



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA
MAESTRÍA DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA
EN PRISIÓN PREVENTIVA

Tesista Inda Browarnik

Director: Carlos Parma.

Mendoza, 2022



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA
MAESTRÍA DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN PRISIÓN PREVENTIVA

CARRERA DE POSGRADO

Tesista Inda Browarnik

Director: Carlos Parma.

Mendoza, 2022

VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

EN PRISIÓN PREVENTIVA

Inda Browarnik

Mendoza, 2022

DEDICATORIA

A mis padres, que son mi guía permanente.

A Roberto Godoy Lemos, mi maestro y segundo padre.

A Carlos Parma, por su generosidad, sabiduría y apoyo.

INDICE

CAPITULO 1. LA PRUEBA

<u>- 1. CONCEPTO DE PRUEBA</u>	15
-1.1 Concepto metajurídico.....	15
-1.2 Concepto jurídico. Sentido polisémico.....	16
<u>- 2. PRUEBA Y VERDAD</u>	20
-2.1. Relación entre prueba y verdad.....	20
<u>- 3. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL</u>	23
-3.1. Sistema acusatorio adversarial. Concepto y finalidad.....	23
- 3.2 .Reglas del sistema acusatorio adversarial.....	24
3.2.1- Independencia del juez.....	24
3.2.2.- Juicio oral, público, inmediación.....	27
3.2.3.- Contradicción.....	29
-3.3 Rol de la víctima en el sistema acusatorio adversarial.....	31
<u>- 4 OBJETO DE PRUEBA</u>	35
4.1 Objeto de la prueba. Consideración en abstracto.....	35
4.2. Hechos excluidos: reconocidos y notorios. El caso del juicio abreviado.....	36
4.3. Objeto de la prueba. Consideración en concreto. Utilidad y pertinencia.....	40
<u>- 5 NECESIDAD DE LA PRUEBA. CONCLUSIÓN</u>	42

CAPITULO 2. VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA.

<u>1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA</u>	43
1.1- Introducción.....	43

1.2. Concepto de valoración de la prueba.....	45
1.3 Valoración de la prueba en cuestiones de género.....	48
1.4. Interpretar, valorar y motivar.....	51
1.5. Racionalidad. Concepto.....	52
<u>2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA</u>	54
2.1. Introducción.....	54
2.2. Sistema de prueba tasada.....	54
2.3 Modelo no tasado de apreciación. Íntima convicción. Libre convicción.....	57
2.3.1. Sistema de íntima convicción o prueba de conciencia.....	58
2.4 Sana crítica racional y libres convicciones.....	59
<u>3. ESTÁNDARES PROBATORIOS</u>	62
3.1 Introducción.....	62
3.2 Concepto de estándar probatorio.....	63
3.3. Modelos de estándares probatorios.....	64
3.3.1. Convicción plena.....	65
3.3.2. Duda razonable. Más allá de toda duda razonable.	66
3.3.3. Probabilidad: Alta, prevalente.	67
<u>4. CONCLUSIÓN</u>	69

CAPITULO 3. PRISIÓN PREVENTIVA.

<u>1. CONCEPTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</u>	70
1.1. Medida cautelar.....	70
1.2. Diferencia entre detención y prisión preventiva.....	73
1.3 Criterio procesalista y sustancialista.....	74

1.3. Criterio sustancialista.....	75
1.3.2 Criterio procesalista.....	76
2. PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	78
2.1 Situación procesal del sujeto.....	81
2.2. Casos de flagrancia.....	81
2.3 Casos en que no aparece procedente la condena condicional.....	83
2.3.1 Probabilidad de responsabilidad penal del imputado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	87

**CAPITULO 4. PRISIÓN PREVENTIVA.CONTINUACIÓN.
RIESGO PROCESAL.**

1. CONCEPTO DE RIESGO PROCESAL.....	89
1.1. Gravedad de las circunstancias.....	90
1.2 Obstaculizar la investigación.....	92
1.2.1 Obstaculización de la investigación a través de destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba.....	94
1.2..2 Obstaculización de la investigación a través de inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.....	95
1.3. Peligro para la víctima o testigo.....	96
1.4 Peligro concreto de fuga.....	97
1.4.1. Enumeración peligro de fuga.	99

**CAPITULO 5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA
EN PRISIÓN PREVENTIVA.**

<u>1. INTRODUCCIÓN</u>	102
<u>2. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA.</u>	103
<u>3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRISIÓN PREVENTIVA.</u> <u>DECISIÓN RETRO Y PROSPECTIVA</u>	105
3.1. Valoración de la prueba en el riesgo procesal.....	106
3.1.1 Racionalidad de las medidas cautelares.....	107
3.1.2. Valoración del riesgo procesal.....	108
3.1.3. Valoración del riesgo procesal por peligro para la víctima.....	110
<u>5. CONCLUSIÓN</u>	112

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, “Activismo y garantismo procesal”. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1° Edición, Córdoba, Argentina, 2008.
- ATIENZA, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”. Revista DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho N.º 4, 1987. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq52z8>
- ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, tomo III, 2da. Edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1958
- AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián y CESANO, José; “Prueba en materia penal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, 2° reimpresión 2016.
- AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián; “Análisis procesal penal”. Prólogo Dr. Carlos Parma Ediciones Jurídicas de Cuyo. Edición 2004.
- CAFFERATA NORES José Ignacio “Proceso penal y derechos humanos : la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino“. CELS. Editores del Puerto 2a ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires ,2011.
- CAFFERATA NORES José Ignacio “La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984“. Ediciones Depalma. 3° Edición, Buenos Aires, 1998.
- CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel. Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 48 Julio – Diciembre. 2018, pp. 115-135.
- COUSSIRAT, Jorge, GUAJARDO Laura, PEÑALOZA Fernando, QUIROGA Paula. Manual de Derecho procesal penal. 1° Edición. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008.
- COUTURE, Eduardo Juan, Estudios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2° Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires.

- DIMAS AGUERO Oscar Paradigmas de la Legislación Procesal Penal de Mendoza. (1). ASC Libros Jurídicos, Mendoza, Argentina. 2020.
- ESTTRAMPES, Manuel Miranda.. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Edic. J. M Editor. 1997. Barcelona. I.S.B.N 84-7698-444-8
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, “Lógica de las pruebas en materia criminal”, Editorial Temis Bogotá, Bogotá, 1978, volumen I,
- FERRER BELTRAN, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007
- FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. 1995,
- FLORIAN, Eugenio; “De las pruebas penales”, Editorial Temis Bogotá, Bogotá, 1976, .
- GARCIA CHAVARRÍA, Ana Belen. La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colección sistema interamericano de Derechos Humanos. CNDH, México, 2016.
- GONZALEZ FERREYRA SOLA, J.I. (2011). Debido Proceso y Prisión Preventiva, revista electrónica [new pensamiento penal.](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf) http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf
- GUZMAN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Editorial Didot, Buenos Aires, 2018,
- JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial. 1º Edición revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2020,
- JAUCHEN, Eduardo M; “Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. 1º Edición revisada. Editorial Rubinzal Culzoni, 2015.
- LA ROSA, Mariano R. “Las decisiones en el procedimiento penal. Sistema jurídico, valoración probatoria y razonabilidad. CABA, La Ley 2021
- LAUDAN Larry. “Verdad, error y proceso Penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2006.
- LAUDAN, Larry. "El Estándar de prueba y las garantías en el proceso penal" Editorial Hammurabi, 2011.

- LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª. edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018 .
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier; “La prisión preventiva y sus sustitutos”; en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (de Costa Rica); San José de Costa Rica; 2ª ed.; 1997.
- MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", Bs. As. Ed. Editores del Puerto, 1999, T. I, 2º edición, 1º reimpresión.
- MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal argentino. Vol. 2. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 279
- MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019.
- NIEVA FENOLL, Jordi. “La valoración de la prueba” Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A 2010. Madrid.
- PARDO, Michael, Estándares de prueba y teoría de la prueba, en VÁSQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013).
- PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez. Colombia, 2021
- PARMA Carlos, MANGIAFICO David, “Litigación y argumentación en el proceso penal”. Editorial Hammurabi, 1º Edición, 2021.
- PARMA, Carlos, PEREZ CURCI Juan Ignacio. “La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación”. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2018.
- PARMA Carlos, MANGIAFICO David, ALVAREZ DOYLE Daniel. “Derecho Penal. Parte Especial”. 1º Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.
- PASCUA, Francisco Javier. “Código Procesal Penal de Mendoza. Ley 6730 y leyes modificatorias. Anotado, concordado y comentado”, prólogo Dr. Roberto Lavado. Ed. Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2006.
- PASCUA, Francisco Javier. “Instituciones de Derecho Procesal Penal. Código Procesal Penal de Mendoza”, prólogo Dr. Roberto Lavado. Ed. Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2009.

- PEÑASCO, Pablo Guido. “Código Procesal Penal Provincia de Mendoza. Comentado. Anotado”. Ed. Universidad Champagnat. Mendoza, Argentina.
- REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXV, N.º 2, diciembre 2012.
- ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, 25ª edición, Buenos Aires, 2000.
- SCHIAVO, Nicolás. “Valoración racional de la prueba en materia penal”. Editorial Hammurabi. 2º Edición. Buenos Aires, 2015
- SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. 2020, Mendoza, Argentina
- TARUFFO, Michel. “La prueba de los hechos”. Colección estructuras y procesos. 2º Edición. Editorial Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele, "La prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VALENZUELA, Jonatan. “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. Polít. crim. Vol. 13, Nº 26 (Diciembre 2018)
- VALENZUELA, Jonatan, “Inocencia y razonamiento probatorio” en Revista de Estudios de la Justicia, número 18 (2013)

Introducción.

La aplicación de una medida cautelar privativa de libertad pone en crisis principios y derechos fundamentales. Por un lado, un principio general resulta ser la presunción de inocencia que posee toda persona hasta el dictado de una sentencia condenatoria que implique una pena privativa de libertad, y por el otro lado el interés legítimo del Estado de perseguir el delito y llegar a una sentencia, asegurándose la preservación de la prueba y la presencia del imputado.

Por este motivo, el dictado de una medida cautelar como la prisión preventiva que priva al imputado de su libertad aún sin sentencia firme, debe tener en su estructura lógica la valoración de los elementos probatorios aportados por las partes. Éstos deben instrumentarse a la luz de estándares que reduzcan la posibilidad de error judicial. Para dicha valoración es necesario desmembrar la estructura del instituto cautelar, diferenciando dos aspectos. Por un lado los hechos del pasado que vinculan al imputado con el hecho delictivo que se investiga y que requiere un elemento de convicción suficiente para el juez. Y por otro lado una mirada hacia el futuro, dado que es necesario realizar una proyección de la posición del imputado frente al proceso, ya sea su sujeción al proceso y su consecuente pena como así también la posibilidad de entorpecimiento probatorio.

El mayor margen de error cautelar radicaría en las decisiones prospectivas de peligro procesal, puesto que el juez debe decidir sobre una conducta que aún no aconteció y posiblemente no pase. Por ello, por ser una medida de excepción a la presunción de inocencia de carácter cautelar es que debe seguir los principios de gradualidad, proporcionalidad y menor lesividad.

Para la aplicación del instituto de la prisión preventiva, será necesario abordar la valoración de los elementos probatorios desmembrando sus requisitos de procedencia. Por un lado, analizar los elementos probatorios que den al juez convicción suficiente de la participación del imputado en el hecho investigado. En ese sentido el estándar de valoración de los elementos debe ser objetivo de manera que vincule directamente al imputado con el hecho. Por otro lado, en lo que respecta al peligro procesal se valorará la conducta futura del imputado y su posicionamiento frente al proceso, ya sea la posibilidad de fugarse o entorpecer la investigación.

Esta es la instancia más conflictiva dado que hay que analizar una prognosis de la conducta del imputado, por lo tanto, los elementos probatorios no deben ser destinados a probar la participación en un hecho sino una conducta posterior. Entonces, la decisión judicial va a estar basada en evidencias que tiendan a demostrar la posibilidad de una conducta futura, se hablaría entonces de una decisión prospectiva.

CAPÍTULO 1.

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1. CONCEPTO DE PRUEBA

1.1 Concepto metajurídico._

Para poder abordar el tema de valoración de la valoración de la prueba, es necesario retrotraernos al concepto de la prueba, sus acepciones, el objeto de la misma y el estudio de la verdad en el proceso penal. Teniendo ya ese soporte, resulta válido adentrarse al estudio de la valoración de la misma.

En una primera aproximación se puede decir que la prueba es un término metajurídico, no es un concepto exclusivo del derecho, sino que la prueba se desarrolla en todos los ámbitos de la actividad humana. Deriva del carácter cognoscitivo que tiene el humano. Ahora bien, no debe confundirse la prueba con la averiguación o verificación de los hechos puesto que son conceptos que se desarrollan en momentos distintos.

Tal como expone Manuel Miranda Estampes¹ “...la prueba es algo distinto de la averiguación; para probar es necesario previamente investigar, averiguar, indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba, se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas...”.

¹ ESTTRAMPES, Manuel Miranda.. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Edic. J. M Editor. 1997. Barcelona. Página 18.

Entonces, la prueba en si misma sirve para validar de desvirtuar una hipótesis. La Real Academia Española define a la prueba como la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo²,

1.2. Concepto jurídico. Sentido polisémico.

Enfocándonos en el estudio de la prueba en el ámbito jurídico observamos que la misma tiene ciertas características que la distinguen y determinan. Son estas particularidades las que hacen necesario abordar en específico el estudio de la prueba jurídica.

El Dr. Ferrer Beltrán para abordar este tema cita al reconocido autor Carnelutti quien con mucho criterio diferencia la actividad probatoria jurídica de la la general en los siguientes términos “De forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación normal. (...) Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determina o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos...”³

Es necesario entonces abordar el estudio de la prueba en el proceso penal con sus diferentes significados, ya que al ser concepto polisémico se puede referir tanto a la prueba como actividad, como resultado o medio.

Como acción, la prueba se refiere a la actividad que es desplegada por las partes de un proceso destinada a probar sus afirmaciones, o bien a desvirtuar las hipótesis o afirmaciones dadas por la contra parte. Dicha actividad se encuentra enmarcada en las normas procesales aplicables al caso.

² Real Academia Española. <https://dle.rae.es/>

³ FERRER BELTRAN, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 24

En cuanto al concepto de medio de prueba se entiende que es el instrumento, cosa o circunstancia en los que el Juez encuentra los motivos de su convicción⁴.

El Dr Carlos Parma define a los medios de prueba como “...aquellos modos, formas y procedimientos que la ley establece para regular los distintos elementos o sujetos de pruebas que proporcionan conocimiento al juez sobre determinado objeto de prueba...”⁵ El medio de prueba entonces es el procedimiento que la ley regula para lograr el ingreso al proceso del elemento de prueba, de tal manera que ésta sea útil para que el Juez pueda formar un criterio sano convictivo⁶.

A su vez, el Dr Parma diferencia entre el medio de prueba y la fuente, siendo ésta última la el hecho del cual el juez extrae la conclusión, no la actividad. Es decir, el testimonio es el medio de prueba, el testigo la fuente. Carnelutti afirmaba que “testimonio, documento e indicio son las tres fuentes típicas de prueba”⁷. Los medios de prueba son el instrumento a través del cual una fuente (o un órgano) de prueba se incorporan al proceso para someterse a la valoración del juez y conformar el grado de conocimiento requerido para resolver el planteo realizado por las partes.

Tiene dicho el Dr. Peñasco que “El medio de prueba es un procedimiento tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso (por ejemplo testimonial, pericial, etc). A su vez, el elemento de prueba es el dato objetivo que incorporado legalmente es idóneo para producir un conocimiento cierto o probable sobre determinados hechos o circunstancias de interés procesal (por ejemplo la conclusión del perito.

Es interesante esta definición, porque es basta la doctrina que hace diferencia entre medio de prueba y elemento de prueba, entendiendo que el medio de prueba es aquel acto procesal complejo regulado por la ley a través del cual se incorpora al proceso un elemento de prueba que tiende que dar un grado de convicción al juez sobre aquello que se pretende probar. Para ejemplificar esta diferencia, es útil remitirse al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, que en su artículo 314 detalla la finalidad de la investigación penal preparatoria, indicando que la misma es impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a

⁴ ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, tomo III, 2da. Edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1958, ps. 230.

⁵ PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez, Colombia. página 12

⁶ PARMA Carlos, MANGIAFICO David, ob. Cit. Pág. 12

⁷ EISNER, Isidoro, “El testigo preconstituido”, LL, tomo 103, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 1961, ps. 887 (citando a Francesco Carnelutti en “La prova civile”, Venecia, 1914). Cita extraída de PARMA Carlos ob.cit. Pág. 13

la acusación o determinar el sobreseimiento⁸. Es la segunda parte del artículo que hace referencia a la prueba como elemento de conocimiento, como dato de la realidad que sirve al juez para dictar una resolución. Mientras que los medios probatorios son enumerados en el Título VI, capítulo 9, Art. 205⁹: inspección y reconstrucción, registro y requisa, secuestro, testigos, peritos, intérpretes, reconocimientos y careos.

Si bien éstos son los medios de prueba detallados por el Código Procesal Penal de la Provincia, tal enumeración no es taxativa puesto que como se mencionó rige la libertad probatoria en el ámbito penal, y ello es así porque para lograr el fin del proceso (la verdad real u objetiva, debate que se abordará más adelante) es necesario que las partes tengan amplitud probatoria. Para conseguir tal cometido es que la ley procesal establece que todos los hechos y circunstancias que tengan que ver con el objeto del proceso, pueden ser probados por cualquier medio de prueba. Sin embargo, este principio no es absoluto puesto que la propia ley establece limitaciones. Siempre que se aporte alguna prueba por un medio que no esté específicamente regulado en el Código Procesal, debe aplicarse el que mayor semejanza presente, y regirse por sus normas. Así también rige como limitación a la libertad probatoria el respeto a los derechos y garantías de las partes intervinientes en el proceso penal, la cual no pueden verse bajo ningún aspecto. Tampoco podrán ser presentados como pruebas aquellos elementos obtenidos de manera ilegal (teoría del fruto del árbol envenenado).

Por último, hay que analizar a la prueba como resultado. Esta perspectiva de la prueba hace referencia a todo aquel elemento que incorporado al proceso por las partes, le brindan al juez el grado de conocimiento necesario para poder fundar su decisión. Es decir, es el resultado de la actividad probatoria, aquello que ha sido probado y que genera un cierto grado de conocimiento a la persona o personas (ya sea un juez o un jurado popular), respecto de las hipótesis que las partes plantearon en el proceso. En palabras del Dr. Arocena, “...en este sentido, se usa el giro cuando se expresa, por ejemplo, que el testimonio T1, la pericia P2 o incluso la totalidad de los elementos de comprobación receptados en el debate prueban la hipótesis H”¹⁰

⁸ Código Procesal Penal Mendoza. Art. 314.

⁹ Art. 205 CPP Mza - Libertad Probatoria. Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes Art. 205 - Libertad Probatoria. Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes

¹⁰ AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián y CESANO, José; “Prueba en materia penal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, 2° reimpresión 2016, ps. 3

Es correcto afirmar que la prueba confirma o desvirtúa una hipótesis. De esta manera la prueba se manifiesta como toda materia útil al juicio histórico que dota de contenido y fundamento a la actividad que se lleva a cabo en el proceso penal¹¹.

En esta inteligencia, incardinado en las enseñanzas de Arocena, Balcarce y Cesano, puede sostenerse finalmente que “la función de la prueba es servir como medio idóneo para la reconstrucción conceptual y acreditación de un hecho acaecido en el pasado y que dota de contenido “o no “a la hipótesis acusatoria”¹². La función de la prueba en este sistema entonces, está avocada a la demostración de un hecho, que acredite o no la hipótesis acusatoria.

Confirmar, replantear, desechar la hipótesis será una tarea a practicar en el proceso de investigación que culmina en los momentos en que se logran evidencias o elementos materiales probatorios suficientes para decidir con certeza.¹³

Es decir entonces, que la prueba resulta ser la piedra angular para la resolución de un conflicto penal. Ello así porque para que el juez pueda aplicar el derecho a un caso concreto, necesita realizar un procedimiento de determinación de hechos: si existieron y de qué modo se desarrollaron. Esto se desarrolla a través de los medios de prueba que se mencionaron anteriormente y que van a ir generando en el órgano decisor un mayor acercamiento a la verdad del hecho. En palabras de Jauchen “..Esta reconstrucción del pasado se procura efectuar mediante la producción de elementos que constituirán la base de credibilidad para establecer la existencia o no del hecho. Este último es el ‘hecho principal’ que se pretende conocer mediante el ‘hecho probatorio’. De forma tal que la sentencia como decisión fundada en pruebas llegará siempre a una declaración por las siguientes vías: ‘Dado tal hecho llego a la conclusión de la existencia de tal otro’”.¹⁴.

¹¹ AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián y CESANO, José; ob. Cit. ps. 2 y ss.

¹² AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián y CESANO, José, ob.cit, ps. 3. El término “o no” me pertenece.

¹³ PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez, Colombia 2021, pág. 7

¹⁴ JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial. 1° Edición revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2020, página 27/28,

2. LA PRUEBA Y LA VERDAD.

2.1. La relación entre prueba y verdad.

Suele decirse que la búsqueda de la verdad es el objetivo del proceso penal. Sin embargo a esta afirmación hay que hacerle varias consideraciones. En primer lugar, la búsqueda de la verdad no es el único objetivo del proceso penal, y en segundo lugar es necesario determinar qué tipo de verdad es la que busca lograrse por medio del proceso penal.

Respecto al primer supuesto, no podemos considerar a la búsqueda de la verdad sin más como único objeto del proceso penal. Dice Nicolás Guzman en su libro “La verdad en el proceso penal” que el proceso penal es un medio para la realización de un fin, que es la jurisdicción, la aplicación de la ley sustantiva en un caso concreto. Sin embargo, conformarse con esto no es lo correcto, sino que agrega que es necesario aclarar que fin del proceso puede ser cualquier condición necesaria para que la jurisdicción sea ejercitada de acuerdo con los mandatos constitucionales¹⁵.

Tiene sentido lo expuesto, porque de nada sirve arribar a la verdad de un suceso si para ello se han vulnerado los derechos y garantías de los sujetos. Esto es solo posible mediante un juicio previo a la condena, respetuoso de las garantías y derechos fundamentales del ser humano, presto a determinar como han ocurrido los hechos.

Nos introducimos entonces en el segundo interrogante, el cual pretende determinar qué tipo de verdad es la que busca arribar el proceso penal. Ferrajoli sostiene que el único significado de la palabra verdadero -como de la palabra «fiable», «probable», «verosímil», plausible» o similares- es la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas¹⁶.

En similar sentido Michel Taruffo menciona que la presuposición de la existencia de la realidad empírica y de la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos

¹⁵ GUZMAN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Editorial Didot, Buenos Aires, 2018, página 123

¹⁶ FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. 1995, página 64

acerca de esa realidad es de un realismo ingenuo¹⁷. No hay lugar a dudas que los seres humanos solo somos capaces de aproximarnos a la verdad, pero no conocerla por completo, sólo tenemos acceso a una verdad relativa como dice Taruffo. Es sumamente interesante la concepción de Taruffo en este sentido, en su libro *La prueba de los hechos* se destina un apartado para transcribir una entrevista que le realizó Jordi Ferrer Beltrán sobre el libro en cuestión y clarificar algunos conceptos.

El Dr. Ferrer Beltrán le plantea a Michel Taruffo que la doctrina procesalista mayoritaria, tanto en España como en Italia, sostiene tesis que, con mayor o menor grado de escepticismo frente a la posibilidad de control racional, vinculan la prueba a la convicción del juez acerca de los hechos ocurridos. ¿Te parece que ello supone una desvinculación de las nociones de prueba y verdad y, en todo caso, cuál es la relación que en tu opinión existe entre esos dos conceptos?. A ello el Dr. Taruffo responde: Tengo la impresión que la doctrina mayoritaria no sólo está condicionada por la incapacidad de considerar y profundizar en las implicaciones filosóficas y epistemológicas de la determinación de la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas, sino también por una especie de escepticismo típico de los abogados (no olvidemos que muchos procesalistas académicos son también abogados) respecto de la posibilidad de que se pueda alcanzar alguna verdad en juicio acerca de los hechos del caso. Es difícil decir cuál de estos dos factores tiene una mayor importancia: ciertamente, ambos convergen en el sentido de inducir a la doctrina a adoptar una aproximación rigurosamente legalista respecto de la prueba, una aproximación formalista respecto de la verdad judicial (según la cual se entiende de forma convencional como «procesalmente verdadero» cualquier resultado de la decisión sobre los hechos) y una aproximación sustancialmente irracionalista respecto del convencimiento del juez. De este modo, tanto la prueba como la verdad son entendidas de forma legalista-formalista: la prueba es aquello que la ley regula como tal y la verdad es la consecuencia que en cualquier caso extrae el juez a partir de las pruebas. Así, se habla de verdad «formal» o «procesal», precisamente para distinguir dicha verdad «judicial» de la verdad «verdadera», es decir, de la que se supone que existe fuera del pro pero que se concibe como inalcanzable en el proceso. Desde esta perspectiva, prueba y

¹⁷ TARUFFO, Michel. “La prueba de los hechos”. Colección estructuras y procesos. 2º Edición. Editorial Trotta, 2005, página 57

verdad procesal se sitúan -por así decirlo- en el mismo lado: son recíprocamente coherentes dentro de una concepción monodimensional y exclusivamente formalista de la decisión sobre los hechos. Lo que resulta excluido en esta concepción es la posibilidad de que el juez utilice instrumentos racionales para conseguir, a partir de las pruebas, construir su decisión sobre una aproximación razonablemente aceptable a la realidad histórica o empírica de los hechos. En el libro he intentado eludir la perspectiva mayoritaria y demostrar que la prueba es un fenómeno no sólo jurídico; que en el proceso es posible alcanzar una “verdad relativa” razonablemente aproximada a la realidad de los hechos; que existen criterios racionales para valorar las pruebas, etc. En resumen, estoy convencido de que la orientación prevaleciente es errónea y que es posible, en cambio, además de necesaria, una concepción racional y no formalista de la prueba y de la verdad judicial. Desde mi perspectiva, la relación entre prueba y verdad se plantea en términos bastante claros: la prueba es el instrumento del que disponen las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden no considerar como verdaderos los enunciados relativos a los hechos principales del caso, bajo la premisa de que en el proceso es posible, con criterios racionales, obtener una aproximación adecuada a la realidad empírica de esos hechos. (...) En cualquier caso, mi opinión es que el proceso no sólo pretende producir decisiones, sino también decisiones justas. Como ya he dicho anteriormente, pienso que una decisión sólo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso (además de derivar de un proceso correcto y de la justa interpretación y aplicación de las normas). Por tanto, el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de la decisión.

Podemos concluir entonces luego de la clarificante explicación del Dr. Taruffo que la prueba y la verdad están íntimamente vinculadas, cuando hablamos de que una hipótesis es verdadera, es porque ya se tiene un grado de convicción sobre los hechos a los que alude, producto de una valoración racional de la prueba aportada en el marco de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales, desarrollado de manera oral, público, con principio de inmediación y juez imparcial, contradictorio, de corte adversarial, donde las partes pudieron ofrecer y controlar la prueba. Solo así será posible que a través de la prueba se alcance el convencimiento suficiente y razonable de que un

hecho ocurrió o no, la modalidad y demás circunstancias planteadas en las hipótesis que darán fundamento a la resolución judicial (ya sea una sentencia, o una resolución judicial por ejemplo como el dictado de una prisión preventiva).

3. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL.

3.1 Sistema acusatorio adversarial. Concepto y finalidad.

En base a lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que la función de la prueba es la acreditación de un hecho histórico, a través de la actividad que realizan las partes del proceso conforme lo regulan los códigos procesales, todo ello en miras de cumplir con el fin del proceso penal, que como se mencionó es la búsqueda de la verdad.

Es más, en etapas iniciales de la investigación penal preparatoria (etapa procesal en la que se centra éste trabajo) la prueba va a tener una función vital, ya que va a servir de base al Ministerio Público Fiscal para solicitar, si se cumplen los requisitos, una elevación a juicio o bien el sobreseimiento.

Resulta importante detenerse para ahondar conceptos más generales que sirven de sustento a lo mencionado. En su libro *Derecho y Razón*, Ferrajoli esclarece los conceptos de sistema acusatorio y lo contrapone con el sistema inquisitivo en los siguientes términos: "...Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar

estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento.¹⁸»

En este sentido, se puede afirmar que la finalidad del proceso para el sistema acusatorio adversarial es la garantía de las libertades, el Estado actúa como árbitro entre las partes y actúa en la medida las pretensiones¹⁹. Nos encontramos con un juez imparcial que decide los planteos realizados por las partes (tales como objeciones, oposiciones, peticiones, etc) y debe resolver en función de la prueba (que ha sido sometida a control de la contraparte).

Jauchen se expide en este sentido, y aclara que con la denominación de acusatorio adversarial se individualiza el rol de las partes en el juicio, el juez es receptor imparcial del producto de las pruebas incorporadas al debate (hago la salvedad de que no debe centrarse el análisis sólo en la etapa procesal del debate, sino que debe ser extensiva aún a etapas iniciales del proceso) y árbitro por decidir en los planteos formulados por las partes. Y es adversarial porque la investigación y el juzgamiento se desarrollan a la luz del principio de contradicción entre el fiscal y el defensor.²⁰

Por lo expuesto, es necesario ahondar en algunas reglas que resultan de importancia para profundizar el estudio de la actividad probatoria y la función de la prueba en el sistema acusatorio adversarial, entre ellas la imparcialidad del juez, oralidad, publicidad, intermediación y la contradicción.

3.2 Reglas del sistema acusatorio adversarial

3.2.1) Independencia del Juez

¹⁸ FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. 1995, pag 562

¹⁹ COUSSIRAT, Jorge, GUAJARDO Laura, PEÑALOZA Fernando, QUIROGA Paula. Manual de Derecho procesal penal. 1º Edición. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008. Tomo 1, pág. 49.

²⁰ JAUCHEN, Eduardo M; “Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. 1º Edición revisada. Editorial Rubinzal Culzoni, 2015. página 26

La Constitución Nacional consagra en el artículo 18 que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

También se deriva del bloque constitucionalidad consagrado en el artículo 75 inciso 22 donde se incorporan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Entre ellos se puede enumerar la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 8 establece: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En el artículo 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se menciona que “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. En la Declaración Universal de Derechos Humanos el artículo 10 recepta este principio en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Como se mencionó anteriormente, el sistema acusatorio adversarial supone la división de las partes que intervienen en el juicio, por un lado defensa, acusación, la querrela también y como decisor y árbitro del proceso está el juez. Así, son las partes y no el juez los protagonistas en la búsqueda de la verdad, construyen la verdad fruto de la contradicción reglada y leal entre las partes.²¹ El juez debe limitar su accionar al cumplimiento de las normas constitucionales, a la ley y a su criterio, es independiente de los demás poderes del Estado teniendo a su cargo el control constitucional difuso.

Se trata de proteger que la función jurisdiccional se ejerza de manera imparcial y sin ningún favoritismo, de modo que al resolver los casos de los que tengan conocimiento, los jueces actúen apeándose al ordenamiento jurídico y no a razones ajenas al mismo, como se podría llegar si se

²¹ CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires, pág. 367

cediera ante presiones a lo externo o interno del poder judicial. Con respecto a ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009, dijo: “146.El artículo 8.1 reconoce que “toda persona tiene derecho a ser oída[...] por un juez o tribunal [...] independiente”. Los términos en que está redactado este artículo indican que el sujeto del derecho es el justiciable, la persona situada frente al juez que resolverá la causa que se le ha sometido. De ese derecho surgen dos obligaciones. La primera del juez y la segunda del Estado. El juez tiene el deber de ser independiente, deber que cumple cuando juzga únicamente conforme a -y movido por- el Derecho. Por su parte, el Estado tiene el deber de respetar y garantizar, conforme al artículo 1.1 de la Convención, el derecho a ser juzgado por un juez independiente. El deber de respeto consiste en la obligación negativa de las autoridades públicas de abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico. El deber de garantía consiste en prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan. Además, el deber de prevención consiste en la adopción, conforme al artículo 2 de la Convención, de un apropiado marco normativo que asegure un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad de los jueces y las demás condiciones ya analizadas en el Capítulo VI de la presente Sentencia” ²²

Supone también la división de funciones jurisdiccionales, puesto que aquel juez que intervino en la investigación y acusación del imputado no deben ser los mismos que intervienen en el juicio. En este sentido se ha expedido la Corte en el fallo *Llerena*, sostuvo que el hecho de que un juez haya actuado como instructor y luego haya participado como miembro del tribunal de juicio, presentaba signos exteriores que no garantizaban la imparcialidad del juzgador; máxime si en la etapa de investigación preliminar había interrogado varias veces al imputado y había dictado su prisión preventiva, puesto que estos actos procesales pueden comprensiblemente provocar sospecha en el imputado acerca de la parcialidad del magistrado. Continúan expresando en el fallo: "Que si bien posteriormente en el caso "*Hauschildt*" resuelto el 24 de mayo de 1989, el TEDH restringió esta doctrina, indicando que no cualquier actuación del juez en la etapa anterior al juicio da lugar a la sospecha de parcialidad que admita su apartamiento, por lo tanto en cada caso concreto debe analizarse que tipo de actuación le incumbió al magistrado en la etapa preparatoria del juicio; lo cierto es que si esta actuación exhibió signos objetivos y contundentes de formación de juicio sobre la hipótesis fáctica, la participación del imputado en el mismo, y una presunción de culpabilidad,

²² LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª. edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018 página 310/311

aunque sea en mínimo grado, la sospecha de parcialidad generada a raíz de la ejecución de estos actos da lugar al apartamiento del magistrado." ²³

En palabras de Chaia "...La imparcialidad exige que el juez se encuentre en una pose de equidistancia entre acusación y defensa. A los ojos de éstos y la sociedad debe aparecer como un tercero desinteresado independiente y neutral, sin encontrarse comprometido con alguna las posturas asumidas en el juicio, ni debe tener preconcepciones o prejuicios que limiten su libertad y lo hagan tomar partido en favor o en contra de los intereses de alguno de los sujetos involucrados."²⁴.

3.2.2) Juicio oral, público, inmediación

La oralidad es la regla principal del sistema acusatorio adversarial ya que permite el cumplimiento de las demás reglas tales como la publicidad, inmediación y contradicción. Ferrajoli expone que "...la publicidad y la oralidad son rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo"²⁵.

Para Roxin el principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido.²⁶ Es por ello que tiene como principios conexos; al principio de inmediación y concentración

Este principio si bien suele relacionarse a la etapa del debate, del juicio, es una garantía que tienen las partes durante toda la tramitación del proceso. Por ejemplo, en el Código Procesal Penal de Mendoza, en el artículo. 375 se establece que el debate será oral y público²⁷. A su vez, el artículo

²³ LLERENA, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código penal —causa NY 3221. 17 mayo 2005.

²⁴ CHAIA, Ruben A. "ob. cit., pág. 364

²⁵ FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. 1995, pág.614

²⁶ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, 25ª edición, Buenos Aires, 2000, Pg. 115.

²⁷ CPP Mza Art 375 - Oralidad y Publicidad. El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

293, al regular el procedimiento de la prisión preventiva (tema que es objeto de este trabajo) dicta que la audiencia de prisión preventiva será oral, pública e indelegable, se citará a las partes y a la víctima o a quien pueda constituirse como querellante particular. Y establece también que la resolución del juez deberá ser de manera oral.²⁸

En palabras del Dr Ferrajoli “...La publicidad es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio Naturalmente, la publicidad del proceso no tiene nada que ver con su resonancia o espectacularidad, que muy bien pueden conciliarse con el secreto en la obtención y formación de las pruebas...”²⁹.

Chaia define a la publicidad como un principio que permite el control de la sociedad respecto a los actos de justicia, expone: “...la publicidad permite un mejor y más amplio control de las partes en relación a la actividad del juez y también posibilita que la sociedad se entere realmente y por sus propios medios, de lo que ha sucedido en tal o cual caso”.³⁰

En lo que a inmediación se refiere, Jordi Nieva Fenoll sostiene que no suele hablarse de imparcialidad cuando estudiamos la valoración de la prueba pero su importancia es clave ya que “la más mínima pérdida de la misma va a condicionar un resultado probatorio, de manera que el juez podría comenzar a creer sistemáticamente a los testigos de una parte, simplemente porque durante el juicio ya piensa que esa parte no tiene razón, o bien se incomodó con ella durante una visita.”³¹

La inmediación, hace referencia a que el juez debe elaborar la sentencia sobre la base de impresiones personales que obtiene de la prueba recibida en el procedimiento principal (debate oral y público) sin que en principio (y con excepción de los actos que por su naturaleza y características

²⁸ CPP Mendoza. Art. 293

²⁹ FERRAJOLI Luigi; ob.cit. pág,614/616

³⁰ CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires pag 453

³¹ NIEVA FENOLL, Jordi. “La valoración de la prueba” Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A 2010. Madrid. Pág 165

se deban considerar definitivos e irreproductibles) pueda reemplazar tales elementos de comprobación por la prueba reunida en la investigación penal preparatoria.³².

3.2.2) Contradicción

Como se mencionó anteriormente, el sistema acusatorio adversarial se presenta como un sistema procesal que tutela las garantías de las partes. Una aplicación de dicho sistema es el contradictorio, que implica que las partes tienen derecho a interactuar en igualdad de condiciones. No es solamente un derecho que posee la defensa, sino que ambas partes, en igualdad de condiciones tienen derecho a participar en la formulación de pruebas, controlarlas, contestar una acusación, entre otros. No hay lugar a dudas que el Ministerio Público Fiscal siempre tuvo esta facultad como titular de la acción penal, pero como se dijo anteriormente, el sistema adversarial garantiza la “igualdad de armas” entre las partes. Por lo que a través del contradictorio se le brinda a la defensa la posibilidad de tomar contacto con la acusación y las pruebas garantizando de este modo el derecho a ser oído, a conocer las pruebas en su contra y controvertirlas, a ofrecer pruebas, y otros derechos que tienen raigambre convencional.

Durante la investigación penal preparatoria el contradictorio se manifiesta de manera relativa, el Estado dota de facultades al Ministerio Público Fiscal que lo pone en un pie de desigualdad con las otras partes del proceso. No obstante, durante la investigación penal preparatoria también debe garantizarse la participación de los sujetos del proceso, permitiéndole al imputado conocer el material probatorio que obra en su contra para poder ejercer de éste modo su derecho de defensa, más aun cuando se solicita el dictado de una medida cautelar como lo es la prisión preventiva. El imputado tienen derecho a proponer todas las pruebas que estime oportunas, y se evaluará si las mismas son útiles y pertinentes al momento de ser admitidas.

La aplicación del contradictorio no es plena en el caso de la etapa de investigación penal preparatoria, el contradictorio es relativo, la oralidad solo será en las audiencias, puede dictarse el secreto de las actuaciones. Pero la ley marca aquellos casos en que debe respetarse el derecho de

³² AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián y CESANO, José; “Prueba en materia penal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, 2° reimpresión 2016, página 14

defensa bajo pena de nulidad. Tal es el caso de aquellas pruebas que por sus características son definitivas o irreproductibles enumeradas en el artículo 320³³ y 340³⁴ del Código Procesal Penal de Mendoza. En estos casos, dado que no va a ser posible producir la prueba en la etapa del debate, es necesario garantizar la participación y el control de la contra parte, para que pueda realizar sus planteos defensivos y llegar libre de vicios al debate.

En palabras de Nicolas Guzman “...otorgar valor decisivo a actos que fueron desarrollados en la etapa en la cual las prerrogativas de una de las partes – el Estado, claro está- son muy superiores a las de la otra - el imputado-, y permitir que esos actos constituyan la base de la aplicación de una pena, constituye una violación al principio de igualdad”

De este modo, se garantiza desde etapas primigenias del proceso que la prueba que se incorpora ha sido controlada por las partes, disminuyendo la posibilidad de error para una futura sentencia, ya que ha superado testeos de las partes (control en el desarrollo de una prueba, en cuanto a su utilidad, pertinencia, etc). En estas condiciones, el proceso penal se acerca más al conocimiento de la verdad, al menos formal, en la cual no rige sólo la hipótesis acusatoria, sino que se ha desarrollado la actividad probatoria con participación activa de todas las partes, logrando así una prueba más depurada de errores y con mayor valor probatorio para una futura valoración por parte del juez.

Vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el solo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho de defensa, sino más bien como el método más adecuado para la correcta determinación de los hechos.

Para ello, es necesario como dice el Maestro Ferrajoli que las hipótesis acusatorias sean sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si son apoyadas por pruebas y contrapruebas según las maxima *nullum indicium sine probatione...*³⁵. La

³³ Art. 320 CPPMza - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles. Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto. Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

³⁴ Art. 342 CPPMza - Actos Definitivos e Irreproductibles. Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproductibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

³⁵ FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. 1995, pag 35

prueba debe ser sometida permanentemente a test de racionalidad, a verificaciones, como se verá mas adelante el análisis de la utilidad y pertinencia, posteriormente el contraexamen de las partes, y luego la valoración racional de dicha prueba.

Es importante entonces enunciar los principios generales del proceso acusatorio, con sus características distintivas de los otros tipos de proceso para poder enmarcar la función que la prueba desempeña.

Jauchen, en su libro “Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial” enumera las reglas básicas de dicho sistema procesal como son la publicidad, oralidad, contradicción, inmediación, concentración, exclusividad de la prueba e identidad física del juzgador³⁶.

Como detalla el Dr. Parma en su reciente libro, la función del principio de contradicción como principio estructural del proceso penal es ser garante de la seguridad jurídica, del debido proceso, del derecho a controvertir la prueba, a ser oído y por ende a participar. Todo ello bajo el permanente control judicial. Y luego detalla que el carácter adversarial se refiere a “igualdad de armas”, que por un lado nos encontramos con el aparato estatal que cuenta con recursos de todo tipo para perseguir el delito, y por el otro lado la defensa que debe tener acceso a los elementos de prueba recolectados y deben garantizarse el pleno cumplimiento de las garantías constitucionales y convencionales. Entre ellas podemos enumerar: 1) no estar obligado a declarar en contra de sí mismo, 2) derecho a ser asistido por un abogado de confianza (particular o designado por el Estado), 3) derecho a ser oído, que incluye el derecho también a ser asistido por un traductor acreditado, 4) tener acceso a las pruebas, 5) juicio oral y público, 6) juez imparcial, entre otros.

3.3. Rol de la víctima en el sistema acusatorio adversarial.

Durante mucho tiempo el proceso acusatorio adversarial tenía como partes al Estado por un lado como titular de la acción penal, y al acusado por el otro con su representación legal. La víctima sólo podía participar de para aportar datos del hecho que colaboren con el esclarecimiento de la

³⁶ JAUCHEN, Eduardo M; “Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. 1º Edición revisada. Editorial Rubinzal Culzoni, 2015. página 19

verdad, pero no tenía un rol protagónico. Situación que resultaba extraña puesto que se trata del sujeto esencial del conflicto penal, se había dejado de lado su participación y no tenía injerencia en el proceso.

Poco a poco, el foco de atención volvió al rol de las víctimas como sujeto esencial del proceso penal, se le otorgan derechos durante la tramitación del proceso, y también la facultad de presentarse como querellante.

A nivel internacional, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad son el instrumento internacional que establece el estándar mínimo que debe cumplirse para garantizar el acceso a la justicia. En nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhiere a dichas reglas a través de la acordada 5/2009 (fecha 24 de febrero de 2009), resultando obligatoria su aplicación por parte de todos los tribunales del país.

En dicho instrumento supranacional, se define a las víctimas como “...toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.”. Se establecen reglas para disminuir su situación de vulnerabilidad ya sea derivado de la infracción penal o bien del contacto con el sistema de justicia, así como también para evitar una nueva victimización. Entre los sujetos con mayor estado de vulnerabilidad mencionan a los menores de edad, víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, víctimas de delitos sexuales, adultos mayores, familiares de víctimas de muertes violentas.

Con mucho tino el Dr Parma realza la participación de la víctima en el proceso penal, y recalca que en la actualidad la balanza se ha inclinado en favor de aquellas personas que se han visto afectadas por un hecho delictivo, más aún en los casos de delitos contra la integridad sexual³⁷, y agrego los delitos cometidos con violencia de género. Mucho mayor volumen de asistencia a la víctima se observa cuando se trata de delitos contra la integridad sexual.

³⁷ PARMA Carlos, MANGIAFICO David, “Valoración de la prueba en los delitos de género” . Editorial Jurídica Continental. Bolivia, 2020, pág 9

Siguiendo con la breve mención a las reglas, también se alienta a que se adopten medidas que busquen evitar los efectos negativos del delito y la revictimización como consecuencia del acceso a la justicia. Situación que es necesaria trabajar por parte de los operadores de justicia, ya que en varias ocasiones, al brindarle a la víctima la posibilidad de participar en una audiencia por ejemplo, se está generando un daño emocional a la misma. Por ello, es necesario contar con equipos interdisciplinarios de abordaje, y de acompañamiento a las víctimas para que no sufran una victimización secundaria como la nombran las Reglas de Brasilia.

En el Código Procesal penal se ve con claridad la participación del querellante en el proceso en el Art. 10 que determina quienes pueden constituirse como querellantes³⁸, art. 21 regula el trámite de las excepciones y les da vista al querellante, principalmente el capítulo II del Título V Partes y defensores, Querellante particular, que establece la instancia y requisitos para constituirse como querellante³⁹, las facultades y deberes del mismo⁴⁰.

El capítulo 3 que consagra los derechos de las víctimas en el art. 108 del Código Procesal Penal de Mendoza consagra los derechos de las víctimas en los siguientes términos: “..La víctima

³⁸CPPMza. Art. 10. El ofendido Penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto. El mismo derecho tendrá cualquier persona contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos. En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

³⁹CPPMza. Art. 103. Instancia y Requisitos. Las personas mencionadas en el Artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley. La instancia deberá formularse personalmente o por representante con Poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad: 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular. 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda. 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere. 4) La petición de ser tenido como parte y la firma. 5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público".

⁴⁰CPPMza. Art. 106 Facultades y Deberes. El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad Penal del imputado en la forma que dispone este Código. La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo. En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado. En los casos que se resuelvan conforme al art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a: a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes. b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil. c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado. d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido. e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia. f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima. Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Pupilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo...”⁴¹.

Aplicando estos conceptos a la etapa procesal que es objeto de estudio en este trabajo, el querellante particular puede constituirse desde el inicio hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, es decir hasta que se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene, en conformidad con el art. 363 del Código Procesal Penal de Mendoza. A tal fin, puede

⁴¹ Código Procesal Penal de Mendoza. Art. 108.

actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código (Art. 103 CPPMza). Es decir, que puede participar activamente en la producción de prueba, y brindar aquellos elementos probatorios que le sirvan al juez para alcanzar el grado de conocimiento necesario sobre los extremos del instituto de la prisión preventiva. Asimismo, como se expuso, al ser un sistema contradictorio, también la víctima a través del rol del querellante va a tener la posibilidad de someter a control y examen la prueba que esté presentada en el proceso.

Por último, al tratarse de audiencias orales “aumenta la posibilidad de participación activa de la víctima y son oídas directamente por el juez si así lo desean. Este último factor, provoca un aumento de la transparencia, ya que los medios de prensa y la sociedad se informan de manera directa e inmediata del modo en que los fiscales investigan y acusan, los argumentos de la defensa y de las razones de los jueces para decidir”⁴².

4. OBJETO DE PRUEBA.

4.1. Objeto de prueba. Consideración en abstracto.

Como se mencionó en los puntos precedentes, el proceso penal busca determinar si un hecho ocurrió y la forma en que ocurrió. Es un proceso de carácter retrospectivo, en el cual las partes deben producir la prueba necesaria para determinar la existencia de un hecho, las circunstancias en que ocurrió el mismo, el encuadre legal (si está tipificado), circunstancias agravantes, atenuantes, si el sujeto participó solo o con otras personas. También pueden ser objeto de verificación las circunstancias personales del autor o autores como lo establecen los artículos 40 y 41 del Código Penal, comprobar la extensión del daño causado, etc.

Dichas investigaciones, son llevadas a cabo a través de la actividad probatoria que es iniciada a instancias del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal. Las partes deben seguir el procedimiento establecido en las normas de rito, que establecerán formalidades, plazos,

⁴² Mangiafico David. (2019). Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. <https://biblioteca.ascomunidadjuridica.com/reader/audiencias-orales?location=59>

determinarán los límites de la actividad probatoria, etc, a través del cual se llevará a cabo la acreditación de las hipótesis formuladas por las partes que serán sustentadas con la teoría del caso que presente cada una.

El objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende, se trata de todo aquello que puede ser acreditado por elementos que provocan conocimiento al Juez de lo que tiende a probar⁴³.

Todo lo probado en un proceso penal, se suele denominar objeto de prueba en sentido abstracto, es todo el material fáctico de carácter incierto en su conocimiento y que por lo tanto hay que probarlo para definir si existió o no, y de que manera. En sentido estricto, el objeto de la prueba se enfoca en un proceso determinado y la prueba necesaria al efecto.

4.2 Hechos excluidos: reconocidos y notorios. El caso del juicio abreviado.

Anteriormente se pensaba que por el interés del Estado en la represión del delito, no podrían excluirse de la actividad probatoria a ningún hecho del proceso.

En la actualidad, con la aplicación del sistema acusatorio adversarial donde rige plenamente el principio de contradicción entre las partes, resulta necesario realizar una distinción en cuanto a los hechos que van a ser considerados objetos de prueba.

Es necesario hacer la salvedad de que si bien rige la contradicción entre las partes, el juez como decisor y árbitro en el proceso penal debe velar por la legalidad del mismo, verificando que se cumplan los requisitos, y que la tramitación del proceso se realice de manera libre, primando la voluntad de las partes y las estrategias procesales de cada uno, sin deformaciones que puedan provenir por ejemplo de prácticas extorsivas.

⁴³ PARMA Carlos “Valoración de la prueba en los delitos sexuales”. Editorial Ibañez, Colombia, 2021, página 9.

Tal es el criterio del Dr. Chaia, que expone que se debe dejar de lado la idea del juez paternalista que suplente la voluntad de las partes, y dar paso a un juez que este preocupado en permitir que las partes se expresen en libertad y desarrollen sus hipótesis en el marco de un sistema procesal contradictorio y adversarial⁴⁴.

En este marco, los hechos reconocidos, que no han sido objeto de controversia no son objeto de prueba en el proceso puesto que ya han sido admitidos por las partes. También quedan exentos de prueba aquellos hechos que no han sido controvertidos por la otra parte, por ejemplo un grado de participación, un agravante o un atenuante. Si el fiscal tipifica el hecho como un robo agravado por el uso de arma de fuego y la defensa nada dice al respecto, deberá tenerse por cierta dicha calificación legal, por existir un acuerdo tácito entre las partes. Puede existir un acuerdo tácito como el ejemplo dado o puede ser de manera expresa, en el cual la contraparte expone que presta conformidad con lo alegado por la parte contraria.

El artículo 368 del Código Procesal Penal establece en su parte pertinente “Continuación de la Audiencia preliminar. Observaciones y acuerdos de la prueba: admisión y rechazo. Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamiento que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás. Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que si deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba”. El Dr. Sosa Arditi analiza este artículo y en sentido coincidente con lo mencionado ut supra detalla que una vez producido el acuerdo probatorio, no habrá más discusión sobre las circunstancias fácticas en el juicio oral. Esta alternativa, dice el autor, es coincidente con el sistema acusatorio adversarial y facilita que el debate se centre en aquellos otros elementos que están controvertidos⁴⁵.

Un ejemplo de lo desarrollado es el caso del juicio abreviado, en el cual defensa y acusación realizan acuerdos respecto del hecho delictivo, agravantes o atenuantes, grados de participación etc, y dan por ciertos algunos de los hechos, lo cual trunca la investigación, al punto de no iniciarla por

⁴⁴ CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires, pag 457

⁴⁵ SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. 2020, Mendoza, Argentina, página 574/575

ejemplo. El juez en este caso realiza una homologación del acuerdo, velando por la libertad de las partes en la decisión y la legalidad del pedido.

En el Código Procesal Penal de Mendoza, el juicio abreviado se legisla en los siguientes artículos:

“Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial. Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

Art. 418 - Procedencia. Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento. b) El Ministerio Público manifieste su conformidad. La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite. Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley. El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer. Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero. Art. 420 - Resolución. El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio

conocido, en audiencia oral. En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal. Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario. Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

En estos casos, al no existir contradicción entre las pretensiones y formulaciones fácticas planteadas por las partes, no hay controversia y es admisible una solución alternativa al juicio. Como dice el Dr. Sosa Arditi "...si el fiscal y la defensa están de acuerdo en la imputación, es decir los hechos la calificación legal y la pena que corresponde aplicar, no tiene sentido llevar a cabo el debate que es el ámbito para analizar una contienda entre la pretensión punitiva y la pretensión defensiva. Cuando existe coincidencia entre estas partes no hay tema a dilucidar, simplemente analizar si esa coincidencia enmarca en lo legal y en las constancias de la causa..."⁴⁶

Siguiendo con el tema, existe discrepancia respecto de los hechos notorios. Paso a explicar, se llama hecho notorio a aquellos que son conocidos por un número indeterminado de personas, ya sea por haber tenido contacto personal con el hecho o de manera indirecta por ejemplo a través de los medios de comunicación, por ser un dato de la cultura general, entre otros.

Se discute entonces si estos hechos deben ser probados o se dan por conocidos. Entendemos que no puede ser quitado de la discusión estos hechos ya que la notoriedad no puede ser concebida de manera ilimitada. La notoriedad es siempre relativa, debe ser evaluada en cuanto a los límites espaciales y temporales de su publicidad. En caso de existir dudas respecto del conocimiento que tenga el juzgador de ese hecho notorio, es apropiado probar el mismo. No debemos perder de vista que la notoriedad es una cualidad de un hecho que no puede quedar librada a la discrecionalidad

⁴⁶ SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. 2020, Mendoza, Argentina. Página 681/682

radial, grafica o televisiva que a través de la importancia otorgada a un acontecimiento posibilite tenerlo por acreditado en un proceso penal.⁴⁷

En sentido coincidente al Dr Chaia, entiendo que no debe ser exento de prueba el hecho notorio sin más, en todo caso será un hecho reconocido o no controvertido por las partes cumpliendo con las reglas del contradictorio. Debemos tener en cuenta la posibilidad de que el juzgador no conozca el hecho, evaluar dicha posibilidad y llegado el caso será apropiado probarlo, depende ello de la entidad del hecho notorio.

Es probable que la fuerza probatoria de un hecho notorio sea menor que la de otro hecho dada las características del mismo, pero no por ello se va a excluir como objeto de proceso. Sintetiza Chaia que esta es la postura más adecuada en un Estado de Derecho, puesto que permite el control de las partes sobre las cuestiones que han de tenerse por acreditadas sin que implique que ese hecho deba probarse del mismo modo que otro que no goce de esas características.

En lo que respecta a la prueba del derecho, es oportuno hacer mención que las mismas no son objeto de prueba porque se presumen conocidas por todos los habitantes, y son de aplicación obligatoria. No así el caso de una legislación extranjera que si debe ser acreditada a través de los medios de prueba conducentes.

4.3. Objeto de prueba. Consideración en concreto. Utilidad y pertinencia.

Como se dijo anteriormente, el objeto de la prueba considerada en concreto, hace referencia a aquello que se debe probar en un proceso determinado. Será función del juez decidir sobre la admisibilidad de la prueba, que ya va encaminado a la toma de decisión final.

En abstracto rige el principio de libertad probatoria, pero cuando lo llevamos al caso en concreto, no todo el bloque probatorio obrante en el proceso resulta necesario para resolver el

⁴⁷ CHAIA, Ruben A. "La prueba en el proceso penal." 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires, pag 75

planteo. El juez deberá determinar que prueba es la útil y pertinente para resolver el caso, en búsqueda de la verdad histórica del hecho delictivo objeto del proceso y controvertido por las partes.

Como se verá más adelante, el juez realiza un primer contacto valorativo con el material probatorio del expediente, es un primer filtro que se realiza y que permite que la prueba en instancias más avanzadas del proceso sea conducente al fin del mismo, a la resolución de la controversia y averiguación de la verdad. Para ello el juez siempre debe optar por la prueba más eficaz, y debe realizar también un control de legalidad sobre la misma descartando la prueba ilícita o aquella que vulnere derechos y/o garantías constitucionales. Demás está decir, que cualquier decisión jurisdiccional debe estar motivada y fundada, en este sentido el Dr. Mangiaficio deja en claro que la denegación de prueba o de los concretos medios propuestos ha de ser explícitamente razonada y basada en el incumplimiento de los requisitos procesales, en la falta de pertinencia o inutilidad de la prueba o del medio, en virtud del principio de legalidad.⁴⁸

Como se mencionó, el punto de vista en concreto del objeto probatorio se refiere a aquello que debe probarse en el proceso, surgen dos límites entonces la pertinencia y la utilidad de la prueba.

La pertinencia se refiere al vínculo entre el medio probatorio y aquella proposición fáctica que se quiere probar, que puede ser el hecho principal del proceso o bien un hecho secundario que ayudará a develar el principal. El Dr. Parma expone que la pertinencia de la prueba es terreno en donde priva la soberanía del juez, pues una vez fijado el objeto procesal y sus circunstancias accesorias, toda prueba que se refiera a éstos debe ser admitida en la comprobación del suceso criminoso que se presume cometido⁴⁹.

Mientras que la utilidad se refiere a aquellas implicancias que la prueba tiene para con el objeto a probar. Se refiere a la relevancia que el elemento tiene, su idoneidad y eficacia para probarlo.

⁴⁸ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019.

⁴⁹ PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez, Colombia, 2021, página 11/12

5. NECESIDAD DE LA PRUEBA. CONCLUSIÓN.

Llegamos a la conclusión entonces, que la prueba en el proceso penal es el eje troncal sobre el cual va a asentarse la sentencia. Ésta resolución no puede basarse en meras convicciones del juzgador, sino que es el fruto de las pruebas aportadas y valoradas por él a través de un razonamiento lógico como se verá en los próximos capítulos.

Por lo tanto, la prueba es necesaria para que las partes ejerzan su derecho a demostrar la verdad de los hechos de sus pretensiones limitado únicamente por la utilidad y pertinencia de la misma, y también es el pilar sobre el cual el juez asienta su convicción y puede desarrollar una sentencia de corte racionalista superadora de las tendencias puramente psicológicas como por ejemplo la íntima convicción.

Es necesario que esa prueba sea producida en el marco de un proceso penal de corte acusatorio y adversarial, donde las partes tengan la posibilidad de ofrecer toda la prueba sobre los hechos que alegan en igualdad de condiciones, y que les sea permitido conocer y refutar el material probatorio obrante en autos. Como dice el Dr. Ferrer Beltrán, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido o no los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, y sólo así podrá garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica⁵⁰.

Por ello es necesario estudiar los elementos de la prueba, sus modalidades, los límites a la prueba, porque solo a través de una prueba de buena calidad (para los fines del proceso) se podrá disminuir la posibilidad de error judicial. En el objeto de este trabajo, las buenas prácticas probatorias disminuyen la posibilidad de error cautelar, lo que es trascendental porque nos encontramos frente a un sujeto que es privado de libertad sin sentencia condenatoria, como se analizará en los siguientes capítulos.

Tales principios, como se verá mas adelante, deben ser aplicados desde instancias iniciales del proceso. La actividad probatoria, ejercida no solamente por el Ministerio Público Fiscal, sino también por la defensa, debe realizarse desde los estadios iniciales del proceso, y más aún en el

⁵⁰ FERRER BELTRAN, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 54.

pedido de dictado de una medida cautelar como la prisión preventiva donde se va a privar de libertad a una persona que aún no ha sido declarada culpable y que el grado convictivo sobre su responsabilidad penal es aún bajo, no de certeza.

Sin ánimo de adelantarse, en el cuarto capítulo se analiza la aplicación de estos principios en caso concreto del instituto de la prisión preventiva.

CAPÍTULO 2-

VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA.

1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

1.1. Introducción.

Teniendo ya analizados los conceptos generales de la prueba en el proceso penal, y la etapa de conformación de los elementos de juicio donde se analizan en última instancia la utilidad y pertinencia de los mismos, es necesario abordar un segundo momento, en el cual el juez toma conocimiento del valor probatorio de los elementos de prueba y su vinculación con el objeto del proceso. Como dice Jordi Ferrer Beltrán, la operación consiste en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis, sujeto a los criterios de la lógica y la racionalidad⁵¹.

Por medio de la prueba el juez adquiere el grado convictivo necesario para sostener que un hecho o un presupuesto fáctico es existente y ocurrió de determinada manera, o que no existió en caso de no alcanzar el grado de conocimiento. Como se mencionó anteriormente, el juez parte de un grado de desconocimiento de los hechos, las pruebas son ajenas a él, y a través de ellas irá conformando su conocimiento sobre el hecho delictivo, y en definitiva arribar a una sentencia (condenatoria o absolutoria).

⁵¹ FERRER BELTRAN, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 45

Esto es propio de un Estado de Derecho, donde rige el principio de legalidad, seguridad jurídica, y un sistema procesal acusatorio adversarial, donde se valora a través de los principios de la sana crítica racional. Expone Ferrer Beltrán, que el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido o no los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, y sólo así podrá garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica⁵².

Por ello es necesario estudiar los elementos de la prueba, sus modalidades, los límites a la prueba, porque solo a través de una prueba de buena calidad (para los fines del proceso) se podrá disminuir la posibilidad de error judicial. Llevando estos conceptos al instituto de la prisión preventiva, el conocimiento de los métodos de valoración de prueba, y la racionalidad en la valoración de la prueba van a disminuir la posibilidad de error cautelar, y posibles futuras condenas erradas. Es necesario comprender el mecanismo de valoración racional de la prueba, y aplicarlo en un instituto de tanta importancia como lo es la prisión preventiva, que encarcela a una persona que aun goza plenamente de la presunción de inocencia, pero que a su vez se la ha sometido a un proceso por existir un grado de probabilidad de responsabilidad penal en un hecho delictivo.

Entonces, es necesario que la valoración de la prueba que se produzca en el caso desde el ámbito del razonamiento probatorio por aplicación del principio de libertad probatoria que posee nuestro sistema procesal, para ellos es útil conocer los métodos de valoración de prueba, los grados convictivos y estándares de prueba.

1.2. Concepto de valoración de prueba.

Como vimos en el capítulo anterior, durante toda la tramitación del proceso penal las pruebas son sometidas a controles, exámenes por las partes y son valoradas por ellas en cada etapa procesal.

⁵² FERRER BELTRAN, Jordi. Ob, cit, página 54.

La valoración se formula sobre elementos introducidos en el proceso constituyéndose en una obra lógica destinada a descubrir la verdad posible de los hechos que se investigan y expresada en el pronunciamiento jurisdiccional⁵³.

Nieva Fenoll expresa que la valoración de la prueba es la consideración por parte del juez de los materiales que intentan demostrar los hechos deducidos en el proceso. Se trata de describir y examinar esa actividad judicial que interioriza esa demostración para expresarla posteriormente, con mayor, menor o ningún acierto, en la motivación del juicio jurisdiccional. En cualquier caso, esa actividad intelectual permite al juez dictar sentencia cuando existen hechos dudosos⁵⁴.

Ahora bien, el razonamiento probatorio tendiente a evaluar y analizar la prueba ofrecida tanto en materia civil como penal, ha sido objeto de innumerables estudios y análisis doctrinarios. Pero dicho estudio suele en la mayoría de los casos, basarse en la motivación de la sentencia, de la etapa definitiva del proceso. Quedando relegado a un segundo plano las instancias anteriores del proceso como ser por ejemplo la medida cautelar personal de prisión preventiva.

En el caso de la investigación penal preparatoria, la prueba y la valoración de la misma esta dirigida a dar base a la acusación, sólo serán objeto del debate aquellas pruebas que sean definitivas o irreproducibles, por ese motivo es necesario que se garantice de manera permanente la participación de la defensa, y el continuo control que otorga el sistema contradictorio. Sólo así podrán evitarse vicios probatorios que desemboquen en un planteo de nulidad durante el debate. A modo de ejemplo, el artículo 320⁵⁵ y 340⁵⁶ del Código Procesal Penal de Mendoza, establece que actos probatorios deben ser notificados a la defensa de manera obligatoria bajo pena de nulidad, aún en los casos en que el expediente se encuentre bajo secreto de sumario..

⁵³ PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez. Colombia, 2021 página 42

⁵⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. “La valoración de la prueba” Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A 2010. Madrid, página 19

⁵⁵ Art. 320 CPPMza - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles. Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto. Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

⁵⁶ Art. 342 CPPMza - Actos Definitivos e Irreproducibles. Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproducibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

En el caso de la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad, debe ahondarse aún más estos criterios valorativos puesto que pone en crisis principios y derechos fundamentales del imputado. Por un lado, la presunción de inocencia que posee toda persona hasta el dictado de una sentencia condenatoria que implique una pena privativa de libertad, y por el otro lado el interés legítimo del Estado de perseguir el delito y llegar a una sentencia, asegurándose la preservación de la prueba y la presencia del imputado.

Entonces, al estar en jaque estos dos principios, debemos retrotraernos a los estadios anteriores de la decisión. No tengo lugar a dudas que la convicción es un elemento meramente psicológico, de carácter subjetivo y como tal variable, en cuanto a las personas y en el tiempo también.

Al ser un elemento psicológico del sujeto decisor, resulta imposible someter el mismo a control judicial, puesto que quedan inmersos en su íntima convicción. Por lo que es cuestionable que la decisión de una medida cautelar privativa de libertad quede a merced de un criterio incontrolable ni posible de verificar desde la lógica y la razonabilidad.

La implementación de criterios de racionalidad, para la aplicación de una medida cautelar, es útil para disminuir la posibilidad de arbitrariedad y error judicial. Puesto que nos obliga a motivar las decisiones, basados en un proceso lógico racional verificable basándose en los hechos del caso y las posibles hipótesis que surgen.

Si bien la doctrina suele enfocarse en la valoración de la prueba en la etapa del debate, esta operación cognitiva se realiza en todo momento que el juez debe decidir. En la etapa inicial del procedimiento penal, el Ministerio Público Fiscal, titular de la acción penal tiene a su cargo examinar los elementos de prueba que obran en el expediente para ordenar la detención o solicitar la prisión preventiva del imputado. También durante la investigación penal preparatoria valora la prueba el fiscal cuando solicita la elevación de la causa a juicio por entender que hay elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho, o en su defecto solicita el sobreseimiento en caso de corresponder. En cumplimiento del contradictorio la defensa puede oponerse a la elevación a juicio solicitada por el fiscal analizando la prueba el juez para resolver dicha petición.

Previo a abordar el análisis de cada uno de los sistemas de valoración de la prueba, resulta necesario destinar un apartado de éste trabajo para una realidad que aqueja a la sociedad, como lo es la violencia de género y que ha llevado a los operadores de justicia (entre otros organismos públicos) a tener que capacitarse en cuestiones de género para poder hacer frente a lo que el Dr. Carlos Parma llama en su libro “La valoración de la prueba en los delitos de género”, como una epidemia que se refleja en la alta tasa de femicidios. Para tal fin se seguirá el criterio por él adoptado en dicha obra, ya que aborda con claridad y responsabilidad la situación de la violencia de género y esta nueva perspectiva con que debe abordarse el proceso penal, y puntualmente la valoración de la prueba.

1.3. Valoración de la prueba en cuestiones de género.

Si bien este trabajo tiene por objeto analizar la valoración de la prueba en el instituto de la prisión preventiva sin centrarnos en un tipo de delito en particular, no podemos ser ajenos a la actual problemática que estamos atravesando como sociedad, el Dr. Parma la denomina “pandemia” de violencia contra la mujer por la alta tasa de femicidios que hoy sufrimos.

Por ese motivo, es necesario dedicar un apartado a lo que se suele llamar “perspectiva de género”, y como repercute en la valoración de la prueba.

A este respecto, es necesario en primer lugar adecuar a los operadores de justicia con este nuevo paradigma, buscando la igualdad entre el hombre y la mujer combatiendo conceptos e ideologías patriarcales.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para” visibiliza la violencia contra la mujer como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

Establece en su cuerpo normativo la definición de violencia contra la mujer⁵⁷, los derechos protegidos, y en el tercer capítulo hace mención a los deberes de los estados. En este apartado pretendo detenerme para hacer mención que los Estados parte han asumido el compromiso de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, entre ellas incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Por lo tanto, debemos tener una legislación apropiada a ésta perspectiva que proteja a los grupos vulnerables, y nuestra legislación ha sufrido modificaciones en pos de adaptarse a este sistema internacional, como ser por ejemplo la modificación del artículo 80 del Código Penal incluyendo los delitos de violencia de género, femicidio y femicidio vinculado.

La perspectiva de género fue incluido como criterio de valoración por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzalez y otras, Campo Algodonero con México, no sólo en el momento de valorar la prueba sino también en la etapa de recolección ya que la impunidad de este caso se fundó principalmente en la ausencia de investigación inicial ya que la policía desestimó la existencia de delito por entender que las jóvenes víctimas salían de noche, con sus novios o no se vestían de la forma apropiada.

⁵⁷ Artículo 1 Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Artículo 2 Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra

Por lo tanto, es necesaria la aplicación de una perspectiva de género que abarque todas las etapas de la actividad probatoria, desde las iniciales hasta la valoración de la prueba para el dictado de la sentencia. Para ello, es necesario, como se dijo anteriormente, que los operadores de la justicia estén capacitados para abordar estas problemáticas y garantizar el acceso a la justicia y la efectivización de la ley sustantiva, eliminando cualquier forma de desigualdad basada en estereotipos de género.

Ahora bien, centrándonos en la valoración de la prueba, es necesario que la misma respete el carácter de racionalidad, y que será desarrollado en éste capítulo. En este sentido, es necesario que la decisión judicial se asiente en fundamentos epistemológicos de valoración, eliminando preconcepciones, juicios de valor, estereotipos de género que encubren en su génesis concepciones discriminatorias.

De este modo, es necesario que al momento fundar las decisiones, los jueces expongan su argumentación probatoria, las máximas de la experiencia que fundan y motivan su decisión, porque solo así el peso del sistema acusatorio adversarial permitirá que las partes puedan controlar la decisión y en caso de existir cualquier tipo de arbitrariedad puedan apelar a los remedios procesales existentes en los códigos. Una sentencia fruto de una valoración racional de la prueba, tendrá explicitada la base empírica que la prueba le brinda, para poder sostener como cierta (o no) una hipótesis, y será posible controlar si existen inconsistencias o arbitrariedades basadas por ejemplo en estereotipos de género que le quitan fundamento y validez al proceso lógico realizado.

En síntesis, como dice el Dr. Parma la prueba cierta, objetiva y legalmente incorporada, cuando es valorada en forma razonada y razonable, es el modo más confiable para arribar a una sentencia justa⁵⁸.

⁵⁸ PARMA Carlos, “Valoración de la prueba en los delitos sexuales”. Editorial Ibañez, Colombia, 2021, pág 43

1.4 Interpretar, valorar y motivar.

Al momento de realizar precisiones terminológicas respecto de la valoración de la prueba, el Dr Nieva Fenoll llega a la conclusión que no tiene sentido distinguir entre valoración e interpretación, ya que son conceptos vinculados difícilmente imaginables el uno sin el otro. No desconocemos que la interpretación como forma de averiguación del sentido de una determinada ley tiene diferentes ámbitos de aplicación, como ser por ejemplo una interpretación gramatical (atiende al significado de las palabras utilizadas en la norma para considerar el sentido jurídico de la misma), puede ser una interpretación teleológica (en función del fin que la norma pretende, y debe ser analizada de manera conjunta con el universo en el cual se ubica la norma) puede ser una interpretación histórica (analizando los antecedentes históricos y evaluando las circunstancias en que la norma fue dictada) por nombrar sólo algunos ejemplos.

Pero en el ámbito que nos convoca, y sin intención de ahondar en el estudio de la interpretación de la ley, llegamos a la conclusión de que al momento de valorar la prueba también realizamos un proceso de interpretación de la norma y de las circunstancias probatorias. Como dice Nieva Fenoll (página 33), siempre se valora mientras se interpreta, porque en realidad lo que ocurre es que se percibe, y la percepción es indudablemente crítica.

Sin perjuicio de ello, el autor reconoce que el esfuerzo doctrinal en la precisión terminológica de éstos conceptos no fue en vano ya que permitió profundizar en la categoría de valoración de la prueba que era un tema no explorado.

En lo que si podemos hacer un distingo terminológico es con la motivación, que no es lo mismo que la valoración. La motivación es una instancia posterior, en la cual el juez pone de manifiesto la valoración que realizó, se desarrolla la justificación de la decisión, el razonamiento lógico por el cual arriba a esa decisión. Es independiente de la valoración de la prueba, porque en la motivación el juez explicita los motivos, los argumentos y fundamentos. Esta motivación servirá de base para el control que pueden realizar las partes de la decisión y en caso de denotar alguna irregularidad o arbitrariedad tendrán las vías recursivas procedentes.

1.5 Racionalidad. Concepto.

Clarificado el concepto de valoración de prueba, es necesario describir el carácter de racionalidad que se le otorga a la misma, para poder aplicarlo luego a los elementos probatorios de la prisión preventiva. Para tal fin, resulta necesario diferenciar los conceptos de racionalidad y razonamiento.

No es desconocido que este análisis requiere un abordaje multidisciplinario, principalmente de la filosofía jurídica que ahonda en éstos conceptos por medio de autores teóricos tales como Laudan, Alexy, Atienza, Taruffo, por nombrar algunos. Pero dicho estudio excedería el objeto de éste trabajo, sin perjuicio de lo cual, no puede dejar de ser analizado brevemente para poder entender de manera más acabada este proceso cognitivo de valorar la prueba.

Para abordar el estudio de este concepto debemos partir de la base que la razón y la racionalidad no son temas desvinculados y que el uso indistinto de estas expresiones no resultaría inapropiado.

En el campo del sistema probatorio, la racionalidad hace referencia a un procedimiento inteligible, lógico para confirmar proposiciones fácticas. Como dice Taruffo, con el objetivo de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso, debe utilizar únicamente criterios racionales. Para tal fin, la convicción del juez no debe estar viciada, y libre de vínculos legales (se refiere a la prueba tasada), debe guiarse por criterios de valoración racionales que son los únicos que permiten establecer si la valoración de la prueba produce elementos aptos para fundar el juicio sobre el hecho

Que se trate de una libertad orientada significa que el juez debe utilizarla únicamente con el objetivo de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso y que debe usar criterios racionales para ello. Como ya se ha mencionado anteriormente, la convicción del juez debe estar libre de vínculos legales -que precluyen la aproximación a la realidad- pero no debe estar libre de los criterios de :valoración racionales: es más, éstos son los únicos criterios que permiten establecer si la valoración de la prueba produce elementos aptos para fundar el juicio sobre el hecho.

La distinción entre concepción racional y concepción irracional de la convicción del juez equivale, pues, a la distinción entre libertad de valoración y arbitrariedad subjetiva⁵⁹

Atienza detalla que una decisión jurídica es estrictamente racional solo si respeta las reglas de la lógica deductiva (lógica clásica de predicados de primer orden); respeta los principios de la racionalidad práctica (a saber: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad); si se adopta sin eludir la utilización de fuentes del derecho de carácter vinculante; no se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc no previstos específicamente (aunque podrían estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico⁶⁰.

Resulta necesario entonces la labor permanente del juez para despojarse de estereotipos y prejuicios que puedan nublar su visión respecto del hecho, ya que lo opuesto a la racionalidad son los prejuicios, que no son ni más ni menos que un juicio erróneo o injustificado. Taruffo manifiesta que “los estereotipos se apoyan en generalizaciones estadísticas infundadas y, por tanto, no tienen correspondencia con ninguna realidad concreta. En definitiva, no se pretende ofrecer con ellos un retrato prolijo de una persona específica, sino que se utilizan como medios para encasillar a personas o comportamientos específicos en “tipos” bien conocidos y reducir de esa forma su especificidad, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad”⁶¹.

Es necesario entonces, que la decisión judicial sea el producto de una valoración de las pruebas obtenidas en el marco de un proceso acusatorio, donde rige la libertad probatoria, la libre valoración, donde el juez a través de un procedimiento oral, público, contradictorio y con intermediación analiza las pruebas y emite una resolución producto de su raciocinio siguiendo las pautas de la lógica y los criterios generales que mencionados anteriormente

⁵⁹ TARUFFO, Michel. “La prueba de los hechos”. Colección estructuras y procesos. 2º Edición. Editorial Trotta, 2005, página 402,

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”. Revista DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho N.º 4, 1987. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq52z8> , página 194

⁶¹TARUFFO, Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, p. 74

2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

2.1 Introducción

Los sistemas de valoración de la prueba se corresponden a un momento y sociedad determinada, con un procedimiento penal específico. Por ejemplo, en el proceso inquisitivo, el sistema de valoración vigente era el de la prueba tasada, cuando se adopta un sistema acusatorio, el sistema que cobra operatividad pasa a ser el de la íntima convicción. Un sistema mixto se rige por un sistema de libre valoración de la prueba. Esta división no es tan tajante, en casa proceso rigen las líneas generales del sistema imperante, pero no por ello es una aplicación exclusiva, pueden darse matices, pero conservando las líneas generales propias del sistema vigente.

La valoración de la prueba no sólo responde a un sistema procesal de un momento determinado, también es un tema de política criminal como bien ha mencionado el Dr. Parma en su libro citando al Alvarado Velloso en los siguientes términos: "...el problema central es de política procesal y no de simple técnica procedimental. La pauta central está dada por el grado de confianza que se tiene en los jueces, pues el Juez es "quien ejerce el verdadero poder en un lugar y tiempo determinado". Así exige reglas claras del juego, para ceñirse a la ley, pues "el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental"⁶². Cuando la confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor probatorio que tiene cada medio en particular para que así y no de otra forma evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos.

2.1 Sistema de prueba tasada.

Se trata de un sistema de valoración de prueba propio de un sistema inquisitivo, que se rige por la aplicación de reglas procedimentales ya establecidas por la ley.

⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *"El garantismo procesal"*, en *"Activismo y garantismo procesal"*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, ps. 146 y ss. Cita PARMA Carlos, "Valoración de la prueba en los delitos sexuales" . Editorial Ibañez, Colombia, 2021.

Chaia menciona que el establecer estrictas reglas de procedimiento tuvo como finalidad otorgar mayor seguridad al ciudadano que estaba sometido a un proceso como acusado. Si bien es un sistema muy criticado, ha logrado perdurar en el tiempo a través de determinadas reglas para la valoración de la prueba que se utilizan al día de la fecha en los procesos penales y que abordaremos más adelante. Pero el automatismo implementado desde esa forma de concebir la prueba, hizo perder importancia a la solución arribada, puesto que el juez debía preocuparse por incorporar mecánicamente las pruebas que la ley le permitía producir y luego tasarlas, esto es, asignarles el valor apriorísticamente determinado por el legislador⁶³.

Por lo tanto, se mecanizaba el proceso penal, debiendo reunir las pruebas marcadas por la ley, y la labor del juez consistía en otorgarle el valor que la legislación le asignaba. En resumidas cuentas, lo que se buscaba con este sistema rígido de valoración de prueba, era limitar el arbitrio judicial encasillando la convicción del magistrado a una valoración dada a priori por la legislación.

A través de la ley se regulaba que pruebas debían producirse e incorporarse al proceso, determinando su utilidad y forma de valoración. No interesa la convicción del juez, el magistrado solo debe aplicar la ley, como decía Montesquieu “el juez es la boca del rey”, una especie de funcionario que certificaba el cumplimiento de la norma en el proceso penal.

Ello así porque como explica el Dr. Coussirat, “En las épocas absolutistas la concentración del poder era total y toda desconcentración del mismo era vista como un peligro para el Príncipe. Aquella desconfianza generó la idea de limitar al máximo las facultades decisorias entre ellas la de decidir cuál era el valor que debía darse a las pruebas incorporadas al proceso. Esa idea se instrumentó predeterminando en la ley un valor para la prueba del que no podía el juez apartarse por razón alguna...”⁶⁴

No obstante y ubicando al sistema en su momento histórico, debe rescatarse que su formulación tiene como inspiración el intento de crear un método para racionalizar la valoración de la prueba y, más en general, el juicio de hecho, reduciendo tendencialmente a cero el riesgo ínsito

⁶³ CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires pag 149

⁶⁴ COUSSIRAT, Jorge, GUAJARDO Laura, PEÑALOZA Fernando, QUIROGA Paula. Manual de Derecho procesal penal. 1º Edición. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008, página 63

de la arbitrariedad subjetiva del juez y eliminando, por otra parte, las "pruebas irracionales" basadas en el principio del "juicio de Dios".⁶⁵

En un sistema de prueba tasada, la convicción que debe lograrse es la de la plena prueba. Y existían máximas que determinaban el valor. A modo de ejemplo cito al Dr. Parma que hace una enumeración de estas reglas. Por ejemplo, en materia de prueba testimonial existía la regla según la cual un testigo intachable hacía media prueba (semiplena probatio) y uno sospechoso (testis suspectus) menos de media (probatio semiplena menor), en tanto que un testigo intachable más uno sospechoso establecían más de media prueba (probatio semiplena maior). Agrega Couture que en el Fuero Real de España el testimonio de la mujer era admitido solamente para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas "en baño, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa" y que el Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación: los ancianos deben ser más creídos que los mancebos "porque vieron más y pasaron más cosas", el hidalgo debe ser más creído que el villano "pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí y por su linaje", el rico debe ser más creído que el pobre "pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa" y más creído debe ser el varón que la mujer "porque tiene el ceso más cierto y más firme". En mi opinión: un pensamiento deleznable⁶⁶.

No hay lugar a dudas que la apreciación negativa del Dr. Parma a estos parámetros de valoración de la prueba son reprochables, no aplicables en un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad de las personas y con plena vigencia de los Derechos Humanos.

Con el avance del estudio dogmático y filosófico sobre valoración de la prueba, cuesta entender cómo un juez valoraría racionalmente la prueba en un sistema de éstas características, ya que lo único que tenía que hacer era sumar el valor asignado por ley a las pruebas que están en el proceso y resolver en consecuencia.

Como resabios de prueba tasada o legal se encuentran, entre otros, el principio en cuya virtud los actos para los cuales se ha prescrito exclusivamente una clase de instrumento público carecen de eficacia si no se ha observado esa formalidad (art. 977, Código Civil); el de la plena fe

⁶⁵ PARMA, Carlos, PEREZ CURCI Juan Ignacio. "La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación". Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. 2018. página 39

⁶⁶ PARMA Carlos,, "Valoración de la prueba en los delitos sexuales". Editorial Ibañez, Colombia, 2021, página 31.

que hacen los instrumentos públicos con relación a determinadas circunstancias (arts. 993 a 995, id.); el de que no es admisible probar por testigos los contratos que tengan por objeto una cantidad superior a diez mil pesos (art. 1193, id.). También, comportan manifestaciones del sistema de apreciación tasada la calidad de plena prueba asignada a la confesión expresa (CPCN, art. 423); las limitaciones impuestas a la admisibilidad de la prueba testimonial en razón de la edad del declarante o de su parentesco con las partes (id. Arts. 426 y 427); etc

2.3 Modelo no tasado de apreciación. Íntima convicción. Libre convicción.

Se trata de un sistema, que a diferencia del tasado, no posee reglas establecidas a priori, sino que reposa sobre la experiencia, prudencia y conocimiento del juez. El juez debe razonar los datos evaluados al momento de sentenciar, y lograr la convicción necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes. No se basa en reglas establecidas a priori que determinan el valor de cada prueba, sino que basará en la convicción del juez.

Se trata de un sistema en el que no se intenta otra cosa que el juez utilice las llamadas máximas de la experiencia, reglas del criterio humano, leyes del pensamiento, etc. pero tiene la dificultad de que *a priori* no se establece ningún camino por el que el juez pueda discurrir para realizar la valoración⁶⁷

Por lo tanto, este sistema tiene dos variantes. Por un lado los modelos de íntima convicción, convicción moral o libre convicción, donde no se requiere que el juez explicita los motivos que lo llevaron a la toma de una decisión. Por otro lado, el modelo de la sana crítica racional, en la cual el juez debe motivar su decisión, exponiendo los motivos que lo llevaron a la decisión.

⁶⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. “La valoración de la prueba” Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A 2010. Madrid. Página 66,

2.3.1 Sistema de íntima convicción o prueba en conciencia.

Este sistema tiene dos características fundamentales: no posee normas que determinen de antemano la valoración de cada prueba, y a su vez el juez no tiene la obligación de explicitar los motivos de su decisión.

Se trata de un sistema de valoración de la prueba afín a un procedimiento de juicios por jurados. Se tienen preestablecidas las reglas para la incorporación de las pruebas y el control que las partes pueden realizar de ellas, más no de la valoración que el juez debe hacer sobre la totalidad del cuerpo probatorio.

Menciona el Dr. Chaia que estos sistemas forman parte de un andamiaje judicial que prevé el juicio por jurados y soporta la omisión de fundar la sentencia, al menos en los aspectos relativos a los hechos y las pruebas se busca que el jurado rinda cuentas sólo a su conciencia por la decisión tomada, la convicción será entonces el límite de la libertad estipulada a favor de quien juzga, se afirma así que: "La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales se hayan convencido; no les prescribe reglas de las cuales deben hacerse depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba"⁶⁸.

Entre las críticas que se han realizado a éste modelo procesal, el Dr. Ferrer Beltrán menciona que en primer lugar pareciera que se apela a certezas, al punto que suele denominarse "certeza moral" a la íntima convicción. El problema radica, como dice Ferrer Beltrán, en que ningún razonamiento inductivo puede justificar racionalmente conclusiones ciertas. Esto acarrea un segundo inconveniente, el cual es creer que el juez es un sujeto infalible que determina la verdad de los hechos del proceso. Por último, al tratarse de un sistema de valoración que se sostiene sobre las creencias, saberes, experiencias del juez, entonces hablamos de un sistema de corte subjetivo.⁶⁹

⁶⁸ LA Revolución Francesa de 1789, reformó los principios del proceso inquisitivo establecido en la Ordonnance criminelle de 1670, imponiendo la publicidad en todos los grados del juicio y dos años más tarde, en 1791, suprimió por completo el sistema sumarial implantando el proceso acusatorio mediante la instauración de un jurado popular, consagrando así la oralidad, la publicidad y la inmediatez. A los integrantes del jurado se les exigía el siguiente juramente "juras decir conforme a los cartos y a los medios de defensa y siguiendo vuestra íntima convicción, con la imparcialidad y la firmeza que convienen a un hombre libre".

⁶⁹ FERRER BELTRAN, Jordi. "La valoración racional de la prueba". Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007. página 144/145

2.4 Sana crítica racional y libres convicciones.

En similar sentido al sistema de íntima convicción, en la sana crítica racional y libre convicción no hay reglas de valoración de prueba que se le impongan al juez al momento de decidir. El juez puede decidir en base a las pruebas aportadas por las partes.

No hay acuerdo en doctrina respecto a estos sistemas, para algunos son dos sistemas con características diferentes y otros autores entienden que se trata del mismo sistema.

Eduardo Couture define a éste modelo como: las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.³⁴ Es así que ante todo: En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.⁷⁰

Siguiendo la postura del Dr. Chaia, entiendo que se trata de sistemas complementarios. El juez decide en base a su sana crítica racional pero puede utilizar criterios de libre valoración para formar su línea de argumentos, los que oportunamente deberá exponer bajo premisas de razonabilidad⁷¹.

No hay lugar a dudas que estos sistemas, sea de la forma que se los clasifique, son los mas propicios para garantizar el debido proceso, conforme a un Estado de Derecho garante de los

⁷⁰ COUTURE, Eduardo Juan, Estudios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 195.

⁷¹ CHAIA, Ruben A. “La prueba en el proceso penal.” 2º Edición, Hammurabi, 2013 Buenos Aires. Pág 165/166,

derechos humanos de las personas. Ya que con éstos métodos procesales, el juez debe explicitar los motivos que lo llevaron a la toma de una determinada decisión y por consiguiente se abre la posibilidad a las partes para rebatirlos.

Ello es así porque este método hace que el magistrado deba decidir conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia, psicología. Por lo tanto, si bien no hay normas establecidas con anterioridad que indiquen al juez el valor que debe otorgarle a cada prueba, el juez debe exponer en la sentencia los motivos de su decisión, el razonamiento lógico de valoración de pruebas por el cual arriba a determinada resolución. Se puede decir entonces que su importancia radica en habilitar al juzgador a valorar sin ataduras legales las pruebas, pero a la vez, le impide hacerlo de forma caprichosa, arbitraria o contraria a toda lógica. Así se establece que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad⁷².

A su vez, la valoración de la prueba desde la óptica de la sana crítica racional no debe hacerse de manera aislada, valorando por separado las pruebas, sino que el juez debe evaluar si las pruebas que se encuentran presentadas concuerdan, si se excluyen, si hay discrepancia entre ellas, y resolver de manera fundada. Debe hacer un análisis global del material probatorio, pudiendo establecer que algunas pruebas son decisivas para fundar resolución y otras no, y no por eso ir en contra de las reglas de interpretación.

Es decir, que el magistrado no valora la totalidad de las pruebas, sino que va a merituar cuáles son las que deben cumplir con el estándar de suficiencia del grado convictivo. Más adelante se analiza de manera detallada las etapas por las que transita el juez al momento de valorar la prueba (adelantando, primero se valora la utilidad y pertinencia de la prueba individual y luego en su conjunto se pondera la suficiencia en función del estándar probatorio).

En éste modelo, la formación de la voluntad del juez se realiza ponderando reglas de lógica, las máximas de la experiencia, la psicología y el sentido común que se refleja en el acto decisorio final y que permiten al juzgador fundarse en observaciones propias, psicológicas y sociológicas confirmables.

⁷² CHAIA, Ruben A, ob.cit. Página 167

A modo de ejemplo podemos citar un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut⁷³, que en su parte pertinente menciona que una resolución no merece ser tildada de arbitraria por el sólo hecho de que la conclusión a que se arriba no se funde en todos los elementos de convicción que se han considerado; sólo lo sería si encontrara su base en prueba inexistente o falseada en su realidad o significado, o si careciera de racionalidad su apreciación. Tampoco padece del defecto aquella porque esté en contra de alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa. El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapar al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a esta instancia por la limitación que, por esencia, reconoce la teoría del máximo rendimiento o del agotamiento de las posibilidades de análisis del caso.

En la Provincia de Mendoza se adopta este sistema en el artículo “Art. 206 - Valoración. Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.”.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primer Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, tomó como base de su apreciación probatoria el criterio establecido por la Corte Internacional de Justicia en el Caso del Canal de Corfú de 1949 y en el Caso de los Contreras en Nicaragua de 1986, en el sentido de que los tribunales internacionales poseen la potestad de evaluar libremente las pruebas evitando suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo⁷⁴.

En el caso Cruz Flores vs Perú⁷⁵, en el considerando número cincuenta y nueve (59) expone que admite la prueba y la valora en el conjunto del acervo probatorio aplicando las reglas de la sana crítica.

En el caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y Otros) Vs Guatemala, del año 1998, en el considerando número 76 la Corte explicita que todo tribunal interno o internacional debe estar

⁷³ “BAEZA, Miguel Alberto s/ Homicidio simple en concurso con abuso de arma” (expediente 20.107 – B – 2005. Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut.

⁷⁴ GARCIA CHAVARRÍA, Ana Belen. La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colección sistema interamericano de Derechos Humanos. CNDH, México, 2016, página 40

⁷⁵ Caso de la Cruz Flores vs Perú, sentencia 18 noviembre 2004. seriec_115_esp.pdf (corteidh.or.cr)

consciente que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la “sana crítica” permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados.

3. ESTÁNDARES PROBATORIOS.

3.1. Introducción.

Al momento de valorar la prueba, debemos analizar dos contextos, conforme el criterio seguido por el Dr. Michael Pardo. Un contexto macro y uno micro.

En menor nivel, se discute la importancia de las pruebas, la implicancia en la controversia. Es decir, en este contexto se discute la utilidad y pertinencia de la prueba para confirmar el enunciado fáctico que se discute en el proceso. Como dice el autor “el valor probatorio ofrece un criterio fundamental para la admisibilidad de las pruebas relevantes; los jueces pueden excluir prácticamente cualquier elemento de prueba si su valor probatorio es superado por los peligros potenciales de producir un sesgo injusto, por confundir las cuestiones a tratar, por ser engañosas para el jurado o por razones de eficiencia”

A mayor escala, en el nivel macro, ya nos encontramos con el análisis de la prueba en conjunto, y debe valorarse la suficiencia de la misma para sopesarlos con los estándares que lo habilitan al juez para dictaminar si el hecho está o no probado. ⁷⁶.

Por lo tanto, tenemos dos momentos de valoración de la prueba, que habilitan al mentado control permanente al cual se alude en ésta tesis y que posibilita reducir el margen de error procesal, cautelar en específico.

⁷⁶ PARDO, Michael, Estándares de prueba y teoría de la prueba, en VÁSQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), pp. 100-104.

En el primer momento, o análisis micro, se verificará la lógica e la corroboración de los enunciados y si los mismos están fundados en la sentencia, entre los elementos probatorios que las partes aportaron al proceso para sustentar sus pretensiones y por otro lado aquellos enunciados que se tienen por probados.

En segundo término es momento de contrastar si la totalidad de la prueba alcanza al grado convictivo requerido por el instituto. Para ello, es necesario estudiar los estándares de prueba que son al final de cuentas los que le van a indicar al juez cuando se debe dar por probado el hecho,

3.2 Concepto de estándar probatorio.

Los orígenes de los estándares de prueba los vamos a encontrar en aquellas culturas jurídicas del “common law”, donde es considerado un concepto fundamental en el proceso penal para que el magistrado arribe a una decisión. En el derecho iberoamericano, el estándar de prueba es un concepto en pleno auge, novedoso aun, de incipiente estudio y desarrollo.

Larry Laudan y en igual sentido Nieva Fenoll son escépticos en cuanto a afirmar que es necesario alcanzar un grado de certezas racionales para sostener que una hipótesis es verdadera. Por lo tanto, debemos aplicar el razonamiento probatorio para valorar el conjunto de las pruebas y establecer un umbral de suficiencia a partir del cual una hipótesis o premisa fáctica va a ser considerada verdadera, dependiendo siempre del objetivo del proceso (no será igual la suficiencia requerida para el dictado de una sentencia que para una medida cautelar por ejemplo).

Siguiendo al Dr. Pardo los estándares de prueba son “...aquellos que especifican e indican a los juzgadores de los hechos cuándo concluir que la prueba como un todo confirma un hecho particular en disputa...”⁷⁷. Así las cosas, el estándar de prueba debe formularse de tal forma que

⁷⁷ PARDO, Michael, ob. Cit. Página 102.

permita llegar a una decisión racional sobre la acreditación de los enunciados sobre los hechos vertidos en el juicio, es decir, a una decisión susceptible de justificación⁷⁸.

Entendiendo entonces que el razonamiento probatorio en el marco de un proceso penal es factible de errores, afín poder reducir y distribuir esos errores el estándar de prueba le ofrece pautas y niveles de suficiencia probatoria al juez para formar su decisión y fundarla de manera razonable.

Resulta necesario entonces, que ése grado convictivo sea conocido por las partes de antemano, lo óptimo sería su legislación y que forme parte de la legislación procesal penal. En éste tema, cabe hacer una mención ya que no en todo proceso penal hace falta aplicar estándares de prueba, ya que no en todos hay actividad probatoria, un ejemplo de ello sería el juicio abreviado donde las partes llegan a un acuerdo respecto de la responsabilidad del sujeto imputado. En los demás casos habrá valoración de la prueba producida por las partes.

Así, si los sujetos del proceso conocen el estándar de convicción, las decisiones de los jueces deberán ser fundadas en base a él, teniendo como base probatoria la satisfacción del nivel puesto por estándar. Sólo así podemos entender que una resolución este fundada y motivada y a su vez le facilita la posibilidad a las partes de controlar dichas decisiones y recurrirlas en caso de ser necesario.

3.3 Modelos de estándares probatorios.

Sin ánimo de entrar en mayores consideraciones respecto de los estándares de prueba, materia que es objeto de estudio de la epistemología jurídica, si es necesario hacer mención a algunos estándares de valoración. Se abordará el estudio de aquellos que han tenido mayor impacto doctrinal, sin perjuicio de saber que el abanico de modelos de estándares es mucho mayor.

Los estándares tienen un umbral de suficiencia en virtud de su mayor o menor exigencia. Dependiendo que las proposiciones fácticas resulten acreditadas con mayor o menor fuerza. Por

⁷⁸ REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. En Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXV, N.º 2, diciembre 2012. página 233,

ejemplo, al elevar el nivel de exigencia en el estándar, se aumenta el grado de corroboración al que debo someter la prueba y por consiguiente se reduce la posibilidad de error al momento de que se declare probada una determinada proposición. A contrario sensu, al elevar la exigencia probatoria, aumento las posibilidades de que una proposición que es verdadera no resulte declarada tal por no alcanzar el alto nivel de estándar.

Por este motivo, la aplicación de estándares probatorios debe ser materia de política criminal, porque es la herramienta a través de la cual se distribuye la carga de un posible error dependiendo del nivel de exigencia que plantee el mismo. Los criterios para dicha distribución son variados, pero, esencialmente, es un ejercicio de preferencias o priorización de unos determinados intereses sobre otros determinados intereses dentro de una sociedad. Determinación que debe estar afincada, también, en el análisis de costos para la sociedad de falsos positivos y falsos negativos en el respectivo asunto⁷⁹.

En el fuero penal, una solución errónea significa que una persona inocente va a ser privada de su libertad, por eso, en la mayoría de los casos se opta por un estándar de prueba riguroso, exigente, ya que se está debatiendo sobre la libertad de una persona que goza del estado de inocencia, por lo que la gravedad institucional de una resolución errada es importante.

3.3.1. Convicción plena.

Se trata de un estándar de prueba propio del sistema procesal inquisitivo donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa⁸⁰.

⁷⁹ CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel. Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 48 Julio – Diciembre. 2018, pp. 115-135.

⁸⁰ TARUFFO, Michel. “La prueba de los hechos”. Colección estructuras y procesos. 2° Edición. Editorial Trotta, 2005. página 564

En este caso, la prueba era tasada o legal con las características estudiadas anteriormente, por lo que el grado de convicción era elevado. No hay lugar para la duda, la reconstrucción de la verdad histórica a través de la prueba debe ser plena, tanto en lo que respecta al hecho delictivo, la tipificación, grados de participación.

Las consecuencias de un estándar de prueba riguroso decantan del análisis de Laudan sobre distribución del error, al optarse por un estándar elevado es mayor la probabilidad de que el magistrado dicte sentencias absolutorias por no llegar al grado de convicción suficiente. Como cita el Dr. Beltran “...no obstante existir plena prueba de culpabilidad, si el sentenciador no alcanzaba la convicción de que el procesado realmente hubiese cometido el hecho punible y correspondido en él una participación culpable y penada por la ley, concernía se decree la absolución del mismo”.⁸¹

3.3.2 Duda razonable. Más allá de toda duda razonable.

El concepto de estándares de prueba aplicados al proceso penal tiene raigambre en el derecho norteamericano de *common law* y su mayor desarrollo se da en el caso de juicios por jurados.

Larry Laudan critica fuertemente este estándar de prueba por entender que el mismo es de carácter subjetivo. La aspiración de objetividad está fundamentada en la idea de que el proceso (y la decisión que lo concluye) está dirigido a alcanzar el conocimiento de la verdad de los hechos.

El rasgo en común de las diversas nociones de “más allá de toda duda razonable” es que se definen en términos subjetivos, es decir, apelan al estado mental que debe tener el juzgador – convicción o duda– al momento de condenar o absolver al acusado⁸².

⁸¹ MORALES, Eduardo, Explicaciones de Derecho procesal, III: Derecho procesal penal, Santiago: edición privada, 1987, pp. 262-263 citado en BELTRÁN, Ramón. “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”. Política Criminal, Vol. 7, N.º 14, 2012 http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf, página 463

⁸² REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXV, N.º 2, diciembre 2012, página 241/242

La subjetividad imperante en este tipo de estándar genera un problema de imprevisibilidad puesto que no se trata de una regla determinada de antemano. Además, al ser subjetivo (recordando que es un sistema que suele aplicarse a los jurados), el juez no tiene que motivar la sentencia, ni exponer el proceso de razonamiento por el cual arribó a la conclusión.

Se fija un elevado grado de convicción probatoria, considerar que la prueba es suficiente bajo éste estándar tiene un piso elevado. Y como se mencionó anteriormente, esto no es ni más ni menos que una cuestión de política criminal, sobre la elección de cómo vamos a distribuir el error judicial. Bajo un estándar de prueba exigente, es probable que las sentencias absolutorias superen notablemente a las sentencias condenatorias, ya que es muy que el conjunto de pruebas reunidos alcance el umbral de suficiencia requerido por éste estándar. La adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza⁸³.

Laudan expone: “la idea es que el estándar de prueba establece un umbral de probabilidad (generalmente entre el 90% y el 95%) que debe lograrse antes de que el juzgador de los hechos esté justificado en condenar al acusado”.⁸⁴ Entonces, ante una duda razonable respecto de la culpabilidad del acusado, el juez dictará la absolucón.

3.3.3. Probabilidad. Alta, prevalente.

Disminuyendo el nivel de exigencia, se encuentra el estándar de probabilidad. La epistemología jurídica agota el estudio de estos conceptos y las implicancias del mismo. Excedería el objeto de estudio hacer un análisis acabado del mismo, sólo es la intención hacer mención al mismo y clarificar su significado y la implicancia del mismo como estándar para valorar la prueba a grandes rasgos.

⁸³ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial.” Conocimiento científico y estándares de prueba judicial | Taruffo | Boletín Mexicano de Derecho Comparado (unam.mx)

⁸⁴ LAUDAN, Larry, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 28 (2005), p. 98.

Se trata de un estándar menos exigente, ya que requiere la probabilidad, es decir el juez tiene dudas respecto de la culpabilidad del acusado (en el supuesto de que nos referimos a la etapa de juicio oral, pero puede ser aplicado en cualquier instancia del proceso) pero existe un alto grado de probabilidad.

Pardo⁸⁵ traduce en porcentajes la alta probabilidad como estándar de prueba, refiere que si la probabilidad de que las hipótesis sean verdaderas (es decir si los hechos ocurrieron o no) es mayor al 75%, entonces alcanzaría la suficiencia. La duda no debe superar el 25% de probabilidad. Existe una posibilidad de error, pero que no será superior al 25% de probabilidad. su convencimiento. Sin embargo, mientras tales dudas no superen el 25% de probabilidad, podrá el juez fallar o decidir respecto de la posición que ha superado el 75% de su convencimiento.

La probabilidad preponderante o prevalente, no suele ser aplicada en el fuero penal sino en el civil. Aplicando este estándar se va a optar por aquella hipótesis que resulte ser la más probada en comparación con las otras hipótesis alternativas.

Taruffo describe que el estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales: a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; c) Que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) Que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad⁸⁶.

⁸⁵ PARDO, Michael, Estándares de prueba y teoría de la prueba, en VÁSQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013)., página 111.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial." Conocimiento científico y estándares de prueba judicial | Taruffo | Boletín Mexicano de Derecho Comparado (unam.mx)

CONCLUSIÓN

La importancia de determinar un estándar de valoración de la prueba para el proceso penal radica en que el juzgado pueda tener un marco en el cual poder determinar si la hipótesis planteada por las partes se encuentra debidamente acreditada con las pruebas obrantes en la causa.

La determinación de un estándar de prueba es una cuestión de política criminal, ya que se trata de una forma de distribuir el error judicial, y balancear los derechos que se encuentran en pugna. Así, se tutela el debido proceso penal garantizando la vigencia del estado de inocencia del imputado, con el objeto del proceso que es el descubrimiento de la verdad.

En un proceso acusatorio adversarial, respetuoso de los derechos humanos, la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales es una de los ejes centrales del proceso, ya que garantiza el derecho de defensa. Para ello, es necesario determinar la importancia del estándar de prueba que le brinda herramientas al juez para valorar la prueba y arribar el estado convictivo necesario en cada instancia procesal. Se facilitará la exposición de motivos y el razonamiento utilizado para arribar a una decisión. Es aquí donde se encuentra la línea divisoria entre una valoración racional o irracional de la prueba.

Por lo tanto, identificar el estándar de valoración de la prueba utilizado por el tribunal, proporciona herramientas para el desarrollo del proceso ya que establece el marco en el cual se desenvolverá la actividad probatoria que las partes llevarán a cabo.

CAPÍTULO 3.

PRISIÓN PREVENTIVA.

1. CONCEPTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Luego de haber analizado en los capítulos anteriores los conceptos generales de prueba y sus elementos, así como también la valoración del conjunto de los elementos probatorios, es oportuno iniciar el abordaje del instituto de la prisión preventiva.

A tal fin se analizarán de cada uno de los elementos de ésta medida cautelar para estar en posición luego de aplicar los conceptos de valoración de la prueba en el caso concreto de la prisión preventiva. Pero para poder hacer ello, resulta necesario tener claro cuáles son las condiciones de procedencia de éste instituto, tanto a nivel doctrinario nacional como a nivel jurisprudencial y doctrinario supranacional analizando fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.1 Medida cautelar.

En un estado de derecho, el proceso penal tiene como función investigar y castigar el delito y sus consecuencias, para lograr dicho fin con el mayor grado de efectividad, es necesario asegurarse la sujeción del sujeto al proceso para lograr el desarrollo del mismo, caso contrario, ni la investigación ni una posible ejecución de condena podrían ser aplicadas del modo más conveniente posible en razón de los intereses en juego.

Se trata de una de una medida cautelar de coerción personal, que priva de la libertad a una persona que aún no ha sido declarada culpable de un delito, cuando concurren los requisitos propios de una medida cautelar como ser verosimilitud en el derecho invocado, peligro en la demora y contracautela.

Dichos requisitos deben ser valorados por el juez al momento de dictar una prisión preventiva (en modalidad efectiva o bien en prisión domiciliaria) ya que está en juego un principio constitucional básico como lo es el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional que “...impide que se trate como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, mientras el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar la voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena...”⁸⁷

Su justificación y finalidad se centra en asegurar los fines del proceso, asegurar la presencia del acusado durante las diversas etapas procesales por las que transita el proceso acusatorio y, consecuentemente, una vez concluido lograr que lo dispuesto por la sentencia condenatoria sea ejecutado sin ningún inconveniente que pueda provenir del mismo condenado.

Llobet define a la prisión preventiva como la privación del a libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral para evitar la ejecución de la eventual sentencia condenatorio, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad⁸⁸

En nuestro sistema no es procedente el “juicio penal en ausencia”, por lo que a pesar de que el estado tenga el deber de investigar y reaccionar frente al delito, pero dicha función no podrá ser cumplida si el imputado se sustrae del juicio iniciado. Por esto la medida cautelar de coerción personal viene a cubrir dicha situación conflictiva que perjudicaría de modo grave la función jurisdiccional y principalmente administrativa procesal.

⁸⁷ MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", Bs. As. Ed. Editores del Puerto, 1999, T. I, 2º edición, 1º reimpresión, p. 490

⁸⁸ LLOBET RODRIGUEZ, Javier; “La prisión preventiva y sus sustitutos”; en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (de Costa Rica); San José de Costa Rica; 2ª ed.; 1997; pág. 435

Por lo tanto es de carácter excepcional y restrictivo, sólo se justifica si se realiza por los fines de la investigación penal preparatoria, para lograr el desarrollo del proceso penal de manera efectiva. Éstos caracteres se vinculan directamente con la calidad del sujeto sometido a proceso, se trata de una persona que aún no ha sido condenada por delito alguno, que pesa sobre ella un estado convictivo de sospecha, por lo tanto goza de la presunción de inocencia y solo de manera excepcional puede ser privada de su libertad.

Jurisprudencialmente se ha dicho que "si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga “.89

Bajo esta premisa, el estado jurídico de inocencia sólo puede ser limitado a título cautelar, no como una pena anticipada. Y para ello, es necesario que exista un estado convictivo de sospecha o presunción que el acusado participó del hecho delictivo. Pero no alcanza esta presunción para el dictado de una medida cautelar, es necesario que la privación de la libertad tenga como fin asegurar la efectiva actuación de la ley procesal y penal.

De lo dicho se extrae que el mandato constitucional del afianzamiento de justicia, justifica la aplicación de las medidas debido a que es menester asegurar el desarrollo del proceso. Por lo tanto la “peligrosidad procesal” consiste básicamente en el hecho de que el propio imputado que se encuentra en libertad se convierte en un factor que atenta seriamente contra el enjuiciamiento en el que se encuentra involucrado. Más concretamente, como se dijo, el hecho de que el proceso penal en nuestro sistema no habilite su desarrollo sin la presencia del imputado, bastaría entonces con que el sujeto se sustraiga del juicio para lograr perturbar y consecuentemente impedir el dictado de una sentencia que lo afectaría de modo negativo. En segundo lugar también nos encontramos con el *periculum in mora*, o el peligro en la demora, lo cual se ve plasmado en el entorpecimiento en la investigación y peligro de fuga del cual se habla en el articulado.

⁸⁹ Sala II de esta Cámara Nacional de Casación Penal en "Albarracín, M. G.", causa n° 2783, reg. 3561, rta. el 26 de septiembre de 2000)

En base a todo lo dicho, podemos mencionar que las características de la prisión preventiva son: a) carácter instrumental, porque su finalidad es garantizar el cumplimiento de los fines del proceso en el cual se dictan, no son independientes; b) son coactivas, ya que para su ejecución se puede hacer uso de la fuerza pública; c) son urgentes, es una característica típica de las medidas cautelares porque existe un riesgo en la demora de la decisión que atenta contra los fines del proceso, por eso su urgencia; d) debe ser proporcional, debe ser la medida acorde para garantizar la efectividad del proceso, se debe evaluar la posibilidad de aplicar una medida menos restrictiva de la libertad previamente, es decir, si no existe una medida menos lesiva del interés del imputado; e) provisional, la prisión preventiva tiene un carácter excepcional y revisable, no pueden tener una extensión indeterminada y mientras estén vigentes las causales que la motivaron debe permanecer la medida, pero si las condiciones de procedencia en el caso particular se han visto modificadas, debe ser revisada por el juez.⁹⁰

1.2 Diferencia entre detención y prisión preventiva.

En base a esto podemos distinguir dos medidas cautelares de coerción personal que guardan relación, pero que finalmente son distintas: la detención y prisión preventiva.

Dejamos separada la aprehensión, porque ésta medida no constituye una medida cautelar en sí misma sino que se trata de un acto material, sin orden, sin orden judicial y tiene como finalidad llevar al sujeto ante la presencia de la autoridad competente para resolver sobre su detención.

Según el artículo 284 del Código Procesal Penal de Mendoza, habrá detención “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el Art. 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.”

⁹⁰ DIMAS AGUERO Oscar Paradigmas de la Legislación Procesal Penal de Mendoza. (1). ASC Libros Jurídicos, Mendoza, Argentina. 2020. página 83,

A simple vista, no hay diferencias entre ambos institutos, ya que los requisitos de procedencia son similares. La diferencia radica en el límite de su duración⁹¹, ya que la finalidad del instituto es distinta a la de la prisión preventiva.

Al respecto el Dr Sosa Arditi explica que "...la detención tiene la misma finalidad que la citación, posibilitar que se someta al imputado a un determinado acto procesal. En la etapa inicial es la imputación..." y continúa diciendo que la detención es una medida limitada en el tiempo y para cumplir una determinada finalidad. Efectivizada ésta se deberá re analizar la situación en orden a la posibilidad de solicitar o no al juez de garantías, la prisión preventiva.⁹².

Por lo tanto, se entiende que la detención es una medida de menor intensidad que la prisión preventiva, con el específico fin de obtener el comparendo de una persona al proceso en el cual se le está endilgando algún tipo de participación punible, con un grado de "motivos bastantes de sospecha" y que no resulta a prima facie aplicable una condena de ejecución condicional, o se trata de un caso de flagrancia o de gravedad por sus circunstancias. .

1.3 Criterio procesalista y sustancialista

La doctrina realizó una clasificación de los fundamentos y circunstancias que toman los códigos procesales en dos criterios, el procesalista y el sustancialista. El primero aplica una

⁹¹Art. 348 del CPP Mza estipula "En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos. Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable. En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse. Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo

⁹² SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. 2020, Mendoza, Argentina, página 450,

reglamentación constitucional para determinar cuándo es aplicable la prisión preventiva (aplicación de tratados internacionales, Convención Americana de Derechos Humanos art. 7.5).

1.3.1 Criterio Sustancialista

El criterio sustancialista considera a la prisión preventiva de manera similar a la pena, no es un instrumento para lograr la efectivización del proceso penal, sino más bien es una medida de coerción material por sí misma. No se guía por los principios de inocencia, excepcionalidad, sino que entiende a la prisión preventiva como una sanción previa.

Vemos entonces como se coarta con este criterio el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, ya que se toma a ésta medida como un adelanto de pena, sin juicio previo, sin respetar la presunción de inocencia, de libertad individual (artículos 14, 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 9.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos., entre otros)

De tal modo, le asigna a la prisión preventiva alguna de las siguientes funciones: a) prevenir el delito mediante la anticipación de la pena (punición del procesado); b) evitar la reiteración delictiva mediante el encierro del sujeto proclive a delinquir; c) disminuir la tasa de delictuosidad a través del encierro del sospechado reincidente; d) impartir un mensaje criminológico simbólico de “mano dura” con el delito; etc.⁹³

El criterio sustancialista se encuentra presente cuando la legislación regula tanto la procedencia del instituto en estudio como la denegatoria de la excarcelación, a través del monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho. También lo son la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores. Este criterio también asimila la prisión preventiva a una medida de seguridad. En este supuesto, se establece que el encarcelamiento tiene como finalidad evitar que se persista en el delito

⁹³ GONZALEZ FERREYRA SOLA Jorge I. “Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del Encierro Procesal”. Página 9 y 10. Publicado en “Pensamiento Penal” doctrina31834.pdf (pensamientopenal.com.ar)

o su reiterancia, o bien satisfacer la necesidad de “defensa social” contra la peligrosidad del sospechoso⁹⁴.

Se desprende de lo dicho, que la aplicación de la medida cautelar bajo este criterio es de carácter automático, el fiscal debe probar los extremos objetivos para el dictado de la prisión preventiva. El Ministerio Público Fiscal fundará los extremos de la norma, y al verificarse los mismos se dictará la medida cautelar, pero al no someterse a debate la peligrosidad, y fundarse en meros criterios objetivos esta corriente sufre de varias críticas en cuanto a su aplicabilidad.

A modo de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Suárez Rosendo vs. Ecuador”, estableció que la prisión preventiva no debe ser aplicada como un adelantamiento de condena ya que se trata de una medida cautelar, no punitiva. Se sustenta para dicho argumento en múltiples instrumentos transnacionales, como ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que marca que la libertad del imputado debe ser la regla del proceso, no así la prisión preventiva, ya que no podemos olvidar que nos encontramos frente a una persona cuya responsabilidad penal aún no ha sido dictaminada.

En similar sentido se expide la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.1, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35/07. En el punto 70 de dicho instrumento se deja claro el criterio que la prisión preventiva es sólo una excepción que debe ser aplicada bajo determinadas condiciones y que la duración excesiva de la misma invertiría el sentido de presunción de inocencia y convertiría a ésta medida cautelar en una pena anticipada⁹⁵.

Como conclusión de éste apartado, el criterio sustancialista implica la aplicación automática del instituto de la prisión preventiva. No se valoran en el caso concreto las particularidades que pueda presentar el caso sino que se resuelve a través de presunciones legales, afectando de ésta manera el derecho de revisión propio de las medidas cautelares. En un proceso penal acusatorio adversarial, resulta inadmisibles considerar que un imputado se fugará sólo por la expectativa de

⁹⁴ CLARÍA OLMEDO, Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, pág. 329, citado en EL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA ARGENTINA: Situación actual y propuestas de cambio. -1a ed. -INECIP, Buenos Aires, 2012, página 15,

⁹⁵ “...la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo (...)

pena, resulta necesario que el Estado a través del Ministerio Público Fiscal acrediten los extremos de la medida cautelar, sin admitir presunciones legales o pruebas tasadas que pondrían en cabeza del imputado la carga probatoria de demostrar que no es un riesgo procesal el mantenimiento de su libertad.

1.3.2 Criterio procesalista.

El criterio procesalista surge como respuesta al criterio sustancialista y los abusos del mismo. Se basa en una interpretación diferente para la aplicación de la prisión preventiva, teniendo en su génesis la idea que no se trata de una pena anticipada, sino que es una medida cautelar de carácter excepcional cuya única finalidad es la de proteger los fines del proceso. No tiene como objetivo valorar el fondo del asunto, la culpabilidad o inocencia del imputado, la tipificación del hecho, eso será objeto de la sentencia, no de la prisión preventiva.

Cafferata Nores afirma que la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo⁹⁶.

Tiene un carácter instrumental, se aplica únicamente para garantizar los fines del proceso, de manera excepcional y como última ratio, es decir, cuando no existan otros medios de coerción que afecten en menor medida la libertad del imputado.

Para ello, como toda medida cautelar, sus requisitos de procedencia son la verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris* y el peligro en la demora. Como se mencionará mas adelante, la verosimilitud en el derecho implica afirmar que existe un alto grado de probabilidad de que el imputado sea el autor del hecho delictivo. Y peligro en la demora se refiere a la probabilidad de que el imputado atentará contra los fines del proceso ya sea entorpeciendo la investigación o fugándose.

⁹⁶ CAFFERATA NORES, José; en INECIP (Instituto Nacional de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), “El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio”. Febrero 2012.

Éste es el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky”, donde señala el piso mínimo desde el cual debe legislarse en materia de prisión preventiva. Expone en su considerando 58 “...exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecúen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación....” y en el mismo sentido lo hace el considerando 60 donde repite que deben ajustarse las legislaciones a los estándares mínimos adoptados por la legislación penal nacional. Cabe aclarar que el Código Procesal Penal de la Nación sigue éste criterio procesalista en el artículo 280.

Resumiendo, la característica fundamental de éste criterio, es que el riesgo procesal debe ser probado por las partes y discutido en el marco de un proceso acusatorio adversarial en los términos en los que se abordó en el capítulo anterior. Deben demostrarse los indicadores de peligro procesal, cualquiera de los dos enumerados. Si se logra alcanzar el grado de convicción sobre el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación por parte del imputado, entonces será procedente el dictado de la prisión preventiva, siempre y cuando no exista una medida menos gravosa que de igual modo garantice los fines del proceso, la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva.

2. PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

El artículo 293 del Código Procesal Penal de Mendoza establece los supuestos de procedencia de la prisión preventiva, que posee los generales a cualquier medida cautelar y específicos de las reformas que se han producido en la provincia en el último tiempo.

Art. 293 CPPMza - Procedencia de la Prisión Preventiva. Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos: 1) Casos de flagrancia. Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no

aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional. Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;

b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;

c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal. Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposos.

3) Casos de "riesgo procesal". Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la

libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento: Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;

2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo: Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga: Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;

2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal;

y

3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

2.1 Situación procesal del sujeto.

En primer lugar, se requiere que la persona se encuentra formalmente imputado en los términos del artículo 271 y siguientes del CPPMza. Es decir, que el Ministerio Público Fiscal ya tiene un estado convictivo de “motivos bastantes” respecto de la culpabilidad del sujeto en el hecho delictivo. Es por medio de la imputación que el sujeto queda “ligado” al proceso penal y se dará fin con una sentencia condenatoria o absolutoria.

El estándar de “motivos bastantes” de la imputación, está muy alejado aún de la certeza necesaria para la condena. Todavía hay un algo porcentaje de duda, sin embargo "...en esta etapa del proceso, la duda, no tiene capacidad para enervar la investigación, entendiéndose que el plenario es el espacio en el que ésta se deberá dilucidar, y si se mantiene derivará a resoluciones que beneficien al imputado"⁹⁷,

2.2 Casos de flagrancia.

El primer inciso detalla el supuesto de procedencia de la prisión preventiva cuando el sujeto es sorprendido al intentar la comisión del hecho delictivo, al momento de cometerlo o inmediatamente después, mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor

⁹⁷ SOSA ARDITI, Enrique. Código Procesal Penal de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. 2020, Mendoza, Argentina <https://biblioteca.ascomunidadjuridica.com/reader/codigo-procesal-penal-de-mendoza?location=435>

popular o mientras tiene objetos o presente rasgos que hagan presumir vehemente que acaba de participar en un delito⁹⁸.

En este caso, la evidencia que arroja la flagrancia, respecto de la comisión de un hecho delictivo hace ceder preceptos constitucionales (nacionales y provinciales) que limitan la detención sin orden. Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución Provincial dicta que "...Nadie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo el caso infraganti, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez o de la autoridad policial próxima, ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente.."

La norma procesal ordena que además de tratarse de un delito flagrante para que sea aplicable en el caso la prisión preventiva debe ser un un delito que merezca pena privativa de libertad y que en principio no aparezca precedente la aplicación de una condena de ejecución condicional.

Por lo tanto, en dichos supuestos no habrá más solución que el dictado de la prisión preventiva en cualquiera de sus modalidad, ya sea efectiva o domiciliaria. Tal solución no debe ser evaluada como un cambio de paradigma en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto de prisión preventiva y pensar que es un adelantamiento de condena por tratarse de un delito flagrante.

Bajo ningún aspecto podemos dejar de analizar éste instituto como una medida cautelar, y en tal sentido, su aplicación debe cumplir sus requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. En este caso, como bien marca el Dr. Mangiafico " ...el peso de la presunción de fuga, entendida como factor de riesgo procesal frente a la amenaza inminente e inmediata de pena privativa de la libertad efectiva, justifica su dictado. Puede inclusive considerarse al sistema de flagrancia en su globalidad como una manifestación procesal expresa de los principios de prevención general y con anclaje dogmático funcional⁹⁹"

⁹⁸ Art 288 Código Procesal Penal Mendoza.

⁹⁹ MANGIAFICO David. "Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza". (2). ASC Libros Jurídicos, 2019, pág 68

En el mismo sentido se expide el Dr. Llobet, quien manifiesta su posición en contra de la prisión preventiva del atrapado in fraganti por el mero hecho de haberlo sido, y relaciona esta causal con la prevención general, lo mismo que la prohibición de excarcelación y necesidad de dictado de la prisión preventiva cuando la pena prevista supera un determinado monto¹⁰⁰.

2.3 Casos en que no aparece procedente la condena condicional.

El segundo supuesto que prevé la norma para la procedencia de la prisión preventiva es en los casos de probabilidad de responsabilidad penal del imputado y que resulte imposible la aplicación de una condena de ejecución condicional. a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado; b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso; c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal. Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial. Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposo

La condena de ejecución condicional está regulada en el artículo 26 del Código Penal y establece que se aplicará sólo en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Iguales facultades tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o in habilitación.

¹⁰⁰ LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª. edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018 . pág 628

Ahora bien, la probabilidad de responsabilidad penal del imputado, tiene como presupuesto un juicio valorativo sobre el grado de convicción que existe respecto a la prueba obrante en autos y que vincula al sujeto con el hecho delictivo. Se admite la posibilidad de dictar prisión preventiva frente a la hipótesis de verosimilitud del derecho invocado clara, precisa y contundente, por cuanto hay elementos de convicción suficientes que acreditan la existencia del hecho delictivo y a la vez se puede atribuir participación punible del imputado.¹⁰¹

Como se mencionó en el capítulo anterior, hay diferentes grados de convencimiento que puede alcanzar el juez durante el proceso, a saber: certeza (positiva o negativa), duda y probabilidad (también positiva o negativa) de la responsabilidad del imputado. Para el dictado de una medida cautelar como lo es la prisión preventiva, se necesita un grado de probabilidad positiva. Es superior a la duda, pero de menor valor convictivo que la certeza que es la requerida para una sentencia.

Numerosa doctrina ha discutido respecto de que debe entenderse por probabilidad de culpabilidad del imputado, y en mayor número han coincidido que esta probabilidad se da cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos. Debemos tener en cuenta que nos encontramos en la etapa de la investigación penal preparatoria, por lo tanto éste estándar de probabilidad que pesa sobre el acusado puede ir mutando a medida que aumentan los elementos probatorios en el expediente. El juicio de probabilidad se hace con las pruebas obrantes, pero si se incorporan nueva prueba que no condice con la sospecha de participación punible del imputado, éste estándar convictivo se cae y deberá reverse la medida cautelar. De ahí deviene el carácter provisorio de las medidas cautelares, persiste mientras las condiciones que le hicieron lugar se mantengan.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia en el caso Chaparro Alvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, (21 de noviembre de 2007): “La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es

¹⁰¹ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019. página 69

proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse”.

También Argentina recibió una sentencia en contra por parte de la Corte IDH por la misma razón. Se trata del caso Bayarri del año 2008 (30 de octubre). En el considerando número 76 el Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”. La Corte IDH señaló ya en "López Álvarez" (consid. 73, 78 y 81) la necesidad de que el juzgador evalúe periódicamente si se mantienen las condiciones que justificaran la prisión preventiva.

En igual sentido se expidió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35/07 punto 77, estableciendo que para disponer la privación de la libertad de una persona durante el proceso han de existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado, ya que esa prueba es la que habilita al juez de privar de libertad a un inocente. Posteriormente éste Instrumento Internacional detalla los que entiende como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva: peligro que el imputado intente eludir el accionar de la justicia, y peligro que intente obstaculizar la investigación.

Continuando con el análisis del artículo, se hace mención a la pena en abstracto asignada por ley al hecho delictivo investigado. Dicha cláusula, no puede hacernos caer en el automatismo de dictar una medida cautelar como la prisión preventiva por la amenaza de la pena en efectivo. Es necesario realizar un análisis valorativo del riesgo procesal también, ya que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, como se mencionó, no es un adelantamiento de condena, sino garantizar los fines del proceso.

En este sentido, el fallo Díaz Bessone sentó jurisprudencia expresando: “...no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura

condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

Por último, el artículo en dos incisos hace referencia a la reiterancia y reincidencia delictiva, así como a la pena que se espera como resultado del proceso.

Cobra relevancia en la merituación jurisdiccional, factores puntuales asociados al pronóstico de pena, la existencia de procesos abiertos con carácter previo y en los que el imputado haya recuperado su libertad y las condenas precedentes computables conforme a la legislación de fondo.

Es oportuno hacer mención en este momento al informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que como menciona Llobet desautorizó el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva, lo mismo que el dictado de la prisión preventiva a los delincuentes habituales o a los reincidentes, causales asociadas a la prevención especial negativa y que en general son autorizadas en la legislación latinoamericana. Ello lleva a indicar que la causal de peligro de reiteración delictiva, prevista en diversas legislaciones latinoamericanas es violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos. El mencionado autor cita: “Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delicta en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”¹⁰².

¹⁰² LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018, pág 624

2.3.1 Probabilidad de responsabilidad penal del imputado en la Corte Interamericana de DDHH.

Es importante destinar un apartado de éste trabajo para valorar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva, puesto que serán los lineamientos que deben seguirse para que el dictado de una medida cautelar sea respetuosa de las garantías y derechos humanos de los imputados.

La Corte ha exigido en diversas sentencias que se acrediten en el caso “elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito”. “...Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio”.

En el caso *Palamara Iribarne vs Chile* del año 2005 (sentencia del 22 de noviembre) la Corte expuso en su considerando N.º 198: “En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia...”. En el considerando N.º 213 ahonda en éste concepto de excepcionalidad de la medida, y la necesidad de llegar a un estándar de prueba suficiente que legitime la aplicación de ésta medida; “213. La interpretación de la normativa interna realizada por las autoridades militares en el presente caso, supuso que dicha medida cautelar restrictiva de la libertad personal, no revistiera, como lo exige la Convención, carácter excepcional. Por el contrario, al dictar prisión preventiva sin tener en cuenta los elementos legales y convencionales para que ésta procediera, el Estado no respetó el derecho a

la presunción de inocencia del señor Palamara Iribarne, debido a que, tal como surge de los hechos del caso, no desvirtuó dicha presunción a través de la prueba suficiente sobre la existencia de los requisitos que permitían una restricción a su libertad (...).”¹⁰³

También en el caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 25 de abril de 2018, la Corte hizo mención a la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, como un requisito de la prisión preventiva. Dijo: “353 (...) La decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado (...).”

Un caso más reciente y que involucra a la Argentina, es el de Gabriel Oscar Jenkins, quien fue detenido desde el día 8 de junio de 1994 hasta el 13 de noviembre de 1997 en el marco de la causa “Padilla Echeverry y otros” a cargo del Tribunal Oral Criminal Federal N.º 6 y la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la falta de motivación de la resolución que ordenó la prisión preventiva del Sr Jenkins, la duración de la medida, la ineficacia de los recursos para cuestionarla y la violación del plazo razonable en el marco de un proceso de daños e indemnización de perjuicios¹⁰⁴. La Corte cuestiona que el Tribunal Argentino aplicaba de manera automática la prisión preventiva sin valorar los fines procesales que el instituto persigue, por lo que constituía a la prisión preventiva como una anticipación de condena y no una medida cautelar.

En lo que respecta a este apartado del trabajo, este fallo resulta de suma importancia ya que resume entre sus considerandos las pautas para la aplicación del instituto de la prisión preventiva. En primer lugar deben existir elementos para formular cargos o llevar a juicio, es decir presupuestos materiales para la medida cautelar. Que estos elementos superen el test de proporcionalidad: legitimidad de la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. Y por último que la decisión que impone la medida este motivada, al punto que se permita evaluar si la decisión es acorde a las condiciones señaladas.

¹⁰³ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

¹⁰⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf

CAPÍTULO 4.

PRISIÓN PREVENTIVA. CONTINUACIÓN. RIESGO PROCESAL.

1. CONCEPTO DE RIESGO PROCESAL.

En este apartado del artículo se prevén aquellos casos en los cuales es posible la aplicación de una condena de ejecución condicional, pero se evalúa el dictado de una prisión preventiva por las circunstancias del caso, por el riesgo procesal.

El denominado *periculum in mora*, que se representa en la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso, se traduce en un posible obstáculo para lograr la efectiva realización del mandato constitucional de afianzar la justicia, y es el fundamento principal para imponer una medida cautelar restrictiva de la libertad.

Sin perjuicio del análisis que se realizará en el próximo capítulo, podemos adelantar que las medidas cautelares de carácter coercitivo personal requieren de una fundamentación lo más objetiva posible, y ésta es la línea seguida por nuestro legislador provincial ya que las reformas implementadas siguen esta teoría. Como dice el Dr. Mangiafico “...Se procuró limitar el marco de acción de la justicia de garantías, no ya para restarle facultades sino, por el contrario, puntualizando factores que comúnmente han sido calificados por la doctrina como subjetivos y que a partir de su inclusión y detalle expreso en el texto pasarán a considerarse objetivos...”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019. pág 71

El artículo hace un detallado análisis de los casos de peligro procesal, los cuales para su mejor análisis serán abordados de manera separada.

1.1 Gravedad de las circunstancias.

El artículo hace mención que sólo procederá la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines autorizados por el artículo y por el tiempo necesario para lograrlos. Y regula unas situaciones que abordaremos su estudio a continuación.

En primer lugar, como supuesto de procedencia, el artículo menciona que es necesario que se encuentre acreditada la existencia del hecho delictivo y la participación punible del imputado con elementos de convicción suficientes. No es obstáculo para la aplicación de la medida cautelar la posibilidad de que se aplique una condena de ejecución condicional, cuando la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio.

En este supuesto, se debe valorar el hecho delictivo, la forma en la que fue cometido, sus circunstancias de tiempo, lugar, modalidad. No debe entenderse en estos casos que por la conmoción generada por el delito la prisión preventiva vea modificada su naturaleza jurídica y se constituya como un adelantamiento de condena. En absoluto, bajo ésta medida cautelar lo que se va a buscar es garantizar la presencia del sujeto en el proceso que se lleva a cabo. El Dr. Mangiafico cita como ejemplos casos de accidentes de tránsito con muertes o lesiones graves, abuso sexuales agravados, homicidios resonantes, todos casos que implican un peligro de vida para para el sospechado por la reacción generalizada del entorno de las víctimas o ciudadanía¹⁰⁶.

Posteriormente el artículo también detalla como requisito la naturaleza del hecho. A diferencia del supuesto anterior, que tiene en cuenta la conmoción pública que generó el hecho delictivo, en este caso debe analizarse las condiciones particulares del hecho delictivo y la dificultad

¹⁰⁶ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019. página 71

probatoria del mismo. Siguiendo al Dr. Mangiaficio, él detalla los casos de violencia intrafamiliar, abuso sexual simple, gravemente ultrajante, etc. Es decir, aquellos casos en los que es necesario recolectar prueba fundamental en los primeros momentos de la investigación.

En lo que respecta a las condiciones del imputado, se aplican los supuestos del artículo 97 del Código Procesal Penal de la provincia, que regula los casos en que el imputado va a ser sometido a pericia psiquiátrica (fuere menor de 18 años, mayor de 70, o sordo - mudo; cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o, si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el artículo 52 del Código Penal). Menciona el Dr. Mangiaficio que también se hace referencia a los casos en los que es necesario estabilizar física o psíquicamente al imputado, o por temor de entorpecimiento probatorio derivado de la naturaleza misma de la acción en la cual se lo sindicó, vale decir, en asocio con los otros dos supuestos.¹⁰⁷

Este supuesto es blanco de numerosas críticas, por entender que está muy cercano al concepto de peligrosidad. Bien sabido que la aplicación de éste criterio, corre el eje del proceso del acto al autor. En este caso, se verifica a través del análisis de las características personales del autor.

Vinculando estas hipótesis con el segundo capítulo respecto de la valoración racional de la prueba, no podemos pasar inadvertido este supuesto de las circunstancias particulares del autor. Y es que dichas circunstancias van a afectar la apreciación de la prueba. Los antecedentes penales en muchas ocasiones van a suplir la carencia de otros medios de prueba para determinar si corresponde o no la aplicación de la prisión preventiva.

No podemos negar que es necesario contar con los antecedentes penales del sujeto acusado de cometer un ilícito, pero los mismos deben ser valorados con el conjunto de la prueba, no de manera aislada. Para ello, es necesario tener elementos probatorios o bien indicios vehementes que permitan al juzgador valorar los extremos legales para la implementación de ésta medida cautelar.

Tal postura es la sostenida por varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se menciona que las características personales del supuesto autor y la

¹⁰⁷ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019. 72

gravedad del delito no son justificación suficiente para la prisión preventiva. En el caso Bayarri vs Argentina (sentencia del 30 de octubre del año 2008), en el considerando N.º 74 la Corte expone “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”. En el mismo sentido se expidió en el caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs Chile del año 2014, y en Lopez Alvarez vs Honduras del año 2006 (considerando 69), donde agrega la Corte que los límites para la aplicación de la prisión preventiva son asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo eficiente de la investigación, ni eludirá la acción de la justicia. Por ese motivo, las características personales del autor, ni la gravedad del delito justifican por sí mismas el dictado de la medida.

Por último, como dice el Dr. Mangiafico, la norma ha incorporado una cláusula genérica asociada a las invocaciones específicas de las partes en el caso concreto, derivando su eventual ponderación al criterio jurisdiccional. Ello implica admitir que habrá casos en los cuales, si bien el resto de los factores de riesgo procesal no aparezcan con la nitidez pretendida, sea necesaria la aplicación de prisión preventiva en procura de salvaguardar idénticos fines procesales, debiendo el juez ser preciso y contundente a la hora de fundamentar la pertinencia y utilidad de la medida. A menor claridad respecto a la presencia de los requisitos¹⁰⁸.

1.2 - Obstaculizar la investigación.

Esta causal de la prisión preventiva por riesgo procesal está íntimamente vinculada al principio de inocencia, ya que si consideramos que la finalidad del proceso es (entre otros fines) el descubrimiento de la verdad, es a través de la investigación y actividad probatoria que se alcanzará este fin. Por lo tanto, la obstaculización de la actividad probatoria, atenta directamente contra el fin de proceso y habilita al magistrado a dictar una medida cautelar personal. Lo que se busca proteger es el normal desarrollo de la investigación penal para el descubrimiento de la verdad.

¹⁰⁸ MANGIAFICO David. “Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza”. (2). ASC Libros Jurídicos, 2019. 72

No está demás decir que como en toda medida cautelar, en esta causal el juez también deberá tener en cuenta el carácter excepcional de la misma, el simple desarrollo de la investigación no habilita el encarcelamiento preventivo, sino que deben existir actos materiales de obstrucción concretos de parte del sujeto activos

La norma menciona algunos supuestos, por ejemplo el imputado podría obstruir la investigación a través de la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba; inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Se puede apreciar, que el legislador enumeró los supuestos para considerar que existe este riesgo procesal, de la simple lectura surge que son pautas de carácter objetivo, que dejan poco margen para la discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio de ello, al momento de valorar la procedencia de la prisión preventiva, será necesario ponderar que la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos¹⁰⁹.

Entre los supuestos de riesgo procesal, la causal de peligro de obstaculización reviste menor importancia que el peligro de fuga¹¹⁰ ya que el encarcelamiento del imputado no impedirá supuestas interferencias a la investigación, quizás por sus allegados por poner un ejemplo, sin perjuicio de ello, su aplicación debe estar probada y acreditada por el juez de la causa.

Es decir, que el peligro de obstaculización de la investigación debe ser analizado racionalmente con las circunstancias fácticas del caso. Para ello será esencial evaluar las características personales del imputado, cómo se comportó frente al accionar de la justicia, sus condiciones de vida, que interés podría llegar a tener el imputado en obstaculizar la investigación y

¹⁰⁹ PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. La sentencia penal entre la prueba y los incidios. IDEAS solución editorial. Lima, Perú. Año 2014. Páginas 51 y ssgtes, cita en MANGIAFICO David. "Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza". (2). ASC Libros Jurídicos, 2019, página 73

¹¹⁰ SANCHEZ ROMERO, Cecilia. La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho, en revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Ciencias Penales", año 9, n° 14, diciembre 1997;

los medios materiales que tiene a su alcance para poder realizarlo. Tampoco puede ser considerado como causal de peligro procesal por obstaculización de la investigación el hecho de que la investigación no haya concluido, que un imputado esté fugado o bien que no hayan terminado de declarar todos los testigos¹¹¹.

Siguiendo la lógica de lo expuesto, a medida que los elementos probatorios se van asegurando en la causa, por la producción de los mismos, la causal de obstaculización va perdiendo entidad como peligro procesal, por ese motivo se dice que tiene menor jerarquía que el peligro de fuga, la cual podría efectivizarse en cualquier momento del proceso. Además, vale recordar que es función del estado la garantía de los medios de prueba, el resguardo de los mismos, la cadena de custodia de ellos, por ese motivo, no debería ser causal de una medida cautelar el peligro que supuestamente pueden correr esos medios probatorios.

Por este motivo, es que respecto del peligro de obstaculización se requiere un estándar de prueba de indicios vehementes, alta probabilidad, y algunos hasta arriesgan que debe darse un grado de certeza en el juez respecto de la probabilidad de que el imputado va a entorpecer la investigación.

Sumado a lo expuesto, será necesario también que el decisor analice el tipo de delito que se está investigando ya que se trata de una información que da un indicio respecto de la posibilidad de obstaculización de la investigación por parte del imputado. No es lo mismo una persona que comete un delito de estafa, falsificación de documentos, provisión de cheque en blanco, que un robo o lesiones. En el primer caso se trata de una persona que se supone tiene más herramientas para lograr entorpecer la investigación, ya sea por poderío económico, o político, influencias, etc.

1.2.1. Obstaculización de la investigación a través de destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;

¹¹¹ LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª. edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018 .Pag 623,

En este supuesto, lo que se busca es evitar que el imputado entorpezca la investigación alterando de alguna manera los elementos de prueba necesarios para poder alcanzar la verdad, objeto del proceso penal. En la destrucción se pone fin a la existencia del elemento, se frustra su utilización ya sea porque fue quemado, roto, arruinado. En la modificación, el imputado o una interpósita persona realiza actos materiales sobre el elemento de prueba, alterando el mismo, por lo que su finalidad probatoria no va a poder ser llevada a cabo. En el caso del ocultamiento, el instrumento no se ve modificado ni arruinado, pero ha sido escondido de manera tal que el poder público no puede acceder al mismo, y no puede ser incorporado a la causa. Por último, para analizar el supuesto de falsificación de elementos de prueba, podemos valernos del significado que se le da a la acción tipificada en el Título XII “Delitos Contra la Fe Pública”. Falsificar en este marco se refiere a la creación imitativa de signos que dan autenticidad al objeto del delito (aspectos formales)¹¹².

Todas estas acciones tienen el elemento subjetivo del autor de desviar la investigación en su contra, de obstaculizar el descubrimiento de la verdad, situación que debe ser acreditada por las partes, aportando pruebas o indicios vehementes que le brinden al juez el grado de convicción, por lo menos, de alta probabilidad para poder entender que el riesgo procesal está presente en el caso concreto y amerita el dictado de la medida cautelar.

1.2..2 Obstaculización de la investigación a través de inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

A diferencia del supuesto anterior que busca salvaguardar los elementos de prueba materiales, en este caso se tutelan los elementos de prueba personales. Ergo, es necesario acreditar por parte del Ministerio Público Fiscal que el imputado tiene posibilidad de generar intimidación, temor, en los sujetos mencionados. El tipo de delito cometido, por el alto grado de violencia, la utilización de armas, que los sujetos tengan domicilio personal o laboral en cercanía al del

¹¹² Derecho Penal Parte Especial. Parma, Mangiafico, Alvarez Doyle. 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pág. 708.

imputado, puede ser un indicio que puede ser ponderado por el juez, o asimismo la influencia que pueda llegar a tener el imputado que generen temor, o amedrentamiento en los sujetos¹¹³.

Amén de ello, una vez que las declaraciones pertinentes han sido producidas en el proceso penal, la causal va perdiendo entidad. Tal es el criterio sostenido en el fallo Díaz Bessone: ““35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado”.

1.3. Peligro para la víctima o testigo.

Como causal de aplicación de prisión preventiva también se contempla el peligro que para la víctima o testigo del hecho delictivo puede acarrear el mantenimiento de libertad del imputado. En este caso resulta necesario acreditar antecedentes o indicios que permitan presumir que realizará atentados contra la víctima, familiares o bienes. Se lo suele denominar “peligrosidad social”.

Resulta necesario definir el concepto de víctima, en este sentido las Reglas de Brasilia consagran los estándares mínimos para el acceso a la justicia de las personas que poseen una condición de vulnerabilidad. Entre los beneficiarios de las reglas se enumeran: personas vulnerables en razón de la edad, por discapacidad, por pertenecer a comunidades indígenas, migrantes, pobreza, género, pertenecer a minorías, personas privadas de libertad, y victimización.

¹¹³ Díaz Bessone, R. G. s/recurso de inaplicabilidad de ley" - CNCP -EN PLENO - 30/10/2008 Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13. Así, son factores que permiten suponer ese extremo, que los testigos habiten la misma zona que el imputado -máxime cuando se trata de ámbitos geográficos en los que la inseguridad y los índices de criminalidad sean particularmente elevados-, los antecedentes violentos del imputado, el acceso de éste a estructuras formales o informales de poder -especialmente, cuando se sospeche de la posible connivencia entre el encartado y agentes de esas estructuras o del Estado, que pudieren tener interés en encubrir el delito-, entre otros . SAIJ - DIAZ BESSONE, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley.

Surge del texto de las reglas, que se entiende por víctima "...a toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

Como medida de protección, se garantiza que durante todo el proceso penal, se proteja la integridad física y psicológica de las víctimas. Se puntualiza la situación de aquellas víctimas que corran riesgo de intimidación, represalias, victimización reiterada, aquellas que vayan a declarar como testigos, puntualizando los casos de violencia de género, violencia intrafamiliar. En dichos casos, al tratarse de delitos de índole más íntimo, donde el material probatorio resulta escaso por carecer muchas veces de testigos, la aplicación de una medida cautelar privativa de la libertad es la opción más apropiada para resguardar la integridad de la víctima, tanto física como psíquica, y dar cumplimiento a tratados internacionales como la Convención de Belém do Pará.

Resulta necesario analizar en el caso concreto la procedencia de la prisión preventiva bajo la verificación que el mantenimiento de la libertad del imputado deviene en un riesgo para la víctima o para testigos. Pero dicha verificación no puede derivar de creencias o especulaciones del juzgador, ni exclusivamente del tipo de delito cometido, sino que debe analizar de manera racional la prueba (aunque inicial) obrante en autos, los antecedentes, la forma de comisión del hecho, la conducta posterior al mismo.

4. Peligro concreto de fuga

La Constitución Nacional en sus artículos 14, 18 y 72 inc. 22 consagra el derecho de todo imputado a permanecer en libertad durante la tramitación del proceso, pero no se trata de un derecho absoluto, sino que cede frente a los supuestos de "periculum in mora", junto con la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iure*). En tales supuestos, la medida de cautelar, de carácter coercitiva, debe ser fundada por el magistrado y debe ser revisada periódicamente para evaluar si las condiciones que motivaron ésta medida persisten¹¹⁴.

¹¹⁴ Caso Suarez Rosero Vs Ecuador. CIDH. Microsoft Word - seriec_35_esp.doc (corteidh.or.cr)

Tal como afirma el Dr. Llobet, privar al imputado de su libertad para evitar su fuga se encuentra expresamente regulada en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La primera de ellas en cuanto indica en su artículo 7 inciso 5) que toda persona “(...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (el subrayado no es del original). En sentido similar el artículo 9 inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “(...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” ¹¹⁵. El informe 2/97 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párrafo 30 postula en similar sentido que los magistrados deben demostrar que hay suficiente evidencia de una eventual intención de fuga o de ocultamiento, caso contrario sería una decisión injustificada la prisión preventiva.

Analizando la regulación de Mendoza, el Código Procesal Penal en su artículo 293 enumera supuestos de peligro concreto de fuga, de manera enunciativa, no taxativa. El Ministerio Público Fiscal puede demostrar de manera objetiva y razonada que existen elementos de prueba que hacen sostener como posible el peligro procesal de fuga del imputado. Las aserciones fácticas que se utilicen para fundar el peligro de fuga deben estar demostradas y probadas en el expediente. Se debe alcanzar un estado de sospecha razonable o alta probabilidad, sobre el peligro procesal que atenta contra los fines del proceso, siguiendo para ellos los principios propios de cualquier medida cautelar como es la proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, control permanente, entre otros.

El juez debe exponer las razones por las cuáles considera que en ese momento existe un peligro procesal que puede truncar la aplicación de la ley penal, fundando las sospechas en pruebas existentes en el expediente, superando el tamiz de racionalidad que deben poseer las resoluciones judiciales. Nunca pueden ser apreciaciones subjetivas del juez, ni repetir fórmulas sacramentales que no encuentren sustento en las proposiciones fácticas existentes en el expediente, ya que no podemos olvidar que está en debate la libertad de una persona que goza del principio de inocencia. En este sentido se ubica el fallo “Macchieraldo, Ana María Luisa s/recurso de casación e

¹¹⁵ LLOBET RODRIGUEZ, Javier “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales” 1ª. edición – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2018 , página 615,

inconstitucionalidad (CNCP Sala III), en el cual se examina detenidamente la necesidad que el peligro procesal sea analizado y valorado por los jueces, "...el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de "peligro en la demora". De ahí que entre los caracteres de las medidas privativas de la libertad, se encuentren la necesidad de un mínimo de prueba, la interpretación restrictiva, la subsidiaridad de la medida y el favor libertatis, con fundamento en la previsión constitucional antes citada.". De lo dicho se desprende que no basta con alegar, sin consideración de las características del caso concreto, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción"¹¹⁶

1.4.1 . Enumeración peligro de fuga.

Entre los supuestos de peligro de fuga que brinda el art. 293 del CPPMza se enumera: la falta de arraigo, la existencia de una medida cautelar personal y el comportamiento del imputado, ya sea durante el proceso, actual u otro anterior, sea porque no demuestra voluntad de someterse al proceso, porque brindó información falsa, o bien porque incurrió en rebeldía.

Analizando los supuestos enunciados en el artículo, el arraigo es definido por el Dr. Mangiafico como un parámetro que refiere al ligamen que presenta el imputado para permanecer en su lugar habitual de residencia"¹¹⁷ Si bien el concepto de arraigo hace referencia al domicilio, a la residencia habitual, no debe entenderse sólo el asiento de su familia ya que puede considerarse arraigo al ligamen que presenta el imputado con un lugar en virtud de sus amistades, sus negocios o su trabajo. La prueba por excelencia en este caso es un informe social ambiental o una constatación policial practicada en el lugar propuesto por el imputado, donde se determine que la persona sometida a proceso tiene vínculos familiares, laborales, amistades, etc. A contrario sensu, la existencia de lazos familiares en otros países, una doble ciudadanía o nacionalidad, poseer negocios o asiento laboral en otros país puede ser valorado en ésta instancia.

¹¹⁶ Microsoft Word - 31mac (pensamientopenal.com.ar) . "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad. CNCP Sala III. 22/12/20040

¹¹⁷ Mangiafico David. (2019). Audiencias Orales en la Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Mendoza. (2). ASC Libros Jurídicos. <https://biblioteca.ascomunidadjuridica.com/reader/audiencias-orales?location=77>

También puede ser ponderado el arraigo a través de pruebas que determinen que el imputado no tiene medios o facilidades para irse del país, fugarse u ocultarse. Es decir, se puede probar que el imputado posee medios económicos o influencias socio políticas para sustraerse del proceso penal. Aún así, éste criterio no puede ser el único fundamento que sustente el dictado de una medida cautelar de tal importancia, ya que hay medios alternativos para poder subsanar ésta falta de arraigo, es necesario que copulativamente existan más causales que fundamenten el instituto.

Se evaluará si el imputado tiene una medida cautelar personal. A tal fin, se debe tener en cuenta el hecho que el imputado no posea detenciones previas, causas pendientes, etc. Deberá evaluarse por parte del juzgador la planilla de antecedentes penales del imputado. Otro criterio relativo al imputado es el comportamiento que ha demostrado en cuanto al sometimiento al proceso. Serán pautas a tener en cuenta la rebeldía, si colaboró con la investigación o bien ocultó información o mintió por ejemplo en lo que refiere a sus cuestiones particulares, como ser identidad, domicilio, actividad laboral, vínculos, etc.

La pena en expectativa que le correspondería al imputado por el delito cometido debe ser un elemento a ponderar por el juzgador que lo haga inducir que en caso de recuperar la libertad puede eludirse de la acción de la justicia. Se trata de una prognosis del comportamiento del imputado frente a una eventual aplicación de pena, ya que el temor de una pena elevada podría disparar en el imputado el deseo de evadirse. Ésta circunstancia por sí sola no ameritaría la medida cautelar, ya que al encontrarnos en los inicios del proceso, la actividad probatoria aún no se ha desplegado y por lo tanto no es posible aún realizar una actividad valorativa respecto al hecho investigado.

Por lo tanto, el grado de convicción del juez respecto al peligro procesal por fuga debe fundarse en las pruebas que las partes aporten respecto del arraigo del imputado, su centro de vida, tanto familiar como social, cómo se comportó durante el proceso y también la gravedad del hecho investigado. Si bien se trata de una prognosis, en la cual se pondera una situación que puede pasar (la fuga) o no, el material probatorio con que cuenta el juez (si bien es escaso) se refiere tanto a hechos pasados que pueden ser probados y a indicios. Por lo tanto, su razonamiento probatorio tiene que estar apoyado en elementos objetivos que vinculen al imputado con el delito y las probanzas del riesgo procesal si se mantiene el estado de libertad. No hay lugar para una interpretación automatizada de los elementos que conforman el riesgo procesal requerido por el instituto, ni siquiera puede serlo la gravedad de la pena. El juez debe, bajo pena de nulidad, motivar su decisión,

fundar todos los elementos vinculando los elementos probatorios obrantes en el expediente, su situación personal, sus antecedentes, etc.

CAPÍTULO 5
VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN PRISIÓN PREVENTIVA.
CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

Luego de haber analizado los conceptos generales de la prueba, de la valoración de la misma y las condiciones de procedencia de prisión preventiva, es momento de amalgamar los conceptos para poder extraer una conclusión al respecto y determinar los criterios para una valoración racional de la prueba en la prisión preventiva que reduzca la posibilidad de error judicial.

Para ello, es necesario abordar cada uno de los conceptos que se fueron desarrollando en el cuerpo del trabajo y verificarlos bajo la óptica de ésta medida cautelar para definir cómo sería su aplicación.

De todo lo estudiado hasta el momento se puede advertir que siempre se hace referencia a la etapa del juicio oral, al hablar de valoración de prueba en la mayoría de los casos se refieren a la sentencia y el grado de convicción requerido al efecto.

Resulta necesario entonces, evaluar la particularidad procesal que representa ésta instancia intermedia, advertir sus características y aplicar el estándar de prueba que más se adecúe al efecto. Puntualmente es necesario estudiar el elemento material de la prisión preventiva a través de los lentes de los estándares de prueba, no ya de los tradicionales que se han pensado para la etapa de culminación del proceso, sino aquellos más novedosos, como es el estándar de la duda razonable.

2. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Luego de haber abordado el estudio de los aspectos generales de la prueba, es propicio evaluar la actividad probatoria en la instancia procesal de la prisión preventiva, y plantearse el interrogante si realmente existe actividad probatoria en este momento.

Adelanto mi postura favorable al interrogante, advirtiendo que la actividad procesal en ésta etapa inicial del proceso posee características propias que la diferencian de estadios procesales posteriores del proceso.

Se trata de un momento inicial de la investigación, donde el acervo probatorio es escaso. Resulta necesario para el dictado de la prisión preventiva, que se encuentran con elementos de prueba que vinculen al imputado con el hecho delictuoso investigado. Pero como se mencionó, no se requiere únicamente ésta averiguación, sino que es necesario analizar el peligro procesal para cumplir con los requisitos de una medida cautelar.

Suele decirse apresuradamente que no hay desarrollo probatorio para el dictado de una prisión preventiva, a diferencia de la sentencia. Es que en etapas más avanzadas de la investigación, en miras al dictado de una sentencia, el propósito de la actividad probatoria (como se ha desarrollado en capítulos anteriores) es la búsqueda de la verdad, corroborar la hipótesis con las pruebas recabadas para determinar que un hecho aconteció de determinada manera.

Desde ésta perspectiva, se expone que no existe actividad probatoria en la prisión preventiva, ya que conforme lo estudiado, el eje medular de éste instituto es el riesgo procesal que resulta ser una decisión prospectiva. El juez tiene que decidir sobre hechos que no acontecieron, pero que su efectiva realización pondría en riesgo la investigación ya sea por la fuga del imputado, como por el entorpecimiento que podría hacer a la misma.

En este sentido, el objeto de la prueba, los hechos alegados como fundamento del derecho que se pretende,¹¹⁸ deben incluir tanto el aspecto material como el riesgo procesal. Por lo tanto, no es arriesgado hablar de actividad probatoria en ésta instancia, ni razonamiento judicial propio para las medidas cautelares. Tal como dice Jonathan Valenzuela, “...no parece razonable abandonar la pretensión de racionalidad de toda decisión judicial en el ámbito de las medidas cautelares por el desafío que se plantea a propósito de la existencia de identificar con datos del presente el acaecimiento de hechos futuros...”¹¹⁹.

Es de vital importancia probar el riesgo procesal, debe existir una actividad probatoria, que puede manifestarse como una evidencia, indicio, presunción o bien prueba en si misma. Deben producirse elementos que le brinden al juez en el marco de un proceso acusatorio adversarial, sostén objetivo para motivar su decisión, ya que no olvidemos, se está privando de la libertad a una persona que aún goza de la presunción de inocencia.

Siguiendo a Valenzuela, hay actividad probatoria exactamente donde se trate de corroborar la veracidad de un enunciado que sirva de base para una decisión¹²⁰.

En función de lo dicho en capítulos anteriores, es necesario que los extremos legales de ésta medida cautelar sean acreditados por elementos de prueba desarrollados en el marco de un proceso acusatorio, adversarial, donde prime la inmediación y la contradicción entre las partes. Ya no es posible pensar la prueba y la apreciación del juez sobre la misma como una simple actividad psicológica del magistrado de la cual no debe brindar explicaciones (íntima convicción). Resulta necesario que el juez explicita su juicio de razonabilidad, que se exponga el material probatorio y el razonamiento desarrollado.

Como se mencionó en capítulos anteriores, no hay dudas que el objeto del proceso penal es la averiguación de la verdad, y que a dicho objetivo se arriba a través de la actividad probatoria. Pero lo cierto es que el conocimiento que tenemos de la verdad, no es absoluto, depende de la información que poseemos, de las pruebas obrantes en la causa. Y resulta ahí necesario analizar el grado de convicción requerido y el estándar de prueba que utilizará el juez para valorar.

¹¹⁸ PARMA Carlos “Valoración de la prueba en los delitos sexuales” . Editorial Ibañez, Colombia, página 9.

¹¹⁹ VALENZUELA, Jonatan. “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. Polít. crim. Vol. 13, N° 26 (Diciembre 2018) Art. 5, pp. 842.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A5.pdf]

¹²⁰ Idem, página 843,

Dichos requisitos no están encaminados únicamente al descubrimiento de la verdad, o en la etapa que estamos evaluando a determinar la posible participación del imputado en el hecho y la existencia de riesgo procesal, sino que el desarrollo apropiado de criterios de valoración de prueba desde éstas instancias iniciales del proceso, tendrá indefectiblemente una disminución de la posibilidad de error al momento de la sentencia. Es así ya que al someter la prueba a un proceso acusatorio adversarial, donde la decisión judicial esté guiada por estándares de prueba, disminuiría la posibilidad de sentencias erradas a futuro.

3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRISIÓN PREVENTIVA. DECISIÓN RETRO Y PROSPECTIVA.

Resuelto el interrogante respecto de la actividad probatoria, corresponde preguntarse si existe un estándar para valorar la prueba en una instancia intermedia como es la audiencia de prisión preventiva.

Durante el desarrollo del presente trabajo se llegó a la conclusión de que el peligro procesal no se presume, que debe ser probado. Pero es imposible pensar que el juez valorará la prueba con el mismo estándar para el dictado de una prisión preventiva que para una sentencia.

En primer lugar porque, como se dijo, estamos en momentos iniciales de la investigación, donde la actividad probatoria es escasa, y en segundo lugar, el riesgo procesal no se basa en hechos pasados que pueden ser corroborados, sino en hechos futuros.

Entonces, se plantea el desafío para el juez de tomar una decisión retro y prospectiva. En este caso es necesario determinar cuál es estándar de prueba que debe poseer el juez para resolver el planteo, ya que siempre los jueces tienen un criterio para afrontar las dudas que se plantean en cualquier caso.

Como se mencionó en el capítulo 3, es necesario realizar una valoración racional de los elementos probatorios, sin límites más que la legalidad de la prueba. La aplicación del principio de la libre convicción a la resolución de un pedido de prisión preventiva implica abordar el material probatorio de manera racional, garantizando que las partes participen y aleguen (contradictorio) y la necesidad de que el juez explicita los razonamientos lógicos que lo condujo a determinada decisión, explicitando los motivos y fundamentos de la misma, para que pueda ser revisada por las partes. Por lo tanto, el juez deberá enunciar los criterios que ha adoptado para considerar que existe riesgo procesal y participación punible del imputado en el hecho investigado.

Si bien el riesgo procesal no puede probarse como la participación punible del imputado en el hecho, si existen elementos probatorios que pueden darle al juez indicios, o probabilidades de que el imputado se evadirá de la acción de la justicia o bien entorpecerá su actuar. Más allá de eso, el juez debe aceptar, que su decisión está encaminada a evitar que un hecho ocurra, basándose en la verificación del material probatorio que da evidencia de un hecho futuro que pondría en jaque al proceso penal.

3.1 Valoración de la prueba en el riesgo procesal.

Como se fue evaluando oportunamente en cada capítulo, en el caso del riesgo procesal el mismo artículo 293 del Código Procesal Penal da supuestos en los cuales el juez debe tener por probado el riesgo. Dichos presupuestos, como por ejemplo el arraigo, el comportamiento del imputado durante el proceso, el peligro para la víctima, etc, si bien por si de manera aislada no constituyen causal de riesgo procesal, deben ser analizados de manera integral con todo el material probatorio, y los requisitos objetivos del instituto.

3.1.1 La racionalidad de las medidas cautelares penales.

La racionalidad en la adopción de decisiones judiciales, es una exigencia que rige en todo el proceso, incluyendo en instancias intermedias como la prisión preventiva. La racionalidad y la lógica es el horizonte que debe guiar las decisiones de los jueces durante todo el proceso judicial, en cada una de las instancias de decisión que se planteen. Toda decisión que vaya en contra de éstas reglas, resultará ilegítima, infundada, tornará nulo al acto decisorio.

Como se mencionó oportunamente, en nuestro proceso penal rige el principio de libertad probatoria¹²¹, los hechos planteadas, las pretensiones formuladas, deben ser probadas. Acto seguido la valoración de dicho material probatorio va a ser con arreglo al principio de la sana crítica¹²², bajo sanción de nulidad de la resolución¹²³.

Por lo tanto, la resolución del juez que dicta una prisión preventiva (ya sea escrita u oral), debe ser fundada, dejando de manifiesto el proceso lógico y racional por el cual concluye en la decisión tomada. Exponiendo la hipótesis adoptada, la fundamentación de la misma a través de los elementos de prueba, todo ello bajo el tamiz del estándar de prueba adoptado por el juez, lo que lleva a que el juez explique cada uno de los pasos de su razonamiento.

En este proceso de razonamiento el juez tendrá en cuenta principios generales como el estado de inocencia del imputado, las características de una medida cautelar como son la proporcionalidad, excepcionalidad, revisión permanente, interpretación restrictiva, y posteriormente las pautas propias de la prisión preventiva tanto de la verosimilitud del derecho como del peligro en la demora por el riesgo procesal.

En este sentido se expido por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al

¹²¹ Art. 205 CPP Mza “Libertad Probatoria. Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

¹²² Art. 206 CPP Mza.

¹²³ Art. 416 CPP Mza. Nulidad. La sentencia será nula... 1), 2), 3), 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo. 5), 6).

realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes”.

También en el caso Barreto Leiva contra Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009: “111. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, ‘aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”

3.1.2. Valoración del riesgo procesal.

Se trata de un supuesto de riesgo procesal que implica en el decisor proyectarse a una conducta futura del imputado en relación al proceso penal. Es decir, tendrá que analizar y valorar el material probatorio obrante en la causa para adquirir un grado de convicción respecto de que el imputado desplegará maniobras para entorpecer la investigación.

Si bien la norma del Código Procesal Penal de Mendoza, define y ejemplifica supuestos de riesgo procesal, bajo ningún concepto puede sostenerse que la decisión judicial está tasada, ni deben

entenderse como presunciones iure et de iure. El peligro procesal debe abordarse en conjunto analizando los criterios objetivos y subjetivos, valorando la prueba de manera integral y conjunta.

Corresponde determinar cuál sería el estándar de convicción más apropiado para afrontar el análisis de éste requisito. El estándar “duda razonable” resulta tener en su génesis una fuerte carga de subjetividad por parte del juez. Se trata de un estándar elevado, que impone una certeza práctica en cuanto a lo que se pretende probar (en este caso el peligro de obstaculización probatoria).

Resulta mas apropiado exigir un estándar de probabilidad, donde el juez tiene dudas respecto si el hecho futuro realmente acaecerá, pero hay un alto grado de probabilidad de que el mismo ocurra.

El razonamiento lógico propio de éste estándar implica que el juez opte por la hipótesis sobre los hechos que tiene mayor respaldo probatorio. En el caso concreto de peligro de obstaculización, éste estándar le permite al juez asumir un cierto grado de indeterminación, de duda, por un hecho que aún no ocurrió, pero existen elementos de prueba que le hacen sostener como probable que el hecho efectivamente ocurrirá si no se dispone la medida cautelar.

Para ello entonces, no puede suponerse el peligro, debe ser probado en concreto, como se mencionó oportunamente en el capítulo 4, deben existir elementos probatorios que prueben el peligro de turbación procesal¹²⁴.

En igual sentido se aplica para el peligro de fuga, se necesita un estándar de alta probabilidad del riesgo de fuga, el cual debe ser concreto y demostrado por el Ministerio Público Fiscal y la Defensa. Sumado a ello, la eventual severidad de la pena, la gravedad y características del delito factores que deben ser evaluados de en conjunto con los mencionados (Informe 2/97, CIDH, párrafo 28).

Por lo tanto, la valoración del material probatorio debe ser integral, de carácter objetivo, eficiente, asumiendo claramente un umbral de duda respecto al hecho futuro, pero que el juez ha

¹²⁴ Caso Chaparro Alvarez. CIDH, 21/11/2007, “144. (...) el Tribunal ha indicado que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia (...)”.

llegado a un estado de convicción de alta probabilidad respecto del riesgo procesal y el peligro del cumplimiento de los fines del proceso si se mantiene el estado de libertad del imputado.

Ésta decisión debe guardar estándares lógicos de razonabilidad, donde se meritúen los hechos, las circunstancias particulares del autor, la prognosis de pena y pudiendo realizar un seguimiento de la lógica aplicada por el juez. Se trata, al fin y al cabo de la estructura medular del proceso acusatorio adversarial, garantizando el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y la naturaleza jurídica de la prisión preventiva como medida cautelar y no como adelantamiento de condena.

3.1.3. Valoración del riesgo procesal por peligro para la víctima.

Se trata de una causal de riesgo procesal de gran importancia, no se enfoca puntualmente en el desarrollo del proceso penal, sino en resguardar la integridad física de la víctima o testigos que pueden verse amenazados, intimidados con la libertad del imputado.

Al igual que los supuestos anteriores, en éste caso es necesario que obren elementos de prueba que acrediten el peligro para las víctimas o testigos, se podrá analizar también la naturaleza del hecho delictivo, la conducta precedente, sus antecedentes. Es decir, se realiza una interpretación integral del caso concreto. La norma establece que se considerará que existe peligro para las víctimas o terceros, cuando existieran antecedentes o indicios pertinentes que hagan presumir que se realizarán atentados contra ellos, sus familias o sus bienes. El material probatorio que fundamenta éste riesgo muchas veces reviste menor objetividad que en otros supuestos, se puede contar sólo con declaraciones de la víctima, con suerte testigos, denuncias anteriores, todo ello debe ser valorado por el juez teniendo como objetivo no sólo el cumplimiento de los fines del proceso (aplacando el peligro de obstaculización de la investigación y fuga) sino la protección de las víctimas y testigos.

En el Sistema de Protección de Derechos Humanos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad hacen referencia a éste peligro, estipulan que la prisión preventiva es una medida de última ratio, pudiendo aplicarse medidas no privativas de libertad, como puede ser la incomunicación, prohibición de acercamiento, aplicación de sistemas de

monitoreo georeferencial y dual. Pero dichas medidas deben ser adoptadas inmediatamente para proteger a las víctimas y/o testigos¹²⁵.

Mención especial merece los casos de violencia de género, que requieren un abordaje específico, expedito y preciso. La Convención Belem do Pará manda que los estados miembros deben actuar con debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer, para ello deben establecer procedimientos legales, justos y eficaces que incluyan entre otros, medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos. No puede concebirse que se dicte prisión preventiva por la naturaleza del hecho delictivo, ni como adelantamiento de condena, pero en el caso de los delitos de violencia de género la naturaleza del hecho lleva ínsito el peligro para la víctima. Por lo tanto, aunque a prima facie proceda una condena de ejecución condicional, será de aplicación la medida cautelar en salvaguarda de la víctima, aún contando únicamente con la declaración de la propia víctima, ya que por lo general se trata de delitos de ámbito privado donde no se cuenta con testigos. En caso de haberlos, se sumará al aservo probatorio y será valorado por el juez al momento de resolver el pedido de prisión preventiva.

¹²⁵ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990, reglas 6.1 y 6.2

CONCLUSIÓN.

Del desarrollo del presente trabajo se arriba a la conclusión que para el dictado del instituto de la prisión preventiva el juez debe valorar racionalmente la prueba, para ello debería utilizar como umbral de convicción el estándar de la “alta probabilidad”.

Como se ha expresado en el sub examen, la prisión preventiva tiene en su estructura una doble perspectiva de valoración probatoria y por lo tanto de razonamiento probatorio. El aspecto retrospectivo (*fomus boni iuris*), en el cual se ponen sobre el tamiz probatorio hechos ya acontecidos: la existencia del hecho delictivo, la probabilidad de participación punible del imputado (ya sea como autor, cómplice, encubridor, etc), antecedentes penales del imputado (para determinar si es procedente la aplicación de una condena de ejecución condicional y verificar la reiterancia delictiva). Y un aspecto prospectivo que lo conforma el “riesgo procesal”. En este punto es donde se centra el mayor conflicto respecto de la valoración racional de la prueba, ya que se trata de un hecho que aún no aconteció, donde el material probatorio tiene características de presunción, probabilidad o indicio.

No hay lugar a dudas que para determinar la verosimilitud en el derecho se requiere que el juez tenga elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado¹²⁶. No es posible requerir certeza en ésta instancia del proceso, dado que nos encontramos en momentos iniciales de la investigación, donde existe aún un umbral de duda respecto del hecho delictivo, la participación y grado de participación del imputado. Pero al tratarse de la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad, el estándar probatorio apropiado debe ser superior al requerido para la imputación, reduciendo cada vez más la duda respecto de los hechos a medida que avanza el proceso penal.

En lo que respecta al riesgo procesal, el pronóstico gravitará sobre el grado de probabilidad, de que el imputado puede perturbar la actividad probatoria, ausentarse impidiendo cumplir con el requerimiento de su asistencia durante el proceso mismo, o poner en peligro a la víctima o terceros. Para alcanzar éste estándar de convicción, el magistrado en su resolución debe citar datos ciertos, objetivos, fehacientes que aparezcan frente a sus sentidos, que le generen la convicción que el

¹²⁶ Art. 293 CPP Mza.

procesado se sustraerá a la persecución penal, obstaculizará la investigación o bien pondrá en riesgo a la víctima, en caso se le ordene su libertad.

La prognosis de la pena que será aplicada, como así también la gravedad del hecho o las circunstancias referidas al delito o la personalidad del imputado son elementos que necesariamente deben ser analizados en función a los criterios que forman la peligrosidad procesal: la posibilidad de fuga, entorpecimiento de la investigación y peligro para la víctima o terceros. Por lo tanto, hablando concretamente de la prognosis de la pena, pero a su vez siendo comprensivos de los demás parámetros a tener en cuenta, se opera con el razonamiento propio de una presunción *iuris tantum*. El hecho de que el individuo sea reincidente, su pena sea mayor a la de tres años, haya sido rebelde, solamente son datos útiles a los fines de determinar si en el presente proceso, de acuerdo a las condiciones actuales del sujeto, pueden contribuir a que perturbe la administración de justicia si es dejado en libertad. Se debe ser particularmente prudente al momento de realizar el juicio debido a que podría desnaturalizarse la medida precautoria pasando a ser ocupada como una medida de seguridad que busca que el acusado no reitere el comportamiento que se le atribuye pero que aún no ha sido probada su culpabilidad.

Así lo define Jonatan Valenzuela, “la herramienta que surge para el juzgador es la formulación de máximas de experiencia en tanto inferencias probatorias epistémicas. Como se sabe, las máximas de experiencia forman parte de los modelos de valoración probatoria permitiendo la afirmación de acaecimiento de un hecho dada la concurrencia de información regular en el pasado. De esto modo, resulta importante dar espacio a razonamientos que permitan la aceptación del acaecimiento de estos hechos asumida la capacidad que tiene la información acerca del pasado para permitir predecir el acaecimiento de un hecho en el futuro”¹²⁷.

Por lo tanto, el estándar de alta probabilidad aplicado al riesgo procesal de la prisión preventiva, resulta ser el criterio que en mejor manera armoniza el estado jurídico de inocencia del imputado con la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad.

Se concluye que existe valoración racional de la prueba en la prisión preventiva, que el estándar de prueba más apropiado para resolver éste instituto es el de la “alta probabilidad”. El juez

¹²⁷ VALENZUELA, Jonatan. “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. *Polít. crim.* Vol. 13, N° 26 (Diciembre 2018)

se enfrenta a los hechos, y los corrobora con los elementos de prueba obrantes en la causa (pueden ser propiamente pruebas, indicios, presunciones, etc). La relación entre éstos dos debe permitirle al juez afirmar que existe una alta probabilidad que se concrete el riesgo procesal en caso de mantenerse la libertad del imputado, asumiendo un umbral de duda aceptable, ya que se está decidiendo respecto del posible acaecimiento de un hecho futuro.

Para ello se aplica en la valoración, los principios de la sana crítica racional, principalmente las máximas de la experiencia, que le permite al juez exponer fundada y motivadamente el íter lógico de su decisión, armonizando la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad, con el estado de inocencia del que goza el imputado.