiones (sentencias de 8 de mayo y 28 de julio de 2000) ha señalado que las órdenes de allanamiento sea que las decreten agentes del Ministerio Público o los Corregidores con fundamento en los artículos 2185 a 2200 del Código Judicial o en el Decreto No 5 de 3 de enero de 1934 y sus reformas, han de cumplir con los siguientes requisitos básicos

a Fecha y hora del allanamiento;

- b Domicilio cuyo allanamiento se autoriza,
- c. Motivos por los que consta la posible comisión de un hecho ilícito,
- d. Indicios que vinculen al sujeto(s) con el domicilio; y
- e Razones por las que se considera que la diligencia puede ser útil a la investigación, es decir, debe contener un fin específico.

Además, en el caso de naves o aeronaves extranjeras, debe sujetarse la orden de allanamiento a lo que dispone el artículo 2186 del Código Judicial.

En el presente caso, se observa que la orden de allanamiento carece de los presupuestos necesarios para su legalidad, pero además incumple con lo establecido en el artículo 2186 del Código Judicial, según el cual "Para el allanamiento y registro de las casas y naves, que conforme al derecho Internacional gozan del beneficio de la extraterritorialidad, el funcionario de instrucción pedirá autorización al respectivo agente diplomático, por oficio, en el cual le rogará que conteste dentro de veinticuatro (24) horas. Este oficio será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores...".

Este requisito era indispensable en el allanamiento que se practicó en la aeronave de matrícula norteamericana N57FG, propiedad de XY, sin embargo el Pleno no ha encontrado en el expediente del proceso penal ninguna solicitud al agente diplomático de los Estados Unidos de Norteamérica en dicho sentido ni autorización expresa de dicho Estado

Se aprecia que las pruebas recabadas en la orden de allanamiento constituyen, en la terminología de la Sala 2ª. de esta Corte, una prueba ilegítima por haber sido incorporadas al expediente en contravención de normas expresas que gobiernan el proceso

Es de destacar que al imputado se le ha llamado a juicio por haber sido advertidos suficientes indicios para adelantar la fase plenaria (f 831 a 837 del expediente del proceso penal) por lo que es evidente, que, para los efectos de la medida cautelar de orden personal, ésta debe ser mantenida

Es obvio que corresponde al Tribunal valorar la pertinencia de la prueba obtenida de manera ilegítima, restándole, en su caso, su valor probatorio. Para efectos de esta acción constitucional, basta acreditar el cumplimiento de los artículos 2148 y 2159 del Código Judicial, que desarrollan el artículo 21 de la Constitución vigente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA DECLARA LEGAL, la detención preventiva

15. Acción de Habeas Corpus

Corte Suprema de Justicia Pleno.

Allanamiento (Pueden obviarse ciertos requisitos)

Fallo de 17 de julio de 2001

Magistrado ponente. José A. Troyano

Fundamento de la Acción

La defensa técnica sostiene que su representada se encuentra detenida a raíz de la diligencia de allanamiento que se realizara en la residencia No. 178 ubicada en el Sector G del Valle de San Isidro, en donde reside ésta, y en la cual se incautó gran cantidad de droga

Que la orden de allanamiento impartida por la corregidora de Belisario Porras, mediante providencia No. C.B.P., de 30 de marzo de 2001 carece de las formalidades que exige la ley, ya que no expone el o los motivos por la cual se decretaba la misma, es decir no contiene un fin específico ni motivación alguna, limitándose a indicar la referida diligencia que se "Procede con la requisita"

Finalmente, el accionante señala que al estar viciada la orden de allanamiento decretada por la Corregiduría de Belisario Porras, resulta ilegal la detención decretada en contra de la ciudadana JANETH TEUDOSIA FUENTES ESPINOZA (fs 1-5)

Ahora bien, esta Superioridad observa que en la presente acción constitucional el apoderado judicial no sólo ataca los elementos probatorios que vinculan a su representada con el delito que se investiga, sino que su acción va dirigida contra una orden de allanamiento la cual reposa de fojas 6 a 8 del sumario, y que a su juicio no cumplió con el procedimiento legal establecido para tal fin, ya que si bien aparece por escrito, no contiene el o los motivos por la cual se decreta la misma, además de que no contiene un fin específico o motivación alguna en la que conste la supuesta existencia de la comisión de un delito

Sobre el particular, la Corte ha dicho, que si bien el artículo 2185 y siguientes del Código Judicial, señalan que son los funcionarios de instrucción las autoridades competentes para llevar a cabo este tipo de acciones, es decir decretar allanamientos, no menos cierto es, que los Decretos no. 5 de 3 de enero de 1934 y No 39 de 26 de junio de 1939, reglamentan el procedimiento que deben seguir las autoridades policiales en los casos de allanamientos, indicando que deben ser decretados por funcionarios competentes, otorgándose esta facultad a los corregidores, entre otros

Esta Sala Plena advierte que si bien la orden de allanamiento impugnada aparece en una acta pre-elaborada que no cumple a cabalidad con todos los elementos que debe reunir dicha diligencia, la pretermisión de uno de ellos al momento de ser expedida, no puede acarrear su ilegalidad y por ende su consecuente ineficacia como lo pretende la defensa técnica, ya que de las constancias procesales se desprende que la orden de allanamiento fue expedida por funcionario competente y en ella aparece indicada la hora y la fecha, así como la dirección del lugar del allanamiento. Asimismo, se indica en el encabezado de la orden que la diligencia de allanamiento se lleva a cabo, en atención a información recibida en el Despacho de la Corregidora

Lo expresado en el párrafo anterior no puede ser tomado en cuenta por esta Alta Corporación de Justicia para pasar desapercibida las omisiones en que se incurran al momento de expedir la orden de allanamiento, en lo relativo a las formalidades inherentes a la misma. Por ello, el Pleno de la Corte a manera de enseñanza y en un ímpetu por ir erradicando esta práctica forense tan cuestionada, es que mediante fallo de 28 de julio de 2000 dictaminó lo siguiente:

“La orden de allanamiento debe contener:

- a Fecha y hora del allanamiento,
- b Domicilio cuyo allanamiento se autoriza;
- c Motivación en la que conste la posible comisión de un hecho ilícito,
- d Indicios que vinculen al sujeto (s) con el domicilio, y
- e Razones por la que se considera que la diligencia puede ser útil a al investigación, es decir, debe contener un fin específico.

No obstante, el Pleno reitera que no cualquier formalidad omitida en la orden de allanamiento causa su ineficacia o invalidez, sino que debe tratarse de una formalidad que resulte esencial, como sería el caso de una orden de allanamiento que sea expedida por una autoridad que no sea competente para practicarla, que no se especifique la fecha ni el lugar de la diligencia o que se lleve a cabo sin la orden respectiva. En estos casos, se deberá desestimar esa prueba por el juzgador, sin embargo, ello no impide que si aparecen indicios ajenos a la prueba obtenida, que indiquen la responsabilidad de la imputada con el hecho punible, deba considerarse legal la detención, si cumple requisitos establecidos en el artículo 2159 del código Judicial

Por consiguiente, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGAL la detención preventiva.

- 16. Apelación (Auto de Proceder).**
 Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal
 Confesión (valor probatorio)
 Fallo de 12 de marzo de 1997.
 Magistrado ponente. Humberto A Collado

Por su parte, el recurrente alega que el agente de instrucción no fue lo suficientemente diligente para investigar lo que señaló el imputado el día de los hechos, que en la diligencia de reconocimiento en rueda de detenidos no se le leyeron los derechos constitucionales a su defendido y tampoco en la elaboración de informe de entrevista voluntaria. Expresa que su representado justificó su presencia el día y hora indicados y que el funcionario de instrucción no investigó dicha versión. Concluye solicitando que en vista de los errores de que adolecen las sumaras se revoque el auto de llamamiento a juicio y se dicte un sobreseimiento definitivo.

Por otro lado, pese a que el informe de entrevista voluntaria que rindiera el imputado ante los agentes de la D. I. I. P no constituye una declaración jurada ni puede considerarse prueba sumaria, la misma constituye una confesión extrajudicial que puede ser evaluada dentro del proceso con base a los principios de la sana crítica La Corte se ha pronunciado con antenoridad al respecto:

“En Panamá las declaraciones ante las autoridades de policía sólo sirven de base cierta al funcionario de instrucción para iniciar la investigación respectiva Pero una cosa es que no posean valor procesal per se y otra es que no puedan ser apreciadas por el juzgador, atendiendo las condiciones que rodearon su obtención y a las demás pruebas que se logren acopiar en el proceso

Todo lo anterior significa que las declaraciones suministradas ante las autoridades de policía pese a no tener valor procesal per se pueden ser valoradas por el juzgador, puesto que el sistema de la sana crítica así lo permite.

Como corolano las declaraciones hechas ante las autoridades de policía, aún cuando no poseen valor probatorio per se podrán ser apreciadas por el juzgador, de acuerdo a la sana crítica, atendiendo las circunstancias en

tomo a su receptación y al acopio de elementos de convicción que se logren incorporar a la investigación.”

M P José Manuel Faúndes CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. MAYO 9 de 1991.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, SALA PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA

- 17. Apelación (Auto de Proceder)**
Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal.
Confesión (formalidades)
Fallo de 4 de agosto de 1998
Magistrado ponente. Graciela Dixon

También manifiesta el LIC. ESPINO, que de las declaraciones hechas por los señores ORESTES GONZÁLEZ GONZÁLEZ y OSVALDO GÁLVEZ NORATO, en donde ellos manifestaron que VÁSQUEZ VÁSQUEZ le narró todo lo sucedido en cuanto al homicidio de JOSÉ FÉLIX DE LEÓN CÁRDENAS, no puede tomarse en cuenta ni como confesión extrajudicial, pues se limitan a señalar supuestos hechos oídos a otro, y por lo tanto no tienen fuerza normativa

Por último, señala el abogado de la defensa, que su defendido nunca ha reconocido ni verbal ni por escrito, la comisión del hecho punible, por lo que solicita sobreseimiento a favor de VÍCTOR MANUEL VÁSQUEZ VÁSQUEZ. (fs. 1435-1447).

La confesión en materia penal, reviste una serie de formalidades para su validez como lo son que sea rendida ante autoridad competente, que el procesado sea previamente informado de sus derechos constitucionales y legales, que sea asistido por un abogado e informado de abstenerse a declarar contra si mismo o contra sus panentes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad

Como quiera que ninguno de dichos elementos formales se encuentra presente en la prueba que se examina, coincidimos plenamente con la representación del Ministerio Público, en cuanto a que el señor X en ningún momento ha confesado ante la autoridad competente haber cometido el hecho punible, pues aún cuando los testigos Y y Z, lo señalan como el ejecutor del acto homicida, tal conversación no tiene fuerza legal alguna

En mérito de lo expuesto, la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de veintiocho (28) de agosto de 1997, proferido por el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial, y en consecuencia dicta SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL.

- 18. Apelación (Auto de Sobreseimiento).**
Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.
Informativos (Valor probatorio)
Fallo del 23 de febrero de 1999.
Magistrada ponente Graciela Dixon C

Sostiene el licenciado CARLOS HERRERA MORÁN, que las pruebas que obran en contra de su patrocinado, MOISÉS ALEJANDRO GARCÍA, carecen de valor legal, toda vez, que en primer lugar, los imputados José Adnán Vera y José A. Markland fueron sometidos por agentes de la Policía Técnica Judicial de Colón a "informativos" ilegales, en donde fue señalado su cliente como una de las personas que participaron en el homicidio de ROGELIO ARTURO HARRYS ZORRILLA.

Además estos "informativos" no fueron ratificados por Adrián y Markland en sus declaraciones indagatorias, quienes se retractaron de formular cargos contra el procesado MOISÉS GARCÍA

Aunado a lo anterior, debemos señalar, en cuanto al valor probatorio de los llamados "informativos", que los mismos no constituyen declaraciones juradas ni pueden considerarse prueba sumaria, pero sí pueden ser evaluados por el juzgador dentro del proceso con base a los principios de la sana crítica. En este aspecto esta Augusta Corporación de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera.

"En Panamá las declaraciones ante las autoridades de policía sólo sirven de base cierta al funcionario de instrucción para iniciar la investigación respectiva. Pero una cosa es que no posean valor procesal per se, y otra es que no puedan ser apreciadas por el juzgador, atendiendo las condiciones que rodearon su obtención y a las demás pruebas que se logren acopiar en el proceso

Todo lo anterior significa que las declaraciones suministradas ante las autoridades de policía pese a no tener valor procesal per se pueden ser valoradas por el juzgador, puesto que el sistema de la sana crítica así lo permite". (Fallo de 9 de mayo de 1991)

En mérito de lo expuesto, la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REFORMA el auto de veintisiete (27) de noviembre de 1997, en el sentido de llamar a responder criminalmente, y CONFIRMA en lo demás.

19. Apelación (Auto de Proceder).

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.

Reconocimiento en Rueda de Detenidos (Formalidades)

Fallo de 4 de agosto de 1999

Magistrado ponente Humberto Collado

Afirma el defensor de CARLOS SUAREZ GONZÁLEZ que la señora ROSA ISABEL DE WONG participó en un reconocimiento informal en las instalaciones del DIIP donde se colocó a su cliente detrás de un vidrio para que ella lo identificara, teniendo así la oportunidad de observar detenidamente sus facciones, altura, color, etc. Y "es inexcusable que la representante del Ministerio Público, a sabiendas que va a realizar una diligencia de rueda de detenido 'DEJA CONSTANCIA QUE AL DECLARANTE SE LE PONE DE PRESENTE LA FOTOGRAFÍA QUE APARECE A FOJA 898 CUBRIENDO SU NOMBRE' (ver f 886), por cierto la fotografía es del tamaño de un Poster, y tiene una imagen clara de mi poderdante La vindicta pública no solamente violento (sic) lo establecido en el artículo 2135-A sobre el reconocimiento fotografico (sic) sino que ademas (sic) le gravo (sic) "a la señora WONG la imagen de mi pupilo que a la semana siguiente es sometido a una rueda de detenidos". Agrega que aunque el señor WONG fue la víctima no pudo reconocer a CARLOS SUAREZ en la rueda de detenidos, pues no vió la fotografía que le mostraron a su esposa sino la de REYNALDO QUIÑONEZ; que el indicio leve que podía emerger del reconocimiento en rueda de detenidos se anula por las consideraciones anteriores y así lo consideró el Juez Noveno, pues no se trata de un señalamiento que hace la víctima a una persona que vio solamente el día de los hechos, sino que se la enseñaron en la DIIP y en la Fiscalía. En cuanto al recorte del periódico que señala el Tnbunal Superior que se obtuvo en el allanamiento a la residencia de SUAREZ, aclara el recurrente que "la fiscalía (sic) instructora RETIRO (sic) del directorio una pagina (sic) color vrde (sic) en donde aparece un anuncio de START, S.A , con el nombre STUART escrito a mano" y que "no hace falta ser perito caligrafico (sic) para corregir que el que haya escrito a mano el nombre STUART que hace alusión (sic) el Tribunal Superior, simplemente estaba osciosamente (sic) dibujando el LOGO STUART, (ver la S y la T, del dibujo y el LOGO de STUAR), situación que no compromete en nada a mi pupilo con la encuesta penal in examine". Concluye solicitando la dictación de sobreseimiento a favor de CARLOS ALFONSO SUAREZ GONZÁLEZ

De otro modo, preocupa el hecho de que la señora X haya realizado, por su propia insistencia, reconocimientos informales sin la presencia de autoridad competente y sin autonzación para ello primero, en unas fotografías que tenía personal del DIIP y que nunca debieron mostrársele sin la presencia de una autoridad u orden de un fiscal y sin dejar constancia al respecto, y la segunda vez en las oficinas del Departamento de Operaciones

del DIIP, cuando, si bien estaba presente el Capitán, no existía orden del Fiscal para llevar a cabo un reconocimiento tras el vidrio de la puerta de una oficina donde llevaron al sospechoso X, que, con toda probabilidad, no se dio por enterado de lo que se estaba haciendo y quien además se encontraba detenidos por la posible comisión de otro hecho delictivo, proceso que culminó con la dictación de un sobreseimiento provisional a su favor (robo del Toyota Tercel de Y Z)

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, SALA PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REFORMA el Auto de veintidós (22) de mayo de 1998, proferido por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de decretar un SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL.

20. Denuncia (Contra Fiscales Superiores).

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.

Inviolabilidad de Secreto

Fallo fechado 19 de diciembre de 1997

Magistrada ponente Aura E. Guerra de Villaláz

Mediante vista No 100 de 28 de noviembre de 1997, la Procuraduría General de la Nación remitió, para su calificación legal, el expediente de 20 folios contentivo de la denuncia presentada por el señor JOSÉ ROBERTO RODRÍGUEZ GUILLÉN, contra la licenciada Nedelca Díaz de Castillo, Fiscal Superior del Cuarto Distrito Judicial, la licenciada Cecilia López, Fiscal Tercera Superior del Primer Distrito Judicial, señora Dania Domínguez, Oficial Mayor de la Fiscalía Superior del Cuarto Distrito Judicial, los funcionarios del Juzgado Primero Seccional de Familia y la Doctora Elaine Bressard del Instituto de Medicina Legal.

De conformidad con la denuncia presentada el 7 de noviembre de 1997, se le imputa a las personas denunciadas la Comisión de Delito contra la Administración Pública, fundado en escuchas telefónicas gravadas en cassetts que condensan las conversaciones mantenidas entre su esposa, la señora María del Rosario Díaz y su madre Dania Domínguez, quien funge como oficial Mayor de la Fiscalía Superior del Cuarto Distrito Judicial.

De las escuchas telefónicas contenidas en cuatro (4) cassetts se colige que madre e hija (su suegra y esposa), mantuvieron diferentes conversaciones en las que se hacía mención del personal en servicio en el Tribunal de Familia, donde se tramita el proceso de divorcio y el de guarda, crianza y reglamentación de visitas de los menores Angélica y Roberto José Rodríguez Díaz y por un supuesto tráfico de influencia que involucraba a la Fiscal Superior del Cuarto Distrito Judicial y a los funcionarios

Cabe aclarar que en materia de la protección del derecho a la intimidad la Constitución Política de nuestro país consagra la inviolabilidad del secreto, entendiendo por tal los mensajes escritos, imágenes y conversaciones privadas, a través de los medios de comunicación que la tecnología moderna pone al alcance de los asociados. Excepcionalmente, tales grabaciones o descubrimientos de asuntos íntimos contenidos en documentos es permitido, siempre y cuando se trata de diligencias ordenadas por autoridad competente "para fines específicos y mediante formalidades legales". Esto significa que los particulares no están legalmente facultados para hacer, motu proprio, este tipo de interferencia en las comunicaciones telefónicas, en virtud de que al hacerlo incurren en violación de la Constitución y la Ley, pues, como se expresó antes, tales escuchas sólo pueden ser realizadas con motivo de investigaciones y por las autoridades que la Ley

señala, de conformidad a las exigencias formales establecidas en las normas jurídicas correspondientes.

En consecuencia, la Sala Segunda de lo Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE de manera objetiva e impersonal, en este caso y Ordena su archivo

- 21. Recurso de Casación (Interpuesto por el Ministerio Público).**
Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.
Prueba ilícita (Concepto y sus efectos)
Fallo fechado 6 de marzo de 1998.
Magistrada ponente Graciela J Dixon C

Fundamentación Fáctica

Como consecuencia de los Informes de Investigación y Vigilancia confeccionados por los funcionarios de la División de Estupefacientes de la Policía Técnica Judicial en la provincia de Chiriquí, donde consta que se recibió información que el señor Julio Peña Campos se dedica a actividades ilícitas relacionadas con droga en su residencia (fs. 18-24); la fiscalía Segunda Superior del Tercer Distrito Judicial autorizó mediante proveído de 27 de enero de 1996 la operación encubierta –compra controlada- en la mencionada residencia, diligencia que fuera solicitada por el detective Duay O Lizondro quien adjuntó los billetes debidamente identificados que serían utilizados (fs 1-2 y 3)

En Informe de Vigilancia de Compra Controlada de Droga, se detalla todo lo relacionado con la misma (fs 25-26).

También el 27 de enero ha solicitud de la Sección de Narcóticos de la Policía Técnica Judicial, la Fiscalía Segunda Superior del Tercer Distrito Judicial ordenó la práctica de la diligencia de Allanamiento y Registro a la residencia del señor Peña Campos ubicada en la barrada Pueblo Nuevo de Puerto Armuelles Para lo cual se comisionó a la licenciada Lourdes Espinosa de Chang, Secretaria de la Secretaría Especializada en delitos Relacionados con Droga, para que actuando en funciones de agente especial, la llevara a cabo (fs. 6-7).

La diligencia de Allanamiento y Registro se realizó el 30 de enero y según consta en el acta respectiva se encontraron los billetes utilizados para realizar la compra controlada de droga con los cuales se adquirieron fragmentos de sustancia sólida que al ser sometidos a prueba de campo resultaron positiva para la determinación de cocaína (fs 8-15).

En consecuencia fueron indagados Julio Peña Campos (fs 48-51 y Gladys Fresa Pérez (fs. 71-75), quienes negaron los hechos imputados, incluso esta última excepcionó que el dinero que le fuera encontrado en su cartera era producto de la venta de cerveza.

En auto No 731 de 27 de septiembre de 1996 el Juzgado Tercero del Circuito de Chiriquí abrió causa criminal en contra de los imputados y en

sentencia No 5 de 13 de febrero de 1997 los declaró responsable penalmente del delito de Venta de Droga Ilícita y le impuso a ambos sanción de 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término (fs 374-389).

Como consecuencia del recurso de apelación contra la sentencia por los imputados y su abogado defensor, el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial por medio de sentencia proferida el 31 de julio de 1997 revocó la decisión recurrida y absolvió a los procesados (fs 438-450).

CAUSAL DE FONDO INVOCADA

“Error de derecho en la apreciación de la prueba que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia e implica violación a la ley sustantiva penal” (art. 2434 numeral 1º del Código Judicial) ”

Surge aquí el problema de la prueba ilícita, el cual indudablemente colisiona con dos intereses públicos. la búsqueda de la verdad en función de la justicia y el respeto a los derechos individuales fundamentales.

El ordenamiento jurídico se sirve del Derecho Procesal Penal como el instrumento idóneo para que la justicia sea plena, tanto para el imputado como para la sociedad, representada por el Ministerio Público. Por tanto, regula las investigaciones, actuaciones y procedimientos que se deben utilizar para comprobar la comisión de los delitos y aplicar las sanciones correspondientes a sus actores

El fin del proceso penal es establecer la realidad de los hechos, “todo juicio debe expresarse bien en una condena o en una absolución, y es precisamente la certeza que se haya adquirido acerca del delito lo que hace justa y legítima la condena, así como la duda o la inexistencia de certeza sobre el delito es lo que hace obligatoria la absolución. La crítica criminal tiene, pues, por fin principal averiguar la manera como de la prueba puede nacer la certeza sobre el delito, en otros términos, el objeto principal de sus averiguaciones es el estudio de las pruebas en Materia Criminal Volumen I, pag 96. Cuarta Edición. Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1988)

Por la razón anterior, lógico resulta suponer que, siendo la prueba lo que permite determinar un proceso penal, es el elemento procesal más susceptible de alteración. De ahí que preocupe que algunas causas penales se determinen contra las normas establecidas por el proceso penal, las cuales constituyen un método reglado, especialmente en cuanto a la formación y aplicación de las normas y principios en materia de pruebas.

“La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que resulta, por si mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar (Sáenz Elizondo **La Prueba Ilícita en el Proceso Penal**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica Diciembre de 1992 Pág 36)

Ahora bien, al igual que el criterio del Tribunal ad-quem, se considera que la ilicitud del Informe de la Compra Controlada de Droga, obedece a la formación de esta prueba, dado que no se observaron las formas debidas para su realización. Por tanto, no podía ese tribunal fundamentar una sentencia condenatoria con las evidencias logradas mediante el quebrantamiento de normas procesales –frutos del árbol envenenado-, en este caso, se extiende a la diligencia de allanamiento y registro donde se encontraron los billetes marcados y las declaraciones del detective Lucinio Pitti

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA, SALA SEGUNDA DE LO PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia recurrida

22. Recurso de Casación

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal
Allanamiento (Ilegal)
Fallo fechado 16 de octubre de 1998.
Magistrado ponente Huberto Collado

En el primer motivo, la recurrente sostiene que "la sentencia de segunda instancia se basó en una indebida apreciación de la diligencia de allanamiento, lo que motivó una condena indebida en contra de nuestro representado". A juicio de la Sala, de este motivo no emerge cargo de injuridicidad alguno para sustentar la causal invocada, pues es fácil advertir que la recurrente se limita a cuestionar la apreciación del ad-quem, con relación a la diligencia de allanamiento, pero no explica en modo alguno en qué consistió el vicio en la valoración de este medio de prueba y cómo influyó en lo dispositivo del fallo impugnado.

Con relación al allanamiento, ciertamente en el caso bajo examen, como se precisó en el salvamento de voto registrado en la decisión de segunda instancia, hubo pretermisiones importantes que, strictu sensu, pudieran invalidar esta diligencia y los efectos probatorios que de ella se derivaron. Como bien se indicó en el salvamento, la resolución en que se ordena la diligencia de allanamiento se refiere al cuarto No 62 de la barraca No 10, ubicado en la calle 22, sector de Victoriano Lorenzo pero sin embargo, sin orden previa, fue allanado el cuarto No. 64 en el que se encontró la sustancia ilícita, cuya posesión para la venta se atribuye al procesado. Por otro lado, se observa que no existe en el expediente el acta correspondiente al allanamiento de la referencia, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 569 del Código Judicial, relacionado con el artículo 2199 ibídem. Empero, la deficiencia señalada en cuanto al primer motivo presentado por la casacionista, impide a la Sala reconocer la existencia de los vicios mencionados, pues es sabido que, por el carácter extraordinario de este medio de impugnación, el Tribunal de Casación no puede suplir las insuficiencias que registra el libelo de formalización de la casación y la decisión de mérito queda limitada a lo expresamente cuestionado en el recurso. Siendo ello así, se desestima lo planteado en el primer motivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de lo Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley NO CASA al fallo impugnado.

23. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.
 Indagatoria (Cargos surgidos)
 Fallo fechado 9 de octubre de 1998
 Magistrado ponente Humberto Collado.

En el primer motivo, la recurrente sostiene que el ad-quem erró en la valoración del informe policial de fojas 2 al deducir de esta pieza la confesión de MARÍA EVA PALACIOS, en cuanto a la posesión de la droga incautada. A propósito de este argumento, la Procuraduría señala que el Segundo Tribunal Superior de Justicia dedujo que la sustancia ilícita incautada era propiedad de la sentenciada, no sólo al valorar el informe policial visible a fojas 2 sino que además se fundamentó en las disposiciones de los agentes de la Fuerza Pública que participaron en la diligencia de allanamiento, JOSE LEANDRO TAJU CASTILLO (fs. 38-40) y el agente LUIS ANTONIO VEGA JIMENEZ (fs. 25-27) testimonios éstos a los que se refiere la casacionista en el segundo motivo.

La Corte ha tenido oportunidad de referirse al valor probatorio de los informes policiales, a través de los cuales se trata de introducir al proceso la versión del imputado. Así, en la sentencia de 3 de febrero de 1996, el Pleno de esta Corporación señaló lo siguiente

“Las declaraciones de los agentes de la Fuerza Pública implican una forma muy sui géneris de introducir al proceso la versión del imputado, situación inaceptable ya que ello es contrario al ordenamiento procesal patrio. La única forma válida de introducir la versión del imputado al proceso impone la declaración del mismo ante una autoridad jurisdiccional, sea agente del Ministerio Público en el sumario o Tribunal de la causa en el Plenano, por lo que carecen de valor probatorio tal informe y declaraciones” (Registro Judicial, febrero de 1996, página 52).

El artículo 2112 del Código Judicial expresamente establece que cuando el imputado declare contra otro, terminada la indagatoria, se le recibirá declaración como testigo, previo juramento y lectura de las disposiciones sobre falso testimonio, respecto de los cargos formulados contra terceros. De ello, se colige que el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, al otorgar valor probatorio a la declaración indagatoria de X para deducir cargos contra Y, siendo que tal testigo no fue juramentado infringe el artículo 2112 citado, en concepto de violación directa por omisión

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia impugnada y ABSUELVE

24. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal

Allanamiento

Prueba Ilícita (Concepto y Valoración).

Fallo fechado 6 de enero de 1999

Magistrado ponente Fabián Echevers.

CAUSAL INVOCADA

Se trata de un recurso de casación en el fondo que se fundamenta en una sola causal, a saber "Error de derecho en la apreciación de la prueba" (f 113)

MOTIVOS

La defensora técnica apoya la causal invocada en un solo motivo, en el que argumenta que "aun cuando la orden de allanamiento no tiene fecha de expedición ni precisa que el lugar a allanar es el inmueble No 262, propiedad de JOSE DEL CARMEN PINO el a-quem erróneamente concluye que la omisión de estos elementos, quedó convalidada con los indicios que deducen del informe de novedad de fojas 1-4, la declaración del corregidor y la declaración del agente de policía CLAUDINO ÁVILA GONZÁLEZ . . que sirven para establecer que la diligencia fue ordenada el 29 de marzo de 1996, a la residencia del imputado, situación que es errada porque tales medios probatorios, se refieren a la realización del allanamiento y no al acto mediante el cual, el funcionario competente... decreta la diligencia sin cumplir con las formalidades legales" (fs 113-114)

La diligencia de allanamiento introduce una excepción a la regla de la inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional. Por tratarse de una garantía de rango superior, por su trascendencia en el orden procesal y por su fuerza vinculante, la diligencia de allanamiento no puede menos que ser ordenada y ejecutada con riguroso apego a las exigencias formales que establece la ley. Se evita así la incorporación al cuaderno sumarial de piezas de convicción susceptibles de ser invalidadas y, consecuentemente, sin ninguna eficacia probatoria. En este orden de ideas, tal es el caso de las denominadas pruebas ilícitas, que son "aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan los derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, Bogotá, 1984, pág 182). La doctrina también incluye en esta categoría la denominada prueba ilegítima, la

que define como "la practicada o aportada ilegítimamente al proceso" (GONZÁLEZ MONTES, José Luis. La Prueba Obtenida Ilicitamente con Violación de los Derechos Fundamentales. En la obra conjunta: Revista de Derecho Procesal (No. 1), Enero, 1990, pág. 35

En sentido estricto, la prueba ilícita es aquella prohibida o vedada por normas y principios constitucionales y legales de naturaleza material, pero que, sin embargo, se recaba. Tal es el caso de la recepción de un testimonio o de una confesión mediante el uso de torturas, violencia o utilizando procedimientos que tienden a suprimir la voluntad del deponente. Por su parte, las pruebas ilegítimas son aquellas que, sin bien son admitidas por el ordenamiento legal, se incorporan al expediente en contravención de normas expresas que regulan el proceso. En este caso la prueba se reputa técnicamente lícita, en tanto no es prohibida por el ordenamiento legal, pero su recaudo es producto del desconocimiento de reglas y principios procesales

Con fundamento en estos conceptos se puede colegir que en el negocio que nos ocupa estamos frente al caso de una prueba ilegítima, ya que la orden de allanamiento que dio lugar a la incautación de varios envoltorios contentivos de sustancias ilícitas, fue expedida desconociendo las formalidades básicas que rigen su práctica y consiguiente validez

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este caso es determinar si la autoridad jurisdiccional debe reconocerle eficacia probatoria a los elementos de convicción que fueron recabados al amparo de la diligencia de allanamiento que se considera. A este respecto los criterios doctrinales varían. Para algunos las pruebas así obtenidas pueden ser utilizadas en el proceso, mientras que para otros carecen de todo valor. Un tercer criterio propugna por la utilización de dichos medios probatorios en tanto no violen derechos fundamentales constitucionalmente tutelados (Cfr MUÑOZ POPE, Carlos Enrique Cuestiones sobre el Proceso Penal, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1997, pág. 63 y ARJONA, Adán Arnulfo "Las Pruebas Ilícitas ¿Tienen Valor en el Proceso?"; en la obra Teoría General de la Prueba de Jorge Fábrega; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 1997, págs 342-346). A juicio de esta Sala, no todo vicio por ilegitimidad acarrea la invalidez del acto, si no se acredita debidamente que afecta una formalidad que la propia normativa reputa esencial. En otras palabras, lo que interesa es valorar la importancia o gravedad del vicio, comprobar que constituye una entidad suficiente para invalidar toda la prueba recabada. Esta postura se asimila en materia de validez de actos procesales, al sostenerse que "Sólo producen la nulidad aquellas desviaciones trascendentales, que causan perjuicios procesales graves e insubsanables" (FÁBREGA P, Jorge

Instituciones de Derecho Procesal Civil Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1998, pág 25)

En el caso bajo examen, lo censurado por al defensa técnica es la orden de allanamiento consultable a folio 7 de las sumarias. Se trata de un documento expedido por el corregidor del área de Curundú, en un formato preelaborado que deja de atender precisas formalidades legales. En primer lugar, no deja constancia ni del día ni del lugar exacto en que habría de realizarse la diligencia, sólo menciona de una forma genérica que el allanamiento se llevaría a cabo en el sector "Colombia" ubicado en Viejo Veranillo. En segundo lugar, se limita a indicar que el allanamiento se llevaría a cabo "En atención a la información recibida en el Despacho, que comunica sobre ciertas actuaciones ilícitas", incumpliendo de esta manera la obligación legal de especificar el motivo o las causas que dan lugar a la orden. Sobre este último punto, se debe resaltar que nuestro ordenamiento jurídico exige no sólo que el allanamiento sea decretado por una autoridad competente, sino para fines específicos. Este requisito implica que la orden de allanamiento debe encontrarse clara y debidamente fundamentada, es decir, debe contener la indicación de los motivos que la sustentan jurídicamente. En esta causa no se suministra información sobre las motivaciones que condujeron a las autoridades policivas a practicar un registro en la residencia del procesado José del Carmen Pino.

La Corte concluye que la meritada orden de allanamiento no adolece de simples defectos formales que pueden ser subsanados, como sostiene el Procurador, con información consignada en el acta de allanamiento, que en modo alguno es un acto jurisdiccional complementario. Nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el artículo 26 de la Constitución Nacional como en el artículo 2185 y siguientes del Código Judicial y en el artículo 163 y siguientes del Código Penal, contiene previsiones dirigidas a garantizar la inviolabilidad del domicilio, para ser atendidas, no desechadas. Salta a la vista que esa orden pretermite el cumplimiento de los requisitos esenciales que exige la ley para poder llevar a cabo la diligencia de allanamiento: no precisa ni el día, ni el lugar exacto que va a ser allanado, ni el motivo que sustenta la práctica de la diligencia. Todo ello demuestra que tal acto genera violación flagrante de garantías fundamentales, por lo que resulta invalidada toda prueba así obtenida, es decir, se contaminan de nulidad todas las probanzas recabadas a su amparo. La justicia no puede valerse de una prueba prohibida o ilegítimamente incorporada al proceso, infractora de derechos legalmente tutelados, por más que haya sido lograda con el propósito de descubrir y perseguir un delito.

El esfuerzo que emprenden los organismos de seguridad y demás autoridades para enfrentar al crimen organizado, que maneja las cadenas de

producción, tráfico y venta de sustancias ilícitas, no puede realizarse con merma de los imperativos esenciales que tanto la Constitución como la ley preceptúan para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La desatención de esta regla de conducta procesal no puede sino desembocar en el surgimiento de vicios procesales que contribuyen más bien a reforzar la impunidad de los delincuentes.

Como quiera que la condena del procesado Pino se sustenta fundamentalmente en pruebas que derivan, inmediata y exclusivamente, de un acto realizado en contravención de precisas formalidades legales, es del caso resolver de acuerdo con la pretensión anunciada.

Por las consideraciones que anteceden, LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 23 de enero de 1998 proferida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia y ABSUELVE

25 Recurso de Casación

Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal.

Agente Encubierto (Testimonio)

Fallo fechado 9 de marzo de 1999.

Magistrado ponente Humberto Collado

LA CAUSA INVOCADA

La causal invocada por el casacionista es el Error de Derecho en la apreciación de la prueba, que implica infracción de la Ley sustancial penal y que ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado.

Son cuatro los motivos que se presentan, para apoyar la causal aducida. En el primer motivo, el censor cuestiona el valor probatorio otorgado a las declaraciones de los agentes captores AGUSTÍN MURGAS JURADO y CARLOS ANTONIO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, bajo la premisa que se trata de declaraciones de referencia. En el segundo motivo, el recurrente sostiene que el hallazgo de la droga en la residencia del procesado, no es prueba de su vinculación con el hecho punible, porque en el lugar reside otra persona y que, además, los testimonios de los agentes captores, al respecto, fueron apreciados erróneamente, reiterando que se trata de declaraciones referenciales. En el tercer motivo, el casacionista se refiere a circunstancias que rodearon el hecho de la detención del procesado y el hallazgo en su poder, de los billetes marcados utilizados en la operación de compra simulada de drogas, argumentando que en el proceso no consta el señalamiento directo del agente encubierto, contra la persona que le recibió el dinero. El cuarto motivo se limita a una afirmación del casacionista, que no representa en modo alguno, cargo de injuridicidad contra el fallo impugnado; de acuerdo con la técnica de este recurso.

Con relación a las disposiciones legales que se estiman infringidas, el recurrente aduce la infracción de los artículos 2144, 904, 906 y 907 del Código Judicial, en concepto de violación directa por comisión. Asimismo, se acusa la infracción del artículo 258 del Código penal en concepto de violación directa por comisión.

Precisa distinguir que la operación de compra simulada de drogas no es un medio probatorio per se, como los expresados, en numerus apertus, en el artículo 769 del Código Judicial. La operación encubierta es un mecanismo autorizado por la ley para llevar a cabo una conducta materialmente típica, antijurídica y culpable, pero que pierde su ilicitud, por expresa disposición legal, diseñado a propósito de la investigación de los delitos relacionados con drogas, con la finalidad de que se puedan producir los medios de prueba que permitan establecer la existencia del hecho punible y descubrir a sus autores.

y partícipes. Bajo esta perspectiva, si en determinadas circunstancias, los elementos probatorios recabados (verbigracia, posesión de billetes marcados), son insuficientes para establecer con certeza la autoría del hecho punible, debe recurrirse entonces al testimonio del agente encubierto, que tuvo conocimiento por percepción propia, de los actos ejecutados por quienes resulten imputados por el delito.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del 19 de febrero de 1997, emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial en este proceso y en su lugar CONDENA a al pena de veinte (20) meses de prisión e inhabilitación para ejercer funciones públicas por igual período y a la pena pecuniaria de cincuenta (50) días multa, a razón de B/.3.000 (tres balboas) diarios, lo que asciende a un total de ciento cincuenta balboas (B/ 150.00) que deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional, en el término de un mes, contados a partir de la ejecutona de la presente resolución

De conformidad con los artículos 2398 y 2400 del Código Judicial, en concordancia con los artículos 77 y 78 del Código Penal, se suspende la ejecución de la pena de prisión impuesta por el término de dos (2) años, los cuales deberá estar bajo la sujeción de la Gobernación de la Provincia de Panamá, con la advertencia al procesado que la suspensión decretada será revocada si cometiere otro delito en un período de dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia o si incumpliere con las condiciones impuestas dentro del término de la suspensión.

26. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal.

Allanamiento (requisitos)

Fallo fechado 13 de octubre de 1999

Magistrado ponente Humberto Collado T

CAUSAL INVOCADO

La causal que invoca el recurrente es el "Error de derecho en la apreciación de la prueba que implica infracción de la ley sustancial penal y que ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado". (Numeral 1 del artículo 2434 del Código Judicial).

MOTIVOS ADUCIDOS

El recurrente señala cuatro motivos como fundamento a la causal invocada. En el primero aduce que el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial al evaluar el informe de allanamiento realizado en la residencia de la señora TEODOLINDA DE LEÓN ESPINOZA, comete error de derecho en la apreciación de esa prueba porque le otorga valor probatorio a una diligencia que fue realizada sin haber sido decretada por autoridad competente y que no cumplía con los requisitos legales.

El vicio de injudicialidad endilgado en este primer motivo prospera toda vez que se verifica que no hay orden decretada por el funcionario de instrucción. Nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige que el allanamiento sea decretado por autoridad competente, sino además para fines específicos; es decir, que la orden de allanamiento debe encontrarse clara y debidamente fundamentada, debe contener la indicación de los motivos que la sustentan jurídicamente, de lo que se desprende que se ha violado el debido proceso. Cabe señalar que la diligencia realizada por los agentes de la Policía Técnica Judicial estaba destinada a la búsqueda de un tal "Palito" no de X, por lo tanto, consideramos que la aprehensión de la precitada es ilegal.

El segundo párrafo del artículo 2189 del Código Judicial dice que "En defecto del dueño, se interrogará al arrendatario del edificio o del lugar o encargado de su conservación o custodia o a la persona que se encuentre adentro en ese momento". De fojas 7 a 9 del expediente, el señor X manifestó donde vivía, además expresó que se dirigía hacia la casa de la señora De León a comprar una bola de cincuenta centavos al yerno de ella que le dicen Ruby, de lo que se desprende que él no vive ahí, por lo que no comprendemos por qué al momento de ser interrogado por los agentes de la P T J dijo residir en el lugar y además, dar consentimiento para el registro

del inmueble, no siendo idóneo para otorgarlo, lo que reafirma que el allanamiento es ilegal

Por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de segunda instancia dictada el 4 de agosto de 1997 por el Segundo Tribunal de Justicia, REVOCA la sentencia de 31 de mayo de 1996 proferida por el Juzgado Décimo de Circuito de lo Penal, del Primer Circuito Judicial de Panamá y ABSUELVE

27. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal.

Reconocimiento fotográfico (Requisitos y efecto de su carencia)

Fallo fechado 14 de junio de 2000.

Magistrado ponente José Manuel Faúndes

CAUSAL INVOCADA

El recurrente invoca una sola causal de fondo, que corresponde al error de derecho en la apreciación de la prueba, que ha influido en lo dispositivo del fallo e implica infracción de la ley sustancial. Para sustentar la causal, se aducen tres motivos, a través de los cuales se censura la valoración probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico de fojas 143, la diligencia de reconocimiento en rueda de detenidos de fojas 82-83 y del acta de allanamiento de fojas 23-25.

En cuanto a las disposiciones legales infringidas, el casacionista acusa la violación directa por omisión de los artículos 2135-A, 905 y 970 del Código Judicial, en tanto que, se aduce la indebida aplicación del artículo 184-A del Código Penal

En este orden, con relación al hecho de que la diligencia de reconocimiento fotográfico fue llevada a cabo por agentes de la Policía Técnica Judicial un día sábado a las 5:30 de la tarde, sin la intervención del defensor, imputado, testigos designados por éstos o un representante del Ministerio Público, la Sala no comparte los razonamientos expuestos por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de que la Ley 16 Orgánica de la Policía Técnica Judicial, autoriza la práctica de tales reconocimientos en esas circunstancias.

El número 10 del artículo 2 de la Ley 16 de 9 de julio de 1991, que establece las funciones de la Policía Técnica Judicial, ciertamente expresa que le corresponde a ese organismo "practicar cuando fuere el caso, el reconocimiento fotográfico para verificar la identidad de un sospechoso". Sin embargo, no se trata de una disposición que, a los efectos de las diligencias propias del sumario, deba interpretarse en forma aislada. La diligencia de reconocimiento fotográfico como mecanismo probatorio en el proceso penal panameño, está consagrado en los artículos 2135 y 2135-A del Código Judicial. El primero de dichos preceptos, desarrolla los elementos y la forma que debe seguir el reconocimiento fotográfico, en tanto que, el artículo 2135-A, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1 de 1995, está referido al derecho del imputado o su defensor a participar en la diligencia, precisamente para garantizar que se cumplan los requisitos que prescribe el artículo 2135 idem.

En este contexto, es necesario destacar que las normas citadas, no pueden aplicarse con menoscabo del principio que recoge, in fine, el artículo 2068 del Código Judicial, al establecer que “En ningún caso se tendrán como diligencias al sumario, las practicadas por personas o funcionarios, que no tengan la calidad de funcionarios de instrucción, salvo los casos expresamente señalados por la ley”

Adecuando las consideraciones anteriores al caso sub-júdice, ciertamente se observa que, a la fecha en que se produjo el reconocimiento fotográfico de estos, no existía persona alguna señalada como imputado, ni mucho menos defensor, razón por la cual, obviamente, no era posible cumplir con los requisitos que establece el artículo 2135-A del Código Judicial, en cuanto la notificación previa al imputado o su defensor, sobre la realización del reconocimiento. Empero, la Sala advierte que, ello no es óbice para que se pueda cumplir con la finalidad del citado artículo 2135-A, asignando, en los casos en que aún no existe imputado debidamente vinculado, un defensor de oficio que vele por el cumplimiento de las formalidades correspondientes.

Ahora bien, en el caso bajo examen, la diligencia de maras se llevó a cabo un día sábado a las 5:30 de la tarde, fuera de horas de despacho judicial en circunstancias en que no era posible convocar a la defensora de oficio, no obstante, no puede soslayarse que en el citado reconocimiento se verificó la participación de algún agente del Ministerio Público, siendo que el caso procesal fue gobernado únicamente por miembros de la Policía Técnica Judicial. Partiendo de ese contexto, es palmario que el citado reconocimiento fotográfico, al no ser practicado por funcionarios de instrucción, no puede tenerse como diligencia del sumario, de la cual se deduzca valor probatorio para vincular al procesado con el hecho punible sub-júdice.

La Sala quiere dejar sentado, que las actuaciones de los agentes de la Policía Técnica Judicial, para que sean considerados como diligencias propias del sumario, deben ser ratificadas ante el funcionario de instrucción o bien prácticas con la intervención de algún agente del Ministerio Público, porque así lo exige el principio que consagra el artículo 2068 del Código Judicial. La única excepción a esta regla, está dada en el artículo 7 de la Ley 16 de julio de 1991, Orgánica de la Policía Técnica Judicial, a propósito de las declaraciones bajo gravedad de juramento y las denuncias que reciba ese organismo, diligencias que, a tenor de lo que expresa la norma citada “sean tenidas como practicadas por funcionarios de instrucción”.

Otro aspecto, que no puede pasar por alto la Sala, es la ausencia de juramentación al testigo reconocedor, al practicarse la diligencia cuestionada. Sobre este particular, el representante de la Procuraduría GENERAL DE LA NACIÓN, TANTO EN LA Vista de contestación de traslado del recurso, como

en el reconocimiento fotográfico, que se le reciba juramento al reconocedor, lo cual a su juicio, sólo se requiere cuando se trata del reconocimiento en rueda de presos, según el contenido del artículo 2135 del Código Judicial

En orden a lo anterior, la Corte precisa que la diligencia de reconocimiento fotográfico es un mecanismo autorizado por el ordenamiento jurídico procesal penal, a través del cual los testigos que manifestasen estar en condiciones de reconocer al sindicado, pueden comparecer ante la autoridad competente, para proveer la identificación del lugar. Se trata, en esencia, de deducir una prueba testimonial, un señalamiento directo para descubrir la identidad del autor o partícipe del hecho punible. Y en este contexto, no puede perderse de vista que, como regla general, conforme lo establece el artículo 2134 del Código Judicial, todo testigo debe prestar juramento no de faltar a la verdad, salvo las excepciones que expresamente establece la ley.

Partiendo de lo planteado, se observa que en el caso bajo examen, la diligencia de reconocimiento fotográfico censurada fue practicada sin recibir juramento al testigo reconocedor **MANUEL SOTO BALSEIRO**. Siendo ello así, al no concurrir en su formación un requisito esencial que establece la ley, el propósito de este medio de prueba, el mismo resulta ineficaz.

En otro giro, se advierte que la sentencia de segunda instancia sustenta la vinculación del procesado con el hecho punible, en la diligencia del reconocimiento en rueda de presos visible a fojas 82-83, aspecto que cuestiona el recurrente a través del segundo motivo. Sobre este particular, la Sala observa que la citada diligencia está íntima y directamente relacionada con el reconocimiento fotográfico de fojas 14, cuya ilegitimidad ha sido establecida *ut supra*, por lo que, al ser la segunda diligencia, consecuencia directa e inmediata de la primera, se le comunican los efectos negatorios derivados a los vicios que producen su ineficacia

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA, SALA DE LO PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia recurrida y **ABSUELVE**

28. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal
 Prueba Ilícita (Concepto y Valoración)
 Fallo fechado el 10 de octubre de 2000.
 Magistrado ponente José Manuel Faúndes

1. Recurso propuesto a favor de GUILLERMO GOTTI.

El recurso se plantea en base a dos causales, las cuales analizaremos independientemente.

Primera causal invocada

“Error de derecho en la apreciación de la prueba, que implica infracción de la ley sustancial penal y que ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado”, contemplada en el numeral 1 del artículo 2434 del Código Judicial

Motivos

PRIMER MOTIVO: El Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, en el fallo impugnado, al valorar las grabaciones magnetofónicas de conversaciones telefónicas cuya transcripción aparece de fojas 1383 a 1439, comete error de derecho en su apreciación, porque le otorga valor probatorio para establecer la vinculación de GUILLERMO GOTTI MUÑOZ con la posesión ilícita de los 773 kilos de cocaína incautados el día 17 de octubre de 1995 en el interior de un camión estacionado en los predios de la Barriada San Gerardo Mayela, aún cuando se trata de grabación de conversaciones telefónicas privadas, que no ha sido autorizada por la Procuraduría General de la Nación y, en consecuencia, constituye un medio de prueba ilícito, derivado de un hecho punible, que carece completamente de eficacia probatoria

SEGUNDO MOTIVO: El ad-quem, en el fallo impugnado, al valorar la declaración de JOSÉ SANTOS CABALLERO, visible de fojas 938 a 943 comete error de derecho en su apreciación, porque deriva de esta pieza valor probatorio para acreditar que GUILLERMO ANTONIO GOTTI MUÑOZ es propietario de los inmuebles consistentes en el apartamento 12-B del edificio PELICAN BAY, apartamentos 9ª y 8B del Edificio ANDALUCIA, lo cual es erróneo, porque se trata de circunstancias que se deben acreditar documentalmente y, en consecuencia, no pueden

establecerse por vía testimonial. Siendo ello así, la declaración de la referencia no tiene eficacia probatoria para establecer la propiedad de los inmuebles citados y, por ello yerra el ad-quem al reconocerle fuerza probatoria para determinar que el procesado GOTI MUÑOZ es propietario de los bienes inmuebles en cuestión.

TERCER MOTIVO. El Segundo Tribunal Superior, en el fallo impugnado, al valorar las fotografías visibles a fojas 1225-1230, deduce de las mismas indicios para vincular a GUILLERMO GOTI MUÑOZ con la droga incautada, porque en ellas aparece el procesado con otras personas que han sido investigadas por delitos relacionados con drogas, lo cual es erróneo, habida cuenta que de tales vistas fotográficas no se puede inferir razonablemente un nexo causal que relacione al sentenciado con la posesión ilícita de la droga de marras. Siendo ello así, al no existir mayor relación entre las fotografías de la referencia y el hecho punible sub-júdice, el ad-quem incurre en la causal invocada, porque deriva graves indicios contra el procesado a partir de las pruebas citadas.

CUARTO MOTIVO. El juzgador de segunda instancia, al valorar en el fallo impugnado el informe confeccionado por al Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía Especializada en Delitos Relacionados con Drogas, visible a fojas 2029-2039, yerra en su apreciación porque deduce de esta pieza indicios para establecer que GUILLERMO GOTI MUÑOZ es propietario de un patrimonio neto no justificado de B/.208,998.55, derivado de actividades ilícitas, presumiendo por esta vía su vinculación con los 773 kilos de droga incautados, lo cual es erróneo porque la presunta posesión de dicho patrimonio no tiene la gravedad y concordancia suficiente, de acuerdo con la lógica y el elemental razonamiento, para relacionar al procesado con el cargamento de sustancia ilícita que constituye el objeto material del delito por el cual ha sido sancionado" (fs 2622-2623)

II Recurso propuesto a favor de EUSEBIO TORRES JULIO

Se estructura el libelo basado en la causal de "Error de derecho en la apreciación de la prueba, que implica infracción de la ley sustancial penal y que ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado"

Motivo

Enuncia dos motivos para respaldar la causal cuyo tenor literal es el siguiente.

“PRIMER MOTIVO· El Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, en el fallo impugnado, al valorar las grabaciones magnetofónicas de conversaciones telefónicas cuya transcripción aparece de fojas 1383 a 1439, comete error de derecho en su apreciación, porque le otorga valor probatorio para establecer la vinculación de EUSEBIO TORRES JULIO con la posesión ilícita de 773 kilos de cocaína incautados el día 17 de octubre de 1995 en el interior de un camión estacionado en los predios de la Barrada San Gerardo Mayela aún cuando se trata de grabación de conversaciones telefónicas privadas, que no ha sido autorizada por la Procuraduría General de la Nación y, en consecuencia, constituye un medio de prueba ilícito, derivado de un hecho punible, que carece completamente de eficacia probatoria.

Precisa señalar que nuestro ordenamiento procesal no define qué constituye prueba ilícita, pero de la interpretación sistemática del mismo, verbigracia artículo 769 del código Judicial, podemos inferir que serán pruebas ilícitas todas aquellas pruebas que están prohibidas por la ley, violan derechos humanos, contrarían a la moral o al orden público

Consta en autos que las cintas magnetofónicas contentivas de las llamadas telefónicas, no fueron producto de una intervención de comunicaciones telefónicas decretada durante la investigación de los hechos, por lo que mal puede el recurrente anotar que se hicieron contraviniendo la ley, incluso, el sindicado TORRES JULIO aceptó haber efectuado dichas grabaciones (f 884)

La doctrina ha sentado posiciones respecto a la valoración de la prueba ilícita, por lo que es importante considerarlas para determinar el porqué de la no ilicitud de las cintas magnetofónicas ocupadas por la agencia de instrucción

La tesis clásica o tradicional sobre la valoración de la prueba ilícita expone que debe valorarse “ por considerar superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del imputado en el caso concreto.” (ARMIJO SANCHO, Gilberth. Garantías constitucionales Prueba ilícita y la Transición al nuevo proceso penal

Primera edición, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1997, p 142).

La otra posición producto de la jurisprudencia norteamericana, es la de los frutos del árbol envenenado, según la cual se excluyen las pruebas obtenidas mediante una acción que vulnere garantías constitucionales, dejando sin validez las mismas. Esto supone que si la diligencia de allanamiento quebrantó normas constitucionales o se apartó de las formalidades legales, todo lo que se recabó a raíz de la misma carece de validez por estar contaminado. (Cfr CRUZ CASTRO, Fernando La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de derecho, Unidad modular VI, Primera edición, ILANUD, San José, 1989, p 83 y subsiguientes).

Frente a las posiciones anteriores, existe una tesis ecléctica cuya postura impone atender cada caso en particular, examinando las circunstancias para arribar a una conclusión respecto si cabe admitir o rechazar la prueba considerada ilícita. Sobre este particular el jurista costarricense Gilberth ARMIJO apunta "Dentro de esta concepción, si un policía realiza un allanamiento sin autorización y decomisa un elemento de prueba, debe examinarse previamente si el juez pudo autorizar ese acto, resultando irrelevante la conducta ilícita del funcionario judicial." (ARMIJO SANCHO, Gilberto Ob cit , p 143)

Anteriormente, en un negocio de esta misma naturaleza la Corte se refinó a la prueba ilícita precisando "A juicio de esta Sala, no todo vicio por ilegitimidad acarrea la invalidez del acto, si no se acredita debidamente que afecta una formalidad que la propia normativa reputa esencial. En otras palabras, lo que interesa es valorar la importancia o gravedad del vicio, comprobar que constituye una entidad suficiente para invalidar toda la prueba recabada" (Registro Judicial, enero 1999, p 347).

La utilización de las cintas magnetofónicas como elemento probatorio no es ilícita puesto que la diligencia que llevó al funcionamiento instructor a obtener las mismas se apegó al marco de la ley, distinto hubiera sido, si la diligencia de allanamiento se realiza omitiendo los parámetros fijados por ésta

Por las consideraciones anteriores, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA SEGUNDA DE LO PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA

29. Recurso de Casación.

Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal
Indagatoria (Formulación de Cargos a Terceros)
Fallo fechado 12 de junio de 2001

Magistrada Ponente Graciela Dixon

CAUSAL INVOCADA

La casacionista sustenta este recurso en una causal de fondo de naturaleza probatoria denominada

“Error de derecho en la apreciación de la prueba que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo e implica infracción de la ley penal sustantiva” (numeral 1 del artículo 2434 del Código Judicial.

MOTIVOS

La defensora de Oficio IBÁÑEZ GONZÁLEZ sustenta la causal en un único motivo, el cual se expone a continuación

Manifiesta la recurrente, que el Segundo Tribunal Superior de Justicia valoró incorrectamente la declaración indagatoria de MOISÉS ALVAREZ, toda vez que, de ese testimonio dio como hecho cierto que EDILBERTO RODRÍGUEZ cometió el delito de hurto de autos, sin considerar que aquél testimonio fue vertido incumpléndose la formalidad exigida por ley para su estimación, ya que ALVAREZ no ratificó los cargos bajo la gravedad del juramento, incurriendo el Ad-Quem en error de derecho en la apreciación de la prueba

Ahora bien conforme a las garantías procesales que rigen la declaración indagatoria, indicando entre otros aspectos que “Si el imputado declarase contra otro, terminada la indagatoria se le recibirá declaración como testigo, previo juramento y lectura de las disposiciones sobre falso testimonio, respecto a los cargos formulados contra terceros”

La norma es clara y no abriga dudas en su aplicación Cuando el indagado formula cargos a terceros, terminada su indagatoria el funcionario instructor debe receptor la declaración testimonial poniendo de presente el artículo 355 del Código Penal sobre falso testimonio, y las sanciones penales que le acarrearían de profenir declaraciones falsas dentro del proceso

Resulta oportuno reiterar que el Tribunal de Casación en profusa jurisprudencia ha manifestado el debilitamiento del valor probatorio de declaraciones hechas contra terceros que no han sido ratificadas (Confrontar fallos de 6/11/97 y 9/9/978, entre otros).

Así en sentencia de 19 de octubre de 1998, la Sala expresó el alcance del artículo 2112 del Código Judicial, veamos

“El artículo 2112 del Código Judicial expresamente establece que cuando el imputado declare contra otro, terminada la indagatoria, se le recibirá declaración como testigo, previo juramento y lectura de las disposiciones sobre falso testimonio, respecto de los cargos formulados contra terceros. De ello, se colige que el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, al otorgar valor probatorio a la declaración indagatoria de ANILO RIVAS WALLEES para deducir cargos contra MARÍA EVA PALACIOS, siendo que tal testigo no fue juramentado, infringe el artículo 2112 citado, en concepto de violación directa por omisión” (R.J octubre de 1998).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA, PLENO administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley
NO CASA