

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

**CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO E
INVESTIGACIÓN**



**LOS MEDIOS PROBATORIOS Y SU
LEGALIDAD EN LA LEY GENERAL DE
ADUANAS**

**TESIS EN OPCION AL GRADO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

Morberto Chávez Rivas

**La Paz – Bolivia
2002**

Dedicatoria:

A mi esposa a quien valoro siempre por su inmenso amor y apoyo incondicional.

A mis hijos por estar conmigo en todos los momentos de mi vida y brindarme su amistad, apoyo y cariño.

Los amo...

Agradecimientos :

A Dios, quién siempre a estado a mi lado en mis triunfos y fracasos.

A la Universidad Mayor de San Andrés, donde forjé mis conocimientos.

Al Dr. C. Humberto Palacios Barrera, por haberme transmitido sus conocimientos y su cooperación en la realización del presente trabajo.

A la Dra. Mayda Goite Pierre, por su valiosa cooperación y orientación.

A todas las personas que de una u otra forma hicieron posible la culminación de este trabajo.

Gracias...

Al presentar esta Tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Penal de la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz, autorizo al Centro de Estudios de Posgrado e Investigación o a la Biblioteca de la Universidad , para que se haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Así mismo manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo, dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancia económica ni potencial.

También cedo a la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz, los derechos de publicación de esta Tesis, o parte de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta un período de 30 meses después de aprobación.

Norberto Chávez Rivas

La Paz , mayo de 2002

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
I FORMULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
II OBJETIVO GENERAL	3
III OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
VARIABLE INDEPENDIENTE	4
VARIABLE DEPENDIENTE	4
IV NECESIDAD E IMPORTANCIA	4
V HIPOTESIS	5
VI MARCO DE REFERENCIA	
ANTECEDENTES	5
EN CUANTO A LOS MEDIOS PROBATORIOS	6
CAUSAS A INVESTIGAR	6
RESULTADOS A OBTENER	7
VI MARCO TEÓRICO	7
VII MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	8

CAPITULO I

ANTECEDENTES DOCTRINALES

1.1.	CONCEPTO DE PRUEBA	9
1.2.	REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA	11
1.3.	DEL OBJETO DE LA PRUEBA	15
1.3.1.	EL CONTENIDO DEL OBJETO DE LA PRUEBA	17
1.3.2.	CLASES DE PRUEBA	18
1.3.2.1.	PRUEBAS PROHIBIDAS	19
1.3.2.2.	PRUEBAS ILÍCITAS	25
1.3.2.3.	PRUEBA LEGAL	28
1.3.2.4.	PRUEBA ILEGAL	29
1.3.2.5.	TEORÍAS VALORATIVAS DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA.	
	TEORIA DIRECTA	30
	TEORIA INDIRECTA O REFLEJA	30
1.3.2.6.	LA TEORIA DE LOS FUTOS DEL ARBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES	31
1.4.	LA ACTIVIDAD PROBATORIA	32
1.4.1.	LA CARGA DE LA PRUEBA	34
1.5.	LOS MEDIOS DE PRUEBA	35
	DISTINCIÓN ENTRE OBJETO Y MEDIOS DE PRUEBA	37
1.5.1.	CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	37
1.6.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA	38
1.6.1.	VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS EN LA FISCALÍA Y LAS DILIGENCIA POLICIALES.	43
1.7.	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	45

1.8.	GARANTIA Y DERECHO	46
1.9.	CONSIDERACIONES GENERALES	47
1.9.1	LA GARANTÍA DE IGUALDAD	48
1.9.2	LA GARANTÍA DE INOCENCIA	48
1.9.3.	LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO	50
1.9.4	LA GARANTÍA DEL JUICIO PREVIO	52
1.9.5	LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO	53
1.9.6	LA GARANTÍA DE LEGALIDAD	54
1.9.7	LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA	56
1.9.8.	SISTEMA ACUSATORIO	57

CAPITULO II

2.1.	ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA EN BOLIVIA	58
2.2	LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEY GENERAL DE ADUANAS	59
2.2.	LA OBTENCION DEL MEDIO DE PRUEBA EN LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN	68
2.3.	LA INTRODUCCIÓN Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO PENAL ADUANERO	68
2.5.	COMPARACIÓN CON EL JUICIO PENAL ORAL	69
2.6.	DE LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA Y LA VULNERACIÓN DE GARANTIAS	69

APORTACIÓN CIENTIFICA DE LA TESIS

	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
--	--------------------------------	----

LOS MEDIOS PROBATORIOS
Y SU LEGALIDAD
EN LA LEY GENERAL DE ADUANAS

INTRODUCCIÓN

El análisis tiene como fundamento el demostrar que el procedimiento probatorio contemplado en la Ley General de Aduanas, N° 1990 promulgada en fecha 28 de julio de 1999, no concuerda con el estricto y fiel respeto de las garantías constitucionales y procesales del debido proceso, consagrado en la Constitución Política del Estado y las Leyes de la República, siendo así que el sistema acusatorio vigente a través de la Ley N° 1970 promulgada en fecha 25 de marzo de 1999, obliga a una búsqueda en la uniforme aplicación de las reglas y principios para el juicio oral, siendo así uno de los principales objetivos tiende a la legalidad de la actividad probatoria y consiguientes actuaciones procesales que de ella devienen, y que en última determinan el resultado del juicio oral y su desarrollo en sí.

La reforma de la justicia penal en nuestro país a resultado ser un proceso social complejo en el que se trata de validar de manera permanente conceptos tales como la preservación de las garantías constitucionales, siendo así, el proceso de transformación busca introducir el sistema acusatorio, acorde con el diseño constitucional del proceso oral, caracterizado por el sistema de juicio oral en el cual lo primordial resulta ser la actividad probatoria que a su

vez genera sobre su base las posibilidades de acusación y defensa, donde se trata de poner en marcha una nueva forma de hacer juicios y en consecuencia una nueva manera de investigar y obtener la prueba, de esta forma se trata de actuar en concordancia al mandato constitucional y al fiel cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo esta tarea que a emprendido la administración de justicia resulta sumamente compleja, si se considera que además de generar cambios importantes en un sistema ya existente, subsisten contradicciones legales dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico, tal es el caso propiamente de la Ley General de Aduanas con el Nuevo Código de Procedimiento Penal, por ello es esencial uniformar las reglas y principios que orientan el proceso penal ordinario y aduanal, optando por una política criminal acorde al diseño constitucional, sobre todo tomando conciencia de la complejidad del proceso de reforma y los buenos resultados que se han presentado.

I. FORMULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El incumplimiento e irregularidades jurídico - legales en el levantamiento de diligencias de Policía Judicial en fase de investigación, lo que mas adelante se constituyen en los medios probatorios aportados y ofrecidos al medio procesal penal aduanal, para su validación por el órgano jurisdiccional, no cumplen con requisitos esenciales dentro del ámbito de las garantías del “debido proceso”, contemplados en la Constitución Política del Estado,

Convenios y Tratados Internacionales, disposiciones legales como la Ley del Ministerio Público, Código de Procedimiento Penal Ley N° 1970.

En este contexto se lesiona los principios de legalidad y de igualdad jurídica, por incumplimiento de las funciones que le son inherentes al Ministerio Público, a través de sus agentes fiscales, como directores funcionales de la investigación, que incumplen su misión de defensa al Estado y a la sociedad, pues no se trata de establecer meras sindicaciones, sino la proposición y ofrecimiento de pruebas válidas, no meras acreditaciones de evidencia sin relación con el motivo de imputación aduanal.

Urge en consecuencia una reformulación de los contenidos de la Ley General de Aduanas, acorde a la vigencia del proceso penal acusatorio y de garantías, con pleno respecto de la libertad de las personas y ubicarla a la par de la legislación vigente en la materia.

II. OBJETIVO GENERAL

Garantizar el debido proceso, para la averiguación y comprobación de la imputación penal con prueba lícita, cierta y no prohibida.

III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Caracterizar la problemática en el nivel nacional.

2. Cotejar aspectos con el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, Libro Cuarto de los Medios de Prueba y las Normas Generales.
3. Especificar la aportación científica que se pretende brindar. Proposición de corrección, enmienda y soluciones a los problemas de esta legislación aduanal.

VARIABLE INDEPENDIENTE

La producción e introducción de la prueba en los procesos penales aduanales, de forma ilegal

VARIABLE DEPENDIENTE

Ocasiona un indebido procesamiento de los comisores de estos ilícitos.

IV. NECESIDAD E IMPORTANCIA

Los medios de prueba contemplados en la legislación especial de aduanas, deviene y resulta de los ilícitos y su imputación ante un vicio de la voluntad de los agentes comisores, de lo no permitido y prohibido. En consecuencia a pesar de la existencia de

“pruebas”, en base de ellas no se puede fundar una resolución judicial, porque carecen de valor legal al haber sido obtenidas de manera ilegal.

V. HIPOTESIS

LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN ADUANERA, INTRODUCIDA EN FORMA ILEGAL EN ESTOS PROCESOS PENALES, OCASIONA UN INDEBIDO PROCESAMIENTO.

VI. MARCO DE REFERENCIA

ANTECEDENTES

La Ley General de Aduanas promulgada mediante Ley N° 1990 de fecha 28 de julio de 1999, con la pretensión de regular la potestad aduanera y sus relaciones jurídicas que se establecen entre la Aduana Nacional y las personas naturales o jurídicas que intervienen en el ingreso y salida de mercaderías del territorio aduanero nacional.

En lo concreto, norma los delitos y contravenciones aduaneros y tributarios y los procedimientos para su juzgamiento.(Título Décimo y Décimo Primario).

EN CUANTO A LOS MEDIOS PROBATORIOS

Se constata un insuficiente proceso probatorio de los hechos que son sometidos al órgano judicial, donde surge y procede la sanción penal como un medio y reacción frente al delito y por consiguiente, la confiscación de la mercadería (casos de contrabando), todo lo cual no siempre se realiza mediante un “debido proceso”.

CAUSAS A INVESTIGAR

Las causas motivo de investigación, se hallan orientadas al orden:

- Legislativo; (elaboración de la ley).
- Técnicas; mejoramiento de los medios de represión a estos ilícitos aduaneros, elevando el nivel de investigadores.
- Jurisdicción; definir con claridad el ámbito jurisdiccional para la dilucidación de estos delitos en el ámbito del debido proceso y ante juez legal.

Para propiciar la resolución y/o solución de los problemas planteados, que son generados por los delitos aduanales y sus agentes comisores, en la pretensión de garantizar el debido proceso, bajo principios de legalidad en la intercaución de la fase de investigación a cargo y bajo dirección del Ministerio Público, perfeccionando a los policías aduanales (post), su selección y adiestramiento de estos elementos de represión (comisiones operativos de aduanas), garantizando su idoneidad.

Garantizar un procedimiento especial penal, distinguiendo del proceso común ordinario, sea justo en todas las instancias.

RESULTADOS A OBTENER

Para el órgano legislativo, la modificación de la Ley General de Aduanas, en los siguientes aspectos:

1. *Aspecto Técnico-Legal.*

Mejoramiento de las técnicas de investigación y por consiguiente la obtención de medios de prueba.

2. *Aspecto Administrativo-Investigativo*

Recomendar a la Aduana Nacional, el perfeccionamiento, selección y capacitación del cuerpo de Policía Aduanal, de los controles internos que impidan el cohecho y corrupción a partir de la confiscación de las mercaderías.

El Ministerio Público cumpla con el proceso de investigación, garantizando las mismas en el ámbito constitucional, cual es su deber de resguardo a la Sociedad y al Estado.

VI. MARCO TEÓRICO

Las características tomadas del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 1970, cuya vigencia plena a partir del 31 de mayo del 2001, con un sistema acusatorio en la fase esencial del proceso, sobre la base de la contradicción, oralidad, publicidad y continuidad en su desarrollo, para la comprobación y la imputación penal en juicio.

Las garantías del debido proceso, son las condiciones a cumplirse en una adecuada defensa de los comisores, acusados de la violación de un tipo penal aduanero, la cual ha sido sometido a su juzgamiento ante Juez Penal Aduanero.

VIII. METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION.-

El desarrollo del tema exige la utilización de métodos de investigación y técnicas. Desarrollar un método de investigación para realizar el presente trabajo, implica definir la cadena ordenada de pasos a seguir y las acciones que deben tomarse basadas en un aparato conceptual determinado y en reglas que permitan que pueda avanzarse en el proceso de conocimiento. Expresado de otra manera, a través de la metodología, es posible definir la manera de alcanzar un objetivo. Por las características del trabajo que se pretende desarrollar se considera que el método que mejor se adecúa, lo constituye: el análisis.

En síntesis se pretende observar las características de los medios de prueba en la legislación nacional, a través de una descomposición de las partes que integran su estructura.

La utilización de encuestas en el estrato de los involucrados en la temática, de donde se llegará a establecer posiciones.

IX. ACTUALIDAD IMPORTANCIA Y FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA

El tema resulta ser de actualidad en el ámbito político, económico y social por el cual atraviesa el país, teniendo en cuenta que Bolivia hasta hace muy poco tiempo se hallaba inmersa en el circuito del contrabando como actividad económica emergente del alto índice

de desempleo, en este contexto la actualidad del tema resulta evidente y su dilucidación resultará en beneficio de quienes directa o indirectamente tienen relación con la problemática planteada

CAPITULO I

ANTECEDENTES DOCTRINALES

1.1. CONCEPTO DE PRUEBA

“El concepto de prueba es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica. Inclusive un análisis sucinto nos muestra su complejo contenido, del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revisten para los fines prácticos del procedimiento penal”¹

Probar es en sentido lato “hacer el examen de las cualidades de personas o cosas”.

Etimológicamente la palabra prueba procede del adverbio probe que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende, también se asegura que procede de probandum, de los verbos: recomendar, aprobar, experimentar, paternizar, hacer fe según varias leyes del Derecho Romano.

Para Couture prueba “es la verificación de las proposiciones que hacen las partes de un proceso”.

Dado que todo procedimiento no se desarrolla en gran parte sino sobre las pruebas, lo que interesa es poner en relieve la función que desempeña la prueba en el proceso; para Hugo

¹ EUGENIO FLORIAN. “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , pág. 43, Editorial FEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990.

Alcina “la acepción lógica de probar, es demostrar la verdad de una proposición, pero en su acepción corriente expresa una operación mental de comprobación. Por lo que la prueba judicial es la comprobación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarlos”.²

“Probar significa, suministrar en el proceso, el conocimiento de cualquier hecho de manera que se adquiera para sí, o se engendre en otros, la convicción de la existencia o verdad de ese hecho (. . .) la palabra prueba expresa los diferentes sentidos y a un mismo tiempo los diversos momentos que tiene, de esta suerte ella puede indicar:

1º) La materia que debe probarse y propiamente el objeto de la prueba.

2º) La actividad de los sujetos procesales y de los terceros, que la verdad de los hechos averiguan y establecen;

3º) Los medios que se emplean para esta investigación;

4º) el procedimiento en que se desarrolla a prueba

5º) el resultado, ya sea específico de un medio especial de prueba, ya sea total del conjunto de las pruebas tomadas, esto es en el sentido de que la comprobación de determinado objeto de prueba sea obtenida o no lo sea. Por ello cuando se habla de prueba unas veces se hace referencia a su contenido sustancial, otras a su manifestación formal y otras en fin al resultado que de ella surge”³

Legalmente “probar” significa que mediante los medios empleados en el juicio, se ha creado en el juez el convencimiento de la existencia o no existencia de los hechos que

² ALCINA HUGO, “DERECHO PROCESAL”, pág. 261, Editorial SENTENCIA, Buenos Aires – Argentina, 1990.

³ EUGENIO FLORIAN, “DE LAS PRUEBAS PENALES”, DE LA PRUEBA EN GENERAL, págs. 44 y 45, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990,

sirven como fundamento al derecho que se pretende aplicar, así la formación y la producción de las pruebas constituyen el objeto y fin principal de todo procedimiento.

1.2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA

En cualquier proceso, la prueba considerada en sus diversas manifestaciones, debe estar regida por normas jurídicas, lógica consecuencia de ello la prueba se presenta como un conjunto de principios jurídicos que la regulan.

En la Constitución Política del Estado, no existe disposición expresa sobre la prueba, pero realizando una interpretación sistemática de las garantías constitucionales y procesales, se puede afirmar que teóricamente, la actividad probatoria tiene rango constitucional.

Teniendo presente estos supuestos, y considerando fundamentalmente la primacía de los derechos fundamentales, se establece que con la reforma al procedimiento penal a operado una transformación importante, que hace que la actividad probatoria en el proceso penal adquiera las características propias del mandato constitucional, es decir se convierte en obligatoria y vinculante, de modo general.

Reconocido el rango constitucional, el nuevo Código de Procedimiento Penal concordante con la carta magna dispone que no tendrá valor la prueba obtenida en procedimiento reñidos y contrarios al ordenamiento jurídico vigente, es propiamente el art. 13 de este

cuerpo legal, el que señala “...no tendrá valor la prueba obtenida mediante tortura, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito...”.

De lo anterior se desprende que aún a pesar de la libertad probatoria – que no tiene ninguna limitación - carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías constitucionales y procesales, establecidas y arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Tampoco tendrá eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en el nuevo Código de Procedimiento Penal, igual consecuencia surgirá ante la prueba producida como efecto de un medio ilícito.

El proceso penal es la tutela del orden jurídico, que se convierte en el defensor de las garantías constitucionales y derechos fundamentales, que informan el debido proceso, lógica consecuencia de ello, es que cuando se vulnera esas garantías en la obtención de un medio probatorio, este no solo carece de relevancia jurídica , sino es ilegal, y la resolución que se dicte sobre esta base, carece plenamente de asidero jurídico que la sustente.

Las garantías constitucionales, se han desarrollado más ampliamente en la reforma procesal penal, en tanto se exige que para que la prueba pueda ser valorada por el juez no solo debe llegar al proceso por medios legales, sino que debe haberse producido

públicamente, que la prueba ha debido practicarse en el juicio oral y público, con el conocimiento de todas las partes que intervienen en el.

El cumplimiento inexcusable del principio de publicidad se halla concatenado al de contradicción.

En este orden de cosas, las diligencias y demás actos de la investigación de la policía judicial tiene el mero valor de denuncia, y no pueden ser consideradas como medio de prueba, sino como objeto de prueba. En todo caso para que los hechos vertidos en las diligencias puedan ser considerados como comprobados por el juzgador, es necesario recibir la declaración, en calidad de testigo y en el juicio oral, del funcionario policial que intervino en las diligencias y en su correspondiente elaboración.

La prueba, para que tenga validez debe ser ofrecida y producida, necesariamente en el juicio oral, y recibida directamente por los jueces que tienen que pronunciar sentencia cumpliendo cabalmente lo establecido en las leyes pertinentes. El objeto es evitar manipulaciones, equívocos, distorsiones o bien apreciaciones e interpretaciones erróneas.

Cualquier prueba que no sea propuesta y producida en el debate oral, público, continuado y contradictorio carece de validez y eficacia jurídica, salvo que se trate de anticipo de prueba o en los casos excepcionales en que se permite incorporar algún medio por su lectura, expresamente regulados por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que se sustancia ante el mismo juez que ha de dictar sentencia, de tal modo que la convicción de este juez o tribunal sobre los hechos enjuiciados, se logre fruto de un apreciación directa de los medios probatorios aportados por las partes intervinientes. La regla es general, aplicable a todo tipo de procesos penales, la condena solo puede fundarse en las pruebas practicadas en el juicio oral, esta exigencia, constituye además una garantía esencial del derecho de defensa

Las normas del proceso tienen una enorme importancia, porque el proceso es la tutela del orden jurídico, y al mismo tiempo protege tanto el interés social como a la persona acusada, la importancia del proceso penal es su función, que consiste en aportar al juzgador elementos de prueba para que este pueda garantizar la certeza judicial de su decisión, de allí la prueba es de importancia fundamental, ya que son básicamente los elementos indispensables para la decisión de un litigio.

1.3. DEL OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba se amplía en la medida en que lo exigen las circunstancias directas o indirectas que pueden servir y orientar a hacer conocer la verdad, en el proceso penal propiamente, tienden a la comprobación de la imputación. La relevancia jurídica de la prueba tiene una estrecha relación con las consecuencias que esta produce.

Este tema comprende cinco indagaciones, a través de las cuales se obtiene de el un desarrollo completo, estas son las que a continuación siguen:

- a) El objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir la determinación del requisito de idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de la prueba, esto lo llamaremos objeto de la prueba en abstracto.
- b) Luego es preciso determinar en especial los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular, lo que nos lleva a considerar el objeto de la prueba en concreto.
- c) Se requiere en seguida que se estudie el objeto de prueba en cuanto esa prueba aparezca necesaria para los fines de la investigación procesal, de donde se deriva luego la especificación de las cosas que deben probarse, es decir ¿qué puede probarse? Y ¿qué debe probarse?
- d) Además en forma sintética es preciso señalar la posición del objeto de prueba dentro del sistema el proceso , lo que permitirá determinar la actitud que respecto a el tienen los sujetos procesales y especialmente las partes.
- e) Finalmente sobresale en estas investigaciones , el principio de la libertad del objeto de prueba, que no obstante encuentra limitaciones de carácter formal”⁴

⁴ EUGENIO FLORIAN , “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , págs. 96 y 97, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990.

El objeto de la prueba asume una función decisiva , constituye el presupuesto fundamental, la base del proceso penal y se concatena e interrelaciona con los principios rectores de este.

1.3.1. EL CONTENIDO DEL OBJETO DE LA PRUEBA

Fuera de la distinción del contenido de la prueba desde un punto de vista abstracto o concreto, resulta pertinente referirnos a la libertad del objeto de prueba, propiamente a sus limitaciones y prohibiciones.

“ Dentro de los límites señalados y por las razones expuestas , el criterio orientador que desde el punto de vista sustancial rige el objeto de la prueba, es desde luego la libertad acerca de dicho objeto. La máxima exigencia de la investigación de la verdad efectiva e histórica, que impregna todo el proceso, se manifiesta en este caso de manera incontrastable. Sin embargo se presentan algunas limitaciones de índole formal , pero ellas deben estar enunciadas en la ley, cuando esta excluya expresamente ciertos hechos del campo de la prueba y les niegue en forma absoluta o relativa la aptitud para ser probados procesalmente (...) La prohibición de probar ciertos hechos puede ser absoluta o relativa, según que impida cualquier prueba del hecho, o solo la que se adelanta mediante determinados medios (...) Sea como fuere, el objeto de la prueba no puede sufrir limitaciones sino cuando encuentre una prohibición absoluta, pues las prohibiciones relativas, que establecen que ciertas pruebas no pueden allegarse sino en determinadas formas, no se refiere sino a los medios de prueba en particular (...) Las prohibiciones de la

prueba pueden restringir la libertad probatoria de dos maneras : o excluyendo algunos hechos del objeto de prueba, en el sentido de que no pueda emplearse respecto a ellos ningún medio; o estableciendo que algunos hechos puedan comprobarse en juicio solo con medios de prueba expresamente indicados. En el primer caso la prohibición es absoluta y en el segundo es relativa, puesto que en el primer caso se presenta una limitación del objeto de prueba y en el segundo se trata de restricciones impuestas, no ya al objeto de prueba sino a los medios de prueba”.⁵

1.3.2. CLASES DE PRUEBA

La prueba es la demostración de un hecho físico o jurídico, de acuerdo a las prescripciones de la ley, en nuestro ordenamiento jurídico, la prueba es aquella a la que la ley señala por anticipado al juez o al fiscal, de acuerdo al nuevo Código de Procedimiento Penal, el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.

En el derecho la certeza juega un papel indiscutible a momento de dictar un fallo, es por ello que las pruebas dentro del proceso son la base fundamental de la sentencia que pondrá fin al proceso. La prueba llega a constituirse en el soporte o médula de todo juicio que se desmorona cuando falla, en concordancia si no se prueba al imputado el delito del que se le acusa, pese a que surjan serias sospechas sobre su culpabilidad , no es posible condenarlo,

⁵ EUGENIO FLORIAN , “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , págs. 146,147 y 148, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990,

debe ser declarado inocente, porque la ley así lo prescribe, y esto se consagra en el principio del in dubio pro reo.

Las clasificaciones que sobre la prueba , nos muestra la doctrina son diversas, pero en relación al objeto de este trabajo, propiamente nos interesan las que a continuación mencionaremos.

1.3.2.1. PRUEBAS PROHIBIDAS

En un estado de Derecho, las autoridades encargadas de la represión delictiva, están en la obligación de respetar los derechos fundamentales de las personas , reconocidos en la Constitución Política del Estado y en las leyes, y ante el supuesto de que sea imprescindible la urgente necesidad de limitar algún derecho, se deben cumplir a cabalidad los procedimientos previstos en las leyes.

En este contexto nace la Teoría de la Prueba Prohibida, que se resulta ser la obtenida como resultado de la vulneración o infracción de los derechos fundamentales absolutos de las personas, y en el caso de los menos fundamentales, porque no se ha cumplido con los presupuestos establecidos, tal como resolución judicial motivada, necesidad, proporcionalidad, garantías y otros.

Aún cuando en principio no resulta sencillo efectuar una diferenciación exacta, siendo que al vulnerarse una norma jurídica común, lo más probable es que también se haya vulnerado el derecho fundamental, o bien resulte a la inversa.

La libertad probatoria, tiene una estrecha relación con la licitud de los elementos de convicción, y en consecuencia se dispone que carecerán de toda eficacia probatoria los actos realizados en vulneración de derechos y garantías consagrados en la ley fundamental, en las convenciones y tratados internacionales vigentes, y leyes de la república.

A pesar que en el Código de Procedimiento Penal se usa indistintamente los términos prueba ilícita y prohibida , en el fondo estos son conceptos distintos que no deben ser confundidos.

La *prueba prohibida* es toda aquella que vulnera algún derecho fundamental absoluto, por ejemplo siguiendo la doctrina que en esta materia existe, citemos: el derecho a la vida, la salud, a no autoincriminarse penalmente (confesión), y a la no intervención telefónica, estos vienen a constituirse en supuesto que por excelencia son considerados de manera general como prueba prohibida y es conveniente referirnos a cada uno de ellos.

➤ *Derecho a la vida y a la salud*

El art 7 de la Constitución Política del Estado dentro de los derechos fundamentales señala en primer lugar el derecho a la vida y a la salud, y en este caso ambos derechos deben

prevalecer frente a cualquier proceso de investigación, y ante la utilización de cualquier medio probatorio. La autoridad judicial esta en la obligación de garantizar que la vida y salud física y mental del imputado frente a la investigación de carácter penal.

Todos los medios que vulneren la autodeterminación de la persona deben ser rechazados, dado que constituyen una verdadera y frontal infracción a lo dispuesto por las leyes.

El fundamento de esta obligación halla asidero en el texto del art. 12 de la Constitución Política del Estado, que expresamente prohíbe toda especie de torturas, coacciones, exacciones, o cualquier forma de violencia física o moral.

➤ *No autoincriminarse penalmente*

La Constitución Política del Estado en su art. 14 y el nuevo Código Procesal Penal , regulan que nadie puede declarar contra sí mismo en materia penal, o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo al cómputo civil. La confesión en consecuencia ha dejado de tener valor probatorio.

Moreno Catena sostiene que “ el imputado ha sido en el modelo procesal nacido de la Revolución Francesa el gran protagonista, pues en torno a su papel en el proceso se ha ido construyendo el actual modelo punitivo , que permite imponer sanciones penales con la

menor ingerencia en la esfera de los derechos fundamentales del imputado, y cuando resulta imprescindible, rodeando la intromisión de todas las garantías”.⁶

El nuevo Código de Procedimiento Penal en su art. 83 y 84 dispone que “toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurara de que el imputado conozca los derechos que la Constitución, las convenciones y tratados internacionales vigentes y este código le reconocen (...) desde el inicio de su captura tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor.”

Sin embargo a pesar de lo expuesto líneas arriba, no llegamos a comprender lo dispuesto en el art. 100 del mismo cuerpo legal, cuando dice : “no se podra fundar ninguna decisión contra el imputado si en la recepción de su declaración no se observaron las normas establecidas en el presente capítulo”.

El proceso penal oral y público, constituye ante todo un resguardo y tutela de las garantías de la persona, es por ello que desde que se le dirige la imputación tiene derecho a conocer la forma inmediata y detallada su contenido y ante este , ejercer los derechos que en su favor se hallan establecidos.

Hoy en día la declaración del imputado solo será considerada siempre y cuando le favorezca a su defensa, puesto que la declaración del imputado en el juicio oral y público

⁶ MORENO CATENA VICTOR y otros “DERECHO PROCESAL PENAL”, pág. 181, Editorial Mundo, Madrid - España 1996.

no es propiamente un verdadero interrogatorio, mucho menos es un interrogatorio incriminatorio como en el antiguo procedimiento penal, sino que plenamente se constituye en un medio de defensa, así lo dispone el art. 95 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Además el art. 93 del cuerpo legal citado, dispone que en ningún caso se exigirá juramento al imputado, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o instigarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos tendientes a obtener su confesión.

De igual modo de conformidad a los artículos 92 y 93 la Policía solo podrá interrogar al imputado con la presencia del fiscal y su abogado defensor, excepto para constatar su identidad. La declaración del imputado en cede policial que contenga una confesión del delito será nula y no podrá ser utilizada en el proceso.

Es por ello que la prohibición de declarar contra sí mismo en materia penal se ha convertido en un derecho fundamental absoluto, de lo contrario nos encontraríamos frente a una prueba prohibida.

➤ La no intervención telefónica

El art. 20 in fine de la Constitución Política del Estado, establece el carácter absoluto de la no intervención telefónica, es por ello que ni la autoridad pública, ni persona ni

organismo alguno podrán interceptar, conversaciones y comunicaciones privadas, mediante instalación que las controle o centralice.

Otras legislaciones autorizan la intervención telefónica, y es el juez quien dispone que la misma se efectivice.

En este sentido el Código de Procedimiento Penal dispone en su art. 172, "...carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y tratados internacionales vigentes, este código y otras leyes de la república, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito. Tampoco tendrán eficacia probatoria, los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este Código . . .".

Ante esta circunstancia la posición adoptada señala que es imposible admitir en el proceso penal, la prueba obtenida vulnerando derechos y libertades fundamentales de los individuos.

Los otros derechos que hemos llamado menos fundamentales, como por ejemplo – de conformidad a la doctrina – el derecho a la privacidad, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad, el domicilio y otros, siempre que no hayan sido limitados como consecuencia del pronunciamiento judicial motivado de autoridad jurisdiccional competente, en cumplimiento de los presupuestos legales preestablecido, constituirían de igual manera prueba prohibida.

Entre ambas pruebas, es comunmente aplicable la doctrina relativa a la teoría del fruto del árbol envenenado, ya que, ante la investigación de un delito, es menester que el investigador, con el fin de obtener la prueba, actúe de manera idónea, de tal manera, que el delito no resulte en medio para obtener la prueba del delito que es lícitamente perseguido. En este supuesto la principal consecuencia que provoca la obtención de la prueba prohibida es su no utilización a los efectos de fundamentar una sentencia.

1.3.2.2. PRUEBAS ILÍCITAS

La prueba ilícita sancionada con la ineficacia probatoria es aquella que infringe cualquier ley o disposición legal, y se halla regulada en el art. 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal. La prueba ilícita al infringir la ley es sancionada con la ineficacia probatoria, en consecuencia carece de todo valor probatorio por haber sido originada, fruto de un procedimiento o medio ilícito. Así lo dispone el art. 171 y 172 del Código de Procedimiento Penal.

“Las actividades procesales concernientes a la prueba se desdoblán en cuatro momentos.

Las pruebas son :

- a) propuestas (indicadas o requeridas);
- b) Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad);
- c) Producidas (introducidas en el proceso);
- d) Apreciadas (valoradas por el juez).

El problema de las pruebas ilícitas, así delimitado, está circunscrito a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio; por otro lado, no concierne al problema del contenido y de la veracidad de la prueba, el cual se proyecta al ámbito de su valoración.

El tema ofrece dos aspectos distintos uno de derecho sustancial, y otro de derecho procesal. El primero concierne a la constatación del acto ilícito; el segundo relativo a la admisibilidad y, en la hipótesis de su introducción en el proceso, a la utilización de la prueba ilícita (...). 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 el concepto de la 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 la

tendencia, que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en caso de gravedad excepcional”.⁷

A diferencia de la prueba prohibida que busca proteger los derechos fundamentales, la prueba ilícita pretende salvaguardar todos los demás derechos reconocidos por nuestro ordenamiento legal, la prueba ilícita no tiene límites, el ámbito de la prueba ilícita comprende además los supuestos previstos en las convenciones y tratados internacionales vigentes. El Código de Procedimiento Penal en su art. 172 señala: “carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito.

Tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este Código ”.

Los supuestos en que se puede hablar de prueba ilícita son múltiples y variados, con el objeto de aclarar cuando un medio de prueba genera una prueba ilícita citemos el siguiente ejemplo:

- La Constitución Política del Estado en su art. 20 establece que son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los

⁷ ADA PELLEGRINI GRINOVER Profesora Titular de Proceso Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo Brasil “PRUEBAS ILÍCITAS” Revista de Ciencias Penales, Traducido del Portugués por Elpidio Ramón Monzón.

casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente.

- En el Código de Procedimiento Penal , art. 190 el juez, siempre que sea útil y pertinente para la averiguación de la verdad , ordenará mediante resolución fundada la incautación de correspondencia, documentos y papeles privados y públicos, caso contrario se aplicará la nulidad.

Cualquier intervención esta condicionada, habida cuenta de que se atenta contra un derecho fundamental, en este caso el de privacidad, a que se proceda sobre la base de orden escrita y motivada – fundamentada- de autoridad competente; sin embargo , si por ejemplo la orden para interceptar la correspondencia emana de un fiscal o de la policía, y en relación a la motivación o fundamentación nos encontraríamos frente a una prueba ilícita, y el órgano jurisdiccional (juez o tribunal de sentencia) estaría en la obligación de rechazarla.

1.3.2.3. PRUEBA LEGAL

“La conforme con cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes adjetivas. Aquella cuya eficacia o resultado se halla establecido en la ley; así en las presunciones “juris et de jure”, la que debe apreciarse del modo estrictamente señalado o prueba tasada.

La legal se identifica con la prueba nominada y se contrapone , claro es, a la prueba ilegal, casi invariablemente frustrada”⁸.

Entonces la prueba legal es aquella en la cual la ley señala por anticipado el grado de eficacia que se le debe atribuir al determinado medio probatorio, esto de conformidad al nuevo Código de Procedimiento Penal. En este caso el grado de eficacia al ser asignado por la ley es el que prevalece, ante cualquier otro.

1.3.2.4. PRUEBA ILEGAL

“La no admitida por la legislación en cuanto a los hechos; como la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales. La que no se permite en determinadas circunstancias; como la testifical para contratos de elevada cuantía”⁹

La prueba ilegal o no legal es aquella no admitida a los hechos de una investigación. No están admitidas dentro del ordenamiento jurídico procesal penal, por ende carecen de valor a momento de ser consideradas por la autoridad jurisdiccional.

1.3.2.5. TEORÍAS VALORATIVAS DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA.

⁸ CABANELLAS GUILLERMO, “ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL “, pág. 502, Editorial Heliasta, 14ª Edición , Tomo IV , Buenos Aires – Argentina , 1979.

⁹ CABANELLAS GUILLERMO, “ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL “, pág. 501, .Editorial Heliasta, 14ª Edición , Tomo IV Buenos Aires – Argentina , 1979.

TEORÍA DIRECTA

La teoría directa significa que la prohibición de valoración a de circunscribir sus efectos al acto de prueba , que causó la violación del derecho fundamental, cuyo resultado nunca podrá ser valorado por el tribunal pero nada impide que el acusado sea condenado en base a otra actividad probatoria. Actualmente tampoco se podría condenar en base simplemente, a la confesión, pero nada impediría , según la teoría directa, que mediante el procedimiento prohibido de la confesión o derivado de ella la policía encuentre otros medios probatorios contra el imputado y sea declarado culpable.

TEORÍA INDIRECTA O REFLEJA

La teoría indirecta o refleja , de origen norteamericano, más conocida como la doctrina del “fruto del árbol envenenado”, extiende la prohibición no solo a la prueba inconstitucional sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella, esta teoría amplía los efectos de la prohibición a todas aquellas pruebas que no hubieren podido nunca ser practicadas de conocerse el resultado de la prueba vulneradora del derecho fundamental.

La teoría del fruto del árbol envenenado sostiene que cuando se allana arbitrariamente un domicilio , por ejemplo, ningún otro medio probatorio , bajo este procedimiento ilegal puede servir para fundamentar una sentencia condenatoria.¹⁰

¹⁰ GI MENO SENDRA VICENTE “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL “,pág. 386.,Editorial Ocorre, Valencia 1993.

El Código de Procedimiento Penal recoge la teoría del fruto del árbol envenenado, al especificar que carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagrados en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito y tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este Código(arts. 171 y 172).

1.3.2.6 LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES.

A momento de obtener y producir la prueba deben cumplirse formalidades tendientes a resguardar garantías constitucionales y procesales, siendo así la prueba obtenida en vulneración de estas formalidades legales, y la derivada de la principal, ante la ilegalidad e irregularidad en su obtención, son excluidas del proceso penal y no constituyen fundamento de una sentencia.

Constituyen excepciones a la Teoría de los frutos del árbol envenenado las siguientes:

1º Método de inevitable comprobación por curso causal independiente, es un método para ver que pruebas se excluyen y cuales no, así no son frutos del árbol envenenado aquellas

derivadas de medios probatorios que inevitablemente se hubieren obtenido de realizarse actividades probatorias lícitas.

2° La segunda excepción es que el agente que incurrió en la ilegalidad o irregularidad hubiere obrado de buena fe.

3° Que la prueba no haya podido permanecer oculta, es decir que de cualquier otra forma se la hubiera podido descubrir

4° Método de la teoría de los frutos ilegales o aquellas pruebas teñidas por la ilicitud , donde no se excluye la prueba cuando hubiere sido obtenida por medios que no sean sustancialmente separables de la violación causal.

5° Método de la Supresión Mental Hipotética, donde lo que se debe suprimir es la violación inicial , y si suprimida esta las otras desaparecen , se excluye la prueba, pero si suprimida esta las otras subsisten no se excluye esta prueba del proceso penal.

1.4. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria en el procedimiento penal esta regulada , de manera tal que solo se admitirán los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, legítimos y útiles.

Lógica consecuencia de lo anterior, todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley.

La actividad probatoria es entendida como “ la actividad dirigida a buscar, proporcionar, introducir y utilizar objetos y órganos de prueba (...) la actividad probatoria sirve para muchos fines, se expande en varias direcciones y por lo mismo sus manifestaciones son diversas y complejas(...) puede decirse que la actividad de prueba se desarrolla en tres sentidos fundamentales :

- a) Actividad de obtención de la prueba, con el material probatorio se busca, se investiga, se recoge y se consigna en el proceso;
- b) Actividad de aseguramiento de la prueba, es decir, la actividad enderezada a garantizar la posesión y la incolumidad de ciertos objetos de prueba, que cobran peligro de perderse o alterarse, o de ser adulterado o deteriorados o para salvar el aporte de ciertos órganos de prueba, respecto de los cuales se teme que puedan perderse para el proceso;
- c) Actividad de coerción en orden a la prueba, cuando se haga necesario obtener, por medio de la fuerza, que sean aportados al proceso ciertos objetos de prueba o que intervengan en el determinados órganos de prueba.”¹¹

En el proceso penal intervienen e interactúan muchas personas, que asumen distintas calidades es por ello que debe precisarse que la actividad de la prueba no es privativa del

¹¹ EUGENIO FLORIAN, “DE LAS PRUEBAS PENALES” . DE LA PRUEBA EN GENERAL, págs. 261,262 y 263, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990,

juez sino que por el contrario corresponde a las partes su introducción y en algunos casos adquisición en el desarrollo del proceso.

“La actividad procesal dirigida a preparar y desarrollar la prueba y sus diferentes elementos y considerándola en todo su curso desde el primer impulso hasta la adquisición definitiva de ella, se resume en las manifestaciones siguientes:

- a) Indicación de la prueba,
- b) Averiguación efectiva (búsqueda material),
- d) Presentación de la prueba,
- e) Admisión de la prueba
- f) Aprehensión o adquisición de la prueba.”¹².

1.4.1. LA CARGA DE LA PRUEBA

“La llamada carga de la prueba que consiste en que es deber peculiar y exclusivo de cada una de las partes indicar el hecho que se ha de probar y suministrar la prueba de ese hecho, afirmado por cada una, vale decir que la prueba de un hecho es asunto de la parte que lo afirma. En resumen se trata de ver a quien le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa”¹³

¹² EUGENIO FLORIAN , “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , págs. 275, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990,

¹³ EUGENIO FLORIAN , “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , pág. 145, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá – Colombia, 1990.

El concepto de carga de la prueba en lo concerniente al deber de las partes de suministrar la prueba del hecho, se debe aclarar que en el proceso penal no tiene cabida una repartición formal y tajante de la carga de la prueba, pues no hay propiamente carga en sentido de obligación de las partes intervinientes en el proceso, ni el acusador, ni la contraparte tienen el deber de presentar y alegar prueba sea de la acusación o bien de la defensa, hablando con exactitud “ el proceso penal se manifiesta y se desarrolla totalmente siguiendo un esfuerzo para la comprobación de algunos hechos y las pruebas se hacen por ello necesarias, existe sin duda una carga de la prueba pero no impuesta por la ley, como que es una carga de la prueba que surge de la naturaleza misma de las cosas, de la experiencia de los hechos humanos y de los mandatos de la sicología judicial”.¹⁴

1.5. LOS MEDIOS DE PRUEBA

“Ordinariamente se considera medio de prueba todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez, en suma, el medio de prueba es un medio de conocimiento”.¹⁵

Según Glaser citado por Florian lo define diciendo que es todo medio que puede conseguir el fin de dar al juez la certeza de la existencia o inexistencia de algún hecho. De lo anterior

¹⁴ EUGENIO FLORIAN, “DE LAS PRUEBAS PENALES”, DE LA PRUEBA EN GENERAL, pág. 145, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá – Colombia, 1990.

¹⁵ EUGENIO FLORIAN, “DE LAS PRUEBAS PENALES”, DE LA PRUEBA EN GENERAL, pág. 169, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá – Colombia, 1990.

parecería desprenderse que el objeto de la prueba se circunscribe únicamente al juez, sin embargo es imprescindible que la prueba debe manifestarse no solo al juez sino fundamentalmente a los sujetos procesales.

Ahora bien no se debe confundir el objeto de prueba con el medio de prueba, estos son conceptos diferentes. Cuando nos referimos a los medios de prueba propiamente respondemos la pregunta acerca de cómo aparece y se manifiesta el objeto de prueba en el proceso y de cómo llega al conocimiento del juez y los demás sujetos procesales, es decir como se verifica la introducción del objeto de prueba en el proceso.

En síntesis medio de prueba es entendido como un conjunto de “diversos elementos , que autorizados por ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio”.¹⁶

En el procedimiento penal debido a la necesidad de la investigación, se han ampliado los medios probatorios, esto, según la comparación que hace la doctrina con el procedimiento civil, además al proceso penal ingresan medios de prueba que en algunos casos se ven restringidos o cuya importancia resulta menor en el proceso civil.

Tampoco debe confundirse los hechos que se prueba con los medios de prueba. Los hechos que se prueban son todos los hechos que pueden constituir prueba , esto es los indicios, las

¹⁶ EUGENIO FLORIAN , “DE LAS PRUEBAS PENALES” , DE LA PRUEBA EN GENERAL , pág. 371, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990.

presunciones, las declaraciones, los conceptos o dictámenes , las circunstancias indicativas, los informes, en fin, todos los documentos y las revelaciones útiles para establecer la verdad del hecho incriminado , los medios de prueba son más bien, los instrumentos a través de los cuales los hechos llegan al juez. (Faustin Hélie citado por. E.Florian)

Es menester precisar que los indicios no son medios de prueba, el indicio es un hecho, no un medio de prueba, sin embargo tiene importancia reconocida en tanto se refiere a la prueba. Porque el hecho que es un indicio siempre sera objeto de prueba, es por ello que se suele distinguir en el indicio una menor y con el transcurrir del tiempo cada vez más disminuida fuerza probatoria.

DISTINCIÓN ENTRE OBJETO Y MEDIOS DE PRUEBA

Objeto de prueba es el hecho o circunstancia material sobre la cual recae la prueba, lo que se puede o debe probar (ejem. Lo que el testigo esta declarando).

Y medio de prueba es el acto procesal destinado a introducir en el proceso penal los elementos de convicción (ejem. la declaración de un testigo es un medio de prueba).

1.5.1. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Las clasificaciones se encuentran por lo general en autores menos recientes, ya que los autores modernos prescinden de ellas por considerarlas innecesarias.

“En consecuencia nos parece conveniente orientarnos por un criterio distinto para clasificar las pruebas basado en cuanto sea posible en un significado sustancial (...) Por consiguiente, la única distinción verdadera y fundamental es esta, medio de prueba en virtud de los cuales el juez adquiere el conocimiento el objeto de prueba por sí mismo, directamente sin la ayuda de otras personas; medios de prueba en virtud de los cuales el conocimiento del objeto de prueba llega al juez a través de personas distintas, que han percibido, conocido ese objeto antes o sin la ayuda de aquel. En otras palabras, medios de prueba que emanan del juez y medios de prueba que emanan de personas distintas del juez (órganos de prueba)”¹⁷.

Por otro lado, los medios de prueba que prevé el Nuevo Código de Procedimiento Penal para la determinación de las circunstancias del hecho, la culpabilidad y la pena del imputado son la prueba testifical, la prueba pericial, la inspección ocular y reconstrucción, la prueba documental y otros medios probatorios cuya incorporación al proceso se sujetará a un medio análogo de prueba expresamente previsto por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

1.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Probar la verdad es el método de averiguación del proceso penal asignándole la averiguación del hecho.

¹⁷ EUGENIO FLORIAN, “DE LAS PRUEBAS PENALES”, DE LA PRUEBA EN GENERAL, pág. 146, Editorial TEMIS, 3ª Edición, Bogotá - Colombia, 1990,

La actividad probatoria es la actuación procesal que se lleva a cabo para la comprobación del hecho, el objeto de la prueba es el elemento material que sirve de elemento material para la comprobación de la verdad a través de los medios de prueba, por ejemplo la declaración indagatoria es el medio de prueba en un sistema inquisitivo, y el objeto de prueba es lo que dice la prueba. El llamado anticipo jurisdiccional de prueba es una excepción.

La valoración probatoria es el análisis que realiza el juez para obtener el valor que merece la prueba recogida en el proceso penal, y la demostración que en base a esta prueba opera acerca de la existencia o inexistencia de determinado hecho, y ante la comprobación fehaciente de su existencia la eventual aplicación de la norma jurídica penal.

El momento culminante de la actividad probatoria se concreta en la valoración, con esta se determina si la prueba obtuvo o no la finalidad de buscar la verdad, sobre el acontecimiento que interesa en el proceso penal.

El juez o tribunal es quien tiene la función de valoración a su cargo, y esta devendrá en una resolución, que ante todo debe ser motivada o fundamentada, porque la determinación del valor de la prueba recolectada que surtirá efectos jurídicos, únicamente corresponde al juez competente, quien mediante una operación mental otorgará el valor que considere adecuada a determinada prueba con la finalidad de establecer, cuales son los elementos probatorios a su disposición y en base de ellos dictar su resolución.

La valoración probatoria ha evolucionado paralelamente con el desarrollo histórico del proceso, la doctrina a encontrado paralelo en el desarrollo de los sistemas procesales, así se puede considerar que existen tres sistemas perfectamente diferenciables , el de la tarifa legal o prueba tasada, el de la libre convicción y el de la sana crítica o persuasión racional.

Hernando Devis Echandía hace “un prolijo estudio de los dos sistemas , vale decir el de la tarifa legal o prueba tasada y el de la libre apreciación de la prueba. Señala que como ventajas del sistema de tarifa legal se han mencionado las siguientes, proporciona mayor confianza en la justicia al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley y las libra de toda sospecha de arbitrariedad, suple la ignorancia o falta de experiencia de los jueces con reglas aportadas como resultado de la enseñanza de la experiencia, la lógica y la sicología, orienta sabiamente al juez en la averiguación de la verdad, evitando la sobrestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso y permite la uniformidad de las sentencias en cuanto a la apreciación de las primeras. Cualquier juez guiado por la ley , llega a la misma conclusión (. . .) expone como desventajas del sistema que mecaniza o automatiza la función de los jueces en tan importante aspecto del proceso como es la valoración, quitándoles personalidad e impidiéndoles formar un criterio personal (. . .) En la libre apreciación no se exime de la exigencia de algunas formalidades para la validez de la prueba , ni es incompatible con el señalamiento por la ley de los medios de prueba. Lo libre es la

valoración. La producción de la prueba debe ser regulada , ello constituye garantía de defensa”¹⁸

“¿Cuáles son las reglas de la sana crítica? Y la verdad es que no hay una respuesta concreta, los doctrinarios siempre la conciben como apreciación razonada de la prueba (...) y coinciden en señalar que el sistema se fundamenta en la valoración de la prueba acudiendo a la lógica, la experiencia y la psicología”.¹⁹

En consecuencia con la valoración de la prueba, el juez o tribunal fundamenta como llega a la convicción sobre los hechos. Deben valorarse todas las pruebas con una fundamentación racional y concluyente, explicando las razones por las cuales algunos hechos han sido acreditados – en cuanto a su existencia – y otros no.

De conformidad al art. 173 del Código de Procedimiento penal, a momento de valorar las pruebas , el juez o tribunal debe asignar determinado valor a cada uno de los elementos de prueba, resultado de ello debe existir un equilibrio entre la valoración de la prueba y la resolución dictada.

En nuestro sistema se ha consolidado la aplicación del sistema de la sana crítica y la autoridad jurisdiccional debe respetar: los conocimientos de las ciencias, las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, por ello el juez debe valorar las pruebas

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO “TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL” págs. 84 – 109, 4TA Edición, Buenos Aires – Argentina ,1976.

¹⁹ SENTIS MELENDO , SANTIAGO, “ LA PRUEBA - LOS GRANDES TEMAS DEL DERECHO PROBATORIO”, pág. 251, Ediciones Jurídicas Europa – América ,Buenos Aires Argentina , 1979,

fundamentando las razones por las cuales se les otorga o en su caso no se les reconoce eficacia probatoria, el fundamento debe ser claro, consecuente y libre de contradicciones.

La valoración de la prueba debe ser objetiva, caso contrario se vulneraría el principio del *in dubio pro reo*.

Siempre debe tenerse presente que con la valoración de la prueba, el juez o tribunal fundamenta como llega a la convicción sobre los hechos, por ello debe valorarse todas las pruebas con una fundamentación racional y concluyente, explicando especialmente las razones por las cuales de algunos hechos se ha convencido y de otros no. Para asignar el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba debe aplicarse estrictamente las reglas de la sana crítica. La valorización no puede realizarse arbitrariamente el juez o tribunal tiene que respetar el conocimiento de las ciencias, las reglas de la lógica, y las reglas e la experiencia de la vida cotidiana, por que el juez o tribunal a momento de decidir debe estar convencido no debe tener dudas. Si existieran dudas debe revisar si puede superarlas y formarse una conciencia de los hechos, de lo contrario se aplica el *in dubio pro reo*, porque el juez o tribunal solamente tomara en consideración hechos que considere veraces, fundamentando la valoración de la prueba con argumentos claros, consecuentes y libres de contradicciones.

La valoración de la prueba debe ser objetiva, independientemente que se trate de un proceso para llegar a la convicción individual, caso contrario se viola el principio del *in dubio pro reo*.

En conclusión el criterio objetivo de la valoración de la prueba controla el proceso de formación de la convicción.

1.6.1. VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS EN LA FISCALÍA Y LAS DILIGENCIA POLICIALES.

La regla general es que solo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo con plena virtualidad probatoria. Solo las diligencias practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal requieran, siempre y cuando sean reproducidas en el debate y permitan a la defensa someterlas a contradicción, son válidas a efectos probatorios.

La doctrina sobre el valor probatorio de las diligencias , nos dice, que cuando dichas diligencias sean reproducidas en el debate, en condiciones que permitan la defensa del acusado y en vigencia del principio de contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la cual el órgano jurisdiccional forme convicción, y constituyen medios de prueba válidos. Sin embargo es imprescindible que la diligencia cuya reproducción se pretende en el juicio oral, haya sido practicada con posibilidad de contradicción de las partes, si existe ausencia de contradicción entre las partes intervinientes en el proceso, como resultado de haberseles privado a una o ambas de tal garantía , dicha diligencia por su sola lectura carece plenamente de validez probatoria.

El cumplimiento de las garantías requeridas para dar eficacia probatoria a las diligencias de investigación en la actividad probatoria , solo puede ser resultado del apego a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, y en este campo el control de cumplimiento deviene en principal, a momento de considerar si se debe o no asignar valor probatorio en el juicio oral a las diligencias.

Las diligencias practicadas en la fiscalía , fuera de lo previsto por el ordenamiento jurídico, no tienen el carácter de autenticidad que como condición sine qua non se exige, lo que impide otorgarles valor probatorio alguno. La carencia de autenticidad deriva del hecho de que la investigación policial no fue practicada con arreglo a las previsiones legales. Para que las diligencias practicadas en la fiscalía adquieran valor probatorio es preciso que las mismas además de haber sido efectuadas sin vulnerar ni derechos ni garantías, sean ratificadas en el juicio oral.

En nuestro sistema legal no existe ninguna posibilidad de que las diligencias practicadas por la fiscalía puedan tener algún valor probatorio ya que por disposición del art. 280 del Código de Procedimiento Penal las diligencias no tendrán valor probatorio por sí mismas para fundar la condena el acusado. Además el art. 279 del mismo cuerpo legal establece de manera taxativa que los fiscales no podrán realizar actos jurisdiccionales, ni los jueces podran realizar actos de investigación que comprometan su imparcialidad.

Las diligencias de policía judicial que convierten al imputado en objeto probatorio, vulnerando así sus derechos, pueden constituir prueba ilícita o prohibida. El comportamiento policial contradice el hecho de que hoy en día el imputado ya no es objeto de prueba, como lo fue en el sistema inquisitivo, sino un sujeto con derechos y deberes. Es por ello que en la elaboración de las diligencias de Policía judicial se olvidan, se podría decir, deliberadamente que la persona por el solo hecho de ser tal tiene derechos fundamentales que deben ser respetados, e incluso actúan contradiciendo lo dispuesto por el ordenamiento legal.

En su art. 92 el Código de Procedimiento Penal exige, que al imputado se le debe advertir que puede abstenerse de declarar, y de que esa decisión no puede ser utilizada en su perjuicio.

1.7. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Las garantías constitucionales son consideradas el soporte de la seguridad jurídica de los ciudadanos, la doctrina la define en un sentido amplio como el “conjunto de seguridades jurídico institucionales deparadas al hombre por el Estado”.²⁰

En todas las legislaciones se ha considerado necesario garantizar , en la Constitución Política del Estado, los principios fundamentales que deben cumplirse en ejercicio del

²⁰ BIDART CAMPOS GERMÁN, “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO”, pág. 236 y sig. Editorial Ediar, 3ra. Edición, Tomo I, Buenos Aires – Argentina , 1995.

poder estatal, consagrando derechos y garantía, que constituyen la parte dogmática de la Constitución, y define con exactitud la situación política del hombre en el Estado, “Desde entonces las constituciones que han adoptado este lineamiento resuelven aquel status de los hombres mediante un reconocimiento de sus derechos en el orden normativo, que da contenido a la parte dogmática con la declaración, bill, o catálogo de derechos individuales”.²¹

Las garantías constitucionales y legales son los límites que una sociedad democrática impone al Estado en el uso del poder penal, estas no se agotan en su enunciación o formulación, tienen una serie de manifestaciones y consecuencias que a todas luces se evidencian en la práctica, éstas constituyen una especie de rompecabezas en el que cada una de las garantías se constituyen en una pieza clave que integra y complementa el escudo protector que tiene todo ciudadano para evitar que el uso del poder penal degenera en abuso del poder penal y así combatir la delincuencia pero sin dejar de lado el respeto por los derechos humanos fundamentales.

1.8. GARANTÍA Y DERECHO

Son diferentes los términos “garantía” y “derecho”, se entiende a la garantía como el medio, límite al ejercicio del poder o procedimiento, para preservar al derecho. Los

²¹ BIDART CAMPOS GERMÁN, “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO”, pág. 320, Editorial Ediar, 3ra. Edición, Tomo I, Buenos Aires – Argentina, 1995.

constitucionalistas distinguen semánticamente entre ambos términos y observan diferentes propiedades jurídicas según la distinción. Los derechos se poseen frente a todos que deben abstenerse de violarlos , y su titular los puede ejercitar frente al Estado y ante los demás hombres, en cambio las garantías solo dan origen a pretensiones , que el hombre puede hacer valer exclusivamente frente al Estado sin embargo existe una estrecha correlación entre derechos y garantías.

1.9. CONSIDERACIONES GENERALES

Siendo el poder de persecución penal la forma más radical y dura en que se materializa el poder estatal, la doctrina coincide en afirmar que el respeto a las garantías constitucionales es el fundamento esencial del derecho procesal penal y también una exigencia del ordenamiento de los Derechos Humanos. Es por ello que el sistema penal debe responder a la normativa constitucional, y así se asegurará la vigencia de las garantías.

Se afirma que la administración de justicia penal en un país es el indicador que determina la vigencia del Estado de Derecho, esto se fundamenta en que las violaciones a las garantías reconocidas constitucionalmente y en consecuencia a los derechos fundamentales, se han canalizado a lo largo de la historia principalmente por medio de normas e instituciones penales.

Las garantías constitucionales son fácilmente numerables, no deben ser consideradas aisladamente sino como un sistema, un conjunto coordinado y necesariamente correlacionado.

A continuación se desarrolla el contenido de las que tienen relación más directa con las características del sistema penal y en particular con el ejercicio de la acción penal.

1.9.1. LA GARANTÍA DE IGUALDAD

El art. 6 de la Constitución Política del Estado reconoce este principio de la garantía de igualdad o equilibrio de condiciones señalando que “todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes, goza de los derechos , libertades y garantías reconocidos por esta Constitución sin distinción...”.

En virtud de esta garantía y también el contradictorio , consecuencia de la garantía de defensa en el juicio el acusador y el acusado se enfrentan , a la manera de un proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto, de tal manera que las facultades que se otorgan a uno y otro deben ser similares , las que se otorgan a uno deben ser el reflejo de las que se otorgan al otro.

1.9.2. LA GARANTÍA DE INOCENCIA

La presunción de inocencia emerge directamente de la necesidad del juicio previo. Por ello, la doctrina afirma que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso.

Su estado sólo puede cambiar en virtud del acto jurisdiccional que pone término a la actividad estatal” o que “los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme aun cuando con respecto a ellos se haya abierto un causa penal.”²²

El principio de inocencia o de no - culpabilidad está previsto en el art. 16 de nuestra Constitución Política del Estado: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”.

Como deducción ineludible del principio se desprenden otras consecuencias como que : el imputado no tiene que probar su inocencia , hasta el momento de la sentencia condenatoria no podrá sufrir consecuencias penales, salvo algunas restricciones que como tales deben estar muy circunscritas y acotadas en su campo de acción.

El principio de inocencia obra como presunción de credibilidad , lo que significa que el imputado no debe probarla , es al órgano de persecución penal al que le corresponde averiguar toda la información para aproximarse a la verdad histórica y probar su acusación. Para destruir el estado de inocencia a favor del imputado es necesario constituir una certeza de culpabilidad , lo que obliga al juez a condenar solo cuando tenga absoluta certeza de la culpabilidad del imputado, caso contrario permanece la situación de inocencia, dado que el

²² VELEZ MARICONDE ALFREDO, “DERECHO PROCESAL PENAL”, pág. 39 y 40, Editorial Marcos – Lerner, Editora Córdoba, 3ª Edición, Tomo II , Córdoba – Argentina, 1986.

imputado tiene en su favor el principio del in dubio pro reo, donde la menor duda amerita la absolución.

La presunción de inocencia en la práctica se refleja en :

- Derecho a ser tratado como inocente desde el primer acto del procedimiento
- Sólo la sentencia ejecutoriada es idónea para establecer la culpabilidad
- El imputado no tiene que construir su inocencia

Como consecuencia de ello, la construcción de la culpabilidad corresponde al acusador, sea el Ministerio Público en delitos de acción pública o bien en delitos de acción privada a instancias del querellante. Teniendo siempre presente que la construcción de la culpabilidad requiere imprescindiblemente un grado de certeza.

1.9.3. LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO

Una persona sometida a proceso constitucionalmente tiene derecho a defenderse, esta es la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio establecida en el art. 16 de la ley fundamental. Desde el momento de su detención o apresamiento, lo detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor.

Las consecuencias prácticas de un sistema de garantías que consagra la Inviolabilidad de la Defensa son básicamente:

- Facultad de intervenir en toda la actividad procesal,

- Derecho irrenunciable del imputado a contar con asistencia técnica – es decir los servicios de asesoría y orientación jurídica de un profesional abogado,
- Obligación del Estado de proporcionar abogado defensor, cuando el imputado no pudiere procurárselo por sus propios medios,
- Y tener siempre presente que la declaración del imputado, es esencialmente un medio defensivo.

Del texto constitucional se deriva que las manifestaciones del derecho de defensa son:

- Defensa Material.- Que reconoce a favor del imputado el derecho a defenderse por sí mismo y se manifiesta en el derecho a ser oído o el derecho a declarar en el proceso y
- Defensa Técnica.- Concebido como un derecho irrenunciable del imputado a ser asistido por un abogado defensor. Un abogado que por su conocimiento de las leyes acrecienta sus posibilidades de defensa.

“El derecho de defensa material se concreta primordialmente a través de lo que se conoce como el “derecho a ser oído” o el “derecho a declarar en el proceso”. La declaración del imputado, en consecuencia, es el momento particular del proceso penal en el cual se ejerce el derecho de defensa”²³

1.9.4. LA GARANTÍA DEL JUICIO PREVIO

²³BINDER ALBERTO, “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”, ,págs. 152 ,153 y 154 , Editorial Ad-hoc. Primera Edición, Buenos Aires -Argentina, 1993

Un principio esencial que rige la aplicación del poder penal estatal , que tiene una enorme importancia política e institucional es la garantía del juicio previo (“nulla poena sine iudicio”).

La condena que se imponga a cualquier persona tiene que ser necesariamente el resultado de un juicio previo, la doctrina ha interpretado que esta garantía se refiere a la existencia de una sentencia judicial de condena firme, para poder aplicar una pena a alguien, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea resultado de un juicio lógico expresado en una sentencia debidamente fundamentada.

“Juicio en esta línea argumental significa una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. En nuestro caso se trataría de la operación de subsunción de los hechos al derecho que hace el juez al dictar sentencia”.²⁴

La garantía del juicio previo ha sido consagrada en el art. 16 de la Constitución Política del Estado”...Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído juzgado previamente en proceso legal , ni la sufrirá sino ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente...”.

²⁴ BINDER ALBERTO, “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”, pág. 111. Editorial Ad-hoc. Primera Edición. Buenos Aires -Argentina, 1993.

Juicio con estas implicaciones se entiende como la operación lógica plasmada en una sentencia que ha realizado el juez, que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes, que se hace de un modo público.

“El juicio debe ser preparado y controlado. La preparación del juicio (investigación preliminar y procedimiento intermedio o control de la acusación), así como el control de la sentencia (sistema de recursos), conforman junto con el juicio, la totalidad del procedimiento (...) y carecería de sentido establece la garantía de juicio previo si él no cumpliera un ejemplo reflejo sobre el conjunto del proceso. Se puede decir entonces que los principios limitadores del juicio previo extienden su efectos a la totalidad del proceso”.²⁵

En síntesis la garantía del juicio previo exige la determinación legal previa un procedimiento legal que lo habilite y prepare, le procura los elementos para la decisión judicial respecto a la imputación deducida.

1.9.5. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

“En sentido genérico se entiende como debido proceso al conjunto de procedimiento legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse jurídicamente para que una ley, sentencia o resolución administrativa, que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida – aspecto adjetivo del debido proceso- y también para que se consagre

²⁵ BINDER ALBERTO. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”. .pág. 114, Editorial Ad-hoc, Primera Edición, Buenos Aires -Argentina, 1993.

una debida justicia , en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica, propuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate – aspecto sustantivo del debido proceso (...) la garantía consiste desde luego en la necesidad irrefragable de que un proceso legalmente definido preceda toda sanción (...) Claro está que la eficacia de la garantía depende de la ley de enjuiciamiento, la que debe inspirarse en el propósito de disciplinar el modo más apto para averiguar la verdad con el menor sacrificio de la libertad”²⁶

“El debido proceso significa que: a) Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley; b) ese procedimiento no puede ser cualquiera , sino que tiene que ser el “debido”; c) para que sea el debido tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso; d) Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído). En otras palabras se inserta aquí la plenitud del derecho de defensa.”²⁷

1.9.6. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD

La garantía de legalidad (no existe crimen ni pena sin ley previa) reconocida en la Constitución Política del Estado art. 16 establece que no se puede sancionar una acción si

²⁶ VELEZ MARICONDE ALFREDO ,“ DERECHO PROCESAL PENAL”, PÁG. 28, Editorial Marcos – Lerner, Editor Córdoba , Tercera Edición, Tomo II, Córdoba - Argentina, 1986.

²⁷ BIDART CAMPOS GERMÁN, “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTRUICIONAL ARGENTINO”, págs. 668 y 669, Editorial Ediar, 3ra. Edición, Tomo I, Buenos Aires – Argentina , 1995.

esta no ha sido considerada como reprochable anteriormente a ese acto. El fundamento de esta garantía es preservar la seguridad jurídica, evitando la arbitrariedad del juzgador.

Por último, la Constitución Política del Estado en su art. 14 establece como garantía al juez natural, disponiendo que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa...”.

Las garantías anteriormente analizadas tienden a mantener el proceso penal dentro del ámbito de racionalidad, de equilibrio de condiciones.

Un proceso penal fundado en ideas garantizadoras no solo se preocupa por proteger al individuo directamente de la posible arbitrariedad en la aplicación del poder penal del Estado, sino también procura proteger aquellos ámbitos directamente ligados con sus derechos y garantías fundamentales.

La efectiva vigencia de las garantías constitucionales implica no solamente su reconocimiento en normas sino la adopción de un sistema procesal penal que pueda cumplir con las exigencias de la Constitución, es decir la satisfacción de dos intereses: el interés social, la individualización del verdadero culpable de un hecho que vulnera los bienes fundamentales y hacer efectiva la responsabilidad del mismo; y el interés individual, en el sentido de respetar un procedimiento que determine las condiciones en que una persona puede ser sujeta a la coerción penal, habiéndole dado la oportunidad de defenderse en igualdad de condiciones.

1.9.7. LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA

La legalidad de la prueba implica que el proceso penal no está abierto indiscriminadamente al uso de la información, porque se debe tener siempre presente que la realización de la justicia penal a costa de la ilegalidad, del abuso de la autoridad y del desconocimiento de los límites constitucionales deslegitima la justicia, porque la justicia no puede ser beneficiaria de hechos ilícitos. Esta garantía limita el uso del poder penal en resguardo de los derechos fundamentales de las personas y en resguardo a la integridad de la administración de justicia.

Esta garantía contiene dos prohibiciones: 1) Es prohibido el uso de pruebas obtenidas ilícitamente y 2) Es prohibida la utilización de pruebas originadas en procedimientos ilícitos.

Lógica consecuencia de esta garantía, el procesado es un sujeto procesal incoercible, está prohibido influir de cualquier modo en él, para obtener prueba en su contra, está prohibido exigirle descargos para acreditar su inocencia o menor responsabilidad. Además toda información que se obtenga mediante tortura es inválida para el proceso penal y por último, no es posible buscar información en el domicilio del imputado sino media una autorización expresa y debidamente fundamentada del juez, es decir formal, precisa y circunstanciada en tiempo y espacio, de lo contrario la prueba que se recoja de un domicilio sin cumplir con los requisitos descritos es prueba ilícita, del mismo modo

cualquier información que se obtenga a través de la interceptación de las comunicaciones es prueba ilícita, ya que en la Constitución Política del Estado se consagra una prohibición absoluta con relación a este tema.

1.9.8. SISTEMA ACUSATORIO

El sistema acusatorio corresponde a una concepción privada del Derecho Penal, dado que el proceso penal se sustentaba únicamente a instancia de parte interesada y para iniciar cualquier proceso debía existir necesariamente una acusación, el sistema tiene por base el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin que otro sostenga contra él una acusación ante las autoridades competentes, este es el llamado principio acusatorio o *nemo iudex sine actore*. “Las características principales de este sistema son ante todo, la plena publicidad de todo el procedimiento, la libertad del acusado hasta el pronunciamiento de la condena, la paridad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado, la pasividad del juez en la búsqueda de las pruebas, tanto de cargo como de descargo, la continuidad del procedimiento y síntesis en todo el procedimiento”.²⁸

El hecho de que el sistema acusatorio permita una controversia entre partes permite un mejor equilibrio de condiciones y en consonancia con este postulado, se garantiza al ciudadano acusado de un delito, defenderse por sí o con la ayuda de un defensor técnico y tener las mismas ventajas procesales que su acusador (proponer pruebas, interrogar

²⁸ CARRARA FRANCESCO, “PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL”, Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, pág. 298 y 299, Editorial Temis, Quinta Edición, Volumen II, Bogotá – Colombia, 1988.

testigos , contestar, acusaciones, etc.) de este modo también se respeta la garantía del debido proceso.

CAPITULO II

2.1. ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA EN BOLIVIA

- Ley No 1489 de 16 -04-93 LEY DE EXPORTACIONES
- D.S. No 25157 de 04-09-98 SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS
- D.S. No 24744 de 31-07-97 MODIFICA DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS REGIMENES ADUANEROS DE IMPORTACION E INTERNACION TEMPORAL SEGÚN DS. 24440
- D.S. No 22126 de 15 -02-87 DISPOSICION TRANSITORIA – CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN DE TRIBUTOS ADUANEROS
- RESOLUCION ADMINISTRATIVA D. J. No 006/99 No 044 La Paz 20 de enero de 1999

Anteriormente a la Ley General Aduanas N° 1990 promulgada en fecha 28 de julio de 1999, todo lo relacionado al funcionamiento de la Administración Aduanera (Aduana Nacional y Aduanas regionales), en materia de delitos y contravenciones, se sometían a la jurisdicción en este caso administrativa de la propia Administración aduanera, y en cuanto a su tramitación y resolución se guiaban por decretos supremos y resoluciones administrativas, en consecuencia los funcionarios de las aduanas se constituían en juez y

parte, ya que al mismo tiempo resultaban ser la contra parte y quien resolvía el delito o la contravención surgida.

Posteriormente con la puesta en vigencia de la Ley General de Aduanas surgió para la Administración aduanera una grave confusión en cuanto al rol que debía desempeñar, ya que en el contenido mismo de la ley, se siguió confundiendo sus funciones de parte e investigador, por ejemplo citemos el caso del decomiso de las mercaderías, si se tratará verbigracia de un delito común cuyo tratamiento corresponde a la justicia penal ordinaria, el órgano llamado al decomiso de las mercaderías sería la autoridad jurisdiccional competente y no la parte que resulta ser la contraria a la supuesta comisora del ilícito.

La situación se torno realmente complicada con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal ya que claramente el contenido de la Ley General de Aduanas en cuanto a los medios de prueba, su obtención y producción, no solo no concordaba, sino que resultó ser contradictorio a las garantías constitucionales y procesales del debido proceso, consagradas en la Constitución Política del Estado, y en el nuevo cuerpo procesal.

2.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEY GENERAL DE ADUANAS

Resulta necesario aclarar que doctrinalmente la actividad probatoria es un conjunto de declaraciones de voluntad, reguladas legalmente y producidas por los intervinientes en el proceso con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal y sobre sus consecuencias penales, eventualmente también sobre consecuencias civiles, donde el principio fundamental es el principio de la libertad probatoria, que señala

que en un proceso penal se puede probar todo objeto a través de cualquier medio de prueba siempre que haya sido legalmente obtenido , en consecuencia el tribunal debe admitirlo.

Además los únicos límites a la admisión de la prueba son su pertinencia, utilidad y relevancia , siendo así se admite aquella prueba referida al hecho a probarse y esta necesariamente debe tener dos características , la primera, debe ser importante, si no lo es , resulta en ajena al hecho y el tribunal puede no admitirla , esta es una excepción muy restringida cuando es manifiestamente impertinente; y la segunda característica es que sea relevante , que se manifiesta por la utilidad que debe tener esa prueba para obtener un dato de importancia con relación al proceso, de lo contrario sería irrelevante, y el tribunal a pesar de admitirla , no la tendrá en cuenta.

Existe un tercer criterio que es el de utilidad que es tomado en cuenta como un criterio objetivo y que determina un exceso de elementos de convicción , referidos a un mismo dato, configuran superabundancia de prueba , aunque cada una de ellas haya sido irrelevante, esto hace que el tribunal la rechace.

Siendo así, en un proceso penal el momento de prueba es en esencia el plenario , porque solo en el debate se puede producir prueba, mientras que la etapa preliminar es de recolección de pruebas y no de producción.

En este punto se debe tener en cuenta que los principios generales que orientan la presentación de prueba son :

- **Obligatoriedad:** Todos los hechos controvertidos y no controvertidos deben probarse , a través de cualquier medio de prueba que hubiese sido legalmente obtenido.

- Unidad: Los hechos en el proceso penal deben ser probados por cualquier medio “legal” de prueba , y un mismo hecho puede ser probado por varios medios.
- Comunidad: o adquisición procesal, quiere decir que cualquier prueba introducida por cualquiera de las partes, beneficia a ambas no solo a la que la introduce.
- Indisponibilidad de los medios de prueba: una vez introducido un medio de prueba al proceso penal, la parte no puede desistir de su práctica.
- Contradicción Todas las pruebas deben ser puestas en conocimiento de la otra parte para que esta controle la eficacia del medio probatorio y para que aporte elementos de prueba tendientes a descalificarla, opera para ambas partes.
- Igualdad : las partes en el proceso penal tienen iguales derechos y oportunidades de producir prueba
- Publicidad: toda prueba debe producirse en audiencia pública salvo limitaciones de la ley.
- Formalidad Probatoria: Toda prueba debe cumplir con los requisitos formales establecidos por ley, para su obtención y su producción
- Crítica y Dirección Judicial: La prueba debe practicarse siempre bajo el control del juez y es un juez quien dirigirá el desarrollo de la práctica de la prueba , toda prueba practicada por fuera del control jurisdiccional no entra en el proceso penal.
- Inmediación; El juez debe asistir a la producción de la prueba personalmente, debe controlar la integridad de la producción de la prueba y no puede delegar esa función, este.

- Concentración de prueba: El juez debe procurar que toda la prueba sea practicada en una sola instancia y concentrar en el menor número de audiencias su producción.

Del incumplimiento de los principios anteriormente enunciados deriva la prohibición de valoración probatoria, ya que la información obtenida en base a la prueba que ha sido obtenida en vulneración de estos principios resulta no aprovechable porque lesiona el derecho del imputado a la defensa, a un debido proceso y en suma al conjunto de garantías constitucionales y procesales que resguardan sus derechos.

En consecuencia la información no es válida, y entramos en el tema de las exclusiones de la valoración probatoria, donde es necesario cumplir ciertas formalidades tendientes a resguardar garantías constitucionales, de este modo la prueba ilegalmente obtenida no puede ingresar al proceso penal para fundar una sentencia, y se excluye del proceso penal, el fundamento principal de la exclusión radica en la preservación de las garantías establecidas por la ley, y en que la justicia no puede beneficiarse por los hechos ilícitos a través de los cuales se obtuvo la información, dado que el principal objetivo de la justicia es la tutela de la ley para con los ciudadanos en general.

Concretamente de la Ley General de Aduanas se debe señalar que determina claramente cuales son considerados ilícitos aduaneros (art. 165 L No1990), refiriéndose a ellos en cuanto a su tipificación y a la jurisdicción y competencia de los tribunales que deben juzgarlos.

Con la Ley No 1990 se crea la jurisdicción penal aduanera, para el conocimiento y procesamiento de los delitos aduaneros y se determinan como órganos de la jurisdicción penal aduanera a la Corte Suprema de Justicia, a las Cortes Superiores de Distrito en su Sala Penal y a los Tribunales Aduaneros de Sentencia. De conformidad al art. 264 de la Ley 1990 en su título decimo cuarto “Disposiciones Transitorias y Derogaciones”, dispone que la competencia de los Tribunales Aduaneros de Sentencia en tanto no sean designados por el Consejo de la Judicatura, será ejercida por los Jueces de Partido en lo Penal designados conforme a la Ley de Organización Judicial. También dispone *la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Penal en cuanto fuera pertinente.*

Así mismo determina las responsabilidades emergentes de los delitos aduaneros y le asigna al Ministerio Público su investigación *directamente o mediante la Administración aduanera.* Esta facultad concedida al Ministerio Público (art. 188 de la Ley No 1990) como órgano constitucional para que la ejerza directamente la investigación es indelegable, en consecuencia no puede asignarse a la administración aduanera, porque de conformidad al art. 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Ley No 2175 de 13 de febrero de 2001, el Ministerio Público es único e indivisible y ejerce sus funciones solo a través de los fiscales quienes lo representan íntegramente.

En consecuencia el Ministerio Público es el único encargado de dirigir la investigación cuando existan delitos aduaneros, y es quien promueve la acción penal aduanera ante los órganos jurisdiccionales, de acuerdo con las atribuciones, funciones y responsabilidades establecidas por las leyes (Ley No 1990 en lo pertinente y la Ley del Ministerio Público).

Si tenemos presente: 1) El art. 70 del nuevo Código de Procedimiento Penal que dice : “ corresponderá al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos, y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales...” y el art. 71 del mismo cuerpo legal “ los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones, Tratados Internacionales vigentes y leyes; 2) El art. 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; y 3) El art. 191 de la Ley General de Aduanas que dice : *“La administración aduanera es el órgano técnico encargado de la investigación de ilícitos aduaneros, bajo la dirección del Ministerio Público y tiene facultades para la identificación, y aprehensión de los presuntos autores, cómplices y encubridores de los delitos aduaneros, deberá efectuar el decomiso de las mercaderías , los medios y los instrumentos de los delitos. Acumulará y asegurara las pruebas, así como ejecutará las diligencias que sean dispuestas por el Ministerio Público, en su caso, por el tribunal aduanero de sentencia”*.

Resultan ser contradictorios, porque el único encargado de la investigación de los ilícitos penales comunes y aduaneros es el Ministerio Público a través de los Fiscales, no así la administración aduanera, además la ley se extralimita en cuanto a las facultades que ejecutara la administración aduanera en su calidad de supuesto “investigador “, bajo el control del Ministerio Público, al realizar identificaciones, aprehensiones, decomisos, acumular y asegurar pruebas, violando no solo la garantía del debido proceso, sino transgrediendo el principio de legalidad de la prueba, convirtiéndola en prueba prohibida e ilícita, y fruto de esta ilicitud no amerita consideración alguna para fundar sobre ella resolución alguna, en este último punto se debe tener presente que el Ministerio Público

debe velar por el cumplimiento efectivo de las garantías consagradas en la constitución, conforme establece el art. 72 del nuevo Código Procesal Penal.

En cuanto al proceso penal aduanero propiamente mencionemos que para conocer y resolver las acciones penales y resarcitorias aduaneras, las autoridades jurisdiccionales penales aduaneras procesarán los delitos aduaneros en las siguientes etapas:

- a) la etapa de la investigación será llevada a cabo por el Ministerio Público, coadyuvada por la administración aduanera, bajo el control del tribunal aduanero de sentencia, sin que implique comprometer la imparcialidad de la autoridad jurisdiccional.
- b) Etapa de juicio y de sentencia, que será llevado por el tribunal aduanero de sentencia.
- c) Etapa de los recursos, se podrá tramitar en instancia de apelación o revisión, ante la Corte Superior de Distrito y recurso de casación que será sustanciado ante la Corte Suprema de Justicia.

Durante la etapa de la investigación el tribunal aduanero de sentencia será competente para:

- a) Recibir comunicaciones del Ministerio Público o de la administración aduanera sobre cualquier hecho delictivo aduanero, para controlar que realicen la investigación correspondiente dentro de los plazos establecidos en esta ley y emitir las resoluciones que correspondan durante esta etapa de investigación.

- b) Recibir del Ministerio Público denuncias de delitos aduaneros, a instancia de la administración aduanera o de personas particulares, dictar la apertura o rechazo de la causa.
- c) Aplicar, modificar o suspender medidas cautelares de carácter real o personal.
- d) Velar por el respeto de las garantías constitucionales.
- e) Conocer y resolver los incidentes y excepciones que se suscitaren.
- f) Conocer el procedimiento para la reparación del daño tributario aduanero y civil cuando se haya dictado sentencia condenatoria.
- g) Dictar sentencia.
- h) Otros que confieren la presente ley y normas legales especiales.

La competencia de los tribunales aduaneros de sentencia se abre con la recepción del informe del Ministerio Público sobre el inicio de la investigación del delito aduanero.

En cuanto a la competencia del tribunal aduanero de sentencia, se debe tener presente que de conformidad a la Ley General de Aduanas, el tribunal de sentencia es competente para aplicar, modificar o suspender medidas cautelares, y velar por el respeto de las garantías constitucionales (art. 193 de la Ley N° 1990), cuando es bien sabido que de conformidad al nuevo Código de Procedimiento Penal la aplicación de medidas cautelares personales o reales es competencia del Juez Instructor en lo Penal y Cautelar.

Son las irregularidades procedimentales contrarias a las normas legales en el levantamiento de diligencias de Policía Judicial en fase de investigación, que mas adelante se constituyen en los medios probatorios aportados y ofrecidos al medio procesal penal

aduanal, para su validación por el órgano jurisdiccional, las que incumplen los requisitos esenciales para ir en resguardo de las garantías constitucionales del “debido proceso”, “presunción de inocencia”, “legalidad”, “defensa”, etc., y al ser las garantías una especie de rompecabezas el en que cada una de ellas constituye una pieza clave, la ausencia de una sola de ellas, es decir su inobservancia, incumplimiento o violación, la que ocasiona que el escudo protector dispuesto a favor de los ciudadanos, resulte ineficaz y el uso del poder penal se transforme y degenera en pura fuerza del Estado, que por combatir la delincuencia, afecta gravemente y lesiona los derechos fundamentales de las personas, dando paso al estado de incertidumbre jurídica.

A esto se suma, la lógica consecuencia de la ilegalidad en la obtención y producción de medios y elementos de prueba, sean documentales, testificales, periciales, dado que los actos de identificación de presuntos culpables, como el decomiso de mercadería indocumentada a cargo de las comisiones operativas de la aduana, no están dispuestas por la autoridad jurisdiccional y en consecuencia nadie tiene un control efectivo sobre las operaciones que lleva a cabo la Administración Aduanera en colaboración de sus efectivos.

En el proceso penal aduanal ante el incumplimiento e irregularidades jurídico - legales que devienen en vulneración de garantías la única solución es optar por la exclusión probatoria ante la ilegalidad del medio de prueba, porque la prueba obtenida ilícitamente y la derivada de ella deben ser excluidas por la irregularidad cometida, en este punto se aplica la teoría de los frutos del árbol envenenado , creada por la jurisprudencia americana , donde la exclusión afecta al árbol y sus frutos porque están teñidos con la ilegalidad.

2.3. LA OBTENCIÓN DEL MEDIO DE PRUEBA EN LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN

De conformidad al art. 211 de la Ley 1990, se documenta la intervención en acta de la Administración Aduanera, en la que constara los elementos de prueba y medios de prueba empleados para la comisión del delito, en un plazo de 48 horas se informa al Tribunal Aduanero de Sentencia, que viene a constituir un acto que no corresponde en el Acusatorio, pues la autoridad jurisdiccional no debe comprometer su actuación en actos de investigación, y lo que se debe conducir ante un Juez Cautelar y quién es el que controla esa fase, lo que viene a constituir un vacío y consiguiente ilegalidad en la obtención de prueba.

2.4. LA INTRODUCCIÓN Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO PENAL ADUANERO.

Esa prueba ya contaminada es introducida durante el desarrollo del juicio oral, y conforme al art. 172 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas ofrecidas con la acusación, carecerán de toda eficacia probatoria, ya que fueron obtenidas en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito y por consiguiente tampoco lo serán en cuanto a su eficacia al momento de ser incorporados al proceso, todo por la poca sistemática al tratar de los medios de prueba en el proceso penal aduanero.

2.5. COMPARACIÓN CON EL JUICIO PENAL ORAL.

El tratamiento del juicio oral en ambos cuerpos legales, es similar, con la descripción en cuanto al procedimiento desde la apertura del juicio, su convocatoria y desarrollo y dictación de sentencia, así lo describe la Ley N° 1990 en sus arts. 225 y siguientes, pero en si el tema de esta ponencia se centra en los medios de prueba ya descrito.

En este punto el juzgador debe admitir que se produzca un medio de prueba, cuando este se refiera , directa o indirectamente , al objeto de la investigación y sea útil para el descubrimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad el imputado siempre y cuando se trate de un elemento lícito de convicción.

Contrario sensu el juzgador debe objetar que se produzca un medio de prueba cuando su producción resulte manifiestamente excesiva (art. 171, par. 3); cuando su producción sea impertinente (art. 171, par. 3) y cuando su producción sea ilegal (art. 172).

2.6. DE LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA Y LA VULNERACIÓN DE GARANTÍAS

A tiempo de hacer la valoración, el órgano jurisdiccional tiene que tener presente que la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de los derechos fundamentales, deriva directamente de la Constitución , por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

Una más de las razones para excluir la prueba ilícitamente obtenida, es disuadir a los agentes policiales de usar métodos ilícitos de obtener prueba, en la convicción de que si lo hacen y son descubiertos, todos sus esfuerzos serán condenados al fracaso, porque la prueba así obtenida no surtirá efectos e igualmente tampoco lo hará cualquier otra que de alguna forma derive, se base o provenga de aquella.

El nuevo Código de Procedimiento Penal sanciona la prueba ilegalmente obtenida e introduce, además, la teoría de la valoración probatoria directa e indirecta o refleja. El hecho de que el legislador boliviano hubiera establecido cuándo la prueba ha sido obtenida legalmente, e incorporado ambas teorías de valoración, constituye un avance muy importante en defensa de los derechos fundamentales y de la legalidad ordinaria.

En su art. 13 el nuevo código de procedimiento penal dispone que: “ no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito.

A tiempo de establecer el principio de la libertad probatoria, lo más relevante es que carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y tratados internacionales vigentes, este código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito.

A mayor abundamiento legal, tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este código (art. 171 y 172).

A diferencia del viejo Código de procedimiento penal que no sospechaba de la prueba ilícita y prohibida y menos de la valoración directa e indirecta, el nuevo Código Procesal se pone a la vanguardia de estas teorías y a puesto a la disposición de los jueces normas trascendentales para revalorizar no solo la Constitución, sino también los tratados y convenios internacionales en materia penal y por ende constitucional, que es la fuente del resguardo de los derechos fundamentales de la persona y deberán ser respetados durante el proceso, de los nominados en el art. 7º y los que refiere el art. 35.

El fundamento de la prueba prohibida e ilícita, busca por todos los medios evitar que la policía, el fiscal y el juez, vulneren los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el mandato consiste en la prohibición expresa de hacer trampa con la prueba.

El derecho procesal penal, busca además defender por todos los medios, que se respeten las formalidades legales que constituyen garantías constitucionales de la libertad, la garantía de defensa y el debido proceso, por tanto cualquier medio probatorio obtenido vulnerando esas garantías no solo es ilegal sino que carece de relevancia jurídica para fundamentar una resolución judicial.

Aunque el legislador ha reglamentado la actividad procesal defectuosa y como parte de ella recoge los llamados “defectos absolutos” que comprenderían la prueba prohibida o ilícita, no establece el procedimiento ni el momento en que se debe impugnar la irregularidad

probatoria, establece en su art. 169 que no serán susceptibles de convalidación los defectos “que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las convenciones y tratados internacionales vigentes y este código..”; así la prueba ilícita o prohibida es nula pues carece de toda eficacia probatoria, al ser fruto de la vulneración del ordenamiento jurídico.

En último término se puede afirmar que el derecho a la prueba que se inserta en las garantías del debido proceso, consagra la legalidad en el régimen de la prueba, donde el principio de la búsqueda de la verdad no justifica al juez ni a las partes a vulnerar los límites preestablecidos por la ley, en consecuencia la prueba ilícita entendida como la obtenida por medios ilícitos , en infracción a las normas procedimentales y constitucionales, es inadmisibile en el proceso y en consecuencia es ineficaz y debe ser excluida de la valoración probatoria , aunque se trate de prueba relevante y pertinente, por eso no puede ser valorada por la autoridad jurisdiccional , y en caso de serlo la sentencia que se funda en este tipo de prueba es nula por ser prueba ilícitamente obtenida.

APORTACIÓN CIENTIFICA DE LA TESIS

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La problemática de la ilegalidad de pruebas producidas en el proceso penal aduanero, radica de los siguientes aspectos centrales en el orden estrictamente de la fiel observancia de las garantías al momento de obtención de los medios y elementos de prueba en fase de investigación, por hechos imputados a los comisores de delitos contemplados en la Ley

General de Aduanas, Ley N° 1990, derivando por ende en la ilicitud de pruebas, que atentan al debido proceso, ya que el procedimiento previsto en esta Ley especial y la formulada en la Ley N° 1970, que hace al SISTEMA ACUSATORIO puro, sin ningún rasgo de lo inquisitivo, surge una enorme divergencia.

La acusación en delitos de acción pública, como constituyen los tipos o delitos aduaneros descritos en la Ley N° 1990, deben ceñirse en su procedimiento a la norma vigente, a través del Código de Procedimiento Penal Ley N°1970, debiendo descartarse la intervención de los jueces y Tribunal de Sentencia, en aspectos propios de la investigación que le corresponden al titular de la acción penal, en el caso el Fiscal, lo que venía ocurriendo hasta el pasado 31 de mayo de 2001, lo reprochable es que se a tratado de salvar estos actos ilegales con instructivas a través de Circulares emanadas de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación de fechas 31 de julio de 2001 y 31 de enero de 2002, siendo estas totalmente insuficientes, ya que lo que se debe aplicar es la ley, o sea la Constitución, en consecuencia se debe modificar la Ley General de Aduanas de acuerdo al contenido del Código de Procedimiento Penal, porque de lo contrario la consiguiente aplicación a los procesos aduaneros de la misma Ley General de Aduanas derivará en una sucesiva cadena de actos que van en contra de la Constitución Política del Estado, las Leyes de la República.

En consecuencia urge una solución pronta, que es la revisión y modificación de la ley y no meras instructivas, que lo único que logran es contribuir a la ilegalidad con la que vino

actuando en el conocimiento y dilucidación de los ilícitos aduaneros y afectan a los principios y garantías del debido proceso.

No se trata de aplicar criterios con relación a la Administración aduanera conforme a la aplicación plena de la Ley General de Aduanas N° 1990, sino de hallar soluciones en materia de ilícitos aduaneros, acorde al sistema acusatorio vigente en cuanto al procedimiento y tratamiento de la obtención y producción de medios, elementos de prueba, sean documentales, testificales, periciales, de actos de intervención de mercadería indocumentada a cargo de las comisiones operativas de la aduana, que deben estar dispuestas y con orden de la autoridad jurisdiccional el Juez de Instrucción Cautelar y de control de las garantías durante la investigación, a quién se debe comunicar e informar, caso contrario se incurre en procedimiento ilícito (art. 172 NCPP.)

Lo que no es admisible que ha partir del 31 de mayo del pasado año 2001, se tenga dos procedimientos distintos, el primero esencialmente acusatorio y el segundo, con rasgos de lo inquisitivo, ya que el Sistema Penal que se impone a través del acusatorio, oral, continuo, público y contradictorio, así lo exige, sin que la autoridad jurisdiccional, se involucre menos en consecuencia se contamine con la investigación y asuma su labor propiamente jurisdiccional, con pleno respeto de garantías judiciales del debido proceso.

La pretensión y pronta medida legislativa es la asimilación del procedimiento penal aduanero a las normas adjetivas del Código de Procedimiento Penal Ley No 1970, ya que lo contrario significaría la vigencia de dos procedimientos contrapuestos, que directamente

atentan contra la constitucionalidad de la norma, que derivará en un futuro en entuertos jurídicos, no siendo suficientes circulares emanadas del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, tratándose de dar o imponer una solución momentánea ante leyes superpuestas.

La actividad procesal en los procedimientos que versan en delitos aduaneros, lamentablemente si fuésemos fieles observadores de las garantías procesales, judiciales y constitucionales darían como resultado la nulidad a petición de parte de los casos de investigación hasta ese momento, con la vigencia del sistema acusatorio y trasunta en el enorme daño al Estado, por la falta de previsión y análisis de ambos dos cuerpos legales adjetivos, en lo principal de lo contradictorio de la ley No 1990, LEY GENERAL DE ADUANAS promulgada en fecha 28 de julio de 1999, siendo contrapuesto en el tema de los medios de prueba con la Ley No 1970, NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, siendo así que la misma es anterior es su promulgación y ya hubo sentado bases del acusatorio con anterioridad, de la fecha de su promulgación 25 de marzo de 1999, si bien no con una plena vigencia en razón de la *vacatio legis* por dos años, ya que se impusieron en su aplicación de manera anticipada, partes esenciales como trata del Capítulo de las Medidas Cautelares y que se presumía según criterio de los defensores de la Ley No 1990, que no era de aplicación en el caso de la cesación de detención preventiva y dieron lugar a pseudo amenazas de parte de las responsables y sus representantes, de dicho ente aduanero, cuando no tarda la doctrina constitucional en uniformar en esta parte la plena aplicación aun para esa ley especial, lo determinado en los artículos 221,232 y sgts. Del Código de Procedimiento Penal.

Consideremos que el art. 266 de la Ley No 1990, obliga la aplicación plena de lo normado en la ley No 1970 ya que la plena vigencia de esta así lo impone, no simplemente con carácter supletorio sino del carácter general en su observancia estricta y fiel respecto a las normas que refieren a la fase de investigación con la intervención del Juez Instructor Cautelar conforme su competencia y ya no la del Juez o Tribunal de Sentencia, que cumple su labor propiamente jurisdiccional, sin inmiscuirse en investigación alguna, menos de oficio basando su límite en la acusación del Fiscal, como titular de la acción pública y bajo cuya dirección funcional se cumple con la fase preparatoria del juicio, bajo el control de las garantías por el Juez Instructor en lo Penal y Cautelar, pleno respeto a la Constitución Política del Estado y las leyes adjetivas de la materia.

BIBLIOGRAFÍA

ABALOS WASHINGTON RAÚL, **“DERECHO PROCESAL PENAL”**, 3 VOLÚMENES, EDICIONES JURÍDICAS CUYO, CHILE.

ALCINA HUGO, **“DERECHO PROCESAL”**, EDITORIAL SENTENCIA, BUENOS AIRES– ARGENTINA, 1990.

BIDART CAMPOS GERMÁN, **”TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTRUICIONAL ARGENTINO”**, EDITORIAL EDIAR, 3RA. EDICIÓN, TOMO I, BUENOS AIRES – ARGENTINA , 1995.

BINDER ALBERTO, **“INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”**, EDITORIAL AD-HOC, 1ra EDICIÓN, BUENOS AIRES -ARGENTINA, 1993 .

BINDER ALBERTO, **“POLÍTICA CRIMINAL”** , EDITORIAL AD – HOC, 1ra EDICIÓN, BUENOS AIRES – ARGENTINA.

BINDER ALBERTO, **“JUSTICIA PENAL Y ESTADO DE DERECHO”** , EDITORIAL AD- HOC , 1ra EDICIÓN, BUENOS AIRES – ARGENTINA.

CABANELLAS GUILLERMO, “ **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL** “, EDITORIAL HELIASTA, 14ª EDICIÓN , TOMO IV , BUENOS AIRES – ARGENTINA , 1979.

CARRARA FRANCESCO, “**PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL**”, TRADUCCIÓN DE JOSÉ ORTEGA TORRES Y JORGE GUERRERO, EDITORIAL TEMIS, QUINTA EDICIÓN, VOLUMEN II, BOGOTÁ – COLOMBIA, 1988.

CLARIA OLMEDO JORGE, “**DERECHO PROCESAL PENAL**”, 3 VOLÚMENES, EDITORIAL MARCOS - LERNER, ARGENTINA.

DEVIS ECHANDIA HERNANDO, “**TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL**” , 4TA EDICIÓN, BUENOS AIRES – ARGENTINA ,1976.

FLORIAN EUGENIO, “**DE LAS PRUEBAS PENALES**” , DE LA PRUEBA EN GENERAL ,EDITORIAL TEMIS, 3ª EDICIÓN, BOGOTÁ - COLOMBIA, 1990.

GIMENO SENDRA VICENTE, “**INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL**“,EDITORIAL OCURRE, VALENCIA 1993.

MAIER JULIO, “**DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO**”, EDITORIAL HAMMURABI, II VOLÚMEN, BUENOS AIRES – ARGENTINA.

MORENO CATENA VICTOR Y OTROS, “**DERECHO PROCESAL PENAL**”,
EDITORIAL MUNDO, MADRID - ESPAÑA 1996.

PELLEGRINI GRINOVER ADA, PROFESORA TITULAR DE PROCESO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN PABLO
BRASIL, “**PRUEBAS ILÍCITAS**”, REVISTA DE CIENCIAS PENALES,
TRADUCIDO DEL PORTUGUES POR ELPIDIO RAMÓN MONZÓN

SENTIS MELENDO , SANTIAGO, “ **LA PRUEBA - LOS GRANDES TEMAS
DEL DERECHO PROBATORIO**”, EDICIONES JURÍDICAS EUROPA –
AMÉRICA ,BUENOS AIRES ARGENTINA , 1979,

VELEZ MARICONDE ALFREDO ,“**DERECHO PROCESAL PENAL**”,
EDITORIAL MARCOS – LERNER, EDITORA CÓRDOBA, 3ª EDICIÓN, TOMO II ,
CÓRDOBA – ARGENTINA, 1986.

SALAZAR VELASCO CARLOS, “ **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**”
BOLIVIA , EL PAIS, 1993

HERNANDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNANDEZ COLLADO, CARLOS;
BAPTISTA LUCIO, PILAR “ **METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN**”
SEGUNDA EDICIÓN , EDITORIAL MC GRAW –HILL, COLOMBIA 1999

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, USAID, UNIVERSIDAD
CATOLICA BOLIVIANA Y OTROS, CURSO DE POST – GRADO EN DERECHO
PROCESAL PENAL ,“**NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**”, LA
PAZ- BOLIVIA, 2001.

TEXTOS LEGALES NECESARIOS:

REPÚBLICA DE BOLIVIA TEXTO DE ACUERDO A LA LEY DE
ADECUACIONES Y CONCORDANCIAS N° 1615 DE 6 DE FEBRERO DE 1995,
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PACTO DE
SAN JOSE DE COSTA RICA – RATIFICADA POR BOLIVIA 19-07-1979.**

REPÚBLICA DE BOLIVIA LEY N° 2175 DE 13 DE FEBRERO DE 2001, **LEY
ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

REPUBLICA DE BOLIVIA LEY N° 1970 DE 25 DE MARZO DE 1999, **LEY DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

REPÚBLICA DE BOLIVIA LEY N° 1990 DE 28 DE JULIO DE 1999, **LEY
GENERAL DE ADUANAS**
