



UNIVERSIDAD DEL PAIS VASCO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO
ADMINISTRATIVO Y FILOSOFIA DEL DERECHO**

**Programa Doctoral
Sociedad Democrática, Estado y Derecho**

Impartido en
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE SANTO DOMINGO, REPUBLICA DOMINICANA

Trabajo de investigación para la obtención del Título
Doctor en Derecho

Tema

**La Prueba Ilícita en la Era Digital
Enfoque Histórico del Sistema Procesal Penal Dominicano**

Sustentada por
Abrahán Francisco De Jesús Santos

Tutor
Dr. Ignacio Muñagorri Laguía

**Santo Domingo, República Dominicana
Octubre 2015**

AGRADECIMIENTOS

Al Todo Poderoso por darnos la vida, salud y bendiciones infinitas... Gracias...

A la Universidad del País Vasco-EHU, en la persona del **Dr. Francisco Javier Caballero Harriet**, por ser el primer responsable y visionario de abrir esta ventana de luz para América Latina. Gracias Maestro por "...*la esperanza y sueño en la utopía*".

A la Universidad Autónoma de Santo Domingo-UASD, en las personas de **Franklin García Fermín** y **Rosalía Sosa**, por su apoyo y aliento incondicional.

Agradecimientos infinitos y eternos al **Dr. Ignacio Muñagorri Laguía**: Maestro, Tutor, Amigo... sin su acompañamiento e inspiración esta obra no hubiese sido posible. Abrazos.

A mis padres **Joaquina** y **Francisco**: por su ejemplo de perseverancia y tenacidad. Constituyen mi fuente de inspiración. Salud y Larga Vida...

A **Tania**: por tu entrega incondicional a la causa, por ser excepcional, y sobre todo por ser compañera, amiga y esposa. Gracias por compartir la aventura de la vida.

A mis fuentes de Amor y Esperanzas, mis hijos: **Abranny Grisel**, **Abrahán Gabriel**, **Abrahán Isaac**, **Abrahán David**. Por y para ustedes, lo mejor de lo mejor...

A mis hermanos: **Froilán** (*in memoriam*), **Denisse**, **Zaida**, **Josué**, **Robert**, **Antonié**, **Maxi-Miliam**, **Daniel**. Gracias por su acompañamiento y cercanía en el camino de la vida.

A mis abuelos: **Máxima**, **Cecilio**, **Leopoldo**, **Ana**. Fuentes de Inspiración. Fueron increíbles, dejaron sus huellas...

A mis tíos y primos, manantial inagotable de motivación y afectos.

Al cuerpo de excepcionales profesores de quienes estuvimos el alto privilegio de aprender que es posible alcanzar la excelencia: Doctores **Francisco Javier Caballero Harriet**, **Ignacio Muñagorri Laguía**, **Francisco Javier Esquiaga**, **Javier Bilbao**, **Ana Aliende**, **Demetrio Loperena** (*in memoriam*), **Ignacio Cubero**, **Fernando E. Núñez Jiménez**, **Mikel de la Fuente**, **Mariano Negrón**, **Guillermo Portilla**...

A mis formadores y compañeros de las distintas etapas de mi vida... a fin de cuentas somos fruto de muchas etapas y procesos. Gracias por su acompañamiento.

A mis compañeros doctorandos, muy especialmente al núcleo de apoyo e inspiración: **Pochy Familia, Esther Agelán Casanovas, Sarah Veras Almánzar, Jottin Cury David, Daira Medina Tejada...**

A **José Parra Báez**, hermano y amigo In illo tempore. Gracias por tu seguimiento y aliento.

A **P. Felipe de Jesús Colón Padilla, Arcy Peralta, Uriel Quiroga Camacho**. Por el valor de la amistad.

A **Moisés Bello**, de quien recibí las bases fundamentales en el ejercicio procesal penal.

A los Doctores y doctorandos del programa EHU-América Latina. Nos vemos en las playas del mundo...

A todas aquellas personas que desde la tribuna o el silencio luchan incansablemente por un mundo más humano en el que impere la utopía de la justicia social.

A todos, mis más sinceros afectos...

Abrahán De Jesús

Declaración de Autoría:

El presente trabajo es el resultado de la investigación realizada por el sustentante,
por lo tanto, los criterios abordados son de su exclusiva autoría y
responsabilidad frente a terceros.

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ART.	Artículo
ART. DIG.	Artículo Digital
ARTS.	Artículos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Constitución de Colombia
CCB	Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest
CCD	Código Civil Dominicano
CE	Constitución de España
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNUCDOT	Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CONS.	Considerando
CPC	Constitución Provincia de Córdoba (Argentina)
CPCD	Código de Procedimiento Civil Dominicano
CPCr.	Código de Procedimiento Criminal
CPD	Código Penal Dominicano
CPPC	Código Procesal Penal de Colombia
CPPC	Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba
CPPD	Código Procesal Penal Dominicano
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación (Argentina)
CPPP	Código Procesal Penal Perú
CRD	Constitución República Dominicana
DER.	Derecho
DEROG.	Derogado(a)
DGP	Dirección General de Prisiones
DICAT	Departamento de Investigación de Alta Tecnología
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DUDHC	Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
EDIT.	Editora / Editorial
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica

EEW	Enciclopedia Electrónica Wikipedia
EMP	Estatuto del Ministerio Público
ENJ	Escuela Nacional de la Judicatura
GO	Gaceta Oficial
INDOTEL	Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones
LCDAT	Ley sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (España)
MP	Ministerio Público
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes
NÚM.	Numeral
NÚMS.	Numerales
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
PÁRR.	Párrafo
PC	Computadora Personal
PFDN	Procuraduría Fiscal del Distrito Nacional
PGR	Procurador/Procuraduría General de la República
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PN	Policía Nacional
PNUCFTIAF	Protocolo de las Naciones Unidas contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego
PNUCTIM	Protocolo de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes
PNUPRSTP	Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas
PP	Prisión Preventiva
PREÁMB.	Preámbulo
PW	Página Web
RESOL.	Resolución
RESOLS.	Resoluciones
SCCR	Sala Constitucional de Costa Rica
SCJ	Suprema Corte de Justicia
SCP	Suspensión Condicional del Procedimiento

SENT.	Sentencia
TCD	Tribunal Constitucional Dominicano
TICs.	Tecnologías de la Información y Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INDICE DE CONTENIDO

Portada.....	i
Agradecimientos.....	ii
Declaración de autoría.....	iv
Abreviaturas.....	v
Índice de contenido.....	viii
Contenido analítico de la investigación.....	xiv
1. Identificación.....	xiv
1.1 Título de trabajo de grado.....	xiv
1.2 Datos del alumno.....	xiv
2. Antecedentes.....	xiv
2.1 Referencia al contexto del tema objeto de investigación.....	xiv
2.2 Información sobre la unidad objeto de estudio.....	xv
3. Planteamiento.....	xvi
3.1 Planteamiento de la situación problema.....	xvi
3.2 Delimitación del tema.....	xvii
3.2.1 Delimitación temporal.....	xviii
3.2.2 Delimitación espacial.....	xviii
3.2.3 Delimitación sustantiva.....	xviii
3.3 Interrogantes claves.....	xix
4. Hipótesis.....	xix
5. Objetivos.....	xix
5.1 Objetivo general.....	xix
5.2 Objetivos específicos.....	xix
6. Justificación.....	xix
6.1 Relevancia científica.....	xix
6.2 Relevancia social.....	xx
6.3 Relevancia personal.....	xxi
7. Metodología.....	xxi
Introducción.....	xxii

Capítulo I

Nociones Generales Sobre La Prueba. Aplicación en el Proceso Penal Dominicano

1. Principios y Conceptos Generales.....	28
1.1.1 El concepto prueba en la cotidianidad.....	28
1.1.2 Aplicación del Concepto en Materia Jurídica.....	29
1.1.3 Aplicación del Concepto en la práctica penal.....	31
1.1.4 Definición de prueba desde la perspectiva procesal penal.....	34
1.1.5 Importancia de la Prueba.....	35
1.1.6 Prueba vs. Actividad probatoria.....	37
1.1.7 La exención de prueba.....	38
1.2 Elementos positivos de la prueba.....	39
1.2.1 El principio de libertad probatoria.....	41
1.2.2 Regulaciones y Estándares a la Libertad Probatoria.....	42
1.2.2.1 Objetividad de la Prueba.....	43
1.2.2.2 Legalidad de la Prueba.....	44

1.2.2.3 Relevancia de la Prueba.....	48
1.2.2.4 Pertinencia de la Prueba.....	51
1.3 Los Medios de Prueba.....	53
1.3.1 La Confesión.....	54
1.3.1.1 Presentada ante el Juez.....	58
1.3.1.2 Indelegabilidad.....	60
1.3.1.3 Expresión de la Voluntad.....	61
1.3.1.4 Debe tener por objeto hechos.....	64
1.3.1.5 Sanidad mental del imputado confeso.....	64
1.3.1.6 En animus Confitendi.....	68
1.3.1.7 Pautas de Valoración.....	69
1.3.1.8 Mecanismos de control.....	71
1.3.1.9 La Confesión en la legislación procesal Dominicana.....	72
1.3.2 La Declaración del Imputado.....	74
1.3.3 El derecho al silencio.....	79
1.3.4 La Prueba Testimonial.....	90
1.3.4.1 Naturaleza de la Prueba Testimonial.....	91
1.3.4.2 El ejercicio del testimonio como contenido de veracidad.....	94
1.3.4.3.1 El deber de veracidad.....	94
1.3.4.3.2 El Estado real del deber de veracidad.....	97
1.3.4.3.3 Excepciones legales al deber de veracidad.....	99
1.3.5 La Prueba Pericial.....	101
1.3.5.1 Definición y Concepto.....	101
1.3.5.2 Requisitos del perito y peritaje.....	102
1.3.5.3 Requisitos de Validación.....	104
1.3.5.4 Eficacia Probatoria.....	104
1.3.5.5 El perito Cultural.....	106
1.3.6 La Prueba Documental.....	108
1.3.6.1 Las Diferentes Naturaleza de Documentos.....	110
1.3.6.1.1 Las Actas.....	110
1.3.6.1.2 Los Documentos Incriminantes.....	111
1.3.6.2 Documentos excluidos como pruebas.....	111
1.3.6.3 El imputado frente a la prueba documental.....	113
1.3.7 De los Objetos de Prueba.....	114
1.3.7.1 Distinción entre objeto de la prueba y objetos probatorio.....	116
1.3.7.2 Distinción entre el sujeto de la prueba y objetos probatorios.....	117
1.3.8 La Prueba Indiciaria.....	117
1.3.8.1 Usos terminológicos.....	117
1.3.8.2 Definiciones y Conceptualización.....	118
1.3.9 Actividad Probatoria y Valoración de la Prueba en el Sistema Procesal Dominicano.....	120
1.3.9.1 Recolección.....	121
1.3.9.2 Proposición.....	127
1.3.9.2.1 Crítica a la Individualización.....	129
1.3.9.3 Admisión.....	132
1.3.9.4 Rendición.....	133

1.3.9.4.1 Regla General: La prueba para Fundar una Sentencia debe ser Rendida en la Audiencia de Conocimiento del Fondo.....	133
1.3.9.4.2 Excepción: La prueba anticipada.....	134
1.3.9.5 Valoración.....	136
1.3.9.6 Inadmisibilidad de la Prueba.....	136
1.3.9.7 Libre Valoración y Sana Crítica Racional.....	137
1.3.9.8 El tránsito de la íntima convicción a la sana crítica.....	140

Capítulo II:

La Validez de la Prueba:

Sujeción al Debido Proceso y Respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales

2.1 El Debido Proceso de Ley.....	145
2.1.1 Concepto. Evolución Histórica.....	145
2.1.2 El Constitucionalismo y los Tratados Internacionales.....	150
2.1.3 El Constitucionalismo. Enfoque Histórico.....	160
2.2 Derechos del Imputado. Conceptos.....	167
2.3 Principios y Garantías del Sistema Procesal Penal Dominicano.....	171
2.3.1 Principio de Primacía de la Constitución y los Tratados Internacionales.....	173
2.3.2 Principio de Solución del Conflicto.....	175
2.3.3 Principio de Juicio Previo.....	179
2.3.4 Principio de Juez Natural.....	181
2.3.5 Principio de Imparcialidad e Independencia.....	183
2.3.6 Principio de Participación de la Ciudadanía.....	184
2.3.7 Principio de Legalidad del Proceso.....	186
2.3.8 Principio de Plazo Razonable.....	188
2.3.9 Principio de Única Persecución.....	192
2.3.10 Principio de Dignidad de la Persona.....	194
2.3.11 Principio de Igualdad ante la Ley.....	201
2.3.12 Principio de Igualdad entre las Partes.....	203
2.3.13 Principio de No Autoincriminación.....	205
2.3.14 Principio de Presunción de inocencia.....	208
2.3.15 Principio de Estatuto de Libertad.....	210
2.3.16 Principio de Límite de la Prisión Preventiva.....	214
2.3.17 Principio de Personalidad de la Persecución.....	218
2.3.18 Principio de Derecho de Defensa.....	220
2.3.19 Principio de Formulación Precisa de Cargos.....	225
2.3.20 Principio de Derecho a Indemnización.....	229
2.3.21 Principio de Derecho a Recurrir.....	230
2.3.22 Principio de Separación de Funciones.....	231
2.3.23 Principio de Obligación de Decidir.....	234
2.3.24 Principio de Motivación de las Decisiones.....	235
2.3.25 Principio de Interpretación.....	238
2.3.26 Principio de Legalidad de la Prueba.....	240
2.3.27 Principio de Derechos de la Víctima.....	243
2.3.28 Principio de Ejecución de la Pena.....	247

**Capítulo III:
La Prueba Ilícita como Normativa Protectora de los Derechos
Fundamentales en el Marco de la Evolución Jurídica Internacional**

3.1 Prueba Ilícita. Conceptos y Definiciones	251
3.1.2 Enfoque desde Diferentes Culturas Jurídicas.....	257
3.1.2.1 Modelo Norteamericano.....	257
3.1.2.2 Modelo Alemán	259
3.1.2.3 Modelo Español.....	260
3.1.2.4 Modelo Latino Americano.....	261
3.1.2.5 Modelo Dominicano.....	263
3.1.3 Otras Conceptualizaciones sobre la Prueba Ilícita	271
3.2 Evolución Histórica.....	268
3.2.1 El Debido proceso.....	268
3.2.2 El Constitucionalismo y los Tratados Internacionales.....	271
3.3 Garantía de Legalidad. La exclusión de la prueba ilícita como primera alternativa	282
3.3.1 Exclusión de la prueba ilícita y sus consecuencias legales.....	301
3.3.2 El efecto reflejo. Teoría del Árbol Envenenado	302
3.4.1 Teorías de las Pruebas Reflejas y Límites de La Exclusión Probatoria.....	309
3.4.1.1 Teoría de la fuente independiente.....	310
3.4.1.2 El hallazgo o descubrimiento inevitable.....	315
3.4.1.3 Principio del vínculo atenuado	325
3.4.1.4 Teoría de la buena fe.....	325
3.4.1.5 La Doctrina de la “Purged taint”, de los “vicios subsanados” o de “tinte diluido”	329
3.4.1.6 El principio de proporcionalidad	331
3.4.1.7 Teoría del riesgo.....	334
3.4.1.8 La Patriot Act ¿Excepción legal?.....	336
3.5 Críticas al principio de exclusión y sus derivadas.....	339
3.5.1 Regla de Exclusión de la prueba ilícita. Argumentos a favor.....	340
3.5.1.1 El efecto disuasorio.....	340
3.5.1.2 Tutela de las garantías constitucionales.....	341
3.5.1.3 Prohibición del empleo de medios ilícitos.....	342
3.5.1.4 Insuficiencia de sancionar el abuso.....	343
3.5.1.5 Preferencia por la impunidad.....	346
3.5.2 Regla de Exclusión de la prueba ilícita. Argumentos en contra.....	346
3.5.2.1 Un delito no justifica otro delito.....	347
3.5.2.2 El costo social.....	348
3.6 La sanción al transgresor.....	351
3.7 ¿Intereses en Conflicto?	354

**Capítulo IV:
La Prueba Ilegal. Evolución y Praxis en el Contexto de la Legislación Dominicana**

4.1 Evolución Histórica.....	361
4.1.1 Alumbramiento del Concepto de Derechos Humanos en América.....	361

4.1.2 El Código de Procedimiento Criminal.....	366
4.1.2.1 Aspectos Históricos.....	366
4.2 El Código Procesal Penal Dominicano.....	381
4.2.1 El Código Procesal Penal Tipo Iberoamericano.....	384
4.2.2 Inicio del Reconocimiento Legal del Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita.....	388
4.3 La Constitución Dominicana y el Debido Proceso. Versión 2010.....	410

**Capítulo V:
La Prueba en la Era Digital**

5.1 La Prueba Digital, el desafío de la Justicia Penal Post Moderna.....	432
5.2 Digitalización de la Justicia.....	434
5.3 La Transnacionalidad del Delito.....	437
5.3.1 Orígenes.....	438
5.3.2 Naturaleza y Fines de la Delincuencia Transnacional.....	441
5.3.3 Amenaza de la Movilidad.....	443
5.3.4 Clonación de Modelos.....	443
5.4. Convenios sobre Crimen Transnacional y Cibercriminalidad.....	445
5.4.1 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	445
5.4.1.1 Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.....	449
5.4.1.2 Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.....	451
5.4.1.3 Protocolo de las Naciones Unidas contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego.....	453
5.4.2 Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest.....	454
5.4.2.1 Red 24/7.....	457
5.5.3 Las redes sociales.....	459
5.5.3.1 El mito de las redes sociales.....	461
5.5.3.2 La privacidad en las redes sociales.....	467
5.5.3.3 Las redes sociales como medios de prueba: WhatsApp, Twitter, Facebook.....	471
5.5.3.4 El caso Petra Laszlo.....	474
5.6 La prueba digital en los procesos penales.....	477
5.6.1 La Prueba Documental Electrónica.....	479
5.6.2 La Autenticidad del documento electrónico.....	480
5.6.3 Admisibilidad de los documentos electrónicos o evidencia digital.....	482
5.6.4 El Recurso de la firma electrónica.....	483
5.6.5 El Cloud Computing, la morada de la Era Digital.....	486
5.6.6 Herramientas Digitales en el Proceso Penal Dominicano.....	488

5.7 El principio de Exclusión probatoria respecto de la prueba digital.....	491
5.8 El Derecho al Olvido Virtual: El punto de colisión entre libertad de expresión, Derecho a ser informado y derecho al honor personal.....	493
5.8.1 España Vs. Google.....	495
5.8.1.1 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	496
5.8.2 La Conferencia de Varsovia.....	497
5.8.3 El derecho al Olvido a la luz del Marco Legal Dominicano.....	499
5.9 La Prueba Digital en la Legislación Procesal Penal Dominicana.....	503
5.9.1 Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología.....	506
5.9.2 La Sentencia TC/0200/13.....	412
5.9.3 Los Delitos Tecnológicos: Tendencia Judicial Penal en Rep. Dom. Alcance de los Medios de Prueba	517
5.10 La Justicia del Futuro: los Procesos Virtuales.....	523
Postdata.....	529
Conclusión.....	531
Bibliografía.....	535
Colofón.....	545

CONTENIDO ANALITICO DE LA INVESTIGACION

1. Identificación

1.1 Título de Trabajo de Grado:

La Prueba Ilícita en la Era Digital Enfoque Histórico del Sistema Procesal Penal Dominicano

1.2 Datos del Alumno:

Autor: Lic. Abrahán Francisco De Jesús Santos

Teléfono: + (809) 805-1216

E-Mail: 007adj@gmail.com

Programa: Doctorando “Sociedad Democrática, Estado y Derecho”, EHU-UASD

Lugar: Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana

Fecha: 30 de Octubre, 2015

Tutor: Dr. Ignacio Muñagorri Laguía

2. Antecedentes

2.1 Referencia al contexto del tema objeto de investigación.

La prueba es el elemento estrella del proceso penal moderno, constituye la única base sobre la cual se puede fundar legítima y legalmente la condena de un ciudadano. Su insuficiencia o inexistencia da lugar al descargo o absolución.

La República Dominicana recién se inserta a una nueva cultura jurídica en materia procesal penal, con la entrada en vigencia de la Ley 76-02 o Código Procesal Penal de la República Dominicana, en el cual la prueba posee un tratamiento diametralmente distinto al que recibía en el antiguo ordenamiento procesal penal o “Código de Procedimiento Criminal” que había regido nuestros procesos penales por más de 120 años.

En el anterior ordenamiento no existían reparos en el cómo, dónde o cuándo se realizaban las diligencias para la obtención de los medios de pruebas, y mucho menos existía un plazo procesal para su incorporación al proceso.

Realizando una mirada analítica, en retrospectiva, hoy podemos afirmar que vivíamos bajo un régimen jurídico penal con características propias de etapas arcaicas del desarrollo del derecho, toda vez que en el mismo no existía respeto por los derechos consagrados en beneficio de los ciudadanos; o, bien sea dicho, el ciudadano sujeto a un proceso judicial de carácter penal.

En un porcentaje importante de los casos sometidos a la jurisdicción de juicio, la prueba estrella era la confesión o auto-incriminación del acusado de la comisión del delito, aunque era de conocimiento público, incluso para los propios jueces, que tales confesiones eran obtenidas mediante métodos de chantajes, vejaciones y torturas, que transcendían la frontera personal del acusado y se extendía la persecución a sus parientes más cercanos.

El principio de la íntima convicción jugaba un papel de tal trascendencia, que en la mayoría de los casos se colocaba por encima de los medios de prueba que le eran sometidos al juzgador, con frecuencia se juzgaba y condenaba al individuo por su apariencia física y procedencia social.

El proceso penal constituía un circo en el cual la opinión pública satisfacía un morbo social de pseudo justicia ante los casos que por su relevancia alcanzaban la atención de la ciudadanía.

En la actualidad han adquirido relevancia los principios de Dignidad de la Persona, No Autoincriminación, Presunción de Inocencia, Personalidad de la Persecución y muy especialmente, para el estudio que nos ocupa, el de la Legalidad de la Prueba; y, a paso lento, avanzamos hacia el reconocimiento de los derechos del imputado, consagrados en el artículo 95 de la Ley 76-02 que consagra el Código Procesal Penal de la Republica Dominicana.

2.2 Información sobre la unidad objeto de estudio

El desarrollo de este trabajo será facilitado por el análisis y estudio de la documentación que se describe a continuación: en primer lugar en estudio de nuestras normas sustantivas, integradas por la Constitución de la República y Tratados Internacionales de los cuales es

signataria la República Dominicana, en lo relativo al tratamiento de las pruebas, muy especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

También serán objeto de estudios y análisis las disposiciones sobre la materia del Código Procesal Penal, las resoluciones de nuestra Suprema Corte de Justicia; y los artículos referentes a la prueba, publicados en la revista jurídica Gaceta Judicial. De igual modo entraremos en contacto con los tratadistas y doctrinarios que mayor relieve han alcanzado a nivel internacional en el manejo del tema.

3. Planteamiento

3.1 Planteamiento de la situación problema

El derecho que en la actualidad rige nuestras relaciones sociales, esta cimentado fundamentalmente en el elemento denominado prueba, adquiriendo especial relevancia en lo relativo al derecho procesal penal.

La prueba, en su condición de estelaridad, está sujeta a una serie de previsiones tendentes a mantener el proceso penal alejado de la contaminación que generaría su obtención sin la observancia del debido respeto a los requisitos legales que avalan su validez. En no escasas ocasiones los investigadores que intervienen en la persecución del ilícito penal, incurren en violaciones que atentan contra los derechos consagrados en favor de los individuos y que, por vía de consecuencia, contaminan el proceso penal.

He ahí la disyuntiva que enfrenta en la actualidad el ejercicio del derecho procesal penal. Por un lado, el estado posee la obligación de perseguir y castigar el delito; y por otro, está en la obligación de preservar los derechos individuales consagrados en la Constitución, Tratados Internacionales y las leyes, so pena de nulidad o inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación a sus previsiones, lo que implica, por vía de consecuencia, que esa prueba no podrá ser utilizada ni para acreditar la existencia del ilícito ni la eventual responsabilidad del presunto infractor; lo que en términos llanos significa que el ilícito no podrá ser sancionado penalmente.

Esta realidad ha arrastrado como consecuencia, alimentada por los medios de comunicación social, la percepción de una connivencia entre la justicia y el delito. Se ha enraizado la percepción de que la justicia se muestra cada vez más benigna ante la creciente ola delincencial que azota nuestra sociedad.

La persecución del ilícito penal se encuentra en la actualidad en una encrucijada, persigue el delito a cualquier precio, sin reparar en los medios; o se inclina reverente ante el respeto a los derechos humanos.

3.2 Delimitación del Tema

3.2.1 Delimitación Temporal

El estudio analítico sobre la temática planteada se realizará en el tiempo comprendido entre el año dos mil cuatro y dos mil catorce, un período de diez años.

Se asume como punto de partida el año dos mil cuatro por ser el de entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la República Dominicana, contenido en la Ley No.76-02, la que consagra la conceptualización de la prueba ilegal, y cerramos la frontera en el dos mil catorce, porque nos proponemos presentar un análisis tomando en cuenta las últimas incidencias registradas y documentadas sobre la investigación que nos ocupa, sin renunciar al análisis de tratados y convenciones internacionales que han tenido marcada incidencia en la estructura jurídico penal de la Republica Dominicana.

De igual modo, se compartirán análisis de carácter histórico que nos permitan conocer y comprender a profundidad la cultura jurídica dominicana, sin dejar de lado análisis de elementos de actualidad, que nos pongan a tono con las últimas herramientas procesales que imprimen modernidad a la práctica procesal penal dominicana, tal es el caso de los avances científicos aportados por la tecnología de la información y comunicación.

3.2.2 Delimitación Espacial

El espacio objeto del análisis estará comprendido por el territorio de la Republica Dominicana, como espacio de aplicación práctica en el quehacer que nos ocupa; aunque siempre permanecerá abierta la frontera de las prácticas y procedimientos desarrollados en

otros sistemas jurídicos, de los que con la frecuencia que ameriten las circunstancias estaremos haciendo referencia. Otra frontera que tampoco conocerá limitación es la del conocimiento, por lo que nos apoyaremos en la experiencia y bibliografía de autores y tratadistas de otras latitudes.

3.2.3 Delimitación sustantiva

En nuestro proceso de investigación jugará un papel estelar el análisis de la documentación siguiente:

1. Constitución de la República Dominicana
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
5. Ley No.76-02 Código Procesal Penal de la República Dominicana

3.3 Interrogantes Claves

- 1) ¿Qué es la prueba?
- 2) ¿Cuáles son los tipos de pruebas?
- 3) ¿En qué consiste la libertad probatoria?
- 4) ¿Cuál es la importancia de la prueba en el proceso penal?
- 5) ¿Cuál es la importancia de que la prueba sea legal?
- 6) ¿Cuándo la prueba es ilegal?
- 7) ¿Qué determina la ilegalidad de la prueba?
- 8) ¿Es aprovechable la prueba ilegal?
- 9) ¿Qué suerte corre esta prueba?
- 10) ¿Por qué se denomina exclusión probatoria?
- 11) ¿En qué afecta la ilegalidad de la prueba la persecución del delito?
- 12) ¿Se respetan los derechos humanos al momento de la recolección de las pruebas?
- 13) ¿La prueba declarada ilegal promueve el respeto de los derechos humanos o beneficia el delito?
- 14) ¿Qué papel juega la prueba en el estado de derecho?
- 15) ¿Qué aplicación tiene la teoría del árbol envenenado?
- 16) ¿En qué consiste la denominada fuente independiente?
- 17) ¿Existen excepciones al no reconocimiento de la prueba ilegal?

- 18) ¿No viola el planteamiento de la ilegalidad de la prueba el principio que consagra la libertad probatoria?
- 19) ¿Cuál es el enfoque jurídico de la prueba en la era digital?
- 20) ¿Cómo puede la prueba digital incidir en los procesos penales?

4. Hipótesis

¿Puede la prueba obtenida ilegalmente, ya sea mediante los medios tradicionales o electrónicos, ser aprovechable para fundar una sentencia condenatoria en el proceso penal moderno?

5. Objetivos

5.1 Objetivo General

Determinar los motivos que tornan ilegal la obtención de la prueba en la persecución del ilícito penal, en el marco de las leyes que rigen este proceso en la República Dominicana

5.2 Objetivos Específicos

1. Investigar las razones que dan origen a la denominada prueba ilegal;
2. Analizar las normativas legales que rigen la legalidad probatoria en el proceso penal dominicano;
3. Analizar el tratamiento otorgado por los tribunales dominicanos a la prueba obtenida de manera “irregular”;
4. Analizar el impacto social de la exclusión probatoria;
5. Analizar desde el punto de vista de los derechos humanos, el desarrollo de la disposición legal de inaprovechabilidad de la prueba obtenida con inobservancia de la ley.

6. Justificación

6.1 Relevancia Científica

El desarrollo de este ciclo histórico se ha caracterizado por la proclamación de respeto a los derechos humanos y la dignidad de la persona. En procura de la consecución de tales objetivos la humanidad se ha abocado a plasmar en tratados internacionales, muy especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y otras tantas en la

misma dirección, las bases y fundamentos de esos ideales, siendo asumido los referidos principios por la mayoría de los países del orbe.

Este ideal se refleja de una manera esencial en el ejercicio del derecho procesal penal, dado que el mismo es el que posee la potestad de aplicación de las normas coercitivas en perjuicio de los ciudadanos que violan las normas sociales contenidas en las previsiones del derecho penal.

En el proceso penal, como en todas los procesos judiciales, la prueba juega un papel determinante al momento de establecer la responsabilidad de un individuo, es por eso que la misma ha de tener delimitada claramente las fronteras para su obtención e incorporación al proceso; la inobservancia de los límites establecidos para la legalidad de la prueba, conlleva irremediamente al abuso del aparato estatal en perjuicio de los individuos, pudiéndose prestar tales prácticas a las más flagrantes violaciones de los derechos humanos.

Es de ahí que el análisis e investigación de esta problemática reviste una importancia trascendental, toda vez que es de gran interés para la comunidad científica, aportar soluciones viables a los problemas que afectan las colectividades, para de esa manera mejorar la calidad de vida de estas, tanto en el presente como en el porvenir.

6.2 Relevancia Social

Es necesario que todo conglomerado humano posea parámetros sociales y legales claros sobre los cuales los individuos puedan desarrollar sus actividades de superación y sobrevivencia; su debilidad o inexistencia conlleva el caos y el abuso de las autoridades en perjuicio de los individuos.

Son esas las razones por las que se precisa que al momento de juzgar penalmente un ciudadano, existan reglas claras para el proceso y, muy especialmente, para la obtención e incorporación de los medios de pruebas o elementos incriminatorios. Su desconocimiento implicaría la ruptura del estado de derecho y, por vía de consecuencia, el abuso sobre los derechos individuales.

6.3 Relevancia Personal

Nos hemos animado a trabajar la problemática de referencia, por la pasión que siempre nos ha despertado el quehacer judicial en materia penal, en cuyo ejercicio la experiencia nos ha permitido constatar, que real y efectivamente, con frecuencia, el investigador recurre a prácticas reñidas con las previsiones legales para la obtención de los medios probatorios que le permitan sustentar sus imputaciones, en perjuicio de los derechos debidos al ciudadanos.

Será esta para nosotros, una gran oportunidad para profundizar en los amplios temas que abarca la prueba ilegal, y la aplicación de este principio a los avances tecnológicos que han revolucionado la perspectiva y cosmovisión de todo el quehacer humano, sin exclusión de la normativa penal y procesal penal a nivel nacional e internacional.

7. Metodología

1. Modelo

Teórico – Dogmático - Doctrinal: Porque el desarrollo de nuestra ponencia se fundamentará en el análisis de la bibliografía, estudios y tratados que versan sobre la materia objeto de investigación. De igual modo estudiaremos la evolución histórica a la vez que constataremos su aplicación en los tribunales de la Republica Dominicana.

2. Tipo

Jurídico Descriptiva: Porque se dedicará a analizar las bases sobre las que se fundamenta la problemática planteada.

3. Métodos

- a. Deductivo: Porque se partirá del análisis de lo general para llegar a la situación particular.
- b. Histórico: Porque se analizará la evolución en el tiempo que ha experimentado esta institución jurídica
- c. Estructural: Porque del planteamiento del tema central, se desprenden variables de orden sociales, políticas y también procesales, las cuales convergen y permiten fortalecer el desarrollo del tema central.

INTRODUCCIÓN

La prueba constituye uno de los pilares sobre los que descansa la vida del hombre en sociedad. Desde los núcleos sociales primitivos su importancia ha sido extraordinaria, aún en la vida cotidiana; de un modo u otro, toda persona tiene algo que probar: su capacidad, su amor, sus resultados, y en el más trascendente de los casos, su inocencia.

En el ámbito de la práctica judicial, la prueba representa uno de los elementos procesales de mayor relevancia, pues sólo a través de la actividad probatoria, el juzgador podrá sustentar válidamente, a la luz del derecho contemporáneo, una sentencia en sintonía con la debida objetividad que requiere la toma de decisión fundada en justicia. En el proceso penal, fuera de toda discusión, su relevancia es suprema, pues representa la columna sobre la que se sustenta la absolución o condena del imputado de la comisión de un ilícito.

En consideración a su importancia, teorías y praxis de corrientes diversas, han encontrado argumentos, unos para obtenerla e incorporarla al proceso a cualquier precio; otros, para limitar las prácticas atentatorias contra la dignidad de la persona, y establecer reglas y momentos procesales precisos para su incorporación al proceso. Tal es el caso del Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita.

El objetivo de este principio es dejar fuera de las consideraciones del juzgador las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales del individuo, dispensando igual tratamiento a las incorporadas, fuera de los plazos procesales establecidos en las leyes correspondientes.

Por consiguiente, dos intereses pugnan permanentemente dentro del proceso penal; por un lado, el legítimo interés del Estado de perseguir y castigar al delincuente; y por el otro, la protección de los derechos fundamentales del imputado, consagrados en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y recogidos en la mayoría de constituciones y leyes adjetivas modernas.

Se tiene como firme postulado doctrinal que la dignidad de la persona es una pieza fundamental en el concepto de prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y por consiguiente, en estricta aplicación del Principio

de Exclusión, se tornará inadmisibles. Se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales, constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de perseguir y castigar el delito.

Constituyen estos planteamientos la fuente principal sobre la que versa el desarrollo del presente trabajo, en el que se destacan distintas posiciones relativas a esta controvertida figura jurídica.

Partiendo del estudio que sobre el tema plantean las diversas doctrinas y culturas jurídicas, se enfoca este estudio al análisis de su soporte legal en el proceso penal dominicano, atendiendo la circunstancia de que siendo el punto de partida para la exclusión de la prueba el respeto a los derechos fundamentales de la persona, y teniendo estos derechos rango constitucional en este país, sólo se ha iniciado su reconocimiento en la práctica, después de la puesta en vigencia de una ley adjetiva.

La República Dominicana recién se inserta a una nueva cultura jurídica en materia procesal penal, con la entrada en vigencia de la ley 76-02 o Código Procesal Penal Dominicano, en el cual, la prueba posee un tratamiento diametralmente distinto al que recibía en el antiguo ordenamiento procesal penal o “Código de Procedimiento Criminal” que había regido nuestros procesos penales por más de un siglo.

En el anterior ordenamiento no existían reparos en el dónde, cuándo o cómo se realizaban las diligencias para la obtención de los medios de pruebas, y mucho menos existía un plazo procesal para su incorporación al proceso. Realizando una mirada analítica en retrospectiva, hoy podemos afirmar que República Dominicana desarrollaba un sistema procesal penal con características propias de etapas cavernarias, toda vez que en el mismo no existía respeto por los derechos consagrados en beneficio de los ciudadanos; o específicamente, el ciudadano sujeto a un proceso judicial de carácter penal.

El principio de la íntima convicción jugaba un papel que asiduamente se colocaba por encima de los medios de prueba, con más frecuencia de lo que podamos imaginar se juzgaba y condenaba al individuo por su apariencia física y procedencia social. En efecto, es el reconocimiento de esas prácticas existentes en el anterior proceso penal dominicano,

la realidad que resalta la importancia que reviste el estudio y análisis de esta figura procesal, la cual enarbola la tesis de la exclusión toda prueba que sea obtenida a expensas de la integridad y dignidad de la persona.

En el marco de cinco capítulos, se destaca en el primero una panorámica general sobre el concepto y principios generales que rigen la prueba, a la luz de los Tratados Internacionales y los razonamientos de los más conspicuos tratadistas del hemisferio; lo cual, después de analizar los enfoques generales, se presentan los respectivos análisis sobre su importancia y aplicación dentro de la práctica del derecho procesal penal.

Se expone detalladamente en el segundo capítulo, el principio del debido proceso de ley, en el que no solamente se tendrá una panorámica conceptual e histórica, sino que además se presenta un análisis amplio del contenido de este principio en el marco jurídico dominicano, de conformidad con la selección asumida por la normativa procesal priorizando los elementos de mayor interés a tomar en consideración en el desarrollo de sus procesos.

Partiendo del hecho de que ciertamente, el respeto a la dignidad de la persona es el eje fundamental sobre el que descansa la legalidad de la prueba, tornándose ilegal toda práctica que no respete ese principio, y constituyendo este la columna vertebral sobre la que se hilvana el presente trabajo de tesis, se recoge en el capítulo tercero un estudio completo y pormenorizado relativo a la prueba ilícita, en el que referimos y analizamos los argumentos de mayor relevancia relativos a la materia; enfocando, además de las teorías clásicas, las de actualidad contemporánea.

Es útil el contenido del capítulo cuarto para la realización de un recorrido y análisis histórico, que parte desde el 12 de octubre de 1492, día de llegada de los aventureros españoles a tierras americanas, hasta nuestro días, de las culturas y sistemas jurídicos desarrollados en esta media isla, su praxis, evolución y como se inician los procesos de inserción a la cultura de respeto procesal de los derechos fundamentales debido a todo individuo imputado de la comisión de un ilícito penal, los cuales eran flagrantemente violados pese a las previsiones Constitucionales que expresamente apuntaban su observación y respeto.

En el capítulo quinto se recoge un interesante análisis relativo al manejo de la prueba, y sus desafíos, en la denominada era digital. Para poner acorde esta imprescindible herramienta procesal con los avances que a velocidad de vértigo se están sucediendo en el mundo actual, revolucionando la cosmovisión homo sapiens contemporáneo, en escaso periodo de tiempo, de análogo a digital, desarrollamos un estudio y análisis pormenorizado de los Convenios y Convenciones de mayor trascendencia a nivel mundial, relativos al combate de la delincuencia global y el debido tratamiento de las pruebas en medio de los cambios experimentados por la denominada revolución digital.

De igual modo desarrollamos un estudio detallado de las denominadas redes sociales, desde la perspectiva legal, en donde se enfoca el espacio cibernético como una mina indeleble de pruebas, de la cual se pueden beneficiar generosamente los sistemas procesales, sin perjuicio de que la justicia tiene el reto de ponerse a tono con los nuevos tiempos, incluyendo la regulación de mecanismos para la obtención y validación de las pruebas obtenidas en espacio virtual y servida en procesos penales.

Al término del desarrollo del referido contenido, ofrecemos nuestras conclusiones y aportes en los que, entre otros tópicos, se plantea la imperiosa necesidad de la digitalización de la justicia, a los fines de estar acorde con el nivel que los irreversibles cambios le están señalando a la justicia: Los Procesos Virtuales...

*El Arte del Proceso no es Esencialmente
otra cosa que el Arte de Administrar las Pruebas...*

Jeremías Bentham
Tratado de las Pruebas Judiciales

Capítulo I

Nociones Generales sobre La Prueba Aplicación en el Proceso Penal Dominicano

La prueba es el alma del derecho, y constituye, sin perjuicio de cualquier argumentación a favor o en contra, la columna vertebral sobre la que se sostiene el proceso penal. En virtud de que la actividad procesal penal moderna se caracteriza por la implementación del denominado principio de libertad de prueba, que en síntesis refiere que todo puede ser probado por todos los medios, esta circunstancia literalmente coloca en manos de los actores procesales una apreciable cantidad de recursos y procedimientos para adquirirla, acreditarla y hacerla valer en el juicio, en provecho de sus particulares pretensiones.

Son estas las razones por las que estaremos profundizando a lo largo del presente capítulo sobre este fundamental e indispensable elemento procesal, sobre el que estaremos analizando los conceptos y teorías de mayor relevancia que la abordan; de igual modo que los principales elementos probatorios que se dan cita en la persecución de los ilícitos por transgresión a la ley penal, entre los que se citan: la confesión, prueba testimonial, pericial, documental, indiciaria, son algunos de los medios probatorios sobre los que profundizamos en el contenido del presente capítulo.

En la misma dirección, estaremos recreando un estudio analítico relativo a la actividad probatoria, en el que se profundiza sobre los procesos que involucran la recolección, proposición, admisión, rendición y valoración de la prueba en los procesos penales.

Reservamos uno de los capítulos a conocer, analizar y profundizar respecto de la excepción al referido principio de libertad probatoria, consistente en la exclusión de la prueba recogida con inobservancia de las previsiones legales o en violación de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales, principio que gracias a la jurisprudencia y doctrina ha asumido la conceptualización de Exclusión de la Prueba Ilícita, Ilegal o Espúrea, entre otras variadas denominaciones encaminadas al referido contenido.

No dejaremos de señalar en cada oportunidad, respecto del tratamiento dispensado por la normativa y práctica legal en el territorio de la Rep. Dom., marco territorial que da sentido al desarrollo del estudio que nos ocupa.

1.1 Principios y Conceptos Generales

1.1.1 El Concepto Prueba en la Cotidianidad

Distinto a la naturaleza de ciertos conceptos jurídicos, que se circunscriben al ámbito del derecho, el concepto de prueba no sólo guarda relación con la totalidad de las ramas de esta ciencia social, sino que trasciende su campo general, para extenderse a todas las actividades del quehacer humano.

Con relación a esta afirmación refiere con certeza Devis Echandía:

*“El historiador, el sociólogo, el lingüista, el cronista, el periodista, el geólogo, el arqueólogo, el paleontólogo, el astrólogo, el zoólogo, el botánico, el químico, el físico, el militar, el estadista, el político, el ingeniero, el arquitecto, el biólogo, el psicólogo, o siquiatra, el médico, el fisiólogo, el agricultor o ganadero, el investigador en cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente deben probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de estos, reconstruyendo los pasados, analizando los presentes, deduciendo los futuros; e incluso, en el campo de las noticias abstractas, el lógico, el filósofo, el metafísico, tratan de comprobar sus teorías o concepciones”.*¹

Baste con pensar que también en la vida ordinaria, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa y hasta los niños, tienen la necesidad cotidiana de probar sus actos o los de otros, razones por las que es permitido afirmar que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo, es una actividad propia de los seres humanos, que se manifiesta de manera especialmente en la socialización o interacción con otros.

Como hemos visto, el concepto prueba es poseedor de un prisma conceptual tan dilatado, que perfectamente puede ser adecuado a esferas aún disímiles del quehacer humano, pues está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí la existencia

¹ Devis Echandía, Hernando “Teoría General de la Prueba Judicial”, t. I y II, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pág. 1

nociones ordinarias de la prueba, al lado de otras técnicas, y que varían según la actividad o ciencia a que se aplique.

Es indiscutible, como hemos visto, que la noción de prueba o probatoria, está presente en todas y cada una de las actividades y manifestaciones de la vida humana, y es en el quehacer científico y actividades que requieren “labor reconstructiva” en donde el término adquiere ribetes relevantes y sentido de precisión, con exigencias similares a las que se le exigen en la aplicación del derecho.

1.1.2 Aplicación del Concepto en Materia Jurídica

Desde la perspectiva jurisdiccional, la prueba es percibida y estudiada desde ángulos diversos. Puede considerarse como una actividad lógica y material la cual se orienta en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo tendente a la búsqueda de la verdad, es la prueba como fin. Pero también puede ser valorada como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener la secuencia que conduzca al fin perseguido, es la prueba medio.

El ejercicio de la consecución de la prueba y su posterior acreditación en los procesos que entrañan el ejercicio de la demostración de una verdad es consustancial a la práctica del derecho desde su génesis en los albores de la humanidad. En la medida que la práctica jurisdiccional ha ido pasando por los procesos de modernización y especialización, también acepciones que entrañan el concepto prueba, vemos por ejemplo como en derecho laboral uno de los usos que posee la terminología se aplica al periodo de tiempo concertado por el trabajador y el empresario, normalmente regulado por la ley que en cada territorio rige la materia, durante el cual, cualquiera de ellos puede dar por finalizada la relación laboral sin preaviso, sin necesidad de alegar ninguna causa y sin derecho a indemnización; pero en caso de que en esa etapa las partes ingresaran a un litigio legal, habría que probar si se estaba o no en el periodo de prueba. De igual modo, las diferentes materias jurídicas entrañan en sí diversas fórmulas y formalidades para el manejo práctico de esta herramienta imprescindible en los procesos jurisdiccionales y sus periferias.

Es a partir del desarrollo del derecho romano cuando inicia el proceso de formulación y asentamiento de las diversas teorías que regulan el quehacer probatorio a través de la doctrina, recibida en un segundo momento por la legislación, acerca de los medios de prueba. En principio los medios probatorios correspondían con exclusividad a la parte que perseguía el resarcimiento de un daño, es decir, al demandante, en virtud del principio “*actori incumbit probatio, reus excipiendofit*”² siendo la confesión, el testimonio y la pericia, los principales medios de pruebas. Desde la práctica del derecho antiguo, y en buena medida aún persiste en nuestros días, quien afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho es quien está obligado a suministrar la prueba. Así pues, el demandante debe justificar sus pretensiones, de no conseguirlo su causa carece de objeto y el demandado declarado absuelto, libre de culpa, de responsabilidad, etc., según la materia legal que corresponda.

El espectro de la actividad probatoria, como hemos visto, es extremadamente amplio, y en el ámbito jurídico no solo limita su actividad a la regulación estricta del ámbito procesal, sino que en esta materia también se extiende su incidencia al área gris de los denominados cuasi-contratos y cuasi delitos; en esa esfera de aplicación, por ejemplo, el profesor Maier sostiene que intuitivamente resulta sencillo definir la prueba por referencia al conocimiento, como todo aquello que, en el marco de un procedimiento judicial y bajo la observación de sus reglas, produce en quien interviene en el un conocimiento cierto o probable acerca de la hipótesis contenido del procedimiento, la imputación a un sujeto de un hecho punible. Pero el lenguaje natural le da un uso al vocablo prueba en muy diferentes sentidos. En ocasiones se refiere a la verificación de una realidad obtenida mediante ciertos rastros que de ellas van desprendiendo, rastros que en ocasiones surgen espontáneamente después de la comisión de un hecho punible y, en otras ocasiones, son tipificados por las leyes en una suerte de regulación jurídica para alcanzar certeza sobre un hecho sancionado por la ley penal o algunos de sus elementos,

² La regla *Actori incumbit probatio, reus excipiendofit actor*: Significa que sobre el demandante pesa la responsabilidad de probar los hechos que alega y que son fundamento de sus pretensiones jurídicas, mientras que al demandado le corresponde esencialmente la prueba de los hechos que fundamenten sus excepciones procesales o defensa de fondo. Es una frase que implica los dos extremos de la litis, tanto al demandante actor productor de pruebas, como al demandado, quien funge como actor en defensa de las pruebas producidas en su contra.

como es el caso de las formas ad probationem, específicamente, de los documentos requeridos para la prueba de ciertos actos jurídicos.³

Esta actividad probatoria referida por Maier es de origen y motivación cuasi legal, la cual tiene diversas variantes, algunas de las cuales colindan con los procesos de índole civil, penal u otras materias del derecho formal; toda vez que en ocasiones no son tipificadas delictivas en sí mismas, pero pueden recoger declaraciones, orden, un mandato que constituyan un rastro para el descubrimiento de un delito. En otras ocasiones bien pudiere tratarse de una documentación en sí misma delictiva, que en principio sea usada sin consecuencia legales, pero al paso del tiempo se configure el delito, y sea el motivo para que la autoridad o el sujeto interesado procedan a la iniciativa del proceso, bien puede tratarse de un documento argüido de falsedad, una declaración falsa o inexacta, entre otras variables a las que solo la actividad probatoria puede ofrecer definición en un omento determinado.

1.1.3 Aplicación del Concepto en la Práctica Penal

En el desarrollo que nos ocupa, el concepto prueba será analizado y estudiado desde la perspectiva del proceso penal, actividad en la cual no existe una terminología unívoca y exclusiva para su conceptualización, pues coexisten terminologías diversas apadrinadas por autores y tratadistas estudiosos de esta actividad judicial.

Tomando el origen de la palabra es preciso hacer constar que dos pueden ser los vocablos del que se derive el término al que en la actualidad denominamos “prueba”, bien pudiere tener su origen del adverbio “proba”, cuyo significado honradamente, nos hace memorar que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o bien, del latín “*probandum*”, con sus acepciones: razón, justificación, demostración.⁴ Tomando como punto de partida los planteamientos precedentes, podemos definir la prueba como el conjunto de medios aportados por las partes, tendentes a la justificación de la verdad de los hechos

³ Cfr. Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pag.81

⁴ Cfr. Duarte Canaán, Pedro J. “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2005, págs.6-7

controvertidos en un proceso; y si la analizamos desde el prisma de la legalidad de su obtención e incorporación, podemos complementar, bajo la observancia de las prescripciones que autoriza y reconoce por eficaces la ley.

Incluso en la esfera del quehacer procesal penal los usos son variados, se utiliza el término medio de prueba para señalar los elementos tendentes a nutrir la convicción del juzgador para la solución de una causa, hayan sido introducidos al proceso como resultado de la investigación pública o por producción de las partes litigantes. Se denomina con el término también a la acción de probar, es decir, a la actividad desarrollada por las partes, incluyendo el investigador público, con el objetivo de acreditar y hacer valer su verdad con relación a la existencia de los alegatos, y en función de los cuales argumentan sus pretensiones. Con el término también se refiere lo probado, señalando con ello el fenómeno psicológico o estado de convicción operado en la psique del juzgador como consecuencia de los distintos elementos aportados en el proceso.⁵

Analizado desde la doctrina, el concepto de prueba en materia procesal penal, es tan amplio y variado como las tonalidades que le aporta cada autor, por ejemplo, a juicio de Moras Mom, *“la prueba es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto”*.⁶ Desde esta perspectiva, la prueba constituye un conjunto de elementos objetivos dentro del proceso penal, que por su naturaleza circunstancial se constituyen en partes del mismo, y sin cuya participación resulta imposible afirmar la existencia del hecho que se reputa delictivo; sin embargo, esta definición aunque gramaticalmente bien formulada, solo enfoca una perspectiva en el ámbito de la prueba, señalando con exclusividad la responsabilidad concerniente a la actividad acusadora, y soslayando discretamente los medios de prueba que pueden y deben ser producidos por la defensa del “sujeto a quien se imputa responsabilidad”, son las pruebas que en el derecho moderno se denominan pruebas a descargo.

⁵ Cfr. Dellepaine, Antonio “Nueva teoría general de la prueba, Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, pág.17

⁶ Moras Mom, Jorge “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editora Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 219

De seguir a pie juntilla la definición aportada por Moras Mom el encartado en el proceso penal quedaría prácticamente en estado de indefensión, quedando su suerte a merced de la calidad del fardo probatorio aportado por la parte acusadora.⁷

Un concepto de mayor amplitud es el planteado por Jauchen, quien arguyendo un sentido técnico procesal cita a Devis Echandía para definir la prueba como “el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir.”⁸

La prueba trasciende el lindero de lo puramente conceptual, para convertirse en el elemento material sobre el cual las partes fundamentan sus respectivas pretensiones. De la prueba depende el equilibrio en la toma de decisiones por parte del juzgador, y su utilidad consiste en la verificación de las proposiciones de hecho formuladas en la etapa de juicio.

Sobre estas bases, Horvitz se refiere a la prueba de la manera siguiente:

*“La prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.”*⁹

En sentido estricto, la inmensa mayoría de autores y tratadistas que han dirigido sus estudios sobre la esfera del derecho procesal penal, consienten en asumir la prueba como el “conjunto de elementos que en el marco de un proceso sirven para el descubrimiento de

⁷ En el proceso penal dominicano, la acusación puede ser perseguida, en los casos de acción privada (CPPD, art.32), por un particular víctima querellante (CPPD, arts.85-87) quien tiene la opción de constituirse en actor civil (CPPD, arts. 118-125) cuando persigue resarcimiento económico por los daños sufridos; y se le integra el MP en los casos de acción pública (CPPD, art.30), y acción pública a instancia privada (CPPD, art.31).

⁸ Devis Echandía, H., cit. por Jauchen, Eduardo “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 2004, pág.19

⁹ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, pág.65

la verdad sobre los hechos objetos de la investigación y respecto de los cuales se pretende la aplicación de la ley sustantiva.”¹⁰

En la aplicación del derecho penal el término prueba adquiere aplicaciones y denominaciones tan variable, que su sola referencia bien pudieren dar lugar a un análisis sobre la materia que pese a su abundancia, no cabría la posibilidad de aburrimento del lector y, en la ocasión, como no es pretensión nuestra ofrecerlo en la oportunidad, nos limitaremos a la presentación de los más relevantes para el estudio que nos ocupa

1.1.4 Definición de Prueba desde la Perspectiva Procesal Penal

En sentido amplio, cabe decir que prueba es todo aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o un hecho acaecido. Esta noción amplia, contraída al proceso penal, no ofrece las herramientas para conceptualizar la prueba como el medio que, en consonancia con las previsiones constitucionales y observación del debido proceso, pueden ser de utilidad para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva.¹¹

En efecto, la prueba representa el medio necesario mediante el cual se acredita y se demuestra la verdad de la comisión de los hechos alegados, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley.

El peso de la prueba recae, principal y esencialmente sobre quien alega la comisión del hecho en su perjuicio, ya que el principio “*actori incumbit probatio*” o todo el que en justicia alega un hecho debe probarlo. El sujeto que afirma, debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo. Sobre la responsabilidad probatoria decimos que está a cargo de la víctima “principal y esencialmente”, sin con esta afirmación pretender exceptuar de responsabilidad al imputado; entendiéndose como imputado aquella persona que sufre la persecución penal y, por cierto, adquiere esa calidad y los derechos

¹⁰ Cafferata Nores, José I. y Hairabedián, Maximiliano “La Prueba en el Proceso Penal”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pág. 4

¹¹ Cfr. Cafferata Nores, José I. Op. cit., pág. 4

correlativos a ella desde el primer momento de su persecución, esto es, desde que frente a cualquier órgano estatal encargado de perseguir penalmente es individualizado como autor de un hecho punible o participe en él, calidad que se mantiene hasta el finalizado el proceso de conocimiento de fondo con sentencia judicial con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Para ser denominado imputado, basta con ser señalado como autor, coautor o participe de un hecho punible.¹²

Zapata García define el imputado como la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible a través de cualquier diligencia o gestión realizada por o ante un tribunal con competencia criminal, el MP o la PN.¹³ de la comisión del ilícito, muy por el contrario, éste también está en el deber de producir las pruebas a descargo o contra pruebas, las cuales deben permitirle hilvanar en la conciencia del juzgador su inocencia, por lo que la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo. Si no, puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones de probar, y producir una distribución de la carga de la prueba.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso, la carga del acusador por lo regular será siempre más pesada; sin embargo, cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa.

1.1.5 Importancia de la Prueba

Desde el inicio de los esfuerzos sociales del hombre en procura de infligir un castigo al responsable de la comisión de un ilícito en perjuicio de otro, la prueba ha constituido el medio por excelencia mediante el cual se procura la busca del descubrimiento de la verdad de los acontecimientos y, a la vez, el medio por el cual se pretende prescindir de la subjetividad del juzgador.

La práctica del derecho penal posee una base y un trasfondo esencial y primordialmente social, persigue mantener al conjunto social libre de las agresiones interpersonales sobre

¹² Cfr. Maier, Julio B.J. Op. cit., t. II, pag.714.

¹³ Zapata García, María Francisca “El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: La intervención oportuna y efectiva del defensor”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005, pág. 257

los bienes jurídicos penalmente protegidos. Pero de igual modo, debe satisfacer las expectativas de la colectividad, tanto en el objeto de no dejar sin castigo la infracción a las normas, como castigar en base a elementos y procedimientos que limiten el espacio al cuestionamiento de las decisiones. Es exactamente donde entra la relevancia e importancia de la prueba.

La inexistencia de un proceso probatorio como contenido necesario de un procedimiento, en el que se observen las debidas garantías de los actores en el proceso penal conllevaría inexorablemente a la dependencia de la subjetividad del juzgador, practica de la que a toda costa ha querido alejarse la evolución del derecho moderno; y, de un modo u otro, las reglas procesales se sirven de elementos facticos para la reconstrucción de las circunstancias que se han dado cita en la comisión de los ilícitos penales. Es decir, se han servido de elementos de pruebas para justificar el castigo o absolucón del imputado.

Para que el juzgador pueda dirimir el litigio mediante la sentencia de mérito,¹⁴ los simples alegatos de las partes resultan insuficientes, Se hace estrictamente necesaria la acreditación de datos lógicos y comprobables que inspiren el sentido de su decisión. Para llegar a ese punto es estrictamente indispensable *“que haya una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar tal convencimiento, actividad que, junto con la anterior, integra la instrucción procesal en el proceso de cognición, y que es precisamente la prueba.”*¹⁵

Con mayor o menor respeto a los derechos del individuo, un elemento común que ha unido la práctica del derecho procesal a lo largo de la historia, es la búsqueda, presentación y argumentación de la prueba para la fundamentación de las pretensiones en los procesos penales, es por ello que la prueba ha jugado y juega en nuestros tiempos, un papel insustituible y de importancia capital, es de ahí que nos solidarizamos sin reservas con las aseveraciones de Cafferata Nores sobre la importancia de la prueba:

¹⁴ Se denomina Sentencia de Merito, aquella decisión fundada en armonía y con observancia de las normas legales que rigen el proceso penal en un espacio y tiempo determinado.

¹⁵ De Santo, Víctor. “Nulidades Procesales”, Editorial Universidad, SRL, Buenos Aires, 1999. pág.172

“La convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la garantía. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva.”¹⁶

Como se ha podido observar, el concepto prueba en el derecho penal moderno está íntimamente ligado al concepto de garantía. Dado los avances de la humanidad, de los cuales, evidente y afortunadamente, no se ha sustraído el proceso penal, la producción, recolección y acreditación de las pruebas, posee límites que violados la hacen inprovechable para la fundamentación de una condena.

La tendencia actual del proceso penal está marcada claramente por la forma en que se obtienen y se incorporan los elementos de prueba, bajo el entendido de que bajo el clima de la democracia, es precisamente la actividad punitiva del estado, la que crea mayor riesgo de violación a los derechos fundamentales de los individuos, los cuales en no pocas ocasiones son violados por los órganos represivos del estado para la obtención de la verdad material sobre las circunstancias de un ilícito penal.¹⁷

1.1.6 Prueba vs. Actividad Probatoria

Es preciso distinguir en este punto la diferencia entre la prueba y la actividad probatoria. Si como hemos dicho, la prueba representa el medio necesario mediante el cual se acredita y se demuestra la verdad de la comisión de los hechos alegados, en resumen y sin desmedro de otras definiciones aportadas, es preciso señalar, que está constituida la actividad probatoria, por el conjunto de actuaciones desarrolladas por los sujetos que por una razón u otra se dan cita en el proceso, ya sea MP, víctima, imputado, actores civiles, a los fines de establecer sus verdades en el proceso.¹⁸

¹⁶ Cafferata Nores, José I. Op. cit., pág. 6

¹⁷ Horvitz Lennon, María I. Op. cit., pág.77

¹⁸ Jauchen, E. “Op. cit., pág. 19

Consiste la actividad probatorio en el conjunto de diligencias tendentes a procurar documentos, objetos, testigos, establecimiento de lugares, personas, en fin el acopio de todos los medios pertinentes y necesarios para hacerlo valer con oportunidad y dentro del marco de la tutoría de la ley en beneficio de sus pretensiones. Es el movimiento de las partes a la consecución de la prueba, el cual trasciende la pura actividad física. Es un despliegue referido no exclusivamente a la actividad tendente a introducir el material probatorio: producción, ofrecimiento, seguimiento, etc., sino también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el momento crítico, o sea en la oportunidad que corresponde la valoración de lo colectado.¹⁹

En términos prácticos, ambos términos se complementan entre sí y, la labor desarrollada por la actividad, con el resultado del elemento concreto y específico que denominamos prueba, se conjugan para transmitir al intelecto de otra u otras personas, acontecimientos y circunstancias desconocidos por ellos y presentándolos de tal forma que puedan favorecer la causa y pretensiones del exponente: Bien puede tratarse de hechos evidentes, que incluso no requieran ser demostrados, caso en el cual estaremos en presencia de un elemento de prueba contundente, pero para hacerlo valer en el proceso es menester el concurso de la actividad, para identificarlo, proponerlo y hacerlo valer en el proceso. Es el espíritu y esencia de la conjugación de ambas terminologías en el quehacer procedimental penal.

1.1.7 La Exención de Prueba

Es objetivo del derecho procesal penal la persecución de la verdad histórica involucrada en los procesos, circunstancia por la cual es menester capear cualquier obstáculo que pudiere interponerse en su búsqueda, de manera que, en principio, todo se puede probar y por cualquier medio. Sin embargo, la misma ley impone limitaciones a la referida apertura probatoria, las cuales tienden a garantizar, fundamentalmente, la celeridad del

¹⁹ Cfr. Clariá Olmedo, Jorge “Tratado de derecho procesal penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1962, t.V, pág. 6

proceso,, la eficacia de la prueba y, de manera esencial, los derechos debidos a las partes y el cumplimiento del debido proceso.²⁰

Estarán exenta de prueba aquellos acontecimientos evidentes, los notorios, ni los que de ninguna manera guarden relación con el objeto del proceso o resulten impertinentes. Están también fuera del valor probatorio aquellos sobre los que exista una manifiesta prohibición legal al respecto. Salvo esas excepciones legales, cualquier medio probatorio podrá ser aportado válidamente al proceso, siempre que no cuente con una objeción legal negativa.²¹

Formalmente dos son los motivos de exenciones probatorias en materia penal, por un lado el resguardo legal de las garantías procesales, las cuales operan en beneficio de los derechos debidos al encartado, en función de lo cual se imponen límites a la producción probatoria; en segundo lugar, opera como otro muro de contención, en este caso para evitar el filtro de pruebas ociosas, la pertinencia, figura sobre la que estaremos profundizando en otro epígrafe de este mismo capítulo.

1.2 Elementos Positivos de la Prueba

De conformidad al criterio de Vélez Mariconde, se considera elemento positivo de prueba, o prueba propiamente dicho, toda información transformada en objetiva, ya sea mediante documentos, testimonio, peritaje, etc., que sea legalmente levantada e incorporada al proceso, con capacidad de producir un conocimiento cierto o probable relativo de los de los extremos de la imputación delictiva.²²

²⁰ La ley procesal penal regula el litigio de modo tal que las partes gocen de garantías y se respete el principio internacional que proclama el debido proceso, de ese modo, por ejemplo, impone límites y requisitos a la participación de las partes, muy especialmente a la víctima querellante; de igual modo, establece plazos procesales que de un modo u otro cierra en momento determinado la producción y el aporte de las pruebas. Sin perjuicio de que incluso en el ámbito de la producción de pruebas, propiamente dicho, las previsiones legales regulan su levantamiento, supeditándolo a la observación de derechos consagrados en favor del imputado. Los referidos son algunos de los medios mediante los cuales se limita el manifiesto principio general de libertad probatoria y la expresión de “*todo se puede probar y por cualquier medio*”.

²¹ Cfr. Jauchen, E. Op cit., pág. 21

²² Vélez Mariconde, Alfredo “Derecho Procesal Penal”, Editorial Lerner, Córdoba, 1981, t. I, pág. 314

El termino positivo refiere fundamentalmente una serie de requisitos indispensables para su validez, los cuales deben coincidir sobre el “elemento prueba”, para que esta pueda ser considerada válida y servir de fundamento a la sentencia a intervenir. En tal sentido, no todos los datos²³, elemento o medios que puedan ser presentados por las partes será considerado “prueba”; sobre el particular señala Cafferata que para que un dato pueda ser considerado prueba deberá poseer indefectiblemente “aptitud conviccional potencial o hipotética” en sí misma, “para provocar conocimiento, de acuerdo con las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común, con prescindencia de que así lo logre en el proceso que así lo logre en el proceso”²⁴ en que se quiera hacer valer.

Quedaran indefectiblemente excluidos de sus pretensiones probatorias los datos aportados que por alguna razón no satisfagan los referidos requisitos fundamentales; así por ejemplo, carecerá de valor probatorio la pretensión de querer acreditar un no vidente como prueba testimonial de presenciar un hecho, o la circunstancia de que en una rueda de personas la victima señale a una persona por el hecho de que se le parece a su victimario, pero que en la ocasión del hecho solo pudo apreciar una silueta por la precariedad de luz en una noche oscura; etc, de ahí la demanda de que los pretendidos elementos estén alineados a “*las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común*”, razón por la que, desde su concepción, la argumentación de los datos aportados y sus pretensiones, deben de ser creíbles y con al menos posibilidades de ser compatibles con la realidad.

Jauchen es de consideración que los elementos de prueba lo constituye “el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a discusión.”²⁵ Cuando refiere el autor el término “material fáctico incierto”, no está señalando una imprecisión, o en todo caso, una ignorancia relativa al conocimiento del dato aportado, refiere más bien la incertidumbre de su participación en el proceso, coincidiendo con la convicción de que los “elementos de prueba”, en la pura realidad de su esencia, no alcanzan una

²³ Cuando en este contexto usamos el término “datos”, nos referimos a toda la información que pueda ser aportada como medio probatorio o con pretensión de medio probatorio en el proceso penal, es un genérico para referir la que es y la que puede ser

²⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 17

²⁵ Jauchen, E. Op. cit., pág. 21

categoría superior a pre-prueba, constituyéndose en tal, una vez recorrido el camino requisitorio que le otorgue su plena validez, y adquieran oficialmente la denominación pretendida: elementos de pruebas acreditados al proceso penal. Entre los requisitos que otorgan validez a la prueba citamos: objetividad, legalidad, relevancia y pertinencia, los cuales desarrollamos en lo sucesivo.

1.2.1 El Principio de Libertad Probatoria

El Derecho Procesal Penal moderno, al menos en la mayoría de países que componen el denominado “mundo occidental”, consagran en sus sistemas de persecución de los delitos penales, la denominada libertad probatoria, es decir, la autorización a las partes enfrentadas en litigio, para coleccionar, presentar y hacer valer todos los medios de pruebas que a su buen juicio avalen la consecución de sus pretensiones.

El proceso penal dominicano, a la luz de su última normativa, también hace acopio al referido principio, el cual, en esencia persigue rodear a las partes de todas las garantías requeridas el proceso. En la normativa del país caribeño está contenido en el art. 170 CPPD, en el cual se hace constar expresamente: *“Los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa”*.²⁶

La libertad probatoria resulta ser una consecuencia directa del principio de verdad material, definida como aquella que persigue la averiguación real de los hechos acaecidos, constituyendo de ese modo la parte esencial del proceso penal, ya que este tiene como finalidad esencial resolver el asunto discutido conforme a los hechos que habrían ocurrido.²⁷

El proceso penal, en el que permanentemente está en juego la libertad del individuo, ha sido dotado por el legislador, coreado por doctrinarios y tratadistas, de amplio espectro de acción al momento de que cada una de las partes enarboles sus razones en las direcciones de sus conveniencias, para demostrar culpabilidad, por un lado, e inocencia, por el otro;

²⁶ CPPD, Art. 170

²⁷ Cfr. Llobet Rodríguez, Javier “Proceso Penal Comentado”, Editorial jurídica Continental, Costa Rica, 1998, págs. 438-439

es de ahí que “el Principio de Libertad Probatoria ha sido caracterizado diciendo que en el marco del derecho penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba.”²⁸

La libertad probatoria, contrario a lo pudiere sugerir el término, no significa que sea lícito producir prueba de cualquier modo y a cualquier precio, solo refiere la facultad de los litigantes de proponer elementos de pruebas concretos y específicos, que guarden relación directa o indirecta con los hechos controvertidos, dentro del marco legal establecido, por ante las instancias procesales que sirven de filtro en el proceso penal. De hecho, la parte in fine del pre-citado art. 170 CPPD, consagra el “salvo prohibición expresa”, expresión que se detalla con amplitud en los arts. 166 y 167 del CPPD, y los cuales analizaremos en su oportunidad.

1.2.2 Regulaciones y Estándares a la Libertad Probatoria

En todos los procesos y actividades humanas, incluyendo el quehacer científico, está permanentemente de por medio, la persecución y la prueba de la verdad. La verdad se ha constituido en el medio de tasación del quehacer social, la cual a su vez, está condicionada al elemento prueba; es decir, la verdad, además de ser proclamada, para su validez, ha de ser probada, circunstancia especialmente relevante en los procesos judiciales de carácter penal; y apegados a ese principio y, sobre todo, enarbolando la denominada igualdad entre las partes en el proceso penal, previsión solemnemente consagrada como un principio fundamental en la legislación procesal dominicana, en la que expresamente se hace constar que *“Las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad. Para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio”*.²⁹

Con la cita del referido principio se evidencia la preeminencia de la libertad probatoria en el proceso penal dominicano, entendido, en esencia, como una manifestación de la igualdad en que concurren las partes al proceso, superando los modelos de antiguos sistemas, en los cuales el “acusado” fungía como un actor pasivo del proceso.

²⁸ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 29

²⁹ CPPD, Art. 12

Es preciso resaltar que el principio de libertad probatoria, desarrollado bajo la premisa que enarbola que en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba, dista mucho, al menos dentro del ordenamiento procesal moderno, de la creencia de que los elementos probatorios se puedan producir válidamente, de cualquier modo y bajo cualquier circunstancia. Se precisa para su validez la observancia, en primer lugar, de su relación con las circunstancias a ser probadas; y, en segundo lugar, del respeto a las regulaciones procesales de los medios de prueba, elemento que toca directamente lo atinente a su legalidad o licitud.

El conocimiento de la existencia de distintos tipos de limitaciones nos indica con claridad meridiana que el principio de libertad probatoria dista de ser absoluto. Nos enfocaremos en lo sucesivo a la descripción de las limitaciones relativas a la referencia de los elementos probatorios con las circunstancias a probar.

1.2.2.1 Objetividad de la Prueba

El principio de objetividad, resulta tan obvio que en apariencia ni siquiera sería preciso explicar; sin embargo, al momento de academizar el término, se complica el manejo de la simplicidad, dando al traste con una serie de conceptualizaciones que más que orientar contribuirían a la confusión de un bisoño en las lides académicas.

En persistente esfuerzo por aportar un concepto externo a nuestro criterio, el más satisfactorio es el que predica de la objetividad “*Imparcialidad con que se trata o se considera un asunto prescindiendo de las consideraciones y los criterios personales o subjetivos.*”³⁰ En efecto coincide con exactitud con el espíritu de la aspiración del término en el ámbito de la justicia.

La objetividad implica el sentido de rectitud que debe seguir la prueba en el curso del proceso, y el deber de ser respetada por los actores que principal y esencialmente poseen la responsabilidad de conducirla, MP, y es su momento apreciarla, juzgador, con la finalidad de que sea el único elemento con capacidad para inclinar la balanza de la justicia en un sentido u

³⁰ thefreedictionary.com Véase: <http://es.thefreedictionary.com/objetividad>

otro. “Y es aquí oportuno, porque se relaciona directamente con este punto,” dice Cafferata Nores, “evitar como forma de conocimiento privado del juez, la carpeta del agente encubierto, que solo conoce aquel, pero que le proporciona datos que le permiten (a él solo) comprender y acordarle sentido a otros datos, orientando la investigación descubierta en un sentido o en otro, y, sobre todo, creando en su ánimo prejuicios respecto de la culpabilidad del acusado. Como esta carpeta es desconocida para la defensa, pues generalmente no se incorpora formalmente al proceso, ésta se ve incorrectamente impedida de ejercer plenamente su ejercicio frente a esta prueba invisible para ella, pero no para el juez, respecto de quien opera como un “mapa” para llegar a la culpabilidad, pero perceptible solo a sus ojos, diciendo conformarse el defensor, en el mejor de los casos, si la carpeta se da a conocer formalmente en el proceso, en ser el último que se entera.”³¹

Somos de opinión que el profesor Cafferata ha sido extraordinariamente delicado al momento de plantear la vía de contaminar extrajudicialmente la objetividad del proceso, usando el ejemplo del “investigador” como la persona que secreta y subrepticamente se acerca al juez, al MP, o ambos, y le devela el expediente en contra del imputado, y más que eso, incide en su ánimo en perjuicio de éste, quien junto a su defensa al no estar advertidos y llevar el proceso en derecho, solo les corresponde esperar el día del fallo para recibir la noticia de su condena. Es probable que no sea el caso de Argentina, o que no conciba el maestro este hecho realizado por un agente oficial del sistema³², pero en Rep. Dom., la realidad es distinta. El abogado privado carga con un fardo pesado al momento de enfrentar no solamente la fiscalía, que con el sistema procesal penal promulgado en 2004 han tomado distancia de la cercanía personal que con el antiguo modelo exhibían con los jueces³³; circunstancia distinta es la de los defensores públicos,

³¹ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 17

³² Definimos como agente oficial del sistema aquellos togados que profesionalmente interactúan en los procesos de toma de decisión ya sea en calidad de acusador, defensa o juzgador, incluyendo los asistentes y auxiliares de estos, en condición de sus cercanías con los procesos de toma de decisiones.

³³ En el sistema procesal regido por el Código de Procedimiento Criminal el MP era un cuasi juez, los despachos de los fiscales estaban en los tribunales en donde ejercían sus funciones, en la actualidad hay espacios de trabajo distintos para jueces y fiscales, y estos se integran a los tribunales en igualdad de condiciones que los abogados privados; en la conformación del tribunal el fiscal tomaba asiento a la derecha de juez, en la actualidad, en el espacio reservado para la barra acusadora, equidistante y al mismo nivel que la barra de la defensa; es decir se han operado los cambios de cercanía personal y espacio físico para el debido equilibrio de los procesos.

quienes realizan sus primeros pasos formativo como tales conjuntamente con los de su nivel aspirantes a jueces, son compañeros de formación estudios, con todas sus implicancias; al salir cada uno a sus respectivas instituciones, lo hacen habiendo desarrollado lazos de compañerismos y amistad, y los próximos encuentros en las salas judiciales. Entendemos que no habrá que ser profesional de psicología, ni científico de nada, para saber que va a pasar en el resto de la película...

Otra perspectiva de enfoque del principio de objetividad de la prueba es la que la ley coloca bajo la responsabilidad del MP, de ser guardián de la misma, tanto bajo las circunstancias incriminantes como las que pudieren ser útiles para demostrar la inocencia del encartado, ordenanza que en la legislación dominicana leemos en estos términos en el EMP: *“Principio de objetividad.- Los representantes del Ministerio Público desarrollarán las tareas que son de su incumbencia con criterios que permitan investigar, tanto los hechos y circunstancias que fundamenten y agraven, como los que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad de quien es imputado o acusado de una infracción penal, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley.”*³⁴ y en la normativa procesal: *“Alcance de la investigación. Es obligación del ministerio público extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo.”*³⁵

Aunque no sea objeto de este espacio de reflexión, el cual corresponde a la exposición y esclarecimiento conceptual relativo al principio de objetividad de la prueba, queremos dejar constancia, y en su momento desarrollaremos ampliamente las razones, de que mantenemos distancia respecto de las referidas disposiciones legales, las cuales no compartimos, fundamentalmente porque el MP es un parcial en el proceso, y ni la ley, ni ningún estamento puede, ni debe, exigirle una conducta de imparcialidad; el sostenerlo sería violatorio del principio procesal que predica la igualdad entre las partes, consagrado en el art. 12 del CPPD, y el numeral 4 del art. 69 CRD.

³⁴ Ley 78-03 “Estatuto del Ministerio Público”, Art. 11

³⁵ CPPD., Art. 260

Aunque diferimos del fondo, no sería justo restarle valor al espíritu de lo que es el principio de objetividad de la prueba perfectamente desarrollado en los referidos textos, los cuales recogen de manera brillante el marco conceptual del principio, con lo único que operamos desacuerdo es con relación al sujeto procesal que le es exigido. Otra hubiere sido la historia si la responsabilidad le hubiere sido endilgada a los jueces que en los diferentes etapas operan con ese imprescindible elemento del proceso.

1.2.2.2 Legalidad de la Prueba

Elemento de especial trascendencia en el desarrollo del trabajo que nos ocupa. Dentro de la concepción moderna de la aplicación del derecho penal, la prueba, por contundente e incontestable que sea, no se basta a sí misma, y dentro de los requisitos trascendentales para su validez, resalta de manera protagónica, el de la legalidad.

La calidad probatoria que sobre una circunstancia, una cualquiera de las partes, muy especialmente la acusadora, pretenda hacer valer en el proceso, debe estar en connivencia con las previsiones que sobre el particular regulan las normativas legales sobre la materia, so pena de tornarse en ilegal y, en consecuencia, inútil para ser aprovechada en el proceso. Sobre el particular acota Montañez que *“la actividad probatoria se caracteriza por estar regulada y, en principio, solo es prueba lo que el legislador ha establecido como tal, de modo que no todo acto encaminado a convencer al Juez de la verdad de un hecho o la afirmación del mismo puede considerarse como prueba ni como actividad probatoria”*.³⁶

La legalidad de la prueba es observada en dos sentidos; en primer lugar, se consideran para su validez, los medios o vías de su obtención; en segundo lugar, se valora desde la perspectiva legal, su incorporación al proceso. Sobre la primera vía de validez refiere expresamente la legislación procesal dominicana que los *“elementos de prueba solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código”*.³⁷

³⁶ Montañez Pardo, Miguel Ángel “La Presunción de Inocencia”, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pág. 74

³⁷ CPPD, Art. 166

Las previsiones procesales sobre la materia establecen con precisión las pautas a seguir en el levantamiento de los elementos probatorios, de ese modo, el bloque de artículos de la ley 76-02, comprendidos entre el art. 173 y el art. 221 describen detalladamente los procedimientos que debe observar el MP y sus auxiliares para levantar, con observancia a las normativas legales, los medios probatorios incriminatorios contra el presunto culpable de la comisión de un ilícito penal, so pena de nulidad y su consecuente inutilidad para establecer una sentencia condenatoria fundada en méritos.

La legalidad probatoria trasciende su obtención. Bien puede ser declarado ilegal un elemento probatorio que habiendo dado cumplimiento legal a las previsiones relativas a su levantamiento, no complete los requisitos relativos a la incorporación. El MP incorpora los elementos de prueba al proceso mediante la acusación, observando de manera especial la combinación del contenido de los numerales 3 y 5 del art. 294 del CPPD, en donde se impone fundamentar la acusación con la descripción de los elementos de prueba que la motivan, indicando con precisión los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.³⁸ La presentación de los elementos probatorios los realiza el MP ante el Juez de la Instrucción, en la denominada audiencia preliminar o juicio a las pruebas, etapa procesal concebida precisamente para valorar, evaluar y determinar la legalidad de los elementos probatorios que pretenden hacer valer las partes en el posible proceso de conocimiento del fondo.

Concomitante o paralelamente al MP, la víctima querellante posee la facultad de ofertar pruebas que a su entender comprometan la responsabilidad penal del justiciable, las cuales deben observar los mismos requisitos de obtención e incorporación, debidos por el MP, sin perjuicio de los plazos exigidos para su presentación.³⁹

Las exigencias de legalidad expresadas en los párrafos precedentes, están encaminadas a la protección de los denominados “Derechos del Imputado”, contemplados en el art. 95 de la normativa procesal dominicana, y detallados explícitamente en nueve numerales, no

³⁸ CPPD, Art. 294.3.5

³⁹ El Art. 270 CPPD exige que la querrela debe ser presentada por ante el MP antes de que sea dictado auto de apertura a juicio, y tiene como límite su presentación por ante la audiencia preliminar, caso en el cual se exige el cumplimiento de todas las condiciones de forma y de fondo exigidas para esta etapa, es decir, conforme a las exigencias señalada para la acusación, prevista en el art. 295 CPPD y sus numerales.

limitativos, entre los cuales se exige informar al imputado del hecho que se atribuye con todas sus circunstancias conocidas, recibir durante el arresto un trato digno, conocer la identidad de quien realiza el arresto; de igual modo, ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un defensor de su elección, así como no auto incriminarse, ser presentado sin demora ante el juez o el MP, y no ser presentado ante los medios de comunicación, acotando en su parte in fine que “*son nulos los actos realizados en violación de estos derechos y los que sean su consecuencia*”.⁴⁰

Ilustra de manera meridiana la importancia de la legalidad de la prueba en el sistema procesal dominicano, el contenido del principio fundamental 26, en el cual se lee:

“Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho”.⁴¹

1.2.2.3 Relevancia de la Prueba

En el litigio penal dominicano, la prueba, entendida como el conjunto de elementos que fundamentan y sustancian el proceso, tanto a cargo como a descargo, recorre tres estadios fundamentales y decisivos: recolección, a cargo de la agencia acusadora; acreditación, a cargo del juez de la instrucción; y, valoración, cuya responsabilidad descansa sobre el tribunal que conoce y valora el fondo.

Es preciso señalar que con marcada frecuencia, el acopio probatorio de la etapa inicial, al acuñar el vocablo “recolección”, solo refiere a la actividad de la agencia acusadora o fiscalía, dejando carente de una definición terminológica específica la actividad desarrollada por la defensa, quien también desarrolla una labor en procura de rechazar las acusaciones que penden sobre la responsabilidad de su representado, por lo que en lo sucesivo, a esa actividad probatoria, la denominaremos levantamiento de pruebas a descargo.

⁴⁰ CPPD, Art. 95

⁴¹ CPPD, Art. 26

Para un elemento de prueba ser acreditado en la audiencia intermedia y posteriormente valorado en la etapa de conocimiento del fondo, ya sea recolectada por el acusador o levantada por la defensa, debe versar sobre un hecho relevante, término que para Cafferata Nores significa “*cualquier hecho o circunstancia interesante para la investigación*”⁴² y que su existencia o inexistencia aparezca como de influencia para la decisión que sobrevenga como resultado del proceso.

Cuando referimos hechos o pruebas relevantes, se ha de entender sobre las circunstancias alegadas en el proceso y, por vía de consecuencia, controvertidas por las partes, en procura, cada una desde su particular interés, de obtener un dictamen favorable.

A verdad de Horvitz, “*los hechos que serán materia de prueba resultan así todos aquellos que, individualmente o en su conjunto, permiten establecer uno de los elementos del delito o, por el contrario, cuestionarlos*”.⁴³

La consideración de esta doctrinaria continental resulta válida siempre que se convenga en otorgarle a la prueba un valor probatorio concreto y específico, respecto de la circunstancia principal o algunas circunstancias indiciarias, relativas a confirmar o descartar la comisión del hecho por parte del imputado, o demostrar la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes de los hechos punibles.

Evidentemente enfocada desde el punto de vista de la utilidad, la relevancia de la prueba, hace referencia directa a la importancia que ha de portar en sí mismo el elemento probatorio que cualquiera de las partes pretenda hacer valer en el curso del proceso. De hecho, la terminología relevancia no cuenta con definición o descripción específica y exhaustiva en la normativa procesal dominicana, más bien delega la apreciación de su contenido a la definición gramatical y los análisis que sobre el particular aportan los doctrinarios; se evidencia la referida circunstancia, en el hecho de que la normativa sólo en cinco ocasiones refiere el término relevancia, haciendo sus apariciones en la formulación de los arts. 99, 186, 192 y 277 del CPPD, y en todos y cada uno de ellos solo

⁴² Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 30

⁴³ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.132

refiere el término en un contexto general, asumiendo el conocimiento de la importancia de los ítems referidos.

Esa circunstancia nos obliga a profundizar en el esclarecimiento del término, a los fines de aportar amplitud conceptual sobre el particular, razón por la cual retornamos a la fuente doctrinal, y valoramos como Horvitz, con sabia precisión, nos pone en camino de valorar la relevancia, distinguiendo aquellas circunstancias accidentales carentes de toda importancia, de aquellas por cuya relación con algunos de los elementos esenciales de la controversia, podrían resultar a la postre, determinantes para la decisión. Sobre el particular distingue los denominados hechos secundarios o indicios y los hechos sobre la credibilidad de la prueba.

Se refiere a los primeros como aquellos *“que no reciben calificación jurídica alguna, sino que adquieren significado en el proceso solo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal”*.⁴⁴ Estos denominados elementos secundarios, relevancia exclusivamente en la medida en que permiten cimentar la convicción del tribunal respecto de la motivación que pudo haber persuadido al imputado a la comisión del ilícito, elemento que a la postre resulta de trascendental ayuda en el ejercicio procesal bajo el denominado sistema adversarial, en el que el éxito depende en gran medida de la capacidad de las partes de persuadir al tribunal respecto a la veracidad de sus argumentaciones y proposiciones probatorias.

En cuanto a los hechos sobre credibilidad de la prueba, o prueba sobre la prueba, lo define como *“aquellos que sirvan para valorar la fiabilidad de los medios de prueba”*.⁴⁵ Se destacan en esta categoría de circunstancias, aquellas que hacen referencia a las motivaciones particulares que podría portar un elemento probatorio, especialmente el testimonial, para desear la condena del imputado, particularidades que sin ser principales podrían socavar la fiabilidad del medio de prueba.

La observación de la relevancia de la prueba juega un papel de considerable importancia en el desarrollo de los procesos, en primer lugar porque permite el enfoque de las partes y el juzgador en los puntos nodales y trascendentes de los hechos y circunstancias

⁴⁴ Horvitz Lennon. M. Op. cit., pág.133

⁴⁵ Horvitz Lennon. M. Op. cit., pág.135

planteadas; en segundo lugar, permite la agilidad en el desarrollo de los procesos, evitando de ese modo las odiosas dilaciones y divagaciones que en nada colaboraría con la solución de la controversia, ni con la siempre anhelada pronta y sana administración de justicia.

La normativa procesal penal dominicana hace depender, incluso, la admisibilidad de las ofertas probatorias, de su relevancia respecto de los hechos que sostienen la controversia, de ese modo se hace constar expresamente que *“la admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad. El juez o tribunal puede restringir los medios de prueba ofrecidos que resulten manifiestamente sobreabundantes. También puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”*.⁴⁶

1.2.2.4 Pertinencia de la Prueba

Se predica como pertinente aquella prueba que de algún modo hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso, como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades, o bien a la participación que en ilícito tuvo el imputado. En razón de la indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, la pertinencia del medio probatorio no estará determinada por la circunstancia de que las partes sujetas en el litigio hayan controvertido o admitido el hecho punible, sino por la vinculación del elemento con los hechos que es necesario probar para verificar la verdad histórica.⁴⁷

Cafferata Nores asume la pertinencia cuando se entrelazan dos extremos y se conjugan hacia una misma dirección. Señala el extremo objetivo, con el cual refiere la existencia del hecho; y el extremo subjetivo, el que concreta la participación del imputado, polos a los que añade: o *“cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso”*, ya sean de naturaleza agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; las circunstancias que aporten información sobre la personalidad del imputado, o sobre la existencia o extensión del daño causado por la actividad delictiva; también contempla la

⁴⁶ CPPD, Art. 171

⁴⁷ Jauchen, E. Op. cit. pág.24

calidad de los elementos de prueba y, en fin, toda actividad tendente a patrocinar un aporte al proceso.⁴⁸

De conformidad al criterio externado por el argentino, el concepto pertinencia hace referencia a la relación entre lo que se quiere probar y los hechos de la causa, de tal suerte que la prueba no podrá recaer sobre hechos o circunstancias que, de modo directo o indirecto, no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso.

Algunos autores, entre los que se incluye la doctrinaria chilena Horvitz, son de criterio que se habla del mismo tema cuando nos referimos a la relevancia o a la pertinencia de la prueba, esta autora deja incluso constancia escrita al respecto, aunque lo achaca a la redacción de la normativa procesal de su país, cuando refiere “*En nuestro código procesal penal, la idea de relevancia aparece consagrada bajo el término pertinencia, que debemos entender como sinónimo*”.⁴⁹

Aplicación distinta posee en la normativa procesal dominicana, en la que se entiende por pertinencia que la pretensión sea correcta y tenga lugar, así lo extraemos de las referencias que hace sobre el particular plantea el art. 313 CPPD, a saber, quien preside el tribunal “*dirige la audiencia, ordena la exhibición de la prueba, las lecturas necesarias, hace las advertencias legales, modera el debate, rechaza todo lo que tienda a prolongarlo sin que haya mayor certidumbre en los resultados, e impide en consecuencia, las intervenciones impertinentes o que no conduzcan a la determinación de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa*”.⁵⁰

En tal sentido, esta opinión no coincidente con Horvitz y, sin lugar a dudas, existe diferencia entre que el hecho sea relevante o pertinente, entendiendo por relevante un elemento que revista cierto grado de importancia para la solución de la controversia;⁵¹ y entendiendo por pertinente, que el elemento objeto de análisis este ajustado al concierto de circunstancias sobre la que versa el proceso, es decir, que no sea ajeno al mismo. Con

⁴⁸ Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit. pág. 35

⁴⁹ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.133

⁵⁰ CPPD, Art.313

⁵¹ Esta conclusión la extraemos del análisis de los arts. 99, 186, 192 y277 CPPD.

asiduidad la normativa procesal dominicana, hace coincidir la significación del vocablo pertinencia con el de utilidad.⁵²

La impertinencia de un elemento probatorio podría hacer presencia en un proceso penal al momento que una de las partes litigantes pretenda incidental el proceso, mediante la introducción de elementos periféricos carentes de sustancia para fundar una decisión, de condena o descargo, con apego a las normas procesales. Es la razón por la que el art. 103 invita a procurar que la *“intervención sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio del procedimiento.”*⁵³

1.3 Los Medios de Prueba

Son medios de prueba los recursos mediante los cuales el juez obtiene el conocimiento de los objetos de prueba. Las practicas judiciales que desde tiempos inmemoriales nos han antecedido, dieron nacimiento a los modelos de adquisición de la verdad en los procesos judiciales, todavía vigentes en nuestras sociedades.

El legado que de esos sistemas hemos recibido, no solo comprenden lo atinente de los requisitos esenciales al momento del establecimiento de una certeza que demuestre un grado de culpabilidad más allá de toda duda razonable que ha de operarse en la psique del juzgador, sino también de cuál es la metodología y los medios a través de los cuales se obtiene la evidencia que permita resolver respecto de la imputación que gravita sobre la inocencia de un individuo.

De características y naturaleza variada son los principales medios probatorios que en la actualidad colaboran a formar una convicción sobre los procesos que les son sometidos al juzgador. Entre ellos analizamos los presentes.

⁵² A esta conclusión nos permitió llegar el análisis contextualizado de los arts. CPPD que refieren el término: 73, 80, 88, 103, 211, 224, 286, 287, 313, 326, 344, 356, 360, 412, 430 y 432.

⁵³ CPPD, Art. 103

1.3.1 La Confesión

El justiciable, y el contenido de su declaración, han ocupado una atención especialmente relevante en el escenario del proceso penal.

Siendo la finalidad principal de la actividad probatoria la convicción por parte del juzgador de los hechos, quien a través de los elementos de prueba les son sometidos por las partes litigantes, se presenta la figura procesal de la confesión como el ideal al que aspira todo proceso penal que aspire tomar una decisión fundada en la verdad histórica de los hechos, toda vez que su esencia consiste en la aceptación, pura y simple, que realiza el imputado con relación a los hechos que se imputan.

Define Clariá Olmedo la confesión como *“el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra.”*⁵⁴

De esta definición se extrae la consecuencia lógica de que la confesión, una vez realizada, se constituye en autoincriminación,⁵⁵ que no es otra cosa que culparse a sí mismo de los hechos imputados, *“Declarar la verdad obligado por las circunstancias”*.⁵⁶

En efecto, consiste la confesión en el medio probatorio que reviste mayor grado de delicadeza y cuidado al momento de su valoración y tasación por parte del juzgador, dadas las circunstancias especiales que le rodean; en primer lugar, se trata de una

⁵⁴ Clariá Olmedo, J. Op. cit., pág. 91

⁵⁵ A los fines de evitar los tormentos dirigidos a los reos penales, surgió el principio de “no autoincriminación” el cual data de una larga tradición que encuentra su fuente más directa en la máxima latina “Nemo tenetur prodere seipsun” (nadie está obligado a traicionarse así mismo) tomada del derecho común europeo directamente desde el Corpus iuris canonici, a verdad de Helmholtz. En la actualidad, el principio se encuentra ampliamente incorporado a las declaraciones internacionales de derechos humanos y a los catálogos de garantías constitucionales de los Estados. El principio aparece reconocido en el art. 14.3.g del PIDCP como el derecho de toda persona “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” y prácticamente en los mismos términos en el art. 8.2.g de la CADH. En los Estados Unidos es un principio incorporado a la Quinta Enmienda de la Constitución Federal, bajo la fórmula: “no person... shall be compeled in any criminal case to be a witness against himself” (ninguna persona será obligada en un caso criminal a ser testigo contra sí misma), y se le considera un derecho aplicado a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 78

⁵⁶ Pequeño Larousse, Ediciones Larousse, México 2007

prueba interna⁵⁷ que el propio enjuiciable en el marco de su libre albedrío, por alguna razón, ha decidido aportar al proceso, con el agravante de que le es perjudicial. En consideración a los referidos altos grados de delicadeza es que inferimos que el maestro Jauchen, doctrinario especializado en materia de pruebas, al abordar el tema de la confesión, se tomó todo el espacio que en su momento le sugiriera la prudencia para proceder a definirla, produciendo previamente los procedimientos y requisitos imprescindibles para su validez, entre otros considerandos y citas que avalan su alto grado de sensibilidad.

En este momento nos separamos de la metodología de argentino y procedernos, previo a la manifestación de los requisitos para su validez, a aportar su conceptualización sobre la materia, la cual señala:

*“En síntesis, teniendo presente los requisitos para la validez de la confesión, conjugados armoniosamente, podemos conceptualizar a la misma como el medio de prueba que consiste en las expresiones voluntarias y conscientes de una persona, por la cual reconoce en forma expresa, ante el juez de la causa, haber participado en un hecho delictivo.”*⁵⁸

La intervención de la confesión en el proceso penal es delicadamente trascendental porque conjuga en su seno una serie de circunstancias procesales contradictorias entre sí; en primer lugar, y sin lugar a dudas, constituye el elemento neurálgico respecto de la figura, es que se trata de una declaración incriminante, que afecta decididamente la presunción de inocencia de que está revestido el encartado;⁵⁹ sin perjuicio de que no tiene la obligación

⁵⁷ Cuando referimos prueba interna queremos significar que se trata de un elemento probatorio que nace del interior del justiciable, en contraposición al medio que pudiéramos llamar “prueba externa” que es aquella que dependen de fuentes independientes al imputado, y han sido el fruto de la actividad probatoria de las partes que le adversan en el proceso.

⁵⁸ Jauchen, E. Op. cit. pág. 244

⁵⁹ . Sobre la afirmación es particularmente relevante la máxima jurídica que reza “A confesión de parte, relevo de pruebas”, lo cual significa que una vez el imputado de la comisión de un ilícito penal reconoce su culpabilidad por ante la jurisdicción de juicio y bajo observación de las garantías debidas, el proceso ha alcanzado su fin, no hay nada más que probar, no más nada que demostrar. Es la culminación del proceso, ya el tribunal asentó su convicción y solo resta la sentencia.

legal de declarar en contra de sí mismo, inclusive ni de decir la verdad; muy por el contrario, es el único sujeto procesal que tiene derecho incluso a mentir.⁶⁰

Son las razones por las que coincidimos con el razonamiento de Marcone Moreno quien afirma que:

*"En la exposición del acusado, la confesión es la manifestación que más se espera en el proceso penal. La confesión es la que atrae mayor interés, pero ni esta se produce frecuentemente, ni tampoco es dable que cuando esto ocurre, que la confesión por sí sola pueda inducir a pasar por alto otros importantes aspectos, dignos de ser tomados en consideración, bajo riesgo inminente de perder objetividad o llegar a conclusiones que se apartan de la verdad."*⁶¹

Los referidos cúmulos de derechos y prerrogativas que obran en beneficio y provecho del encartado en el proceso penal, es lo que hace que su aparición sea extremadamente escasa, y cuando suele concretarse la referida escases, no queda exenta de suspicacias y, hasta cierto punto, se rodea de manto de dudas, que por lo regular cubre las partes involucradas en el litigio, sobre todo por lo que pudiere resguardar la confesión culpable del justiciable. Sobre la exposición de este parecer, no resulta ociosa la intervención de Tschadek, quien manifiesta sobre el particular:

"A primera vista, la prueba más simple y clara parece ser la confesión y cuando el procesado mismo admita haber cometido un delito, dé a

⁶⁰ Son tan amplios los derechos que asisten al imputado que la propia DUDH le reserva y anuncia una serie de garantías inalienables: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (Art.5); "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley." (Art.8); "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." (Art.10); "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa." (Art.11); y la CRD consigna en su favor: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo" (Art. 69.6)... entre otras prerrogativas; otras tantas el CPPD, algunas de las cuales ya hemos referidos y seguiremos diseminando a lo largo de la exposición.

⁶¹ Marcone Moreno, Juan "Tratado de la Prueba Penal", AFA Editores, Lima, 1991, pág. 262

conocer sus móviles, cuente y reconstruya lo que sucedió, por regla general se puede decir que queda resuelto el caso en cuanto atañe a la cuestión de la prueba. Empero, la solución resulta ser sólo aparente cuando no es posible respaldar la confesión con los demás resultados del procedimiento probatorio. Hay confesiones incompletas, otras que no se limitan al relato de los hechos y otras que son falsas.”⁶²

De hecho, la confesión cuenta con exclusivamente dos vertientes posibles, puede ser de instrumentación positiva o negativa. Es de instrumentación negativa cuando el imputado niega la comisión de los hechos. Esta modalidad resulta ser poco interesante para el proceso, toda vez que es propio de la naturaleza humana y, sobre todo en el ejercicio de la persecución penal, por razones diversas:

1. En primer lugar, se tiene por descontado que, aunque exista abrumadora cantidad de pruebas que señalen la culpabilidad del encartado, si fuere el caso, éste negará la comisión de los hechos;
2. La retención de culpabilidad supone, indefectiblemente, asumir las consecuencias jurídicas del delito, por lo que pende en su perjuicio el cumplimiento de una pena, por lo regular consistente en la pérdida del segundo valor de mayor trascendencia para el ser humano, solo superado por la vida, la libertad; prima facie, porque también puede hacerse acompañar del pago de una indemnización de carácter civil;
3. Las pruebas en su contra deben destruir su presunción constitucional y legal de inocencia más allá de toda duda razonable;
4. La existencia de cualquier tecnicismo legal reclamado en su beneficio puede evitarle el cumplimiento de una pena;
5. Evitando la condena no solo evade esta, también la tacha legal, social y familiar que implica ser sujeto de una sentencia condenatoria.

En fin, infinitos pueden llegar a ser los motivos por los que un encartado puede alegar y defender su inocencia, circunstancias que obstaculizan la credibilidad del imputado ante una declaratoria de inocencia, caso en el cual, por lo regular, es una declaratoria prácticamente nula, por lo que el juez se remite a la producción probatoria de la

⁶² Tschadek, Otto “La Prueba: Estudio de los medios de Prueba y la Apreciación de la Prueba”, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 3

comunidad de pruebas⁶³ para fundar su sentencia, y otorgándole escaso valor de credibilidad a la confesión negativa.

En contraposición a la formulación de confesión negativa, existe la positiva. Por su implicancia, es portadora de un muy alto relieve en prácticamente la totalidad de las materias en que intervienen una decisión jurisdiccional y, de manera especial, en procesal penal. El uso de esta herramienta por parte del imputado, lo enfrenta directamente a encarar la realidad de una sentencia, por lo regular, con un muy alto porcentaje de posibilidad, condenatoria.⁶⁴ Sin embargo, en razón de la susceptibilidad que rodea este medio probatorio, deben ser observados para su validez una serie de requisitos de estricto cumplimiento.

1.3.1.1 Presentada ante el Juez

A criterio de Jauchen “*El primer requisito de validez de la confesión refiere a la exigencia de que sea manifestada ante el juez que entiende de la causa.*”⁶⁵ esta posición de atribución jurisdiccional que establece el tratadista resulta imprecisa, la expresión “*el juez que entiende de la causa*” no deja claro en qué momento del proceso es válida la admisión de una admisión de culpabilidad, toda vez que, por ejemplo un imputado en territorio dominicano, antes de pasar a corte⁶⁶ tiene la posibilidad de ver tres jueces, dos

⁶³ En atención a la doctrina desarrollada por Jauchen, Op. cit., págs. 37-38, el principio de comunidad de prueba es una derivación del principio de investigación integral. Su enunciado involucra a cualquier medio de prueba. Se lo denomina también principio de “adquisición procesal”. Implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello absoluta prescindencia de la voluntad de las partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando lo hayan ofrecido. Debe destacarse, además, que una vez que el órgano jurisdiccional ha asumido la prueba ordenando su recepción tiene la obligación de producirla. El término “comunidad” da así la idea de que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, y que si resultado perjudica o favorece indistintamente a cualquiera de ellas, con prescindencia de quien haya sido la oferente del medio. El imperativo para el juez de valorarla en la sentencia tiene obviamente su excepción en aquellos casos de pruebas nulas o evidentemente inconducentes para decidir la cuestión planteada en la causa.

⁶⁴ Entendemos como muy lamentable el hecho de que en el proceso dominicano, por una razón determinada, un justiciable admita en juicio la comisión de un ilícito penal, bajo el resguardo de las debidas formalidades han de acompañar una declaración de esa naturaleza, y aún sobre la comisión de delitos menores, indefectiblemente resultan en condenas, y por lo regular las más altas contempladas... Los referidos requisitos son las exigencias que imperativamente deben ser reunidas para la existencia de una confesión con los debidos méritos de eficiencia probatoria. A saber.

⁶⁵ Jauchen, E. Op. cit., pág. 236

⁶⁶ Se debe entender por corte el segundo grado de jurisdicción, o la instancia de apelación de la sentencia de primer grado; toda vez que en otras culturas judiciales el uso del término es más amplio, y se le denomina corte, indistintamente, a los tribunales en que se administra justicia, sin discriminar el grado de jurisdicción.

de la instrucción, uno de los cuales le conoce medida de coerción, si fuere el caso, el de la audiencia intermedia, y el juez de primera instancia; sin embargo, no ante cualquiera de ellos la confesión es considerada válida. Similar deficiencia acusa la definición aportada por Clariot, la cual recordamos como “*el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial...*”, quedando igualmente incierto ante cuál de los jueces que intervienen se produce el válido *mea culpan*; de hecho, la normativa procesal dominicana prevé la figura de la SCP⁶⁷ muy similar y elementos coincidentes con la confesión, que debe ser rendida por ante el juez de la instrucción previo a la fase de conocimiento del fondo, existiendo entre ellas puntos coincidentes, incluyendo la propia declaración culposa, pero de naturaleza distinta a esta.

En párrafo posterior amplía Jauchen el criterio de presentación válida, señalando que “*lo importante es que sea prestada ante un juez que entiende en el proceso que investiga o juzga el hecho a que refieren los dichos confesorios*”, manteniendo la misma ambigüedad e indefinición⁶⁸ procesal señalada, lo cual entendemos deja un marco impreciso que bien pudiera devenir en incongruente respecto de la validez probatoria de este medio de prueba.

⁶⁷ En la normativa procesal dominicana, de conformidad con las previsiones del bloque de arts. del CPPD comprendido entre el 40 al 43, existe la figura de “Suspensión Condicional del Procedimiento”, mediante la cual “En los casos en que sea previsible la aplicación de la suspensión condicional de la pena el MP, de oficio o a petición de parte, puede solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento en cualquier momento previo a que se ordene la apertura de juicio”, bajo requisito de que el encartado haya “admitido los hechos que se le atribuyen y ha reparado los daños causados en ocasión de la infracción”. Esta figura procesal aunque es semejante, es diferente a la confesión. Coinciden esencialmente en que ambas requieren la admisión de culpabilidad por parte del imputado. Difieren, en primer lugar, en que la confesión se realiza por ante el juez que conoce el fondo del proceso en la etapa de juicio, en la SCP la admisión es válida cuando la declarativa se produce antes de la decisión que ordena la apertura a juicio.

En segundo lugar, al momento de la confesión no existe oportunidad procesal para negociar un resarcimiento de daños ni anular o atenuar la pena, ocasión abierta en la SCP. En fin, no debe entenderse ni confundirse esta figura procesal con el medio de prueba consistente en confesión, aquella es como lo indica su nombre una SCP; la cual, de hecho, está sujeta al criterio jurisdiccional del juez de la instrucción, quien a su juicio está en la facultad de aceptar o rechazar la solicitud del MP. La referida declaratoria de culpabilidad, en caso de rechazo, más que no valorada, no podrá ser objeto de mención a posterioridad, mucho menos será de utilidad para fundar sentencia en perjuicio del declarante en el juicio intermedio. En caso de ser acogida, sin perjuicio del resarcimiento del daño, otros requisitos deben ser cumplidos por el “imputado suspendido”, en conformidad con las previsiones de los arts. 41-43 CPPD.

⁶⁸ En iguales términos se manifiesta Estrella Ruiz, quien en su título “Valoración de la prueba. Presunción de inocencia”, al momento de establecer los requisitos de validez de la confesión, impone como primera condición que “Debe brindarse ante un juez”.

Conforme al análisis de la naturaleza de la figura, sostenemos el criterio que el señalamiento del juez de debe conocer este medio de prueba debe ser específico, y en buen ejercicio del derecho y las garantías procesales, debe ser rendida por ante el juez que ventila el fondo del proceso, toda vez que es el llamado por la ley a recepcionar y valorar las propuestas probatorias.⁶⁹

De hecho, en conformidad con el criterio de Gorphe, disfruta la confesión de un resguardo tan exclusivo y particular, que no pueden ser valorados como confesión válida, el reconocimiento que hubiera podido producir el encartado en un proceso civil, o el reconocimiento contenido en un acuerdo privado⁷⁰ ajeno a la litis jurídico penal relativa a la indemnización de los daños ocasionados por la comisión del delito.⁷¹

1.3.1.2 Indelegabilidad

El segundo requisito para la validez de la confesión es la indelegabilidad, la cual exige que debe ser prestada personalmente por el justiciable, constituyendo un acto de carácter íntimo, que no puede ser ejecutado por ninguna otra persona.

Podemos afirmar que es una excepción al “*principio de delegabilidad*” de que disfruta el justiciable en todos los demás actos del proceso, en el que el abogado defensor, en calidad de técnico defensor, goza de plena autoridad para manejar hasta el silencio de su representado,⁷² sin embargo, carece de capacidad para la inculpación en nombre y el imputado.

⁶⁹ Esta ha de ser la norma a seguir en el proceso dominicano, toda vez que de conformidad con el Art. 323 del CPPD, es el momento procesal para la “recepción y exhibición de pruebas”, y, por vía de consecuencia, el escenario para el levantamiento válido de esta figura probatoria.

⁷⁰ En este caso el autor refiere un proceso ajeno al penal, de carácter civil u otra naturaleza judicial; sin embargo, subrayamos, que aún dentro del proceso penal, la normativa procesal dominicana, prevé la posibilidad de una negociación que, aunque no es propiamente la confesión, el imputado debe admitir los hechos imputados. Y en caso de que el proceso avance y se cierre la posibilidad del acuerdo, la referida declaración inculpatória no podrá ser referida ni, mucho menos valorada, en el proceso de fondo.

⁷¹ Cfr. Gorphe, François “De la apreciación de las pruebas”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1950

⁷² Es un ejemplo de la relación de intimidad que se desarrolla entre el encartado y su abogado defensor. De igual modo, goza el imputado de unas prerrogativas extraordinarias durante el curso de las audiencias, sin precedentes en el proceso penal dominicano, pudiendo, por ejemplo “exponer cuanto estime conveniente” (art. 319 CPPD), “hacer las declaraciones que considere oportunas en relación a su defensa” en el curso de la audiencia, “hablar con su defensor en todo momento” Art. 320 CPPD.

La confesión es un acto probatorio con una carga de intimidad, de la cual hemos visto lo que es capaz de generar en el proceso, en tal sentido, entendemos como razonable, justo y adecuado el requisito de la indelegabilidad.

Que la acusación estuvo la oportunidad de encontrar un escrito, grabación o mediante cualquier otro medio, una confesión declaratoria de culpabilidad? Ya no estaríamos frente a una auto inculpación con las características que estamos analizando; estaríamos frente a un elemento de prueba común, que de haber sido recogido y aportado al proceso con observación de las normas del debido proceso, bien puede ser usado en perjuicio del imputado, pero no estaríamos ante una confesión per se.

1.3.1.3 Expresión de Voluntad

Constituye la voluntariedad uno de los requisitos de mayor relevancia. De hecho, deviene de la garantía fundamental contenida en el literal g del art.8 de la CADH en donde expresamente se hace constar que todo imputado en causa penal tiene “*derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”;⁷³ en la misma dirección garantista se manifiesta la CRD cuando en el numeral 6 del art. 69 manifiesta que “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo*”.⁷⁴

Como puede ser observado, la voluntariedad de declaratoria culposa está celosamente custodiada por las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, y la totalidad de constituciones de los países respetuosos de los derechos humanos, requisito que ha sido concebido a los fines de desalentar otras prácticas, muy comunes en el pasado reciente en nuestros sistemas judiciales, consistentes en maltratos, torturas físicas y psicológicas, tendentes a la extracción de declaratorias de autoincriminación penal. Al respecto de lo cual coincide Jauchen:

“El referido principio constitucional obedece al propósito de evitar doblegar violenta o engañosamente la voluntad del imputado, para obligarlo a suministrar la prueba de su propia culpabilidad. Están prohibidos entonces todos los medios o procedimientos coactivos, engañosos, subrepticios,

⁷³ CADH, Art.8.g

⁷⁴ CRD Art.69.6

fraudulentos o capciosos, empleados con posterioridad a la consumación del delito, con la finalidad de hacerlo confesar...»⁷⁵

Toca el autor en la referida cita los puntos neurálgicos del requisito de la voluntariedad, el cual constituye, más que un requisito formal un medio de desalientos para evitar las barbaries históricas que han rodeado la evolución del derecho penal, incluyendo el pasado reciente de nuestros sistemas judiciales latinoamericanos.

De hecho, en Rep. Dom. hace apenas once años⁷⁶ que inició la práctica de respeto por los muy especialmente en materia procesal penal, con la implementación de CPPD, los cuales, pese a estar consagradas en la Constitución Dominicana prácticamente la totalidad de las garantías procesales y de derechos humanos desde la primera Constitución de 1844, herencia de los movimientos libertarios de Norteamérica y Francia, en el escenario de la práctica penal siempre imperaron las disposiciones normativas represivas del CPCr y las influencias de torturas y vejaciones que nos llegaron, iniciando por las practicas desarrolladas por la

⁷⁵ Jauchen, E. Op. cit. pág. 238

⁷⁶ Los principios garantistas iniciaron su implementación formal a partir de la puesta en vigencia del CPPD, toda vez que era más respetada la tradición de torturas y vejámenes patrocinada por los regímenes dictatoriales de mano dura: En 1930 ascendió al poder político el militar Rafael Leónidas Trujillo Molina, quien se hacía llamar el generalísimo, desarrollando una de las tiranías más sangrientas de América Latina. Su gobierno se caracterizó por el anticomunismo, la represión a toda oposición y el culto a la personalidad. Las libertades civiles fueron inexistentes y se cometieron constantes violaciones a los derechos humanos. Sumergió el país en un estado de pánico y «respeto», donde una muerte podía ser encubierta como un «accidente» y cualquier persona sindicada como desafecta podía ser encarcelada y torturada en una de las cárceles clandestinas destinadas a esa práctica. Véase:

1) Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Rafael_Le%C3%B3nidas_Trujillo#cite_note-13;

2) <http://www.diariolibre.com/opinion/lecturas/opositores-a-trujillo-asesinados-en-la-silla-elctricaBODL246351>

Y dictatoriales ilustrados: Pocos años después de la caída del régimen de Trujillo ascendió al poder el, sin dudas, su alumno más aventajado, el Dr. Joaquín Balaguer Ricardo, quien después de juramentarse inició una implacable persecución en contra de derechos ciudadanos, los grupos Constitucionalistas y de Izquierda, fueron perseguidos, hechos prisioneros y ejecutados, muchos de ellos por los grupos paramilitares y lo que quedaba de los trujillistas. Los Constitucionalistas y grupos de Izquierda empezaron a organizarse y respondían con guerrillas urbanas, que era la práctica seguida en los demás países de América en esa época.

Todo eso dio inicio a una época de persecuciones, muertes, desaparecidos y ejecuciones, de los mejores jóvenes Revolucionarios, Universitarios y profesionales de la época, que se oponían al Gobierno del Dr. Balaguer.

La represión iniciada antes de llegar al poder el Dr. Balaguer, en lugar de disminuir se incrementa sistemáticamente contra la oposición y los sectores sindicales.

Los allanamientos, atropellos, desapariciones y muertes, provocaron el repudio de la población, originándose jornadas de protestas, huelgas y denuncias en los medios de comunicación. Esta protesta de la prensa origino que algunos periodistas fueran hechos prisioneros y sus casas allanadas.

Ya para esta época los detenidos eran centenares y muchos los desaparecidos.

Véase: http://serie14.66ghz.com/12_anos.htm?ckattemp=1

Inquisición o Santo Oficio,⁷⁷ y luego por el apadrinamiento de regímenes de control social, algunos de los cuales han marcado de manera decidida nuestra convivencia social, como ya se ha referido en pie de página 74, estos regímenes que entre 1930-1978, marcaron la sociedad dominicana, y el reflujo de represiones, presentes prácticamente hasta nuestros días, no fueron ajenas a la práctica del derecho penal.

Es el escenario planteado es de extrema utilidad el requisito de la voluntariedad para la validación legal de la confesión, no solo para el beneficio en juicio para los procesados en los tribunales dominicanos, sino también para los de la mayoría de países latinoamericanos los cuales han vivenciados procesos históricos similares, en mayor o menor grado.

En complemento a esta prohibición de coacción física, también contempla la previsión legal la observación de respeto por la coacción psíquica o moral, en ese respecto, no es requerido al imputado la formalidad del juramento o de decir la verdad, “ni se ejercerá en su contra *“coacción o amenaza, ni medida alguna tendiente a obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad. Menos aún a confesar el hecho. Tampoco se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener la confesión.”*⁷⁸

Esta posición doctrinal es corroborada por el criterio jurisprudencial asumido por la Corte Suprema de Argentina:

*“De modo que no puede emplearse ningún medio de coacción física ni psicológica para obtenerla. Y tampoco medios artificiales o científicos que de algún modo supriman la conciencia de quien preste la declaración como ser hipnosis, drogas, sueros, o cualquier otro procedimiento similar. En ese sentido deben evitarse celosamente aquellos estados del sujeto que por razón de su excesivo agotamiento mental, enfermedad u otro motivo semejante, no le permitan, en el momento de prestarse el acto, comprender su contenido o predisponerse debidamente al mismo, lo que supone la ausencia de espontaneidad.”*⁷⁹

⁷⁷ Estos términos hacen referencia a varias instituciones dedicadas a la supresión de la herejía mayoritariamente en el seno de la Iglesia católica, la cual se castigaba con la pena de muerte y torturas. Llega a tierras americanas por la influencia directa que tenían en la fundación de la institución en España los Reyes Católicos, quienes la apadrinaron y desarrollaron en todos sus territorios, desde 1478.

⁷⁸ Jauchen, E. Op. cit. pág. 239

⁷⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia de Argentina del 20-10-82, No.5277, cit. Jauchen, E. Op. cit. págs. 237-238

Sería ocioso referir que sin las referidas observaciones a la regla de convicción, la confesión será nula y carecerá de valor probatorio para la fundación de una sentencia condenatoria en perjuicio del imputado que obrare en aquellas condiciones.

1.3.1.4 Debe tener por Objeto Hechos

En este contexto debe diferenciar el juzgador entre hechos y alegaciones. Constituyendo los primeros las “*circunstancias fácticas que integran del objeto de la prueba, admitiendo, mediante el relato, haber intervenido en el suceso delictivo.*”⁸⁰

Siendo el indicado el contenido expreso al que ha de referirse el encartado que ha decidido deshacerse de su manto de protección legal, en su perjuicio, deberá, a partir de ese momento, deshacerse de toda argucia que merodee el punto principal al que debe estar encaminada su afirmación declaratoria; carecen de valor, en consecuencia, las motivaciones, los juicios de valor, sistema de creencias, o alegaciones carentes de sustancia jurídica.

En efecto, en este contexto, sustancia jurídica ha de interpretarse por relatos facticos que puedan ser debidamente contrastados o corroborados por el juzgador y las partes involucradas en la litis; en ese sentido será carente de valor, insuficiente para ser acogida como base de sentencia, la declaración que solo predica el reconocimiento de responsabilidad, sin estar acompañada de un relato pormenorizado de las circunstancias fácticas que rodearon los hechos y colinden con los criterios⁸¹ en que debe fundarse la convicción del juzgador.

1.3.1.5 Sanidad Mental del Imputado Confeso

Además de la observación de los requisitos antes señalados, no menos importante es el hecho de observar la salud mental del transgresor de la ley penal. Es de conocimiento científico de todo aquel que medianamente haya mantenido un acercamiento con la ciencia penal, la existencia de condicionantes intrínsecos que

⁸⁰ Jauchen, E. Op. cit. Pág. 240

⁸¹ El Art. 333, CPPD, establece las Normas para la deliberación ...: Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas.

inciden sobre la personalidad de algunos individuos creando en su accionar tendencias a la comisión de delitos,⁸² circunstancia que, en sentido general, convierte al individuo transgresor en inimputable; sin embargo, no es la cuestión objeto del análisis de este ítem, sin embargo resulta de utilidad toda vez que nos permite tener una idea previa del camino que transitaría una declaración auto inculpativa cuando la misma sea realizada por un encartado que no posea una adecuada sanidad mental.

Este requisito guarda una relación muy estrecha con el que señala la voluntariedad, aunque con mayores niveles de profundidad, ya que no se trata de un querer hacer, o un hacer libre de coacción; en este caso, es la manifestación de la voluntad, en coordinación con un estado de conciencia que no depende exactamente de la voluntad del imputado por estar afectado de alguna condición de salud mental, es por lo que apunta Rubianes que debe de ser consciente de la manifestación, en cuanto a comprender el alcance y sentido de sus afirmaciones, las que sin lugar a dudas redundarán en su perjuicio.⁸³

Siendo de tan alta relevancia la verificación de que el individuo sea poseedor de la capacidad de discernimiento sobre el contenido y consecuencias de su auto inculpativa, y con el agravante de que esa tipología de trastornos se caracterizan por ser de orden psíquico, lo que implica que por lo regular no son detectables a simple vista, se impone que los sistemas judiciales desarrollen protocolos tendentes a tutelar estas manifestaciones declaratorias. Sobre el particular y, en atención a la importancia de que el individuo concurra a externar una manifestación de culpabilidad, coincidimos con la perspectiva profesional del Dr. Sánchez Lizausaba, quien afirma:

⁸² Un número indeterminado de enfermedades afectan la psique y trastornan la personalidad de un individuo que desarrolla tendencias delictivas. El listado de estas enfermedades es largo y cada vez en crecimiento, por lo que resultaría inútil tratar de presentar un informe pormenorizado y acabado sobre las mismas; sin embargo asumimos, entre varios consultados, el estudio desarrollado por la Dra. Vázquez Barbosa, el cual titula “Trastornos de la Personalidad y Conducta Delictiva”, en la que clasifica estas enfermedades en tres tipos de trastornos: Paranoide, Esquizoide e Esquizotípico. Vázquez Barbosa, Sandra “Trastornos de la Personalidad y Conducta Delictiva”, Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad, Universidad Autónoma de Madrid, Documento de Investigación sobre Seguridad Interior doc- ISIE n° 07/2012, Madrid, 2012.

⁸³ Rubianes, Carlos J. “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, t. II, pág. 278

“El enfermo mental no decide estar enfermo y tampoco decide dejar de estarlo. El enfermo mental necesita, requiere, atención psiquiátrica.”⁸⁴

Estudiando el fenómeno de las patologías psicosomáticas para dar respuesta eficiente y científica al desarrollo del presente estudio, hicimos contacto vía el título “Enfermedad mental y derecho penal: una realidad manifiestamente mejorable”, con el Dr. Ortiz González, magistrado titular del Juzgado Vigilancia Penitenciaria nº 1 Madrid, en el que pudimos darnos cuenta de la cruda realidad social en que vivimos, y que de algún modo se refleja en nuestros sistemas de justicias, el que luego de concluir las formalidades procesales, coloca los resultados en el zafacón social, las cárceles, y resulta que un porcentaje importante de los reclusos, más que cárcel, lo que necesitan y demandan son atenciones sanitarias,⁸⁵ y al conocer el contenido del artículo y, sobre todo, el último

⁸⁴ Sánchez Lizausaba, Dr. Jesús “La Enfermedad Mental y el Delito”.

Véase:http://sanliz.com/content/index.php?option=com_content&task=view&id=9&Itemid=10

⁸⁵ De este modo lo narra Ortiz González: “En los primeros días del mes de octubre de 2012, diferentes medios de comunicación informaron que una persona condenada a 25 años de internamiento psiquiátrico por matar a tres personas y herir a otras siete, tenía autorizado una salida terapéutica de 30 días y que ya con anterioridad en los dos últimos años había salido también fuera del Hospital Psiquiátrico en el que se encontraba. El tribunal que condenó a esa persona, consideró que la misma padecía una enfermedad mental que anulaba su voluntad y por ello le impuso una medida de seguridad de internamiento y no una pena de prisión. En la información periodística ofrecida se omitía que el artículo 25.2 de la Constitución expresamente establece que las penas y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social.

Esa noticia es la punta del iceberg de una situación que afecta hoy a un número importante de personas que condenadas a medidas de seguridad cumplen internamientos por padecer algún problema de salud mental. El 10 de marzo de 2008 la Administración Penitenciaria hizo público un informe en el que señalaba que uno de cada cuatro presos de los que en ese momento permanecían en las prisiones españolas (68.002 internos en aquella fecha) presentaban alguna patología psiquiátrica. Dos años antes en el VI Congreso Nacional de Sanidad Penitenciaria, se cifraba que un 40 % de los internos en prisión padecían alguna enfermedad mental. Ese tanto por ciento fue confirmado en la ciudad de León el 25 de marzo de 2010, por el subdirector general de Coordinación de Sanidad Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Además dicho responsable concretó que la mitad de ese 40% tenía problemas vinculados a las drogas y que un 4 % de los presos sufría una enfermedad mental grave (en el mes de marzo de 2010 el número de internos que ocupaban las prisiones en España, ascendían a 76.863.

Comisión Europea, en un informe publicado en el año 2007, hacía constar que el 12 % de los internos de las prisiones europeas necesitaban tratamiento psiquiátrico especializado.

El derecho penal moderno, se caracteriza por haber sido capaz de diferenciar la respuesta punitiva que hay que dar a un infractor cuando comete el hecho delictivo afectado por alguna enfermedad mental que anula o disminuye su voluntad. En estos casos se imponen en lugar de penas, medidas de seguridad que se caracterizan por tener dos finalidades esenciales: por un lado, cumplen una función asegurativa según el grado de peligrosidad del autor del hecho y, por otro, tienen una finalidad curativa o terapéutica dado que el hecho delictivo se produjo cuando la persona padecía problemas de salud mental.

Aunque tradicionalmente el derecho penal ha atribuido a la Administración Penitenciaria, la custodia y el control de los enfermos mentales a los que se les impone una medida de seguridad, cuando la misma

párrafo del trozo citado, me pregunto cuál será la realidad de las cárceles de Rep. Dom. con relación a este verdadero problema socio jurídico.

Al acercarnos a la DGP para documentar la referida realidad hemos podido constatar que existe un programa no muy robusto para dar seguimiento a ese tipo de circunstancia, lo que nos coloca ante un verdadero desafío social tendente a trabajar sobre el asunto.⁸⁶

Hoy no sabemos si tenemos enfermos presidiarios o presidiarios enfermos. En efecto, estamos ante una problemática que trasciende el carácter personal del delito y la pena, de hecho, debemos socialmente cuestionarnos, sobre en qué medida, por acción u omisión, estamos creando o siendo cómplices de crear, en nosotros u otros, trastornos mentales. Normalmente sólo nos enfocamos y evaluamos la problemática del resultado del delito, no sus orígenes. Es este punto coincidimos con Sánchez Lizausaba:

“En derecho penal es importante la responsabilidad criminal. En ocasiones el trastorno bipolar es olvidado. Este trastorno puede afectar a la capacidad de decisión dentro del espectro contemplado por la ley, especialmente cuando los síntomas maníacos y psicóticos están presentes.”⁸⁷

supone el internamiento del afectado y con ello se limita su derecho a la libertad, sin embargo tal opción no sucede en otros países. Según el informe EUPRIS de la Central Institute of Mental Health de la Comisión Europea en Europa existen una serie de países: Inglaterra, Gales, Irlanda, Islandia y Noruega, cuyos sistemas penitenciarios no contemplan la existencia de recursos para esta clase de condenados, ya que es el sistema público de salud el que controla y custodia a esas personas. Claramente en esos países prima lo médico sobre lo penitenciario. Ortiz González, Ángel Luis “Enfermedad mental y derecho penal: una realidad manifiestamente mejorable”, Abogacía Española, 7 nov. 2012.

Véase: <http://www.abogacia.es/2012/11/07/enfermedad-mental-y-derecho-penal-una-realidad-manifiestamente-mejorable/>

⁸⁶ De conformidad al levantamiento realizado por ante la DGP pudimos constatar la existencia de un departamento de salud, en el cual nos informaron que sólo en la Penitenciaría La Victoria existe un servicio permanente de psiquiatría y psicología, en los demás penales se brinda un servicio de transporte para traslado al centro sanitario más cercano que permita ofrecer un seguimiento adecuado, conforme la gravedad del caso. Estos servicios solo se prestan mientras el enfermo se mantiene recluido, siendo abandonado a su suerte, sin ningún tipo de referimiento ni seguimiento, una vez recupera su “libertad”. Sin perjuicio de que la normativa procesal prevé en el “Art. 98. Incapacidad. El trastorno o alteración mental temporal del imputado, que excluye su capacidad de entender o de asentir en los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, provoca la suspensión de su persecución penal hasta que desaparezca esa incapacidad, sin perjuicio de los procedimientos especiales que establecen este código y las leyes. Los actos realizados o autorizados por el incapaz son nulos. La suspensión del procedimiento no impide la investigación del hecho, ni su prosecución con respecto a otros imputados.” Aunque esta previsión está pautada para el momento procesal de la detención.

⁸⁷ Sánchez Lizausaba, Dr. Jesús Art. cit.

1.3.1.6 El Animus Confitendi

Le es atribuida a esta expresión los motivos que impulsan a un individuo encartado en un proceso penal a declarar en su contra teniendo a su favor un arsenal de herramientas mediante las cuales, bien empleadas, les pueden ser de utilidad para la evasión de una condena agravante para su persona en todos los aspectos de su vida, excepto el de la tranquilidad de conciencia, si fuere el caso, ya de un contenido moral/religioso.

Resulta controversial para la doctrina la exposición jurisdiccional de esta herramienta, la cual ha sido trabajada con mayor intensidad en su contenido civil. Sostienen algunos autores, entre ellos Lessona⁸⁸ quien es de criterio que por *animus confitendi* debe entenderse el interés de renuncia al derecho material que sustenta el hecho que se confiesa; otra corriente, en la que se inscribe Alsina, entienden que consiste en la intención de suministrar a la parte contraria la prueba del hecho confesado. Una corriente plantea la renuncia del derecho a que le sea probado al imputado los hechos de los que se le acusa; la otra, el facilismo que se le confiere a la indagación del hechos, estableciéndose entre ambas, diferencias sin grandes tonalidades antagónicas. Sin embargo, existe una tercera corriente, liderada por Jauchen, que alimenta la opinión de que “tales debates constituyen una discusión que en materia penal resulta inconducente, debido a que la ley procesal no exige ningún requisito semejante, Y en segundo lugar porque la intencionalidad que haya movido al sujeto a expresar su confesión es absolutamente irrelevante...”⁸⁹

A la referida postura también se suma la reflexión de Gorphe, quien en resumen expresa que lo realmente importante es que la manifestación sea voluntaria con total prescindencia de cuales hayan sido los motivos psicológicos conductores para la determinación expresiva, su intencionalidad o impulso subjetivo.⁹⁰

Diferimos de estas posturas, toda vez que siendo la materia procesal penal una madeja que convoca la conjugación de tantos hilos, bajo ninguna circunstancia resultará inútil la indagación de los motivos que alientan al imputado a una declaración “suicida”; de

⁸⁸ Teoría general de la prueba en derecho civil: o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia y Alemania.

⁸⁹ Jauchen, E. Op. cit. pág. 243

⁹⁰ Cfr. Gorphe, F. Op. cit. pág. 219

hecho, somos de opinión de que el único motivo que consideramos juiciosamente sano para la exposición de una confesión sería por razones de carácter moral o religiosa. Y la exoneramos básicamente por la sugestión psíquica que estas materias operan sobre el sistema de creencia del individuo, sobre todo el religioso que vincula las actuaciones humanas con un sistema de recompensas y castigos que indefectiblemente serán recibidos en una esfera supra mundana.

En materia estrictamente legal carece de lógica y sentido la exposición a una confesión pura y simple, razones por la cual, más que una posibilidad, debe ser una obligación y un requisito legal que el confesante manifieste las razones que motivan su intervención en la referida dirección.

Otra reflexión doctrinaria del francés que desentona del marco de garantía debida al justiciable, en sentido general, y al confesante en sentido particular, es la que manifiesta como irrelevante que quien confiesa posea conocimiento de causa de los efectos desfavorables de su decisión de desencadenar la furia del derecho en su contra.⁹¹

Esta opinión es atentatoria, no solamente de los derechos del ciudadano que padeciendo una deficiencia de capacidad mental, permanente o transitoria, decide prestar una declaración culposa; abarca también al imputado que en pleno dominio de sus facultades mentales es ignorante de las consecuencias de su acto, y este nivel de ignorancia se iguala, por defecto, al que pudiera generar en la psique de un individuo, un trastorno mental.

1.3.1.7 Pautas de Valoración

Los requisitos que avalan la validez del elemento probatorio de la confesión, están íntima y absolutamente ligados a su existencia misma; de tal suerte que, ante la carencia de uno solo de los requisitos analizados, no habrá confesión. Sin perjuicio de que aun estando la confesión dotada de los referidos recaudos, los mismos no son garantía absoluta de validez, acreditable para la fundamentación de una sentencia condenatoria, circunstancia que refiere a su eficacia probatoria. Y esta cualidad “*queda librada a la apreciación del órgano jurisdiccional, que deberá valorar su poder probatorio sin ningún tipo de pautas*

⁹¹ Gorphe, F. Op. cit., pág. 220

prefijadas por la ley, solo ajustándose a los principios que impone la sana crítica racional”.⁹²

En efecto, teniendo esta figura probatoria un efecto tan amplio, delicado y variado, no es de extrañar que el juzgador posea un prisma de mayor amplitud para valorar una prueba de esta naturaleza y características; y, en efecto, su validación estará sujeta al poder de convicción que sea capaz de desplegar la declaración del imputado, por lo que no sería validable con la exclusiva declaración de culpabilidad, sino que la misma debe estar rodeada de elementos y circunstancias que deben ponderarse desde distintas perspectivas, particulares y de conjunto, armonizadas con los demás elementos probatorios ponderados en el juicio.

De ese modo, carecerá de valor probatorio acreditable al proceso, un testimonio en el que, por ejemplo, el imputado manifieste que ultimó la víctima de dos puñaladas cuando los informes forenses indican que el cadáver solo presenta una herida de proyectil; o que los acontecimientos ocurrieron en la nocturnidad y las demás evidencias señalen que fue en horario vespertino. En fin, es mucho el material de análisis al que está sujeto este medio probatorio.

Para los casos de validez de la confesión, ponderamos el sistema peruano como uno de los más adecuados en el manejo y aplicación de la materia, el cual sólo le confiere valor en los casos siguientes:

- “1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.*
- 2. Sólo tendrá valor probatorio cuando:*
 - a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;*
 - b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y,*
 - c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado.”*⁹³

⁹² Jauchen, E. Op. cit., pág. 251

⁹³ CPPD., Art.160

1.3.1.8 Mecanismos de control

Dada la circunstancia que la confesión parece ser el camino más expedito para la culminación y justificación del proceso penal, desde tiempos inmemoriales ha sido la aspiración de desenlace de los procesos, nada más dulce para un perseguidor que la confesión de la comisión del ilícito proclamada por el perseguido.

Es por lo que esta figura, tanto en los regímenes antiguos, y otros no tan antiguo, ha sido llevada a los procesos por cualquier vía posible, siendo la más frecuentada la tortura. De hecho, en la época de la republica romana, los hombres libres habían ganado el privilegio de no ser obligado a declarar en su perjuicio; pero al comienzo de la era del principio comenzó a contemplarse y, de hecho a practicarse, de someter a torturas a un hombre libre acusado de la comisión de un crimen, principalmente cuando fuera de lesa majestad.⁹⁴

Sostenemos la opinión de que dada la relevancia de la confesión y, consecuentemente, los resultados a que somete a su expositor, es preciso tomar en consideración algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta, más allá de los criterios jurisdiccionales, entre los que podemos citar, en primer lugar, a los fines de ejercer una verdadera tutela de derechos y garantías:

- 1) Al momento que un imputado de un ilícito penal manifieste su voluntad de declararse culpable de los hechos que se le imputan; en primer lugar, deben serle recordados sus derechos legales y constitucionales, e incluso consensuarlo con su defensa técnica;
- 2) En segundo lugar, debe quedarle claro al juzgador los motivos por los cuales ha tomado la referida decisión;
- 3) En tercer lugar, en caso de que advierta el tribunal algún nivel de incongruencia y/o algún indicio de trastorno psicológico, referir al imputado, previa declaración a una unidad médico legista especialista en psiquiatría,⁹⁵ que le permita al

⁹⁴ Walter, Gerhard “Libre apreciación de la prueba”, Editorial Temis, Bogotá, 1985, pág. 24

⁹⁵ Puede servir como modelo a seguir las previsiones del art. 41 CPPD, en el cual para validar la suspensión condicional del procedimiento, “...el juez puede disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa.” E igual deben ser tomadas en cuenta este tipo de previsiones para los casos referidos, decisiones con las cuales se le estaría colocando un rostro humano al proceso penal dominicano.

juzgador contar con una panorámica sanitaria certificada que le permita validar las condiciones de salud del encartado, y de ese modo contar con las herramientas legales adecuadas para evaluar a la luz del derecho la declarativa de inculpación.

- 4) Una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos para la validación de la confesión, haya esta sido “*sincera*”,⁹⁶ admitida válidamente por el juzgador, debe de servir como base para atenuar la pena a imponer, y de ese modo sincerizar la práctica y procedimiento penal.

En ese orden de ideas, simpatizamos con el sistema procesal de Perú, en el que, como efecto de la confesión sincera, se toma en consideración el medio de prueba de la confesión para, incluso, producir una atenuación en la aplicación de la pena; así:

“Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.”⁹⁷

1.3.1.9 La Confesión en la Legislación Procesal Dominicana

A diferencia de otras legislaciones procesales,⁹⁸ la dominicana no refiere la figura; más aún, ni siquiera la palabra confesión figura, bajo ningún concepto. La Constitución, en relación a la materia, se limita a seguir la tradición de enunciar que “*Nadie podrá ser*

⁹⁶ Este término lo extraemos de la normativa procesal de Perú, y por tal entendemos el tenor de que el imputado haya obrado con honestidad y sobre todo con arrepentimiento por el hecho producido, si hubiere lugar, el tribunal ha de tener en cuenta la referida circunstancia para, en la medida de las posibilidades, atenuar la pena a imponer; lógicamente, tomando en consideración: los hechos, las circunstancias que rodearon el ilícito, el historial personal del imputado, etc: casos en los cuales se pueden tomar en consideración las previsiones los arts. 34 y 37 del CPPD, los cuales disponen medios de solución del conflicto, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, en la fase intermedia del proceso. Las previsiones actuales no deben ser limitativas, solo servir como base para construir un sistema de recompensa para confesiones serias y tras haber observado escrupulosamente los requisitos para su validez.

⁹⁷ CPPP, Art. 161

⁹⁸ El CPPP en que la confesión está expresamente admitida y reglada como medio de prueba. Dicho sea de paso es la legislación que más adecuado tratamiento sistematizado otorga a la materia.

obligado a declarar contra sí mismo”,⁹⁹ lo cual, en principio, representa un importante reconocimiento al derecho voluntario, libre de cualquier modalidad coercitiva, que asiste al imputado de auto inculparse de la comisión de un delito; aunque, como es natural, guarda silencio en cuanto a los procedimientos específicos a ser observados, lo que debió haber sido tarea del articulado procesal, pero al guardar silencio al respecto, al momento de su aplicación nos vemos precisados a remitirnos a los criterios doctrinales relativos a la materia.

Es probable que haya entendido el legislador dominicano que se trata de una figura atípica, de escasa aplicación, razón por la cual la ha dejado fuera del radar de la reglamentación, y entregando el proceso de su aplicación a la discrecionalidad y criterio del juzgado. Nada más inadecuado, tomando en consideración el análisis que sobre la materia hemos desarrollado a lo largo del presente epígrafe; múltiples variables, interés y circunstancias pueden estar detrás del telón de la confesión.

Somos reiterativos en la opinión de que debe aprovecharse este medio probatorio para la sincerización del proceso penal dominicano, marcado por la hipocresía procesal, en la que el confeso imputado es sentenciado con las más duras penas aplicables a su caso. Y bien puede ser una ventana mediante la cual se agilicen muchos trámites y actividades procesales, estancadas o dilatadas por la carencia de un adecuado entendimiento procesal, justo y que reporte beneficio a todos los sujetos procesales.

Ahora bien, no se trata de festinar procesos, bajo ninguna circunstancia debe dársele un uso alegre y libertino, ha de ser un recurso ponderado caso por caso, sentado sobre la base de una inteligente y ponderada práctica legal; razonamiento que unimos a las consideraciones de Marcone, quien sobre el particular advierte:

"La confesión tiene un valor que está en relación directa con el contenido que ella encierra. No es una verdad formal. El Juez tiene que ser libre. No puede estar sometido a lo que pueda encerrar una confesión, porque tiene que analizarla, descomponerla en sus partes, actuar como quien efectúa

⁹⁹ CRD, Art.69 num.6

una bisección y, luego de un minucioso proceso de maduración y serenidad intelectual, apreciarla con la mayor ponderación".¹⁰⁰

1.3.2 La Declaración del Imputado

Sobre esta altura del camino es entendido que acusado, encartado o imputado, es *“la persona que resiste la imputación penal dirigida en su contra, sin interesar, en principio, el grado de la sospecha o la indicación que lo erige en tal; basta con la indicación, ante los órganos competentes para la persecución penal, de que él es el autor del hecho punible objeto del procedimiento o es partícipe en él.”¹⁰¹*

Es justo señalar que, para bien y para mal, el imputado es la estrella del proceso, es inexistente el proceso penal sin la participación de éste actor; y decimos “para bien”, porque el proceso recae sobre una persona sujeto y pasible de derecho, y “para mal” porque de ser encontrado culpable en el curso del proceso, recaerá sobre su dimensión personal el apremio de la pena, en conformidad con el castigo previsto por la comisión del ilícito perseguido.

Se sitúa el imputado por encima de todos los actores del proceso, es la figura estelar, y sobre todo por el poder que le confiere el conocimiento íntimo de los hechos que se juzgan, mientras él conoce con exactitud si fue el sujeto que generó la actividad que atrajo como consecuencia los hechos culposos por los que se le acusa, y en caso de ser positivo, conoce hasta los motivos íntimos por los cuales accionó en esa dirección delictiva; mientras que el juez, actor que representa la autoridad llamada a tomar la última decisión en el proceso, no es más que un intérprete de los medios y argumentos que le son sometidos.

Dado ese acopio de conocimientos trascendentes para la suerte del proceso, que frecuentemente sólo se conjugan, con carácter de exclusividad, en la interioridad gnoseológica del imputado, son precisamente las razones por las que su confesión, declaraciones, afirmaciones o negaciones, han convocado, a los largo de la historia del

¹⁰⁰ Marcone Moreno, J. Op. cit., pág. 156

¹⁰¹ Maier, Julio, Op. cit., pág. 162

ejercicio socio penal, un interés de trascendental importancia en los procesos que conllevan la aplicación de una pena.

Ha sido el punto de partida que ha parido múltiples teorías, metodologías y prácticas en diversos estadios de la humanidad, para extraer “la verdad” de la intimidad del imputado. De hecho, el término declaración del imputado sustituye lo que en otras prácticas procesales se ha denominado confesión. Entre estos dos términos procesales existen similitudes y diferencias dignas de ser tomadas en consideración, las cuales abordamos en lo inmediato.

Las diferencias entre confesión y declaración del imputado, trascienden el espacio conceptual, y de hecho, en diversos momentos de la historia, se han enraizado en la práctica del proceso penal, y han dado orígenes a sistemas jurídicos penales. De hecho, estas concepciones prácticas y teóricas, han servido de quicio fundamental para el desarrollo de los denominados sistema inquisitorio y sistema acusatorio.

En efecto, uno de los principales elementos que caracteriza el sistema inquisitorio es el denominado confesión del imputado, en el que este sujeto procesal “*representaba un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra; de allí que era obligado a auto incriminarse a sí mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, cuyo logro constituía, aún oculto, el centro de gravedad de toda la investigación, en donde la regulación probatoria sólo cumplía el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento.*”¹⁰²

Sobre el derecho a la expresión en este sistema es especialmente gráfico Maier, quien sobre el particular apunta: “*Perseguir y decidir no solo eran labores concentradas en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la de defenderse no era una*

¹⁰² Hendler, Edmundo S. “Las Garantías Penales y Procesales, Enfoque Histórico-Comparado”, Editores del Puerto, SRL, Buenos Aires, 2004, pág.31. Aunque para fortalecer esta visión del sistema inquisitivo uso la cita de Hendler, por ser la primera con la que estuve contacto, me quedó la incertidumbre de si era suya o de Maier, dado que en el párrafo final de la página 447 de su obra Derecho procesal Penal, Tomo I, publicado por la misma editorial y año que la de Hendler, se usa exactamente la misma formulación para ilustrar el sistema, dejando, incluso, abierta la posibilidad de que la formulación referida sea propiedad de un tercer autor.

facultad que se le reconociera al perseguido, por aquello de que, si era culpable no lo merecía, mientras que, si era inocente, el investigador probo lo descubriría...”¹⁰³

Como vemos en esta graficación de Maier, el descubrimiento de la verdad que conduciría al descubrimiento de la inocencia del encartado, dependía con carácter de exclusividad, sobre la “probidad” del investigador; y mirando en retrospectiva hoy nos resulta evidente la ineficacia de esa práctica de depositar votos de confianza sobre meras suposiciones; no obstante, nuestros sistemas actuales, aunque con otros intermedios de contra peso, continúan depositando sensibles cuotas de responsabilidad, basados en la suposición de probidad del funcionario

Después de rumiar en el pasto de la historia la conceptualización sobre la que estuvo enmarcada la confesión, en este momento sin mayores inconvenientes podemos coincidir con Cafferata para definir la confesión, aplicándola a la concepción moderna del derecho, como “*el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra*”.¹⁰⁴

Somos específicos en señalar “en la concepción moderna”, porque es en esta en la que podemos hablar de reconocimiento formulado libre y voluntariamente, habiéndose superado el estadio inquisitivo en la aplicación de la norma penal, porque en el curso de su vigencia no era contra el derecho el uso de la coacción y la tortura para extraer del testimonio del imputado su declaratoria de culpabilidad.

En efecto, en otro momento de la evolución del proceso penal, nos encontramos con el denominado sistema acusatorio, el cual, refiriéndonos a lo que atañe al discurso que nos ocupa, se diferenció de aquel en que “*el acusado era un sujeto de derechos, colocado en una posición de igualdad para con el acusador. En razón de ello, podía resistir la imputación ejerciendo su derecho a defenderse.*”¹⁰⁵

¹⁰³ Maier, Julio B.J. Op. cit. Pág.447

¹⁰⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 159

¹⁰⁵ Hendler, E. Op. cit., pág. 31

Esa facultad de defensa es la que incide en el cambio de la terminología confesión para ceder paso a la declaración, con la cual el imputado retomó su condición de sujeto de derecho; conquista que a verdad del propio Hendler “sólo duró los años de la Revolución. Ya el Código termidoriano de 1795,¹⁰⁶ y después el napoleónico de 1808, dieron vida a aquel monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, al que se denominara proceso mixto. Si bien se conserva la averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento penal, la utilización de cualquier medio para alcanzarla se transformó en un valor relativo, importante, pero subordinado a ciertos atributos fundamentales de la persona humana, plasmados en garantías y derechos individuales. No obstante... únicamente se prohibió la utilización de la tortura, más no hubo una consagración expresa de un resguardo contra la autoincriminación.”¹⁰⁷

Como ha sido reflejado en los párrafos anteriores, el ejercicio del derecho penal ha marcado, en amplias etapas de la historia, un arraigado interés en lograr la confesión del imputado, aunque ello implicara la puesta en práctica de métodos de torturas físicas y vejaciones psicológicas sobre la persona del imputado¹⁰⁸ con el objetivo de lograr su auto-imputación o reconocimiento de la comisión de los hechos, quizás en busca del camino más fácil y menos tortuoso para los funcionarios y sistemas judiciales, descargando de ese modo toda la responsabilidad del ejercicio punitivo sobre las propias declaraciones del imputado, y hacer válida la máxima jurídica, muy socorrida en los procesos tutelados por el código de procedimiento criminal, la cual reza: a confesión de parte, relevo de pruebas.

Precisamente, al tenor de las declaraciones sobre derechos humanos, enarboladas, reconocidas y puestas en prácticas por un número importante de los países del mundo, en las cuales se plantea como un ideal de convivencia social que nadie sea sometido a torturas

¹⁰⁶ El término termidoriano o termidoriana procede del mes de termidor del calendario republicano de la Revolución francesa, y más precisamente del 9 de termidor del año II (27 de julio de 1794), fecha de la caída de Robespierre y del fin del Terror. Se aplica a los diputados de la Convención nacional que precipitaron el arresto y la ejecución de Robespierre y al período histórico que sigue.

¹⁰⁷ Hendler, E. Op. cit., pág. 31

¹⁰⁸ El término imputado resulta una conquista del vocablo procesal introducido al proceso penal dominicano a través de la ley 76-02. En la antigua normativa, que rigió el proceso penal desde 1822 hasta la puesta en vigencia de la referida ley en septiembre del 2004, al procesado por la supuesta comisión de un ilícito se le denominaba acusado.

ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁰⁹ El ejercicio del derecho penal, una de las fuentes de mayor relevancia al momento de valorar el respeto a los derechos humanos, ha dado importantes visos de humanización en su práctica, constituyéndose en experiencia común entre una amplia mayoría de los países del mundo.

Es oportuna la introducción de los cambios referidos, tomando en consideración que, pese a las conquistas alcanzadas, no deja de ser una práctica apetecible el uso de la violencia sobre el individuo, para extraer de sus “propias palabras” la confesión o auto-imputación de su culpabilidad, es la razón por la que el legislador ha extirpado de la legislación procesal dominicana el término “confesión”,¹¹⁰ pasando este a ser un acto voluntario, el cual no se precisa como una necesidad para la suerte del proceso, introduciendo en su lugar la formula “declaración del imputado”, como una nueva figura procesal.

La declaración del imputado, entendida al tenor de nuestros textos procesales, posee una connotación distinta a las formulaciones teóricas y prácticas que giraban en torno a la “confesión” del acusado, y lejos de representar una amenaza a la integridad del procesado, se entiende y puede ser usada, incluso, como un medio de defensa, gozando expresamente del “*derecho a declarar o abstenerse de hacerlo o suspender su declaración en cualquier momento del procedimiento*”, sin que su silencio o reserva pueda ser interpretado en su perjuicio, conforme se ha analizado en detalle con anterioridad.¹¹¹

De hecho, la terminología confesión, referida a la participación del encartado en el proceso penal, ha venido siendo ventajosamente superada por la declaración y paulatinamente, cada vez más va cayendo en el abismo del desuso, toda vez que no deja de evocar un relato perjudicial para quien la presta; y en la práctica moderna del proceso penal, el encartado posee el derecho de hasta “guardar silencio”, sin que ello ni siquiera represente válidamente un indicio de incriminación o culpabilidad.

¹⁰⁹ Cfr. DUDH., Art. 5

¹¹⁰ En ninguno de los 449 arts. de la Ley 76 - 02 o CPPD se recoge la palabra confesión

¹¹¹ Cfr. CPPD, Arts. 102 y 319

Los derechos del imputado se han sacralizado a tal punto en el ordenamiento jurídico dominicano, que en la actualidad goza, no solamente del reconocimiento Constitucional,¹¹² sino también de la normativa procesal,¹¹³ la cual no lo consideraba como derecho con anterioridad a la promulgación del código del 2004.

Esta circunstancia no debiera ser objeto de mención, y mucho menos de conquista, si como hubiere existido una cultura de respeto constitucional en Rep. Dom.

De igual modo, como se permite al imputado la reserva íntima de su culpabilidad, se prohíbe expresamente su exposición a “*métodos de coacción, amenazas o promesas con el fin de llevarlo a declarar contra su voluntad..., o confrontarse con ningún otro declarante o testigo*”.¹¹⁴

Las medidas y prohibiciones referidas persiguen rodear al imputado de las garantías necesarias para salvaguardar sus derechos durante todo el recorrido de duración del proceso a que ha sido sometido, son mecanismos mediante los cuales las garantías constitucionales dejan de ser postulados teóricos y abstractos, para convertirse en disposiciones de obligado acatamiento.

1.3.3 El Derecho al Silencio

Es el derecho al silencio, por parte del imputado, una de las figuras que de mayor incompreensión y generadora de alta dosis de morbosidad en los inicios de la instauración del nuevo modelo procesal penal dominicano, el cual apenas daba los primeros pasos fuera del alcance de un modelo que había dominado el escenario procesal por un espacio de ciento veinte años, caracterizado por ser altamente inquisitorio, y en el cual la presunción de inocencia era solo un concepto que embadurnaba la retórica legal,¹¹⁵ no siendo más que otra

¹¹² CRD., Art. 69.6

¹¹³ CPPD., Arts. 13, 166, 167

¹¹⁴ CPPD. Art. 10

¹¹⁵ Bajo el régimen de prueba anterior, era posible condenar a una persona en base a los denominados medios de prueba indirectos. Estos medios eran definidos como el resultado de la apreciación indirecta por parte del juez de elementos probatorios, como lo son la confesión y las presunciones. Se admitía como prueba la confesión realizada extrajudicial y oralmente que fuera vertida por testigos, así como los hechos preestablecidos que fueran puestos a conocimiento del juez (presunciones de hecho).

de las bellas frases decorativas de la constitución, para justificar ante el concierto de países la existencia de un Estado de Derecho en esta media isla. Con esta reflexión lo expresa Rafal Pérez:

*“Por las razones expuestas, la íntima convicción adquirió en nuestra tradición judicial ribetes dantescos, sobre todo en la medida en que no se implementaron mecanismos de control de las decisiones judiciales. Este método de valoración de las pruebas se convirtió en una verdadera fractura y disolución de los principios constitucionales de la presunción de inocencia, la igualdad o no discriminación (igualdad de armas) y del derecho de defensa que deben rodear al sistema judicial penal”*¹¹⁶

Sirviéndonos de base la aclaración histórica respecto de las circunstancias que rodeaban las garantías procesales del sistema procesal que todavía intentamos superar, no constituirá un ejercicio difícil imaginar que el silencio, cuando le era posible al reo observarlo, era interpretado como un indicio de culpabilidad,¹¹⁷ bajo el sistema de íntima convicción. Circunstancia sobre la que debe evitarse filtración en el ejercicio de la nueva normativa, toda vez que, de conformidad con el criterio doctrinal y el ejercicio de una sana administración de justicia, el derecho al silencio es parte consustancial del derecho a la defensa.

¹¹⁶ Cruceta, José Alberto y otros Autores “Ensayos y Monografías sobre el Derecho Procesal Penal Dominicano.”, Editora Búho, Santo Domingo, 2006, Pág. 164

¹¹⁷ La tesis que favorece el silencio del encartado es privilegiada por Horvitz Lennon, quien es de parecer que abundantes son las razones para privar el silencio del acusado de valor como elemento probatorio para inferir culpabilidad, sin perjuicio de las previsiones que sobre el particular señala la eficiencia del debido proceso, toda vez que un inocente puede también tener razones muy poderosas para negarse a declarar, tales como temor a represalias, el deseo de proteger a otros, de mantener en reguardo aspectos reservados de su vida privada y, en especial, el peligro de perjudicar su propia defensa con un desempeño inadecuado al momento de la declaración. Estos aspectos han sido corroborados por la Corte Suprema Norteamericana, la cual estableció en el caso *Wilson vs. United States* (149 U.S. 60) “no todos pueden aventurarse con seguridad en el asiento de los testigos aun cuando sean completamente inocentes del cargo en su contra. La excesiva timidez, el nerviosismo al enfrentar a otros e intentar explicar transacciones de carácter sospechoso y los delitos que se imputan, a menudo lo inducirán y avergonzarán al extremo de incrementar antes que remover los prejuicios en su contra. No cualquiera, aun siendo honesto, se sentaría deseosamente en la silla se los testigos...” En esta misma línea, es de consideración la chilena, que de verse interrumpido el derecho al silencio, y permitírsele al tribunal la extracción de conclusiones gravosas para el imputado, constituiría una forma indirecta de compeler a un imputado a declarar, lo que directamente entraría en contradicción con el principio de la no autoincriminación, que precisamente persigue evitar toda forma de coacción para hacerlo. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.84.

Sobre este derecho, en extremo novedoso para el proceso penal dominicano, por las razones expuestas, compartimos las reflexiones de Horvitz Lennon, quien en coincidencia con Binder es enfática en señalar que el derecho al silencio no constituye más que una forma de ejercer el derecho de defensa, por lo que extraer conclusiones de tal conducta sería tanto como fundar las resoluciones sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado, lo que violaría, en última instancia, su derecho de defensa. Criterio también sostenido por la Suprema Corte de los estados Unidos, la que ha considerado que el MP, ni el acusador privado, no cuentan con la facultad legal para realizar comentario alguno sobre el silencio del acusado, ni puede el juez instruir al jurado en orden a que de tal silencio se pueda inferir culpabilidad, considerándose que tales actos constituyen una violación del principio de no autoincriminación reconocido por la quinta enmienda.¹¹⁸

Con relación al derecho de la guarda de silencio, debido al encartado penal, señala Hendler:

*“...la libertad de declaración de un imputado está configurada por dos caras contra puestas: por un lado, el derecho que posee para “hablar”, el cual no es otro que el derecho a ser oído, fundamento del derecho de defensa; y por el otro, por su derecho para “callar”, garantía implícita en el resguardo que protege a cada persona contra toda obligación que implique, no importando de qué manera, su autoincriminación”.*¹¹⁹

En efecto, este derecho procesal encuentra su nacimiento como una reacción de defensa contra métodos instructorios que daban lugar a crueles tormentos aplicados sobre la persona del imputado para la extracción de confesión culposa. Sobre el proceso histórico relativo a la figura encontramos de utilidad compartir los datos recopilados y publicados por Zapata García:

“A través de la historia se ha avanzado hacia la protección del derecho de toda persona a no ser obligada a declarar en contra de sí mismo en causa criminal. En el antiguo derecho común inglés, antes de 1200, existía el juramento por

¹¹⁸ Cfr. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 84

¹¹⁹ Hendler, E. Op. cit., pág. 33

compurgadores, una forma de ordalía. Posteriormente el Papa Inocencio III estableció el juramento inquisitivo: Jusjurandum de veritate dicenda, que implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez. La práctica de la autoincriminación inducida empezó a ser desterrada del derecho común inglés en 1641, con el caso de John Lilburn, acusado ante la Star Chamber de imprimir e importar libros heréticos y sediciosos quien negó los cargos y se rehusó a jurar y contestar otras preguntas, por lo que fue azotado y puesto en picota. Posteriormente el parlamento reconoció la ilicitud de la sentencia y le acordó reparaciones.”¹²⁰

Otras prácticas procesales interpretaron que el referido derecho residía en erradicar exclusivamente las practicas más inhumanas que eran la consecuencia de la ausencia de ese derecho, tales como la tortura y el juramento que le acompañaba; sin perjuicio de que comienza a encontrarse indicios relativos a este derecho en los albores del cristianismo; o al menos, en esa dirección interpreta Hendler las declaraciones de San Crisóstomo:

“El derecho o privilegio contra la autoincriminación no es producto del derecho moderno sino que, por el contrario, posee raíces muy antiguas. Ejemplo de ello es lo que se desprende en la afirmación de San Crisóstomo (ca. 400) en su comentario a la Epístola de San Pablo a los Hebreos cuando dijo: “No te digo que descubras eso –tu pecado– ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros.”¹²¹

Son variados los criterios históricos en torno al origen del derecho a guardar silencio, toda vez que nos comenta Hendler citando a Cohn¹²² que las mismas pueden remontarse al Talmud y a las enseñanzas de Rava; o, como señala Manzini,¹²³ algunos de sus antecedentes pueden hallarse en el derecho romano. Inclusive, se ha llegado a afirmar que su origen tiene cuna en el derecho canónico, pudiendo tratarse de una realidad, toda vez

¹²⁰ Zapata García, M., Art. cit.

¹²¹ Hendler, E. Op. cit., pág. 30

¹²² Cohn, Haim H, “Police Power and Individual Freedom, Chicago, Claude R. Soble, 1962, págs. 265ss.

¹²³ Manzini, Vincenzo “Tratado de Derecho Procesal Penal”, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1952, pág. 192

que la máxima en estudio hace aparición en los primeros escritos canónicos, desde donde se incorpora en el decreto de Graciano¹²⁴ bajo estas palabras: “*Yo no le digo que se incrimine a sí mismo públicamente, ni se acuse usted mismo en frente de otros*”.¹²⁵

Si como efectivamente se evidencia, en los párrafos que anteceden, los antagonismos en torno a la paternidad del derecho, lo que sí resulta cierto es que constituye la otra cara de la moneda con respecto de la confesión. De hecho, constituye la primera opción del imputado, previo a la decisión de confesar. Ahí radica su importancia, es la posibilidad que hace que la confesión sea, real y efectivamente una posibilidad discrecional del imputado. La confesión y el derecho a guardar silencio son las alas en vuelo (proceso) de la misma águila (justicia), permanecen íntimamente unidas, aunque en sentido opuesto.

El derecho a guardar silencio no cuenta con una mención expresa en la CRD, a lo sumo, si entendemos este derecho como parte de las prerrogativas del debido proceso, como en efecto lo es, encontramos una mención indirecta y genérica en la Ley Sustantiva: “*Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”.¹²⁶ En sentido inverso a la confesión, en la CRD refiere un escueto “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo*”,¹²⁷ y el CPPD guarda total y absoluto silencio en torno a la figura; en cuanto al derecho a guardar silencio la CRD lo trata como un genérico, y la normativa procesal lo privilegia, señalando y destacando sus aplicaciones.

En efecto, el CPPD otorga un especial y detallado tratamiento al derecho en cuestión, al punto de que le confiere tratamiento de principio fundamental¹²⁸ por lo que así se lee en el art. 13 “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra. de la normativa*”.¹²⁹ Después de esta declaratoria de derecho procesal:

¹²⁴ Monje jurista del siglo XII nacido en Bolonia, autor del “Concordia Discordantium Canonum”.

¹²⁵ Hendler, E. Op. cit., pág. 34

¹²⁶ CRD., Art.69. 10

¹²⁷ CRD., Art.69. 6

¹²⁸ Un principio es una ley o regla que se cumple o debe seguirse con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr un propósito.

¹²⁹ CPPD., Art.13 Este principio fundamental es asumido por la legislación dominicana en primer lugar, siguiendo el modelo planteado por el Código Procesal Tipo para Iberoamérica, en cuanto a la forma; y en

1. Al momento de su detención: El imputado tiene el derecho a “*No auto incriminarse, en consecuencia, puede guardar silencio en todo momento sin que esto le perjudique o sea utilizado en su contra.*” Y de manera complementaria, se lee en este mismo artículo: “*En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad*”.¹³⁰

Y concluye: “*La precedente enumeración de derechos no es limitativa. El ministerio público y los demás funcionarios y agentes encargados de hacer cumplir la ley, así como los jueces, tienen la obligación de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible sobre sus derechos, procurar su salvaguarda y efectividad.*

El funcionario o agente que vulnere, permita o instigue el atentado o violación de cualesquiera de estos derechos es responsable y sancionado de acuerdo a lo establecido por la ley. Son nulos los actos realizados en violación de estos derechos y los que sean su consecuencia.”¹³¹

2. De las declaraciones del imputado en el proceso de investigación:¹³² “*Oportunidad o autoridad competente. El imputado no puede ser citado a los fines exclusivos de ser interrogado ni ser obligado a declarar, salvo que voluntaria y libremente decida hacerlo. En este último caso, durante el procedimiento preparatorio, el*

cuanto al fondo, asumiendo de manera legislativa los derechos planteados por las Conversiones y Tratados Internacionales en los capítulos atinentes a la protección de los derechos humanos, los cuales vamos a desglosar adecuadamente en el Capítulo III del presente trabajo.

¹³⁰ Esta parte in médium del artículo resulta de extraordinario interés, porque evidencia que con su previsión se desestimula la aplicación de ese tipo de práctica, los cuales eran usados en el pasado reciente de manera cotidiana, pero, aunque en menor grado, continúan esas prácticas al momento de la detención de ciudadanos en Rep. Dom., si no es que antes de presentarlo a la autoridad competente resultó muerto como consecuencia de un “intercambio” de disparos.

¹³¹ CPPD, Art. 95.6

¹³² Partiendo de este punto es posible establecer las diferentes denominaciones que el perseguido judicial va adquiriendo en la medida que se adentra al proceso. Así, la persona que se está persiguiendo por un hecho y sobre el cual se efectúa una investigación, y se ha decretado o no, medidas cautelares, adquiere categoría de imputado; mientras que, al pasar a la etapa de Audiencia Preliminar, en la cual oficialmente se presentan que pueden enviarlo al tribunal de juicio, debe ser considerado un “procesado”; ya en la etapa de juicio, en la que se presentan los medios de pruebas y donde recibe acusación formal, mediante la resolución que se dicta admitiendo la acusación, se le debe identificar como un “acusado”; y luego de la etapa de juicio en la que interviene una sentencia condenatoria que se haga firme, debe ser llamado “condenado”. Camacho Hidalgo, Ignacio “Código Procesal Penal Anotado”, Editora Manatí, Santo Domingo, 2006, pág. 171

imputado puede declarar ante el ministerio público que tenga a su cargo la investigación. Los funcionarios o agentes policiales sólo tienen derecho a requerir del imputado los datos correspondientes a su identidad, cuando éste no se encuentre debidamente individualizado. Si manifiesta su deseo de declarar, se le hace saber de inmediato al ministerio público correspondiente. Durante las audiencias y el juicio, el juez o el tribunal deben permitir al imputado declarar cuantas veces manifieste interés en hacerlo, siempre que su intervención sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio del procedimiento y sin que esta facultad de lugar a indefensión material.”¹³³

3. Defensor técnico y validez de la declaración: *“En todos los casos, la declaración del imputado sólo es válida si la hace en presencia y con la asistencia de su defensor.”*¹³⁴
4. Advertencia previo a las declaraciones en la etapa de investigación: *“Antes de comenzar su declaración, el imputado debe ser advertido de su derecho a no auto incriminarse y de que el ejercicio de ese derecho no puede perjudicarlo. Asimismo, se le instruye en el sentido de que su declaración es un medio para su defensa y, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las imputaciones que se le formulen, y a solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas. Acto seguido, se le formula la indicación del hecho punible que se le atribuye... El imputado tiene derecho a consultar a su defensor en cualquier momento del interrogatorio.”*¹³⁵
5. Dirección del interrogatorio y jornada de trabajo en el proceso de investigación: *“Las preguntas deben ser claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no son exigidas perentoriamente. El imputado no puede ser interrumpido mientras*

¹³³ CPPD., Art. 103

¹³⁴ CPPD., Art. 104. “El defensor es el auxiliar técnico del imputado... Sin embargo se precisa anotar que el es ampliamente independiente en el planteo y la dirección de su defensa, al punto que puede tomar un rumbo distinto al elegido por el imputado en su propia defensa, su único límite práctico es operar en su favor, conforme a criterios racionales para el caso... Esa función es tan importante en el procedimiento penal, que su intervención, al lado del imputado, constituye un presupuesto de garantía procesal.” Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II, pag.735

¹³⁵ CPPD., Art. 105

responde una pregunta u ofrece una declaración. El interrogatorio se suspende a solicitud del imputado, de su defensor o del ministerio público si el imputado demuestra signos de fatiga o cansancio.”¹³⁶

6. Métodos Prohibidos: *“En ningún caso se puede requerir del imputado ratificación solemne de su exposición o promesa de decir la verdad. No puede ser expuesto a métodos de coacción, amenazas o promesas con el fin de llevarlo a declarar contra su voluntad. También están prohibidas todas las medidas que menoscaben su libertad de decisión, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos; en especial, las violencias corporales o psicológicas, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos o cualquier sustancia que disminuya su capacidad de comprensión o altere su percepción de la realidad, como los sueros de la verdad, detectores de mentiras y la hipnosis. Se prohíbe inducir al imputado a hacer cualquier tipo de declaración mediante el chantaje y la amenaza de sufrir las consecuencias de la declaración de otro imputado. El imputado no puede ser obligado a confrontarse con ningún otro declarante o testigo.*”¹³⁷
7. Actas Declarativas: *“Las declaraciones del imputado durante el procedimiento preparatorio se hacen constar en acta escrita u otra forma que reproduzca del modo más fiel el contenido de sus manifestaciones. Si el imputado se abstiene de declarar así se hace constar. El acta es leída en voz alta, lo que se hace constar, sin perjuicio de que también la lea el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones son consignadas sin alterar lo escrito.*”¹³⁸
8. Previsión de Exclusión: *“La inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado impiden que se la utilice en su contra, aun cuando se haya infringido alguna regla con su consentimiento.*”¹³⁹
9. Exclusión Probatoria: *“No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado,*

¹³⁶ CPPD., Art. 106

¹³⁷ CPPD., Art. 107

¹³⁸ CPPD., Art. 108

¹³⁹ CPPD., Art. 110

*previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado. Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.*¹⁴⁰

10. Operaciones Técnicas: *“El imputado no está obligado a participar de la reconstrucción del hecho, pero si decide hacerlo se aplican las reglas previstas para su declaración.”*¹⁴¹

11. Objetos no sometidos a secuestro: *“No pueden ser objeto de secuestro los exámenes o diagnósticos médicos protegidos por el secreto profesional ni las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor.”*¹⁴²

12. Arresto. *“Los funcionarios de la policía sólo pueden arrestar a los imputados en los casos que este código lo autoriza, con apego estricto a los siguientes principios básicos de actuación:*

- 1. Identificarse, al momento del arresto, como funcionario de policía y verificar la identidad de la persona contra quien se procede. La identificación previa de la persona sujeta al arresto no es exigible en los casos de flagrancia; **
- 2. Abstención del uso de la fuerza, salvo cuando es estrictamente necesario y siempre en la proporción que lo requiere la ejecución del arresto; **
- 3. Abstención del uso de las armas, excepto cuando se produzca una resistencia que coloque en peligro la vida o integridad física de las personas, o con el objeto de evitar la comisión de otras infracciones, dentro de lo necesario y la proporcionalidad a que se refiere el numeral precedente; **
- 4. No aplicar, instigar o tolerar actos de tortura, tormentos u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; **
- 5. Informar a la persona, al momento de su arresto, de su derecho a guardar silencio y a nombrar su defensor; **

¹⁴⁰ CPPD., Art. 167

¹⁴¹ CPPD., Art. 185

¹⁴² CPPD., Art. 187

6. *No permitir la presentación del arrestado a ningún medio de comunicación social o la comunidad, sin su expreso consentimiento, el que se otorga en presencia del defensor, previa consulta, y se hace constar en las diligencias respectivas; **
7. *Comunicar a los familiares, persona de confianza o al abogado indicado por la persona arrestada, sobre el arresto y el lugar al cual es conducida o permanece; **
8. *Hacer constar, en un registro inalterable, el lugar, día y hora del arresto, la orden o circunstancia en que ocurre y los funcionarios o agentes responsables de su ejecución.*¹⁴³ *¹⁴⁴

Declaración del imputado en Juicio: *“Una vez que se declare la apertura de juicio se da preferencia al imputado para que declare si lo estima conveniente para su defensa, y el presidente le explica con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio o reserva le perjudique y que el juicio puede continuar aunque él no declare. El imputado puede exponer cuanto estime conveniente.”*¹⁴⁵/¹⁴⁶

¹⁴³ CPPD., Art. 276

¹⁴⁴ Con los ítems concluidos en asteriscos queremos significar que son áreas en las cuales el sistema dominicano padece unas carencias históricas, las cuales se arrastran hasta nuestros días, pese a estar estrictamente prohibidas por la normativa procesal y constitucional, conforme se puede observar y se evidencia en las letras de la ley. Y las circunstancias que inspiran mayores lamentos son las discriminaciones del sistema en torno a su aplicación, toda vez que las inobservancias, por lo regular, la padecen los ciudadanos procedentes de sectores “populares” o los denominados cinturones de miseria, que son los hijos de nadie, los desposeídos sociales. Trato diferente reciben las clases sociales de alcurnia, si es que llegaren alguna vez a ser requeridos por las instancias penales. Estamos frente a una discriminación del derecho penal.

¹⁴⁵ 143. CPPD., Art. 319

¹⁴⁶ Esta dualidad decisiva para el imputado en el curso del proceso de conocimiento del fondo es fundamental y crítica, como puede observarse, se coloca en este momento el justiciable justo en el punto coyuntural donde ha de elegir uno de tres caminos posible: 1) Asume una autodefensa negativa, negando los hechos que se le imputan; 2) Asume una autodefensa positiva, procediendo a admitir los ilícitos encartados, bajo las condiciones previamente señaladas; o 3) Simplemente abstenerse de prestar declaración, y guardar silencio. Este espacio temporal es vital para el proceso y, en buena medida, para el futuro del encartado. En este momento especial juega un papel protagónico la destreza, astucia, tacto, instinto, capacitación... del defensor técnico, no solo en lo atinente a rebatir las pruebas a cargo y ofertar las a descargo, sino en la conducción de la figura del imputado. Es una realidad insoslayable que, pese a los logros alcanzados en los procesos penales y la conciencia de los jueces en cuanto a capacitación y humanización del proceso, de algún modo, por alguna rendija del consiente o subconsciente, siguen operando en los procesos niveles de prejuicios; podemos afirmar en defensa de los magistrados, que éstos son consustanciales a la naturaleza humana, y otros detalles periféricos de no menores importancia. Son apenas algunas de las razones por las que la defensa técnica debe orientar adecuadamente su representado, aun sobre detalles de aparente simpleza

Somos conscientes que esta reflexión aportada en la nota 144 bien pudiere resultar un punto de cuestionamiento al autor, endilgándole, quizás, falta de confianza a la probidad e integridad de los magistrados; sin embargo, es una postura compartida por doctrinarios de largo recorrido en las lides procesales penales, tal es el caso de Horvitz Lennon, quien sobre el particular señala: “El reconocimiento del derecho al silencio plantea el problema de resolver si el tribunal tiene o no derecho a extraer conclusiones de dicha conducta, esto es, si resulta legítimo para el tribunal inferir la culpabilidad del acusado por el hecho de negarse a prestar declaración, lo que a veces se presenta como una inferencia basada en el sentido común. La posición más garantista se pronuncia obviamente, por la negativa.”¹⁴⁷

13. Facultades oratorias del imputado: *“El imputado puede, en el curso de la audiencia, hacer las declaraciones que considere oportunas en relación a su defensa. De igual modo, el imputado puede hablar con su defensor en todo momento. Para facilitar esta comunicación se les ubica permanentemente uno al lado del otro.”*¹⁴⁸

14. Recepción y exhibición de pruebas: *“Recibida la declaración del imputado, si la hay, el tribunal procede a recibir las pruebas presentadas por el ministerio público, por el querellante, por la parte civil, por el tercero civilmente responsable y por la defensa, en ese orden...”*¹⁴⁹

15. Discusión final y cierre del debate: *“Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concede la palabra, sucesivamente, al fiscal, al querellante, a la parte civil, al tercero civilmente responsable y al defensor, para que expongan sus conclusiones. Luego otorga al ministerio público y al defensor la posibilidad de replicar, para hacer referencia sólo a las conclusiones formuladas por la parte contraria. Si la víctima está presente y desea exponer, se le concede la palabra, aunque no se haya constituido en parte ni haya presentado querrela. Finalmente se le concede la palabra al imputado. Acto seguido el presidente declara cerrado el debate.”*¹⁵⁰

como: tipo de vestimenta, corte de pelo, debidamente rasurado, etc. En el aspecto psicológico de buen ánimo. Entre otros detalles que serán determinados por el time psicológico del proceso.

¹⁴⁷ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 83-84

¹⁴⁸ CPPD., Art. 320

¹⁴⁹ CPPD., Art. 323

¹⁵⁰ CPPD., Art. 331

Como ha podido ser observado, el derecho al silencio y sus derivados son ampliamente reconocidos y protegidos por la legislación dominicana. De hecho suple la normativa el silencio respecto de la figura de confesión, con sobre abundantes previsiones relativas al derecho a guardar silencio y sus derivados; pese a lo cual, mantenemos la opinión de que debe ser reglamentada como figura individual, entre otras razones para que haya un criterio legal que permita recepcionarla, evaluarla y tasarla adecuadamente.

1.3.4 La Prueba Testimonial

Variados son los conceptos usados por la doctrina para definir este medio probatorio. Para Estrella Ruiz se denomina testigo a “*la persona física, sin interés en el proceso, que rinde una declaración acerca de la existencia de un hecho conocido por él, ya sea de manera directa, o de haber tenido noticias del mismo a través de otros medios.*”¹⁵¹ Más detallada, en cuanto al concurso de los sentidos, es la definición de Jauchen, quien lo define como “*la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado.*”¹⁵² Encontramos en Devis Echandía un marco definitorio más abarcador, Atendiendo a la generalidad procesal, y nos dice: “*En sentido estricto, es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un juez, con fines procesales sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza.*”¹⁵³

En efecto, teniendo el derecho procesal penal un componente extraordinariamente humano, y siendo la confesión, adecuada y legalmente dirigida, el medio probatorio por excelencia, no es de extrañar que el segundo en importancia también incluya el componente humano como materia prima esencial, un tercero que ha tenido conocimiento de los hechos por medio de sus sentidos de manera directa. Con esta definición queremos destacar el hecho de que una parte importante de la doctrina testimonial o testifical como prefieren nombrarla otros autores,¹⁵⁴ resalta el hecho de haber “visto u oído”,¹⁵⁵ limitando

¹⁵¹ Estrella Ruiz, Manuel “Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. Indubio Pro reo”, Editora Talleres de Litocom, Tegucigalpa, 2001, pág. 7

¹⁵² Jauchen, E. Op. cit., pág. 285

¹⁵³ Devis Echandía, H. Op. cit., t. II, pág. 273

¹⁵⁴ Estrella Ruiz, M. Op. cit., pág. 7

¹⁵⁵ Leone, Giovanni “Tratado de Derecho Procesal Penal”, trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1963, t. II, pág. 240

el concepto para quienes hayan tenido conocimiento de los hechos a través de los referidos sentidos; pues en la práctica, no están exento de prestar testimonio aquellos ciudadanos que han percibido un hecho o circunstancia relevante para el esclarecimiento del caso por un sentido distinto de los propuestos.

1.3.4.1 Naturaleza de la Prueba Testimonial

Por la naturaleza gregaria del ser humano, y el carácter social del derecho penal, la prueba testimonial constituye uno de los medios probatorios de más larga data con que ha contado la práctica procesal penal.

Dado el uso imprescindible del lenguaje en el desarrollo de prueba testimonial, hay autores que ubican este medio probatorio en los albores de la convivencia social, considerando que “*es tan viejo como la humanidad*”, y “*el más antiguo junto a la confesión*”; dejando al paso del tiempo la aparición de otros medios de prueba frutos de la técnica y el desarrollo social.¹⁵⁶

Los sistemas procesales modernos fundamentan la administración del proceso penal posterior a darse cita la ocurrencia de un hecho penado o sancionado por la ley penal. No siempre es sencilla la tarea de vincular una víctima a su victimario, y son ocasionales los ilícitos que son de conocimiento público desde el momento de su ejecución; circunstancialmente un ciudadano puede a través de sus sentidos corporales tener constancia de la ocurrencia de un hecho sancionado por la ley penal, son ellos los denominados testigos, que según la vía o las circunstancias por la que estuvieron acceso a la información, se denominan de múltiples maneras: testigo ocular, técnico, directo, indirecto, etc.

En consecuencia, se habla de testigo ocular, sobre aquel que ha tenido conocimiento del hecho sobre el cual declara mediante el sentido de la vista.

Se dice que el testigo es técnico cuando toma conocimiento de un hecho en ocasión de estar ejerciendo su profesión, o aún ajeno al desempeño, el hecho se refiere a su

¹⁵⁶ Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 103

especialidad técnica o científica, razón por la cual está en capacidad de adicionar sus conocimientos sobre las aristas técnicas o científicas referidas al mismo.¹⁵⁷

Se denomina indirecto o de segundo grado, aquel testigo que no ha percibido de manera directa la ocurrencia del hecho; se aprecia como una prueba de escaso valor probatorio por ser débil y desprovista de las garantías judiciales.¹⁵⁸

Sobre el particular recibimos el parecer de uno de los clásicos de la doctrina penal, y así lo expresa:

*“Nuestra dicha, por así decirlo, depende en cada momento, mucho más de lo que pudiera creerse, del estado de nuestros conocimientos. Nuestras acciones toman tal o cual dirección según sea lo que sabemos sobre las cosas o sobre las personas...Incluso en los asuntos más importantes, no podemos adoptar una decisión si no es sobre el testimonio de otro, y ese testimonio no es válido nada más que cuando es verdadero. Las falsas informaciones nos colocan en peor estado que la ignorancia.”*¹⁵⁹

En materia procesal penal, el testigo, aquel que sin ser imputado, manifiesta ante el juzgador el conocimiento, adquirido por cualquiera de los sentidos, que posee de los hechos en que gira el proceso, sobre los cuales puede comprobar y guardar memoria.¹⁶⁰

Se tiene por sentado que el testigo incorpora al proceso un elemento de prueba, su dicho, por medio del cual transmite el conocimiento adquirido a través de sus sentidos, y que cualquier persona, en dominio de sus facultades, y citada dentro de las mismas condiciones, habría percibido o podido percibir.¹⁶¹

¹⁵⁷ Cfr. Jauchen, E. Op. cit. pág. 288

¹⁵⁸ Jauchen, E. Op. cit. pág. 288

¹⁵⁹ Bentham, Jeremías “Tratado de las Pruebas Judiciales”, Valletta Ediciones, SRL, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 33

¹⁶⁰ Cfr. Capitán, Henri. 1977. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Editora Depalma, Pág.542-543

¹⁶¹ Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 96

Esta concepción de Cafferata se enmarca dentro de un espectro de análisis amplio, que busca descentralizar la actividad testimonial de la percepción visual y auditiva como únicos medios de percepción válidos para ser ponderados en los procesos penales.

Por la misma dirección se encamina Jauchen, cuando tras disquisiciones conceptuales, pone en firme sus ideas y expone:

*“De modo que el testigo está llamado a deponer sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos en forma directa. No es acertado sostener que sólo habrá de referir al juez sobre circunstancias que ha visto y oído, restringiendo de este modo el concepto para quienes sólo hayan percibido por esos dos sentidos.” Y con sólidos argumentos apostilla: “Pues bien puede atestiguar aquel que privado de los mismos ha percibido algún hecho o cosa relevante para la causa por medio de otro sentido (olfato, gusto, tacto); siendo entonces atinada la concepción de quienes como Manzini aluden genéricamente a “percepciones sensoriales” sin ninguna restricción en especial”.*¹⁶²

Las referidas conceptualizaciones doctrinales, fueron las que permearon la conceptualización del legislador dominicano, con relación al alcance sensorial relativo a la ponencia del testigo, toda vez que no limita al actor testimonial a la percepción de los hechos a través del sentido de la vista o el oído, y e impone al testigo la obligación expresa de comparecer a citación, y declarar la verdad de cuanto conozca, a toda persona que haya obtenido conocimiento de un hecho de interés judicial.¹⁶³

Conforme a los conceptos expuestos sobre el testigo, cabe definir el testimonio, como la declaración de una persona física, incorporada como testigo en el curso del proceso penal, para que verse ante el plenario de juicio, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el objeto de contribuir a la reconstrucción de estos.¹⁶⁴

¹⁶² Jauchen, E. Op. cit., pág. 285

¹⁶³ CPPD, Art. 194

¹⁶⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 94

1.3.4.2 El Ejercicio del Testimonio como Contenido de Veracidad

1.3.4.2.1 El Deber de Veracidad

Un punto sobre el que no existe posición intermedia en materia de prueba testimonial, es el relativo a la veracidad. Es materia común entre tratadistas, formulaciones legales y procesales, de que el ciudadano que comparece a declarar en proceso penal, asume la obligación de decir la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado. Sin lugar a dudas, se depositan excesivas expectativas sobre la figura del testigo, toda vez que sus declaraciones pueden tener el poder de inclinar, para bien o para mal, la balanza de la justicia; salvo el caso de la existencia de otros medios probatorios contundentes y/o irrefutables con vocación de impactar el proceso.

El sistema penal dominicano está fundado sobre la teoría rousseriana¹⁶⁵ de la buena fe, de ahí el principio de presunción de inocencia que permea la mayoría de las legislaciones occidentales, y otros principios y prácticas del quehacer judicial penal.

Esta circunstancia no es ajena a la denominada prueba testimonial, baste citar como ejemplo que en el proceso penal dominicano se presume la integridad del testimonio servido, tras el solo hecho de “según su creencia presta juramento o promesa de decir la verdad”.¹⁶⁶ Y de hecho, no siempre se actúa bajo el imperio de la buena fe, y la misma práctica ha hecho mofa de estas creencias o teorías, y se ha evidenciado “*que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros.*”¹⁶⁷

En la práctica judicial dominicana, no existe el dolor de conciencia de presentarse a un proceso en calidad de testigo, con la única finalidad de beneficiar o perjudicar una de las partes; de hecho, no sería ocioso atribuir esa circunstancia al escaso seguimiento y seriedad

¹⁶⁵ Jean-Jacques Rousseau, escritor, filósofo, músico, botánico y naturalista franco-helético definido como un ilustrado, cuyas ideas políticas influyeron en gran medida en la Revolución francesa y las teorías jurídicas y sociales que incidieron en los avances pragmáticos posteriores. En su obra Emilio o De la Educación, consagró la teoría «El hombre es bueno por naturaleza y dañado por la sociedad». Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau

¹⁶⁶ CPPD., Art. 201

¹⁶⁷ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 103

que el sistema de justicia aplica sobre el particular. En ocasiones han llegado a evidenciarse falsos testimonios en plenas salas de audiencias ante la hilaridad de la concurrencia, y todo se resuelve con el fin de la deposición, sin que medie ningún tipo de sanción por la falta cometida.

Y no es que se trate de una materia dejada al azar u olvidada por el legislador, de hecho, bajo el título: Falso Testimonio, en el art. 361 del CPD, se lee textualmente:

1.- Perjurio es la afirmación de un hecho falso, bajo juramento o promesa de decir verdad; sea al declarar por ante algún Tribunal, Juez, funcionario u otra persona competente para recibir el juramento o la promesa; sea en algún documento suscrito por la persona que haga la declaración, en cualquier procedimiento civil o criminal, en cualquier caso en que la ley exija o admita el juramento o la promesa.

2.- Son cómplices del perjurio los que por amenazas, promesas, persuasión, inducción, súplicas o dádivas hubieren conseguido que otra persona cometa el perjurio.

3.- El perjurio se comete aún en el caso de que el juramento o la promesa sean irregulares por vicios de forma.

4.- (Mod. por Ley 224 del 26-6-1984 y ley 46-99 del 20-5-1999). El perjurio se castigará con las penas y según las distinciones siguientes:

a) Cuando a consecuencia del perjurio un acusado hubiere sido condenado a treinta años de Reclusión Mayor, y la sentencia hubiere sido ejecutada, se impondrá al autor del perjurio el máximo de los Reclusión Mayor.

b) Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, siempre que a consecuencia de perjurio el acusado hubiere sufrido total o parcialmente una pena criminal o correccional, se impondrá la misma pena al autor del perjurio.

c) Cuando el acusado condenado a consecuencia del perjurio no hubiere sufrido total ni parcialmente la pena impuesta, se aplicará al autor del perjurio seis meses de prisión correccional

o multa no menor de cien pesos ni mayor de mil pesos o ambas penas a la vez.

d) Cualquier otro caso que no sea de los previstos en los párrafos anteriores se castigará con la multa de cincuenta pesos a diez mil pesos; o prisión correccional de un mes a dos años, o ambas penas a la vez.

e) Al cómplice o cómplices del perjurio se le impondrá la misma pena que al autor del perjurio.

5.- El artículo 463 del Código Penal no es aplicable a los casos de perjurio, ni respecto de los autores ni de los cómplices.¹⁶⁸

Siendo meridianamente clara la voz de la ley, cabría preguntarnos, estamos conviviendo y desarrollándonos en una sociedad regulada por los cánones legales?, o asistimos a una convivencia social apática y/o de aplicación utilitarista de la ley?, en la que necesitamos abrumarnos de pruebas o es necesaria la presencia del poder mediático para que la pesada carreta de la justicia pueda echar a andar?.

Si tomamos como referencia este trascendental art. 361 de nuestra normativa penal, y decimos trascendental porque el mismo regula el comportamiento de los ciudadanos al momento de comparecer por ante un tribunal en la delicada condición de testigo y quienes “según su creencia presta juramento o promesa de decir la verdad”, sin respetar ni una ni otra, olímpicamente, se pueda prestar a aportar un testimonio que niegue justicia, tal vez a una madre que creyendo en este sistema de control social, pone en manos de un procedimiento falaz, la confianza de que sea castigado el asesino de su único hijo; o se confabula contra un inocente para recluirlo en miserables cárceles por indeterminados años de su vida.

Mirando en retrospectiva, no deja de ser preocupante la circunstancia de impunidad de la que disfruta el perjurio o falso testimonio, moneda corriente en la práctica judicial dominicana; de hecho, sólo se tiene constancia de una sentencia condenatoria en esta materia; y sobre el particular llama a preocupación el hecho de que la misma fue fruto de

¹⁶⁸ CPD., Art. 361

una impudencia de la condenada,¹⁶⁹ no el producto de mecanismos propios del sistema penal para garantizar la transparencia de los actores del proceso.

Es incuestionable que una prueba obtenida en tales circunstancias, deviene en ilegal, por lo que no solamente debe ser excluida, sino también perseguida, por tratarse de una prueba activa en la que se da cita la voluntad, anuencia e intencionalidad del sujeto; por lo que prestar atención, verificar su veracidad y aplicar las sanciones previstas a tales fines, son eventos que contribuirían a desalentar esta deleznable práctica.

1.3.4.3.2 El Estado Real del Deber de Veracidad

El objetivo práctico para el cual es convocado el testimonio de un ciudadano ante una litis penal, es de que sirva con sus conocimientos para esclarecer los hechos planteado y, consecuentemente, facilitar al juzgador los medios para la toma de una decisión justa, a lo menos que debe aspirar el sistema de justicia es que el testimonio se funde en la veracidad.

Muchas son las conjeturas que acompañan el desenvolvimiento de este medio de prueba, básicamente por el alto componente humano de su “estructura”, y a sabiendas de que el ser humano es de naturaleza veleidosa, nunca es ociosa una pizca de suspicacia sobre esa categoría de actividad; y más aún, cuando el sujeto denominado testigo, es un apersona indeterminada, con formación, costumbres, ideas, convicciones... desconocidas, que las circunstancias de la vida han colocado en un espacio y tiempo, generalmente indeseado, pero que le imprimen el deber de esclarecer circunstancias de carácter legal.¹⁷⁰ Y justamente esos

¹⁶⁹ Carmen Delia Acevedo Rodríguez sirvió un testimonio que fundamentó una condena de veinte años en perjuicio de Aquilino Delgado Lugo. Después de producida la sentencia Acevedo Rodríguez se acercó a la esposa del condenado y le ofreció variar su testimonio a cambio de 250 mil pesos, quien no presentó objeción a cambio de que la declaración de descargo se hiciera por escrito, a lo que accedió la “testigo” falaz. Véase: <http://elnacional.com.do/condenan-a-20-anos-de-prision-mujer-hallan-culpable-perjurio/>

¹⁷⁰ Para un número indeterminado de personas, el hecho de haberse encontrado en ese tipo de circunstancias ha sido coincidencia fatal. Muchas de las personas que presencian un hecho delictivo, sin discriminar su naturaleza, no llegan siquiera a tener la posibilidad de compartir con conocidos sus experiencias, toda vez que en el acto le es segada la vida; otros, llegan al proceso y en el camino o sufren las consecuencias de los primeros o son intimidados de tal modo que desisten de rol o terminan declarando de manera tan genérica que su testimonio resulta superfluo e inaprovechable a los fines penales, cuando no es que concluyen directamente beneficiando al imputado. Este tipo de actividad, a la “zapa de la justicia”, se ha tornado una práctica común cuando el imputado ha delinquirido bajo la protección del crimen o bandas organizada, quienes como parte de sus estrategias para evadir la justicia, desarrollan operarios para realizar procesos de intimidación de testigos. Este tipo de actividad, frecuentemente, es ajena al conocimiento de la justicia.

son los componentes del sujeto que asiste a una sala penal a declarar sobre algo que no le es propio, excepto en el abstracto mundo de la gnoseología, son esas circunstancias personales con las que debe lidiar el juzgador, y aún sobre las debilidades, personales o sociales del sujeto, extraer “lo mejor” para el fundamento de una decisión.

Sin perjuicio del arraigo social, educacional e incluso mental, que exhiba el individuo que en el proceso penal se le denomine testigo, los cuales bien pudieren previamente exhibir niveles de inestabilidad; bien pudieren estar saneados y en condiciones óptimas para su adecuada colaboración con el proceso de justicia. Aun en este último caso, se correría el riesgo de la mendacidad, adrede, por alguna circunstancia, conocida o no.

Sobre este particular estima Carrara¹⁷¹ que el fundamento probatorio del testimonio tiene por base la experiencia vivida, la cual muestra que el hombre, por regla general, percibe y narra la verdad, y solo de manera excepcional, se engaña y miente; posición esta que ha sido enfrentada por Manzini, quien defiende la opinión de que esa posición es “*contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no solo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros*”.¹⁷²

No resulta necesario tomar partido por uno u otro para referirnos sobre la cuestión, de hecho, en los párrafos precedentes de dejan traslucir algunos puntos de vistas del autor respecto del punto de la veracidad del testigo. Justo es precisar que, sin perjuicio de que un testigo haya tomado la decisión de ofrecer al tribunal un testimonio en un sentido de veracidad o engaño, hay circunstancias de percepción o transmisión que involuntariamente traicionan o pueden traicionar al testigo ponente.¹⁷³

¹⁷¹ Carrara, Francisco “Programa de Derecho Criminal”, Editorial Temis, Buenos Aires, 1972, t. II, pág. 426

¹⁷² Manzini, V. Op. cit., pág. 164

¹⁷³ Sobre el particular refresco la experiencia en uno de los módulos correspondiente a este programa, dirigido por el profesor Dr. M. Negrón, en el que se compartió una batería de ejercicios perceptuales. El alumnado del nivel ideal más alto deseado, intelectuales, jueces de los diferentes grados jerárquicos, académicos y juristas consumados de larga trayectoria de ejercicio. Resultado: la inmensa mayoría resultó transmitiendo percepciones distintas de las realidades y hechos que se habían expuestos. Circunstancia para plantearnos seriamente la ruta de validez para una prueba testimonial, es preciso re-inventar el medio probatorio.

Significan estas aseveraciones que el medio de prueba testimonial resulta inútil?, no necesariamente, pero sí debe ser observado con extremo cuidado y delicadeza, tanto su contenido como su continente. En este punto coincidimos con los planteamientos de Cafferata Nores sobre el particular:

*“Es cierto que no siempre la percepción de la realidad será fiel y que no siempre la trasmisión será veraz, pero estas circunstancias no bastan para descalificar genéricamente al testimonio como medio de prueba. Sí, en cambio, deberán ser tenidas principalmente en cuenta al momento de valorar la eficacia probatoria de la declaración en cada caso particular, y el juez podrá apartarse razonablemente de la versión del testigo, por alguno de aquellos defectos en la percepción de los hechos o en su transmisión.”*¹⁷⁴

1.3.4.3.3 Excepciones Legales al Deber de Veracidad.

La persecución y castigo del testimonio mendaz no siempre es corroborado por la normativa penal; y, evidentemente, existen circunstancias dentro del proceso penal, en las cuales tanto el tratadista como el legislador eximen al exponente de la manifestación clara y llana sobre la verdad de que conocedor. Aun señalándose la verdad como una virtud que en la vida social cohesiona la convivencia entre los individuos, hay ocasiones en las que es lícito omitirla.

Analizando la temática desde un prisma general, encontramos en las reflexiones de Bentham justificaciones lógicas, y desde un punto de vista, incluso moral, de en cuales casos es permitido el manejo utilitario de la verdad. Sobre el particular apunta tres causales sobre las cuales es justificable el ardí en perjuicio de la declaración veraz.

Señala en primer lugar, el concepto que denomina “*desviación de la verdad por deber*”, justificado en los casos en que el desenvolvimiento de la verdad podría ocasionar un daño, en tanto que la falsedad no ocasionaría ninguno; tal sería el caso de engañar a un asesino armado, sobre el escondite de un hombre a quien pretende hacer su víctima.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 104

¹⁷⁵ Cfr. Bentham, J. Op. cit. pág. 33

El segundo escenario lo justifica mediante lo que denomina “*desviación de la verdad por humanidad o beneficencia*”, el cual pretende evitar la ocasión de un daño o dolor psicológico al receptor de la verdad; justifica este concepto con el caso de un galeno que tratando de evitar angustias crueles a un enfermo o su familia, atiza el engendro de esperanzas inexistentes.¹⁷⁶

“*Desviación de la verdad por urbanidad o por cortesía*”, es el tercer concepto sobre el cual Bentham justifica la interposición de la verdad por la mentira, sin que esta sea censurable; aunque esta sea aún de menor gravedad que las anteriores, tomando en cuenta que es referida a intereses inferiores, tal es el caso de atenuar una crítica o exagerar una alabanza, a los fines producir un estado de ánimo positivo.¹⁷⁷

En términos estrictamente legales, en el marco de las presiones procesales que regulan la materia en dominicana, conjuntamente con la obligación de testificar, existen circunstancias que permiten facultativamente sustraerse del proceso en la indicada calidad, lo que significa que el hacerlo depende exclusivamente de su soberana voluntad, y la decisión positiva de hacerlo en la práctica no tendríamos otro resultado que una excepción velada al deber de veracidad, porque facultativamente se le está otorgando el derecho a intervenir en el proceso, a una persona que no por ociosidad previamente cuenta con una tacha por parte del legislador; por lo que sobre ese particular coincidimos con la sentencia de Jauchen sobre el particular:

*“La obligación de manifestar la verdad no existe, por supuesto, en aquellos casos en que la persona está eximida de declarar o cuando tiene la facultad de hacerlo. En este sentido está involucrada la persona que declarando como testigo miente frente a la pregunta que lo incrimina penalmente, y también todos aquellos casos de testigos que pueden abstenerse de declarar en contra de determinada persona en razón de los vínculos de parentesco.”*¹⁷⁸

¹⁷⁶ Cfr. Bentham, J. Op. cit. pág. 33

¹⁷⁷ Cfr. Bentham, J. Op. cit. pág. 33

¹⁷⁸ Jauchen, E. Op. cit. pág. 297

Otorgarle facultad de abstención a un actor que de por sí ingresa al proceso con ojeriza legal, lo interpretamos también como una venia simulada al deber veracidad; por tanto, una ponencia testimonial de esta tipología debe poseer un carácter estrictamente referencial, ya que la misma estará viciada por “el amor” o “el despecho”, o dicho en otras palabras, estará exponiendo una persona que por sus vínculos de cercanía con el encartado, procurará su absolución, o por la incidencia de resentimientos manifiestos u ocultos procurará su condena; escenarios ambos nocivos y contaminantes a la salud del proceso penal.

En efecto, en la lectura del art. 194 de la normativa procesal se impone al ciudadano la “obligación de comparecer a la citación y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones de ley”.¹⁷⁹ Y en la parte complementaria del referido artículo, en sentido amplio, exime del mandato de testificar, a aquellas personas cuya disertación pudiere comprometer su responsabilidad penal. En sentido estricto, la ley los excluye taxativamente.

1.3.5 La Prueba Pericial

1.3.5.1 Definición y Concepto

Constituyen las pericias estudios especializados sobre diversos aspectos de utilidad para entender mejor determinados aspectos de un delito, permitiendo al juzgador una panorámica de mejor comprensión sobre las circunstancias en que se concretó el hecho delictivo objeto de la litis.

Aborda Cafferata de manera rápida y frontal, el tema relativo a esta prueba, sin rodeos, aduciendo que “Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez no puede verlo todo, con igual o mayor razón se ha señalado que tampoco puede saberlo todo”.¹⁸⁰ La prueba pericial, peritación o prueba de peritos, esta ponderada dentro de la élite de los medios de prueba, compartiendo con el testigo las características de que ambos aportan conocimientos en calidad de terceros ajenos al proceso.

¹⁷⁹ CPPD., Art. 194

¹⁸⁰ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 55

Estrella Ruiz refiere la pericia como “*aquella aportación al proceso de conocimientos de carácter técnicos, artísticos o científicos, por una persona que aporta sus máximas experiencias sobre determinado tema y el juez, aunque posea, no debe dejar de escuchar*”,¹⁸¹ sobre este último particular especialmente claro es Jauchen quien es de opinión que del magistrado “*solo se requiere que sea un técnico en Derecho, mas no en otras ciencias*”, aduciendo que por lo general “*carece de conocimientos sobre cuestiones de técnicas diversas, arte o especialidades que refieran precisamente a las circunstancias que se desconocen en el proceso; siendo estas dificultades de orden cognitivo, es que se precisa la necesidad de recurrir al auxilio de los expertos para que ilustren al juzgador sobre tales extremos.*”¹⁸²

Es el perito un especialista en un área del saber, que toma conocimiento de los hechos tras ser solicitado por una de las partes involucradas en el litigio, para que sirva como auxiliar, proveyendo conclusiones que aquellos no pudieren extraer con su certeza, y dictamina con base a los conocimientos especiales que posee sobre una ciencia o arte.

Resulta particularmente descriptivo el razonamiento que describe al perito como la persona que sabe lo que el juez no, como el personaje al que debe ineludiblemente recurrir el juzgador tras verificar que “*para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.*”¹⁸³

1.3.5.2 Requisitos del perito y peritaje

De conformidad a la apreciación de Maier se requiere del perito, en primer lugar, una acreditación de idoneidad sobre el conocimiento y práctica en una ciencia, ya sea médica, química, física, etc; en una técnica, ya se trate de balística, manejo de armas, informática, etc; o un arte, ya se trate de escultura, pintura, circense, etc, “*pues la peritación, básicamente, se traduce en un acto de conocimiento fundado en leyes o reglas del tipo citado*”.¹⁸⁴

En segundo lugar, un elemento propio y exclusivo de este medio probatorio, el cual “*se resume en un aspecto negativo y otro positivo, que confluyen en el mismo elemento: no*

¹⁸¹ Estrella Ruiz, Manuel Op. cit., pág. 18

¹⁸² Cfr. Jauchen, E. Op. cit., pág. 375

¹⁸³ CPPD., Art.204

¹⁸⁴ Maier, J. Op. cit. pág.14

*haber percibido el hecho o circunstancia por el cual se le pregunta espontáneamente – por medio de sus sentidos y sin convocatoria judicial alguna- al momento de acaecer y haberlo conocido por convocatoria judicial, mediante un procedimiento de investigación dependiente de aquel conocimiento especial que caracteriza al perito y que le permite afirmar fundamentalmente –de modo cierto o probable- aquello en lo que concluye.”*¹⁸⁵

El perito, al igual que el testigo, supone la participación de un tercero, en principio, ajeno al proceso, llamado a tener incidencia en el resultado del mismo. Se distingue el perito del testigo, en que éste posee un conocimiento directo de los hechos sobre los que versa su participación, y aquel, sus conocimientos son provocados por una solicitud judicial que por sus conocimientos especializados se lo ubica en el centro del litigio. En tal sentido, no resulta ocioso aclarar las previsiones que sobre el particular apunta el art. 205.

CPPD, en el sentido de que no rigen las reglas previstas para la prueba pericial, “*para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció directamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica*”,¹⁸⁶ caso en el cual se aplican las reglas de la prueba testimonial.

La posesión de conocimientos especializados sobre una ciencia, arte o técnica, no constituyen la vía exclusiva por la que el perito ingresa al proceso, de hecho, la normativa procesal dominicana, siempre que el área técnica o del saber este reglamentada, requiere titulación de los peritos, sobre la materia a que son llamados a dictaminar, en caso de no reglamentación formal, se exige la designación de “*personas de idoneidad manifiesta*”.¹⁸⁷ En efecto, la solemnidad del proceso penal entraría en un tramo de incongruencia, si le fuera encomendado el peritaje a una persona carente de los méritos académicos y de conocimientos que permitan conclusiones idóneas e imparciales; de hecho, por el alto grado de especialidad exigidos al perito, alguna teorías sobre la materia ubican al perito como un auxiliar del juez, toda vez que “*la técnica de su profesión, de su arte o de su oficio lo auxilia a tomar decisiones*”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Maier, J. Op. cit. pág.147-148

¹⁸⁶ CPPD., Art. 205

¹⁸⁷ Idem 184

¹⁸⁸ Maier, J. Op. cit. Pág.149

1.3.5.3 Requisitos de Validación

Como se ha apuntado precedentemente, el medio probatorio del peritaje convoca para su validez una serie de requisitos que le asignan prohibiciones expresas, que invalidan al experto para ejercitar sus pericias en un determinado proceso, entre las que se citan la insuficiencia o alteración de sus facultades, quienes deban abstenerse de declarar como testigos,¹⁸⁹ quienes hayan sido testigos del hecho objeto de procedimiento, y los inhabilitados.¹⁹⁰

1.3.5.4 Eficacia Probatoria

Los peritos, designados por el MP en la etapa preparatoria,¹⁹¹ su dictamen no es poseedor de una fuerza obligatoria para el juez que conoce el fondo y ha de decidir la cuestión de que se trata. El juzgador posee la libertad procesal de aceptar o rechazar el dictamen pericial; en ese sentido se asemeja al testimonio,¹⁹² toda vez que tampoco es vinculante a la decisión del asunto, pero sí sirven para referenciar y ambientar el proceso y su participación colabora, de algún modo, en la convicción del magistrado, y en este aspecto jugará un papel fundamental la cantidad y calidad de pruebas aportadas por las partes, y la naturaleza del proceso que se trate.

El tribunal, que a solicitud de parte o por propia necesidad, tiene la facultad de solicitar la participación en juicio del perito *“siempre que lo estime oportuno y en cuanto sea materialmente posible, ordenar que las operaciones periciales sean realizadas o recreadas en la audiencia”*,¹⁹³ caso en el cual se somete en el proceso al escrutinio de las partes conforme las previsiones que existen para los testigos. De todos modos, asistiendo o no al proceso, debe fundamentar el tribunal, la acogida o rechazo del informe pericial, ofreciendo motivos claros y convincentes de la naturaleza de su convicción.

¹⁸⁹ El Art. 196 CPPD otorga el poder de abstención, tanto a declarar, como a servir de perito en el curso de un proceso penal, a: 1) El cónyuge o conviviente del imputado, y 2) Los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

¹⁹⁰ Se considera inhabilidad a la imposibilidad general de hacer o recibir alguna cosa, resultando la indignidad y la incapacidad, las razones más frecuentes de inhabilidad.

¹⁹¹ Así lo manifiesta la normativa procesal dominicana: art. 207 CPPD; Argentina art. 163; España art.396ss

¹⁹² De hecho la legislación española asemeja de modo tal al perito y al testigo que en escasas ocasiones le da un trato particular a aquel, la mayoría de referencias apuntan: “Los testigos y peritos” o bien “Los testigos o peritos”.

¹⁹³ CPPD., Art.324

En el caso dominicano, encuentra fundamento el tratamiento pericial en las previsiones del art. 333 CPPD, en el cual la normativa faculta al juzgador a tomar decisiones apreciando, *“de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan...”*¹⁹⁴ Entendiéndose en la expresión *“de un modo integral”* la inexclusividad del juzgador entorno a un medio de prueba propuesto.

La condición de independencia del juzgador ante el dictamen pericial se recoge en la expresión *“el juez es peritos peritorum”*, no con ello significando una omnipotencia judicial, sino, para los casos en que *“desea”* inscribir el magistrado una sentencia en armonía con el debido proceso de ley, le genera la obligación y el deber de someter sus razones de recepción o rechazo, sobre el dictamen planteado.

Citando a Leone¹⁹⁵ nos apunta Cafferata Nores:

*“Señala este autor que el juez, si te rechaza la pericia, tendrá el deber de ‘hacer evidente lo erróneo de aquel juicio’ bajo el aspecto ‘lógico’ o ‘científico’. Pero, respecto de esto último, la descalificación podrá basarse en la inobservancia, en el dictamen, de principios psicológicos o de experiencia, en su flagrante contradicción con las otras pruebas de la causa, o en otro dictamen pericial: nunca en el conocimiento científico que pueda tener o se arrogue el juez. El dictamen puede ser descalificado porque ‘resulte infundado’ o ‘porque el juez lo deseche en virtud de otras pruebas aptas para arribar a una conclusión distinta’ (Trib. Sup. Just. Córdoba, 12/9/1996. ‘Gamboa’, Sent. 37) Pero es imprescindible o olvidar que, por ejemplo, las pericias médicas fundadas en principios científicos y que llegan a conclusiones categóricas no se destruyen, en general, con simples argumentos, sino solamente con otras pruebas que demuestren el error.”*¹⁹⁶

¹⁹⁴ CPPD., Art.333

¹⁹⁵ Leone, G. Op. cit., pág. 202

¹⁹⁶ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 96

1.3.5.5 El perito Cultural

Especialmente novedoso en la normativa que regula el proceso dominicano, es la figura del “perito cultural”,¹⁹⁷ también denominada pericia antropológica,¹⁹⁸ quien sube a escena en los casos de hechos punibles que involucren a miembros de grupos sociales con prácticas culturales distintas, ocasiones en las que su intervención deberá edificar al juzgador sobre las pautas diferenciadoras referentes a la visión del mundo y entorno ético y jurídico, que le permitan valorar adecuadamente la responsabilidad penal del justiciable.

Esta figura adquiere relevancia en el hecho de la apertura de la legislación penal dominicana, a no ceñirse a una aplicación ad-literam de las previsiones legales, sino que se permea la esfera de lo intangible ante hechos punibles que bien pudieran entrañar una motivación de índole cultural; aunque en este estadio del desarrollo de la percepción social en cuanto a la aplicación de las normas penales, representaría un franco desafío para el juzgador, ante un hecho relevante que alcance la esfera mediática y la consecuente opinión pública adversa.

Otra tonalidad interesante que aporta esta figura es la realidad que caracteriza el mundo contemporáneo, marcada por las migraciones, motivadas principalmente por la búsqueda de mejores oportunidades de desarrollo y bienestar material y económico, otras veces por la ocurrencia de conflictos armados que obligan el destierro de cantidades importantes de seres humanos que se ven en la obligación de insertarse en sociedades con estructuras de pensamientos y culturales distintas a la autóctona, circunstancias que con frecuencia crean roces de índole legal; y constituiría una negación de los denominados derechos humanos¹⁹⁹

¹⁹⁷ CPPD., Art.216

¹⁹⁸ Tomando en consideración de definición de antropología, y asumiendo la de Wikipedia por entenderla como más completa, ya que conceptualiza esta ciencia como: “la ciencia que estudia al ser humano de una forma integral”, somos de opinión que es la mejor denominación con la que se puede tratar la cuestión, ya que el termino cultural resulta limitativo a usos y costumbres, y el juicio, sobre todo el penal, debe tomar en consideración la integridad de la persona del migrante, como efectivamente es enfocado por la antropología.

¹⁹⁹ “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” DUDH, Art. 7. El desconocimiento de las manifestaciones culturales y antropológicas constituyen, en efectos prácticos una discriminación en perjuicio del individuo, el cual sería juzgado por patrones sociales y culturales generales entendidos por la sociedad y tribunal local, en franco desconocimiento del denominado “derecho de las minorías”

dispensarle un trato legal desconociendo esas estructuras vitales que forman parte de su sistema de creencias y modo de ver el mundo.

Sobre la presentación de esta pericia en los escenarios judiciales aporta Jesús Moreira en el título “La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios”:

“Este tipo de pericia, también denominada etnográfica o cultural para diferenciarla de la forense, permite orientar técnicamente a la Justicia aportando conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar. También describiendo la relación intergrupala y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida. Y de esta manera decodificar los significados de un comportamiento aceptado o rechazado en una sociedad o nación diferente a la hegemónica.”²⁰⁰

El campo de aplicación del peritaje cultural resulta útil toda vez que miembros de pueblos migrantes se ven involucrados en procesos en que la justicia local requiere determinar la lógica o razón cultural del sujeto atrapado en la contienda legal. Esta modalidad pericial se caracteriza por la presentación de informes y documentos que establecen un contexto, miden patrones culturales y responden cuestiones controversiales a la luz de estándares diferentes a los aceptados por la sociedad hegemónica o local. De manera que en ellas siempre existirá una actividad contrastante, y como diría Roberto Cardozo de Oliveira describirá de algún modo un tipo de “fricción interétnica”. El terreno de la pericia antropológica es la reflexividad, la interpretación y la traducción cultural y en otros aspectos la descripción y el rescate histórico, mediante la prueba etnográfica.²⁰¹

²⁰⁰ Jesús Moreira, Manuel Alberto, Art. Dig. “La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios”, Véase: <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropol%C3%B3gica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-originarios>

²⁰¹ Cfr. Jesús Moreira, M., Art. cit.

1.3.6 La Prueba Documental

Encabeza la prueba documental los medios probatorios que no exigen la intervención humana como materia prima fundamental para la fundamentación de un elemento de convicción para el juzgador. Ingresan por esta vía al proceso todos los elementos materiales con capacidad de soportar, o corroborar, la comisión de un hecho delictivo pasible de ser sancionado por la ley penal.

La documental es el medio de prueba que se introduce al proceso mediante el uso de documentos,²⁰² siendo este el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso. El pensamiento plasmado en el medio material y tangible constituye, al decir de Jauchen, el contenido y la importancia del documento, *“el cual es su objeto portador, pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas, esculturas, pinturas, murales, registros de télex o fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera; en suma, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano.”*²⁰³

Es también afín a esta tendencia conceptual Cafferata Nores, quien define documento como *“el objeto material en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.), mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual (palabras, imágenes, sonidos, etc)... cuando se relacione con el delito que se investiga, o pueda ser útil para su comprobación, podrá ser incorporado al proceso como prueba.”*²⁰⁴

Connotación especial adquiere esta definición por introducir un término de manejo escaso en las lides procesal penal como lo es *“de contenido intelectual”*, el cual le otorga una expresión de voluntad a la expresión plasmada, circunstancia sin la cual la incriminación,

²⁰² Encontramos en la enciclopedia electrónica Wikipedia la conceptualización más amplia relativa al término, y lo define como “un testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en cualquier tipo de soporte (papel, cintas, discos magnéticos, fotografías, etc.) en lengua natural o convencional. Es el testimonio de una actividad humana fijada en un soporte, dando lugar a una fuente archivística, arqueológica, audiovisual, etc. Véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Documento>

²⁰³ Jauchen, E. Op. cit., pág. 487

²⁰⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 199

a partir del hallazgo documental, carecería de valor y consecuentemente inaprovechable para los fines del proceso. Así por ejemplo, un individuo, a punta de pistola, obliga a otro a manifestar por escrito su autoincriminación, y el documento llega a manos de las autoridades... quedará en manos del falso imputado demostrar su inculpabilidad.

Quien también aporta una reflexión a considerar es Gorphe²⁰⁵ al apuntar que la prueba escrita o documental “sería una de las más seguras, y su superioridad resulta incontestable sobre la prueba oral; son muchos y muy diversos los documentos escritos cuya naturaleza permite que sean presentados en juicio a efecto de servir de prueba”.

En efecto, pese a que en materia procesal penal, en principio, no figura encabezando el listado de las pruebas estelares, no deja de tener razón el autor, sobre todo en dos de los puntos señalados; en primer lugar, la seguridad e inmutabilidad de los plasmado²⁰⁶ le otorga a la prueba documental un valor de extrema importancia al momento de su valoración, toda vez que si su contenido refiere uno de los puntos relevantes a ser probados en el proceso, tiene la capacidad de inclinar de manera definitiva la balanza de la justicia.

En segundo lugar, estimamos acertada la valoración del francés en lo que respecta a la superioridad “incontestable sobre la prueba oral”. Esta consideración bien pudiere resultar un punto de controversia, sobre todo porque no se le analiza en particular, sino que se le contrasta con otra de larga data e importancia como la oral, que en definitiva resultaría en testimonial; ahora bien, si detenemos nuestro análisis a considerar las veleidades por las que atraviesa una ponencia oral, en la que se conjugan, esencialmente, el espacio de tiempo recorrido entre la percepción de los hechos y la ponencia en juicio, sin perjuicio de las vicisitudes, personales y probablemente relacionad al proceso, que deba resistir el testigo. Estas circunstancias, evidentemente son ajenas al elemento documental por tratarse de un ser inanimado, “inmutable”, razones por las cuales coincidimos con el gallo, y cuando ese medio conjugue los elementos de convicción suficiente, lo privilegiaremos por sobre la prueba oral.

²⁰⁵ Gorphe, F. Op. cit., pág. 165

²⁰⁶ En este punto asumimos la perspectiva de Jauchen sobre este elemento de prueba, el cual no la limita a su esencia escrita, sino que otorgándole un prisma de mayor amplitud, refiere esta tipología de prueba como todo lo que pueda ser representado.

1.3.6.1 Las Diferentes Naturaleza de Documentos

Cuando nos referimos a documento o prueba documental, lo hacemos sobre un genérico que abarca un terreno inmenso en materia procesal, por lo que se precisa al menos delimitar en términos generales algunas de sus vertientes o naturaleza.

1.3.6.1.1 Las Actas

Cuando en un proceso penal referimos “documentos” bien podemos estar haciendo referencia a las actas procesales levantadas por los organismos de investigación responsables de la sustanciación del caso, o bien los documentos aportados por la víctima/querellante a los fines de probar su verdad y, consecuentemente, fortalecer sus pretensiones.

En este caso reconoceremos como documentos: orden de arresto, autorizaciones judiciales para registros, interceptación de telecomunicaciones y documentos privados, las actas de registro de personas, de registro de lugares, inspecciones..., en fin todas las actuaciones resultantes de las diligencias encaminadas por el MP en la etapa correspondiente a la investigación. De este modo lo prevé la normativa: *“Los actos procesales se pueden registrar por escrito, imágenes o sonidos, y de cualquier otra forma que garantice su fidelidad.”* En tal sentido, en virtud de la parte in principio del art. 138 CPPD, podemos considerar como documentos o actas, *“toda diligencia que se asiente”*.²⁰⁷

Para apostillar la afirmación señalada, nos referimos a los requerimientos legales contenidos en el art. CPPD que marca el inicio de la audiencia de fondo: *“El secretario del tribunal notifica de inmediato a las partes, cita a los testigos y peritos, solicita los objetos, documentos y demás elementos de prueba...”*²⁰⁸

²⁰⁷ CPPD., Art. 138

²⁰⁸ CPPD., Art. 138

1.3.6.1.2 Los Documentos Incriminantes

A diferencia de los documentos o documentaciones referidas, se pueden conjugar otras pruebas documentales, en esencia, de naturaleza distinta a los señalados, son los documentos incriminantes. Esta categoría documental puede definirse como aquel medio de prueba que, siendo producido por el propio imputado o como consecuencia del rastro delictivo, queda plasmado de manera escrita o gráfica, e incrimina al encartado. Así por ejemplo si se trata de un homicida que lleva registro de un diario, hace anotación del acontecimiento y el documento le es ocupado por las autoridades; o el traficante de narcótico que factura la operación a su cliente dando detalles de material, peso, costo, etc, y la misma resulta retenida.

Esta documentación, es de importancia vital para aquellos casos en que su existencia, retención y presentación en el juicio, es imprescindible; y de no existir, no hay caso. Así por ejemplo, si el delito que se persigue es el de falsificación, es imprescindible la presentación del documento argüido de falsedad, se constituye en piedra angular, es la prueba material, y única posible, para poder fundar una sentencia condenatoria; tal así que resulta inútil, en buen ejercicio del derecho, la intervención de la prueba testimonial, e incluso de la propia confesión, por estar ausente el elemento material incriminatorio.

1.3.6.2 Documentos Excluidos como Pruebas

A pesar de la importancia del documento en el proceso penal, hay algunos de ellos que no podrán ingresar a formar parte del legado probatorio en un juicio determinado, en virtud de impedimentos legales que imposibilitan su legal admisión en el proceso, veamos:

- a) En virtud del principio de legalidad probatoria, se establecen normas para el válido levantamiento de las pruebas, por ejemplo la normativa procesal dominicana es específica al plantear que *“Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito...”*,²⁰⁹ y para que no haya espacio para dudas, continúa en el artículo siguiente: *“No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen*

²⁰⁹ CPPD., Art.166

*violación de derechos y garantías del imputado... Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas...*²¹⁰

Manifestándose, más o menos en los mismos términos las normativas constitucionales y legales de los países que observan, o pretenden observar, un estado de derecho, y que se avienen a los cánones de respeto de los derechos humanos.

Las referidas citas legales dejan trasparenteado el hecho de que para hacer valer un medio probatorio en proceso penal, se precisa de la observación de una serie de requisitos que, de ser obviados, la pretendida prueba resultaría inaprovechable. Es lo que podríamos llamar “desprecio por el contenido de la prueba”, toda vez que materialmente la prueba está ahí, es presente, pero su contenido resulta inocuo para utilidad judicial penal; y con el desprecio del contenido, como beneficio colateral, se envía también un mensaje de desprecio sobre la conducta observada por el investigador actuante; esta sería la primera vara a ser saltada por el documento pretendido de prueba.

De igual modo la doctrina refiere la ilegalidad que se contrae del hecho de intervenir y retener las cartas y documentos que el imputado envíe a su abogado defensor para el desempeño de su defensa;²¹¹ sin embargo, el CPD no solo configura el hecho de ilegal, sino que establece sanción incluso para los particulares que intercepten las comunicaciones que no sean de su exclusiva propiedad, aunque se trate de violación de documentos de la propiedad de ciudadanos comunes, castigando el ilícito con pena de prisión²¹²

²¹⁰ CPPD., Art.166

²¹¹ Cfr. Jauchen, E. Op. cit., pág. 496

²¹² Estas previsiones están contenidas en el art. 209 de la Ley 550-14 CPD. Cabe aclarar que esta ley todavía no está en vigencia, fue promulgada en fecha 19 de diciembre 2014 y prevé en la “Disposiciones Finales. Tercera: Entrada en vigencia. Este código entrará en vigor un año después de su publicación en la Gaceta Oficial.” Por lo que estimamos que estará entrando en vigencia para el mes de enero del año 1916. Sin embargo, hacemos uso de ella porque afortunadamente es el futuro inmediato, y sería poco fructífero desarrollar esta labor analítica en torno a una legislación de corta vida de utilidad. Sin perjuicio de que en varios momentos del desarrollo de este estudio destacamos el carácter conservador de los hombres y mujeres de leyes dominicanos, como un reflejo de las vivencias sociales; por lo que obrar de un modo distinto nos haría reo de incongruencia.

- b) En la legislación penal Argentina se excluyen como medios de prueba los documentos que constituyan secretos políticos o militares, que conciernan a la seguridad, medios de defensa o relaciones exteriores... De manera que las razones superiores relativas a la seguridad nacional imponen que determinados medios probatorios, tal es el caso de los referidos documentos, estén eximidos de presentación en causa penal.²¹³
- c) De su lado, el CPD excluye como elemento probatorio cualquier documentación falsa o fraudulenta, ya sea como parte demandante o demandada, así se expresa, será sancionado quien haga uso “...de documentos fraudulentos en proceso judicial. Quien haga uso de promesas, ofertas, amenazas, documentos falsos u otra maniobra fraudulenta en el curso de un proceso, demanda o defensa en justicia”.²¹⁴

1.3.6.3 El Imputado Frente a la Prueba Documental

Como hemos visto a lo largo del desarrollo del presente capítulo, al imputado no le es exigible una actividad probatoria en ninguna dirección, ingresa al proceso investido y protegido por el sagrado manto legal de la presunción de inocencia, proclamada por las múltiples declaraciones internacionales de derecho humanos,²¹⁵ por lo que “nada” tiene que probar, es al imputado a quien se debe probar los hechos imputados, y solo podrá recaer condena en su contra “...cuando la prueba aportada sea suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal...”²¹⁶ más allá de toda duda razonable.

“La presencia del imputado en el proceso penal está gobernada genéricamente, salvo excepciones, por el principio de incoercibilidad, con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Argentina), según el cual no es posible influenciarlo ni constreñirlo a que suministre

²¹³ Cfr. Jauchen, E. Op. cit., pág. 497

²¹⁴ CPD., Art.340

²¹⁵ “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.” DUDH., Art. 11.1

²¹⁶ CPPD., Art. 338

*pruebas en su contra. Aportará material probatorio a su favor o en su perjuicio sólo voluntariamente, decisión que tomará libremente. La falta de cooperación probatoria y hasta su actitud pasiva frente a la incriminación, no puede ser utilizada como prueba de cargo.”*²¹⁷

En razón de las expresiones que anteceden ha de quedar en claridad incontestable, que el papel pasivo que acompaña al imputado respecto de los demás elementos probatorios, lo arrastra con respecto de la prueba documental, carece de obligación alguna de presentar elemento probatorio documental alguno, sin importar de la naturaleza que estos sean.

En tal caso, es al MP que corresponde perseguir cualesquier prueba documental, o de cualesquier otro género que presuma en poder del imputado, y que estime de utilidad a su causa, por iniciativa propia o a instancia de la víctima querellante, caso para los cuales, pende sobre su deber la observación de las previsiones legales respecto de los requisitos para su válida obtención.²¹⁸

1.3.7 De los Objetos de Prueba

Con abundante frecuencia la normativa procesal refiere el término objeto, refiriendo pruebas indeterminadas. La palabra objeto, regularmente unida a otra, para presentar una formulación genérica descriptiva de medio probatorio inespecífico, cuyo contenido y significado debe ser analizado en cada contexto pero, en sentido general, poseedor de una carga de contenido tan amplia que la propia intuición deduce la existencia de una serie de elementos con capacidad medular para decidir la suerte del proceso.

Así, por ejemplo, encontramos en la normativa procesal dominicana la conjugación del término en variadas circunstancias: “custodia de objetos secuestrados”,²¹⁹ “secuestro de

²¹⁷ Jauchen, E. Op. cit., pág. 502

²¹⁸ Para tales casos el MP podrá hacer uso de las previsiones que para tales fines señala el Art. 191, relativo al secuestro válido de correspondencias, señalando expresamente: “Siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, el juez puede ordenar, por resolución motivada, el secuestro de la correspondencia epistolar o telegráfica, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto.”

²¹⁹ CPPD., Art.77

objetos y el arresto de los sospechosos”,²²⁰ “con indicación exacta de los objetos o personas”,²²¹ “Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible... Si los objetos requeridos no son entregados se dispone su secuestro.”,²²² “Objetos no sometidos a secuestro.”,²²³ “Si los objetos secuestrados corren el riesgo de alterarse, desaparecer...”,²²⁴ “Tan pronto como se pueda prescindir de ellos, los objetos secuestrados que no estén sometidos a decomiso deben ser devueltos... los objetos pueden ser entregados en depósito a un establecimiento asistencial que los necesite”,²²⁵ “Los documentos y objetos pueden ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen acerca de ellos...”,²²⁶ “...cuando tiene objetos o presenta rastros que hacen presumir razonablemente que acaba de participar en una infracción;”,²²⁷ “Los objetos secuestrados son enviados al ministerio público con el informe correspondiente, salvo cuando la investigación sea compleja, existan obstáculos insalvables o los objetos sean necesarios para actos de prueba...”,²²⁸ “la restitución de los objetos secuestrados que no estén sujetos a decomiso o destrucción...”,²²⁹ “La sentencia decide también sobre las costas con cargo a la parte vencida y sobre la entrega de los objetos secuestrados”,²³⁰ “La indicación de los elementos de prueba, acompañando los documentos y los objetos entregados o secuestrados ...”,²³¹

Como se ha evidenciado en este resumen normativo con relación al término, se detecta la presencia del referido elemento indeterminado al que la legislación denomina “objeto”, el cual como se ha podido evidenciar, de manera especial en la última referencia, es distinto del “documento” y otros medios de pruebas analizados con anterioridad.

En tal sentido, inferimos como “objeto”, todos aquellos elementos materiales que pudieron haber sido usado para la comisión del ilícito, los que sean consecuencia del ilícito o prueban la actividad perseguida. Así por ejemplo, dentro de los objetos usados

²²⁰ CPPD., Art. 178

²²¹ CPPD., Art. 182

²²² CPPD., Art. 186

²²³ CPPD., Art. 187

²²⁴ CPPD., Art. 189

²²⁵ CPPD., Art. 190

²²⁶ CPPD., Art. 220

²²⁷ CPPD., Art. 224

²²⁸ CPPD., Art. 278

²²⁹ CPPD., Art. 337

²³⁰ CPPD., Art. 338

²³¹ CPPD., Art. 354

para la comisión del ilícito podemos citar: un cuchillo, una soga, un arma de fuego, la balanza usada para pesar estupefacientes... esta tipología de elementos materiales que escasamente es tratado por la ley y la doctrina, quizás por tratarse de cosas menudas. Podemos citar entre los que son consecuencia del delito o prueban la actividad perseguida: un pañuelo ensangrentado con el fluido de la víctima, un zapato o prenda personal de esta, ubicado en el lugar de los hechos, etc.

1.3.7.1 Distinción entre Objeto de la Prueba y Objetos Probatorio

Después de haber dejado específicamente establecidos los objetos del proceso que constituyen prueba, nos abocamos a diferenciar éstos del “objeto de la prueba”.

Si predicamos la prueba como *“la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto”*,²³² de ello se desprende, naturalmente, que son los hechos el objeto de la prueba, dicho de otro modo, lo que es probado en el proceso.²³³

Partiendo de estas acreditaciones conceptuales cabe dejar establecido que escapa al objeto cualesquier elemento que escape a los hechos, en ese sentido cabe destacar que el imputado no es objeto de prueba, ni los objetos que pudieren hacer acopio de prueba en su favor o perjuicio, el enfoque del objeto de la prueba está estrictamente centrado en los hechos que desencadenaron el ilícito perseguido; ya en un segundo momento, establecidos y dilucidados los hechos, sus rastros llevaran al investigador a la persona responsable de su comisión, a la persona imputable de los mismos.

Sobre el objeto de la prueba resume Jauchen a Clariá, Rubianes y Echandía en los términos siguientes:

“El objeto de la prueba en el proceso penal está constituido por el material fatico, incierto en cuanto a su conocimiento y

²³² Moras Mom, J. Op. cit., pág. 221

²³³ Cfr. Taruffo, Michel “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 89

que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión. Esta noción, cuando se la refiere al proceso penal, queda íntimamente ligada al principio de libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba.”²³⁴

1.3.7.2 Distinción entre el Sujeto de la Prueba y Objetos Probatorios

Ya hemos analizado suficientemente la conceptualización teórico práctica de los denominados objetos probatorios, por lo que nos resta el presente ítem diferenciarlo del sujeto de la prueba.

A diferencia del anterior, en donde aislamos el objeto de la prueba de los objetos probatorios, momento en el cual quedó explícitamente establecido que aquel persigue, de manera principal, el estudio y análisis de los hechos acaecidos y, en un segundo momento, por vía de consecuencia se centraba en la figura del imputado en su condición de autor de los mismos.

En esta ocasión el concepto es inverso, cuando referimos “sujeto de prueba” nos estamos refiriendo a la persona a quien se le imputa la comisión del hecho punible. En este contexto sujeto adquiere la referencia de persona innominada,²³⁵ concepto de usanza cuando se desconoce el nombre de la persona o cuando no se quiere hacer referencia directa acerca de quién se está hablando; y, en el ámbito del análisis que nos ocupa, es la persona sobre quien recae la imputación de los hechos perseguidos.

1.3.8 La Prueba Indiciaria

1.3.8.1 Usos terminológicos

En cuanto a la terminología se precisa señalar que entre los civilistas se denomina a este medio comprobatorio “presunciones”; los anglosajones y norteamericanos, lo denominan

²³⁴ Jauchen, E. Op. cit., pág. 21

²³⁵ Individuo, persona cuyo nombre se desconoce. Pequeño Larousse, Op. cit. pág. 948

prueba “circunstancial, y en la Europa continental, como en dominicana,²³⁶ se le denomina “indicio”, vocablo con raíz etimológica en el latín *index* que significa indicación, señalamiento, derivación que se aviene con el sentido que se le denomina en proceso penal, según el cual un hecho o elemento probatorio estaría señalando la existencia de otro.²³⁷ En sentido estricto, se define indicio como la cosa material, señal o circunstancia que permite deducir la existencia de algo o la realización de una acción de la que no se tiene un conocimiento directo.²³⁸

1.3.8.2 Definiciones y Conceptualización

El primer ejercicio conceptual respecto de la materia lo extraemos de Estrella Ruiz quien define la prueba indiciaria como una circunstancia o hecho a partir del cual se puede llegar a conocer otro desconocido.²³⁹ En la misma dirección se expresa Devis Echandía entiende por indicio “*cualquier conocido (o una circunstancia de hecho conocido) del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hechos desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales.*”²⁴⁰

La opinión de los doctrinarios consultados otorgan similar conceptualización definitoria. Una leve variante encontramos en Desimoni, quien reflexiona que la prueba indiciaria “*consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido*”²⁴¹

Resulta el indicio una categoría especial de pretensión de prueba que puede ascender a ella, por lo que razona Gorphe que “*comprende toda acción o circunstancia en relación con el hecho investigado y que permita inferir la existencia o las modalidades de este último.*”²⁴²

²³⁶ CPPD., Art. 428.1

²³⁷ Cfr. Jauchen, E. Op. cit., pág. 585

²³⁸ Cfr. Pequeño Larousse Op. cit., pág. 557

²³⁹ Cfr. Estrella Ruiz, M. Op. cit., pág. 24

²⁴⁰ Devis Echandía, H. Op. cit., pag.489

²⁴¹ Desimoni, Luís María Op. cit., pág. 195

²⁴² Gorphe, F. Op. cit., pág. 249

Constituye el indicio una de las denominadas pruebas secundarias. Clasificación que a verdad de Horvitz, se ajusta a una división en materia de hechos relevantes, que distingue entre hechos principales, compuesto por aquellos que representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma; y los hechos secundarios, los cuales se distinguen de aquellos en que no reciben calificación jurídica alguna, sino que adquieren significado en el proceso solo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal. A juzgar por este planteamiento doctrinal, podemos colocar sin remordimientos el indicio en el proceso penal en el campo de lo especulativo, prima facie, que bien puede servir como elemento detonador para el análisis de otros elementos probables no ponderados previamente en el proceso, es decir, que permiten enfocar el proceso desde otra perspectiva que bien puede resultar comprometedor para los intereses encausado, toda vez que pueden revelar posibles motivos del móvil de ilícito hasta el momento ocultos.²⁴³

Resulta prueba indiciaria aquella que, por ejemplo, en el caso de un homicidio entre amigos, el cual se está juzgando como inintencional y, en medio del proceso, se acredita mediante testimonio que en el último tramo de su vida el occiso vivió momentos de amargura a causa de un préstamo millonario que le había realizado al “amigo” imputado, y que éste se negaba a honrar, y encima presenta el testigo un documento de reconocimiento de deuda, autenticado en su debido momento, por el imputado en proceso. Estas circunstancias representan pruebas indiciarias. A partir de ese momento habrá serias y fundadas dudas sobre la teoría sostenida por el imputado y su defensa relativa a la muerte accidental, y tomará pie la de homicidio voluntario, circunstancia con capacidad de marcar en lo sucesivo el rumbo del proceso.

En el proceso penal dominicano, en caso de surgir en medio del conocimiento del fondo una prueba indiciaria, si ingresa a través de testigo y éste, o el acusador están en capacidad de demostrar su afirmación más allá de la simple enunciación, abre la posibilidad de ingresar y ser parte sustancial del proceso, en condiciones de probar y/o agravar los hechos imputados, a través del art. 322 CPPD, en el cual se lee:

²⁴³ Cfr. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 133

“Ampliación de la acusación. En el curso del juicio el ministerio público o el querellante puede ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia surgido durante el debate que modifica la calificación legal, constituye una agravante o integra un delito continuo. En relación con los hechos o circunstancias nuevos atribuidos en la ampliación de la acusación se invita al imputado a que declare en su defensa y se informa a las partes que pueden ofrecer nuevas pruebas y de ser necesario solicitar la suspensión del juicio. Los hechos o circunstancias nuevos a los cuales se refiere la ampliación integran la acusación. Si como consecuencia de la variación de la calificación jurídica, corresponde su conocimiento a un tribunal con competencia para infracciones más graves, el juicio es interrumpido y comienza desde su inicio ante la jurisdicción competente, salvo que las partes acepten la competencia del tribunal...”²⁴⁴

1.3.9 Actividad Probatoria y Valoración de la Prueba en el Sistema Procesal Dominicano

A estas alturas de las disquisiciones relativas a la prueba y su valoración, se precisa establecer los estadios de diferenciación entre lo que en el proceso penal se denomina actividad probatoria y valoración de la prueba.

Se insufla vida a la actividad probatoria en el momento en que el persecuidor público tiene noticias de la comisión del ilícito, desde el preciso momento en que se realiza el descenso al lugar de los hechos y/o inician las experticias investigativas, y como apunta Brown, *“es allí, quizás, donde con mayor rapidez se aprecian los elementos probatorios de la causa...”*²⁴⁵ Es la etapa donde tiende a aflorar la condición humana del investigador, y justo el momento en que la referida condición puede incidir en la venia de permitirse apadrinar prácticas reñidas con los requisitos tutelares relativos al

²⁴⁴ CPPD., Art. 332

²⁴⁵ Brown, Guillermo “Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal”, Editorial Jurídica Nova Tesis, Argentina 2002, pág.15

levantamiento de los elementos probatorios, quizás por el impacto que naturalmente produce la observación de hechos deleznable.

Por tanto, podemos definir la actividad probatoria como el conjunto de procedimientos llevados a cabo, a los fines de recaudar el fardo probatorio que ha de sustentar un proceso penal.

Esta inicial etapa de instrucción es desarrollada usualmente por el MP,²⁴⁶ quien es el funcionario sobre quien recae el acopio de los méritos probatorios que han de hacerse valer en los otros estadios del proceso penal.

En contraposición, y como un medio de ejercer un sano y debido equilibrio en el proceso, media la figura o concepto de valoración de la prueba, que no es más que el escrutinio bajo la lupa del respeto y observación de los parámetros legales para el levantamiento válido de los medios probatorios; es la razón por la que Brown refiere que *“La valoración de la prueba, entonces, cobra trascendencia desde el inicio del proceso penal.”*²⁴⁷

En referencia al proceso penal seguido en el sistema judicial dominicano, se presume que la prueba ha de llegar “saneada” a la audiencia que decide el fondo del proceso, toda vez que el paso de la misma por el cedazo de la audiencia preliminar, intermedia o de juicio a las pruebas, se han limado las aristas que pudieron haber contaminado el fondo de la decisión penal.

1.3.9.1 Recolección

Esta primera fase del recorrido de la prueba, inicia su desarrollo inmediatamente se produce el hecho punible y el mismo se hace de conocimiento a la autoridad fiscal o policial correspondiente, ya sea mediante denuncia o querrela.²⁴⁸

²⁴⁶ En la legislación dominicana el jefe de la investigación es el MP, sin embargo, la PN juega un papel preponderante, que en la mayoría de los casos sustituye la labor del MP, y éste entra cuando aquella le permite el ingreso.

²⁴⁷ Brown, G. Op. cit., pág.16

²⁴⁸ Estas actividades procesales que se detallan en los bloques de arts. 262 al 266 y 267 al 272 del CPPD, respectivamente. El CPPD está contenido en la Ley 76 - 02. El mismo abrogó el CPCr, que rigió el proceso penal dominicano desde el 27 de junio de 1884, hasta el 19 de julio del 2002 fecha en que fue promulgada la

Esta legislación procesal asigna responsabilidad a los funcionarios del MP o de la PN, la custodia del lugar del hecho y la comprobación, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible, con el deber de recoger y conservar los elementos probatorios útiles para los fines de prueba de los hechos materiales, como el vínculo de estos hechos con el sujeto a quien se imputa la comisión de los mismos.²⁴⁹

Esta primera actividad, la cual se registra sobre la escena misma de los acontecimientos, cuando a ello hubiere lugar, puede ser complementada con actividades conexas que den al traste con la consecución de elementos probatorios útiles para la investigación del hecho, en el marco del denominado procedimiento preparatorio; entre las actividades que pueden ser celebradas, señala nuestra normativa que pueden ser practicados “*registros de personas, lugares o cosas, cuando razonablemente existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado.*”²⁵⁰

De igual modo pueden realizarse levantamientos de elementos probatorios, con el debido y previo mandamiento, a partir de interceptación de telecomunicaciones y el secuestro de correspondencias. Es lícito también, que el MP se auxilie de testigos y peritos que a su buen juicio apoyen sus pretensiones, tendentes a perseguir, judicializar y procurar el castigo de los hechos punibles que la normativa le autoriza intervenir.

La totalidad de las referidas actividades procesales están sujetas al cumplimiento de las observaciones que para el levantamiento de los elementos probatorios en sentido general, y cada una de ella en particular, prevé expresamente, so pena de nulidad, nuestra normativa procesal penal.

Descansa sobre los hombros del MP la dirección en esta etapa, denominada procedimiento preparatorio, caracterizada por la recolección de los elementos probatorios útiles para el esclarecimiento del hecho punible e identificación e individualización del

actual normativa procesal penal. En lo sucesivo usaremos indistintamente CPPD o ley 76 - 02, para referirnos a la normativa procesal penal dominicana.

²⁴⁹ Cfr. CPPD, Art. 173

²⁵⁰ CPPD., Art. 88

sujeto, y sus cómplices, a quien se imputa su comisión, conforme se establece textualmente en nuestra legislación procesal penal: *“El Ministerio Público dirige la investigación y practica u ordena practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la ocurrencia del hecho punible y su responsable.”*²⁵¹

Mientras el antes citado art. 88 CPPD refiere como misión del MP, *“determinar la ocurrencia del hecho punible”*, en el art. 91 CPPD, aduciendo al mismo espíritu de su función, se lee: *“determinar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos”*. Esta última precisión no resulta ociosa, si se toma en consideración que en la actual generación jurídica, en la mayoría de los países acordes a la civilización contemporánea, la actividad punitiva del estado se ha engalanado con normativas de respeto a los derechos fundamentales del individuo, dispensando el reconocimiento de los derechos y libertades de los detenidos, imputados y procesados por la violación de una normativa penal, cuanto más en esta primigenia etapa de la investigación, por lo que expresamente la ley procesal dominicana impone al investigador: *“...extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo.”*²⁵²

La doctrina le supone al MP, como es el deber, un desempeño imparcial alejado de pasiones y prejuicios que pudieren tender a la contaminación del proceso puesto a su cargo, circunstancia en la cual la doctrina, al parecer, enfoca su elucubración en el ideal, dejando de lado el hecho de que los representantes de MP, en su calidad de personas, están sujetos a atar su comportamiento y deliberaciones ante las diversas cuestiones que se le plantean, a la presión mediática a que permanentemente son sometidos los procesos penales, sin soslayar la no menos importante línea de formación a la que se le somete, en la se le inculca básicamente la tarea persecutora, dejando con frecuencia de lado el equilibrio de juicio que le imponen la ley.

²⁵¹ Sobre este particular se detalla con la precisión debida a las normas legales, en el bloque de arts. comprendidos entre el 173 al 193 del CPPD

²⁵² CPPD., Art. 260

Ejemplificamos las teorías doctrinarias sobre el particular, en las consideraciones del argentino Maier, quien es de consideración que el funcionario que representa el MP está en el deber de:

*“... obrar, durante todo el procedimiento, con absoluta lealtad para con el acusado y su defensor, para con el ofendido...y para los demás intervinientes en el procedimiento. El deber de lealtad comprende el deber de información veraz sobre la investigación cumplida y los conocimientos alcanzados, y el deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que, a su juicio, pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando ha resuelto no incorporar algunos de esos elementos al procedimiento.”*²⁵³

Este ideario planteado por el tratadista, a menudo se recepciona distinto en la realidad, toda vez que en la práctica resulta que el MP es un parcial en el proceso, permeado por prejuicios de índole psicológicos, personales y sociales, afanoso de exhibir y demostrar competencia en el desempeño de sus funciones, entre otras visibles y recónditas circunstancias, razones por las cuales no se le puede otorgar ni solicitar posturas candorosas, que en la ocasión riñen con la más elementales manifestaciones de ego de la naturaleza humana; y dicho en palabras de Bassatt *“... evoca un juicio de conciencia que bordea entre nuestras capacidades morales y éticas y el remolino de subjetividad que hace las delicias de los psicólogos y –sobre todo- de los psicoanalistas.”*²⁵⁴

En efecto, pretender colocar sobre los hombros del MP la *“obligación”* dual y es sí misma contradictoria de *“...extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo.”*²⁵⁵ o conforme dicta la propia ley orgánica del acusador público: *“Los*

²⁵³ Maier, J. Op. cit., t. II, pág. 543

²⁵⁴ Bassat Torres, Nelson “La duda razonable en la prueba penal” (con especial referencia a Puerto Rico), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pág. 61.

²⁵⁵ CPPD., Art. 260

representantes del Ministerio Público desarrollarán las tareas que son de su incumbencia con criterios que permitan investigar, tanto los hechos y circunstancias que fundamenten y agraven, como los que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad de quien es imputado o acusado de una infracción penal, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley.”²⁵⁶ Somos de opinión que en el escenario de la justicia a quien corresponde el rol de velar “*únicamente por la correcta aplicación de la ley*” es al juez, y mal pudiera un sistema adversarial ponerla en manos de una cualquiera de los parciales en el proceso.

A verdad de Miranda Morales resulta en un sinsentido procesal, toda vez que investir a la fiscalía como garante de la verdad y la objetividad, se altera la igualdad de armas respecto de la defensa, confiriendo a la prueba del MP una calidad que en efecto no tiene.²⁵⁷

“Luego del estudio que hemos realizado, nos desalienta saber que no hemos sido nada de creativos y menos innovadores, ya que en la misma discusión de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Diputada Pía Guzmán votó rechazando la redacción dada por el Senado a los artículos 1º y 3º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, toda vez que en su opinión “el Ministerio Público es un órgano acusador que debe investigar los hechos punibles y la responsabilidad de quienes participaron en ellos; pero no le corresponde investigar la inocencia de los responsables...””²⁵⁸

Otro matiz que avala el criterio que antecede y compromete el ideario doctrinal relativo a las virtudes que deben adornar al perseguidor público, es el hecho de que la normativa legal pone sobre sus hombros la ardua responsabilidad de destruir la constitucional presunción de inocencia del imputado,²⁵⁹ so pena de descargo por insuficiencia

²⁵⁶ Ídem cit. 34

²⁵⁷ Cfr. Miranda Morales, Lorenzo Ignacio Art. Dig.: “El Principio de Objetividad en la Investigación Fiscal y el Proceso Penal. Una Reforma Urgente”, Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 15, 2010, Universidad San Sebastián, Chile, pag.36. Véase: file:///C:/Users/Abranny/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeObjetividadEnLaInvestigacionFiscalYEI-3637609%20(7).pdf

²⁵⁸ Miranda Morales, L. Art. cit., pag.48

²⁵⁹ CRD., Art.69.3

probatoria,²⁶⁰ y si en tales circunstancias refuerza la amplia gamma garantista de las cuales está revestido el imputado, poniendo a disposición de la contraparte sus “mejores” armas, es probable que sus resultados no resulten halagüenos, si tomamos como referencia el sistema de evaluación de desempeño usado en el territorio isleño.²⁶¹

Lo expuesto se relaciona exclusivamente con debilidades de carácter, o intencionada posición parcial y/o arbitraria en el procedimiento por razones de carácter político, sociales, o sencillamente intereses personales ajenos al proceso; no señalando hasta este punto, circunstancias de conductas directas que permean, no solamente la investigación, ni el respeto por las observaciones legales que custodian los procedimientos de recolección de los elementos probatorios y solemnidad de los procesos, sino que también comprometen decididamente la conducta de los acusadores públicos, expuestas a la luz social en innúmeras ocasiones.

La conducta de algunos representantes del MP, ha dejado mucho que desear, en el pretendido rol de manejar, al menos con sobriedad, los procesos a su cargo. La sociedad dominicana ha sido testigo de procuradores fiscales que han sembrado²⁶² pruebas procurando encausar falsamente a ciudadanos;²⁶³ de otros que han falsificados actas de registros, y en el mismo procedimiento la firma de otros fiscales, procurando borrar evidencias, para de ese modo encubrir sus actividades delictivas;²⁶⁴ otros que en distintos puntos del país están siendo denunciados por operadores “arrepentidos”²⁶⁵ de puntos de micro tráfico de estupefacientes como consortes de los mismos.²⁶⁶

²⁶⁰ CPPD Art.337.2

²⁶¹ La principal variable de evaluación de los representantes del MP en Rep. Dom. es la cantidad de sentencias condenatorias alcanzadas.

²⁶² Colocación maliciosa de elementos incriminatorios para sostener legalmente una acusación en perjuicio de un ciudadano.

²⁶³ Caso del Procurador Fiscal de San José de Ocoa, Rep. Dom., José Miguel Cuevas Paulino, acusado por haber plantado una pistola en la casa de Erin Manuel Andújar Peña que estaba siendo allanada. Véase: Imágenes Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=ivOL--SkuU8>

²⁶⁴ Los fiscales adjuntos de la Provincia Santo Domingo, Máximo Antonio Díaz Ogando y Ramón Augusto Veras Castro, involucrados en el denominado Caso Dican.

²⁶⁵ Delincuentes que confiesan sus actividades e involucran las autoridades que les sirvieron de soportes pagados para encubrir el desarrollo de las mismas.

²⁶⁶ a) Caso Ocoa, en el que el ciudadano Eric Manuel Araújo (Peña) denuncia a autoridades fiscales como padrinos y encubridores de actividades delictivas: <http://hoy.com.do/habla-el-hombre-al-que-fiscal-de-ocoa-le-planto-pistola/>; b) Caso Hato Mayor, en el que la señora Crisania Soriano (La Rubia), denuncia

En días recientes el país fue impactado por una primera plana del principal vespertino de circulación nacional, en el que en blanco y negro se lee: “Creen sospechoso fiscales dejen vencer plazos casos graves”. Titular escoltado por dos subtítulos reveladores: “Bajo ese argumento fue dejado libre anoche un acusado en el “dicanazo”. “Implicados en crímenes se benefician de estos “errores” del Ministerio Público.”²⁶⁷

Solo algunas prendas de las que han alcanzado notoriedad pública en los meses recientes, mismas que nos dan una idea de cómo anda la realidad y percepción sobre el cuerpo de acusadores públicos en tierras quisqueyanas; y el hecho de que funcionarios a quienes se le supone, al menos mínimas competencias académicas y morales, hayan caído en prácticas deleznable y de la naturaleza de las descritas, es un claro e inequívoco indicio de que todavía estamos lejos del ideal de pulcritud y templanza que le suponen el legislador y el tratadista.

Es preciso hacer constar que el momento histórico que se vive en Rep. Dom. está marcado por el interés de lucro y el afán de resolver carencias económicas y materiales, circunstancia que, en algunos casos, se presta para incidir en la complicidad para contaminar e invalidar las pruebas de casos repudiados, o elaborarla en perjuicio de los desheredados de la fortuna.

En tales circunstancias, y ante la importancia que reviste el MP como punto de equilibrio en el proceso penal, es preciso que el órgano rector del MP profundice en los procesos de formación, selección, capacitación y debida remuneración, del personal que ejerce la representación de acusador público, a los fines de evitar la conversión en acosador público.

1.3.9.2 Proposición

Esta segunda fase del recorrido de la prueba en el proceso penal, alcanza su desarrollo en la denominada fase intermedia, audiencia preliminar o juicio a las pruebas.

autoridades policiales y fiscales en contubernio con el crimen. Véase Imágenes Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=w0LMD7Zr1rE>

267 El Nacional, Año XLIX, No.16706, Santo Domingo. Martes 20 enero 2015. Primera plana. Desarrollado pag.4

El momento de mayor relevancia en esta etapa se alcanza con la presentación del escrito de acusación, para lo cual pesa, de una manera determinante, “*la fundamentación de la acusación, con la descripción de los elementos de prueba que la motivan.*”²⁶⁸

Si entre los medios de prueba señalados se encontrare la prueba pericial, en el mismo escrito de acusación, se precisa la individualización del perito o peritos cuya presencia fuere solicitada; de igual modo, si en la oferta de pruebas se pretende hacer uso de la prueba testimonial, se precisa de la inclusión de la lista en que aparezcan individualizados con sus respectivas generales. Se exige tanto para la presentación de testigos, como de peritos, el señalamiento de las particularidades sobre las que habrán de versar sus declaraciones, con la indicación precisa de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad, conforme las previsiones del art. 294 núm. 5 del CPPD.

Cuando hubiere querellante, la etapa de proposición se agota, a su respecto, mediante la carga de incorporar, en su escrito de adhesión a la acusación del MP o acusación particular,²⁶⁹ de conformidad a la conveniencia de sus intereses, el ofrecimiento de las pruebas que estime necesarias para la sustentación de su acusación, en los mismos términos que le impone la ley al MP,²⁷⁰ es decir, de conformidad con las previsiones contenidas en los cinco numerales del art. 294 CPPD.

Esta segunda etapa del recorrido de las pruebas en el proceso penal dominicano, reserva también un espacio al sujeto contra quien se ha puesto en movimiento la acción pública, para que someta a ponderación las pruebas que estime conveniente a sus intereses, en iguales términos en que le son prescriptos al fiscal, en el plazo de cinco días, que se inicia a partir de la notificación de la convocatoria a la audiencia preliminar,²⁷¹ oportunidad en la que puede “ofrecer prueba para el juicio, conforme a las exigencias señaladas para la acusación”, de conformidad con el art. 299 CPPD.

²⁶⁸ CPPD., Art. 294.3

²⁶⁹ CPPD., Art. 296

²⁷⁰ CPPD., Art. 270 in fine

²⁷¹ CPPD., Art. 298

Esta fase de proposición reviste una importancia capital en el equilibrio y tratamiento de la prueba, toda vez que a través de ella el proceso penal reserva una garantía al derecho de defensa que le es debido al imputado, en cuanto comprende el derecho a conocer el contenido de la imputación y los antecedentes que la fundan, antes de que enfrente la fase de conocimiento del fondo. Por otra parte, excluye esta fase la siempre tentadora posibilidad de proponer durante el juicio alguna prueba sorpresiva, con lo que se persigue asegurar reglas mínimas de equidad en el proceso. Solo excepcionalmente pueden hacerse valer en el juicio elementos de pruebas que no fueron ofertados en la fase de proposición, y se registran con el advenimiento de un nuevo hecho o una nueva circunstancia surgida durante el debate que modifica la calificación o requieren esclarecimiento.²⁷²

1.3.9.2.1 Crítica a la Individualización

Si bien es cierto que la identificación e individualización de peritos, testigos y querellantes aporta transparencia al proceso, no menos cierto es que también constituye un punto de quiebre y/o frustración para el mismo.

Esta individualización con frecuencia representa el talón de Aquiles para la sana y eficiente administración de justicia, es un mandato legal que ha de ser observado so pena de inadmisibilidad, y que sin embargo, con frecuencia compromete la integridad física de las víctimas, peritos y testigos a cargo.

El hecho de que el perito, el testigo, y aún la propia víctima, deban de ser aportadas con el detalle de sus descripciones: nombres completos, número de identidad, dirección completa y actualizada, expone a los actores, y, sin lugar a dudas, de algún modo contamina el proceso, en beneficio del victimario, circunstancia que pudiere devenir en denegación de justicia, y, consecuentemente, pudiera servir de estímulo al accionar delictivo.

Una vez los responsables de perseguir el crimen logran el inicio de un proceso, ya sea en contra de un individuo con un mínimo de historia en el quehacer delictivo, no se diga de individuos curtidos en el crimen, o de miembros de bandas organizadas y dirigidas para

²⁷² CPPD., Arts. 322 y 330

delinquir, a través de diversos medios inician los procesos de hostigamientos psicológicos, directamente en contra de las víctimas, y/o de peritos y testigos, quienes con frecuencia ven amenazada su integridad física en los casos que deciden seguir adelante con su rol en los procesos.²⁷³

Mayor agresividad exhiben las organizaciones criminales de pesos pesados, quienes no se toman la molestia de agotar los procesos de disuasión de cuantos actores pudieren interferir en su disfrute de impunidad. De hecho, en fecha reciente la sociedad dominicana se vio estremecida por un verdadero baño de sangre público, que en el fondo perseguía, y de hecho fue logrado en buena medida, borrar la cadena probatoria que llevara tras las rejas a los responsables de una de las más temidas organizaciones criminales conocidas en territorio quisqueyano, proceso de “limpieza” que cobró la vida de importantes eslabones con cuyos testimonios bien hubiere existido la posibilidad de haber identificado y encausado al pleno del liderazgo de la organización criminal.²⁷⁴

Las referidas circunstancias constituyen una voz de alerta al sistema judicial dominicano, a los fines de gestionar un proceso que, sin comprometer los avances alcanzados en materia de transparencia procesal, sea capaz de proteger el importante eslabón pericial y testimonial, que con frecuencia constituye la columna vertebral de los procesos penales.

A tales efectos, resulta de alto interés el programa que desde hace más de una década viene desarrollando la Procuraduría Fiscal del Distrito Nacional, a través de la “Sala de Atención a Víctimas y Testigos”, instrumento mediante el cual ofrecen apoyo y asistencia a los referidos actores del proceso, de hecho, compartimos a continuación las estadísticas con sus detalles, recogidas en el área en el trimestre abril – junio, 2015:²⁷⁵

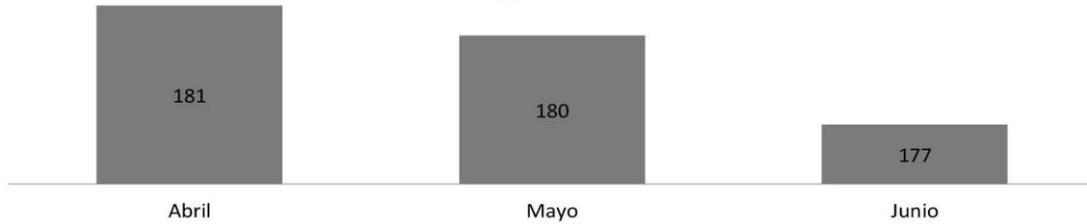
²⁷³ Caso de muerte de testigo. Véase: <http://elnacional.com.do/policia-vincula-dos-con-crimen-empleado-salud-publica/>

²⁷⁴ El denominado caso Figueroa Agosto, en el que se contaron más de cinco posibles testigos muertos. Véase: <http://www.listindiario.com/la-republica/2010/7/17/150901/Cronologia-del-caso-Figueroa-Agosto>

²⁷⁵ Fuente: Dirección de Indicadores de Gestión de la PFDN

Gráfico No.1. Distribución de Personas Atendidas
Sala de Atención a Víctimas y Testigos
Abril a Junio, 2015

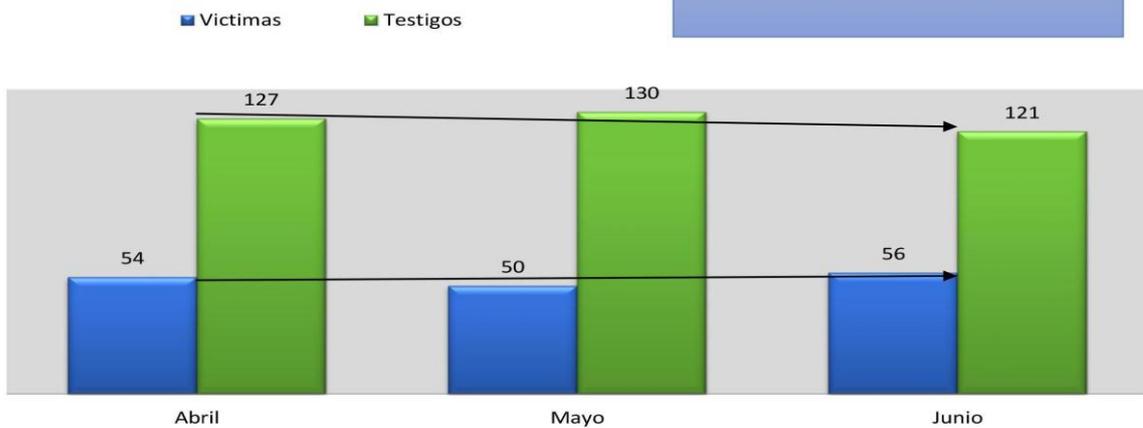
Personas Atendidas Trimestre: **538**
Promedio Mensual de Personas Atendidas: **179**
Promedio Diario de Personas Atendidas durante el Horario Normal: **8**
Se reporta un aumento de un **24%** en la cantidad de personas atendidas, en relación al primer trimestre del año 2015.



Este segundo gráfico nos muestra la participación individualizada de víctimas y testigos:

Gráfico No.2. Distribución de Personas Atendidas según Condición
Sala de Atención a Víctimas y Testigos
Abril a Junio, 2015

Promedio Mensual de Testigos: **126**
Promedio Mensual de Víctimas: **53**
Promedio Diario de Testigos: **6**
Promedio Diario de Víctimas: **2**



Somos de opinión de que este programa es una excelente herramienta que induce a la cohesión de la acusación, y que brinda a ambos actores un apoyo moral trascendente. Solo acotamos a este programa que sea extendido a otras jurisdicciones, ya que solo esta implementado en cinco Distritos Judiciales de treinta y dos. La PGR solo tiene implementado este programa en el Distrito Nacional, Provincia Santo Domingo, San Francisco de Macorís, Moca, La Vega y Hato Mayor, quedando huérfanos los restantes 26 Distritos Judiciales.

Sobre la importancia del desarrollo de este programa y la participación del testigo en proceso penal, da cuenta la crónica periodística en que se afirma: “Procurador Dice preocupa retiro testigos de muerte Regidor”, y se lee en el contenido: *“El Procurador General de la República mostró ayer preocupación porque se están “echando para atrás” los testigos a cargo del ministerio público que testificarían en contra del ex alcalde de Bayaguana... de no atestiguar se contamina la acusación... Esta es una decisión que pone en peligro todo el proceso porque ya hay testigos que se están echando para atrás. Eso contamina la acusación y sobre todo, por una familia que está llorando por unos hijos huérfanos. Es la vida de un ser humano que han quitado”, acotó el Procurador.*”²⁷⁶

La citada crónica recoge a la perfección las reflexiones que hemos externado respecto de la importancia de ofrecer protección, asistencia y apoyo a los testigos penales, toda vez que sin lugar a dudas es un eslabón tan importante como vulnerable.

1.3.9.3 Admisión

La tercera etapa del recorrido de la prueba en el proceso penal, se desarrolla en la denominada *Audiencia Preliminar*,²⁷⁷ en la que las partes acentúan sus ponencias en torno a la admisibilidad o no de la prueba ofrecida por el MP y/o el querellante, y “*el juez*”²⁷⁸ *invita al imputado para que declare en su defensa y dispone la producción fundamental de la prueba y otorga tiempo suficiente para que cada parte sus pretensiones.*”²⁷⁹

Una vez finalizada la audiencia, es decir, la exposición de los planteamientos de las partes en litigio, el juez de las garantías tiene la obligación de resolver en el ejercicio del buen

²⁷⁶ Listín Diario, Edición electrónica 22/10/15. Véase: <http://www.listindiario.com/la-republica/2015/10/22/393147/dice-preocupa-retiro-testigos-de-muerte-regidor>

²⁷⁷ Este momento procesal suele ser denominado de diversos modos, por un lado se le llama Audiencia Intermedia, por el hecho de que se realiza en el medio del proceso, es decir, después de la Audiencia de Medida de Coerción, la que oficialmente judicializa el proceso, y antes de la Audiencia de conocimiento del fondo. Se le suele también mencionar como Juicio a las Pruebas, pues en ella el Juez de la Instrucción acredita las pruebas que considera con méritos para ser presentada en el proceso del conocimiento del fondo, y desestima aquellas que estime carente de méritos para ser acreditadas.

²⁷⁸ Al juez de la instrucción o “juez de las garantías”, como también se le denomina, pues una de sus atribuciones es la de velar porque las pruebas que les son ofertadas hayan sido levantadas respetando los derechos consagrados al imputado por la constitución, los tratados internacionales y las leyes.

²⁷⁹ CPPD., Art. 300

derecho, todas las cuestiones planteadas, en el caso que corresponda, admitiendo “*total o parcialmente la acusación del ministerio público o del querellante, y ordena la apertura a juicio*”,²⁸⁰ lo que indefectiblemente significa que ha encontrado méritos en los elementos de pruebas que le han sido ofertados, o parte de ellos, y que los mismos fueron obtenidos bajo la observación de las formalidades legales que les son debidos; en su defecto, “*rechaza la acusación del Ministerio Público o del querellante, y dicta auto de no ha lugar a la apertura a juicio*”,²⁸¹ caso en el cual, aprecia el juzgador, que los elementos de prueba ofrecida resultan “*insuficientes para fundamentar la acusación y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos*”,²⁸² o siendo suficientes, no han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones del art. 166 CPPD.

1.3.9.4 Rendición

En principio, la etapa de rendición o recepción de los elementos de prueba, se realiza íntegramente y en su conjunto, durante el desarrollo del proceso de conocimiento del fondo o juicio oral y contradictorio. El momento procesal de su presentación está pautado inmediatamente después de recibida la declaración del imputado, si la hay, procediendo el tribunal a requerir la presentación de las pruebas, y son recibidas en primer lugar las pruebas a cargo, servidas por el MP, sucediéndole en el orden el querellante, seguido por el actor civil. Las pruebas a descargo, servidas por la defensa del imputado, son las últimas en ser recibida por el tribunal.

A esta regla general, mediante la cual se plantea la rendición y recepción de la prueba en la fase del juicio oral, se le opone una excepción, por lo que el conocimiento de este punto se divide en la presentación de la regla y la excepción.

1.3.9.4.1 Regla General: La prueba para Fundar una Sentencia debe ser Rendida en la Audiencia de Conocimiento del Fondo

El código procesal penal dominicano, a diferencia de otros códigos similares, no establece literalmente en ninguno de sus artículos, que la prueba eficiente para servir de base a una sentencia será exclusivamente la servida en el curso del conociendo del fondo,

²⁸⁰ CPPD., Art. 301.1

²⁸¹ CPPD., Art. 301.2

²⁸² CPPD., Art. 304.5

como lo contempla por ejemplo, el código procesal chileno, en el que en su art. 296 se lee: *“La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”*.²⁸³

Ahora bien, el proceso legal previsto por la normativa procesal penal dominicana, señala la obligación de la realización de una audiencia preliminar,²⁸⁴ o audiencia de juicio a las pruebas, en la que no se decide sobre la culpabilidad o inocencia del encartado, sino que son planteados y valorados los medios probatorios expuestos por las partes, y en la que el juez de esta fase acredita los medios de prueba que han de ser limitativamente ponderadas por el juez de fondo, existiendo la imposibilidad de incorporar otras nuevas, salvo excepciones.

La regla de sólo valorar las pruebas que han sido debidamente acreditadas por el juez de la instrucción, está sometida a la excepción plantea en el art. 330 CPPD, el cual señala que el juez de fondo puede ordenar excepcionalmente la recepción de nuevas pruebas, siempre que en el curso de la audiencia surjan nuevas circunstancias que requieran ser debatidas.

Sobre el referido particular también acota la normativa procesal que *“en el curso del proceso el MP o el querellante puede ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia surgido durante el debate que modifica la calificación legal, constituye una agravante o integra un delito continuo.”*²⁸⁵

1.3.9.4.2 Excepción: La Prueba Anticipada

La única excepción a la regla general en lo relativa a la presentación de la prueba, lo constituye la recepción anticipada de la prueba, prevista de manera limitativa para la prueba testimonial y la pericial.

²⁸³ CPPD., Art. 296

²⁸⁴ CPPD., Arts. 298 – 304

²⁸⁵ CPPD., Art. 322

La anticipación de la prueba puede ser admitida por el juez de la instrucción en el curso de la etapa procesal prevista para la investigación, o durante el desarrollo de la audiencia intermedia, a solicitud de parte.

Se anticipa la prueba testimonial, cuando se hace necesario resguardar la declaración de un testigo *“que por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio, o cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce”*.²⁸⁶

La expresión “obstáculo difícil de superar” constituye un genérico que encierra circunstancias no específicas pero sí gravosas para la preservación del medio de prueba testimonial, bien pudiera ser la existencia de una enfermedad terminal que hiciera presumir la cercanía de la muerte, incapacidad física o mental del testigo o alguna otra dificultad de naturaleza similar.

El peritaje constituye el segundo medio de prueba considerado dentro de esta excepción de prueba anticipada, y se considera cuando *“por sus características no permita que se realice posteriormente un nuevo examen.”*²⁸⁷

Existe la opinión, que promueve el derecho a solicitar la recepción de la prueba anticipada, por una cualquiera de las partes intervinientes en el proceso, bajo la invocación de uno de los principios fundamentales consagrado en nuestra normativa procesal penal, en el cual se lee:

*“Las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad. Para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio.”*²⁸⁸

²⁸⁶ CPPD., Art. 287.2

²⁸⁷ CPPD., Art. 287.1

²⁸⁸ CPPD., Art. 12

La prueba recibida bajo las condiciones de anticipación, se incorpora al proceso de fondo mediante la lectura de los registros en que conste,²⁸⁹ constituyendo así una excepción a la oralidad de la prueba.²⁹⁰

1.3.9.5 Valoración

Constituye la quinta y última fase de la actividad probatoria en el proceso penal.

La valoración de las pruebas, constituye uno de los momentos cumbres que median en todo proceso judicial, y de manera muy especial en la esfera del derecho que compete al desarrollo que nos ocupa, es mediante la valoración, que el juzgador expresa su convicción en relación a los medios aportados, y como expresa Brown, *“Cuando llega el momento de dictar el fallo, el Juez estudia los hechos, los analiza, hace una valoración de los mismos y de allí extrae el resultado: sus conclusiones; que son las que determinan el contenido: la sentencia.”*²⁹¹

Este resultado corrobora el hecho de que todas las actuaciones de las partes en conflicto, al final del camino, están a expensas del sistema de creencias que de un modo u otro se ha acopiado en la psique del juzgador, ya sean estas de carácter personal, comunitario, académico, etc., mecanismo intelectual y actividad valorativa de innegable carácter subjetivo, que sin embargo, no pueden válidamente estar divorciada del proceso que posibilita esta actividad como punto de partida y material de análisis.²⁹²

Puede ser definida la valoración, como el análisis crítico que realiza el juzgador sobre las pruebas servidas durante el desarrollo del juicio de fondo, con el objetivo de decidir sobre las pretensiones de las partes, y adoptar la decisión correspondiente.

1.3.9.6 Inadmisibilidad de la Prueba

El estudio combinado de los arts. 26, 166, 167, 171, 294, 295, 296 y 297 del Código Procesal Penal Dominicano, permite concluir que, en termino generales, la normativa

²⁸⁹ CPPD., Art. 312.2

²⁹⁰ CPPD., Art. 311

²⁹¹ Brown, G. Op. cit., pág. 116

²⁹² Cfr. Brown, G. Op. cit., pág. 12

procesal penal dominicana prevé dos causas fundamentales para declarar ineficaz el uso un elemento la probatorio.

La primera, la inobservancia de la oportunidad de los plazos para su presentación por ante la instancia correspondiente.²⁹³

La segunda, la inobservancia de los elementos axiológicos que componen los elementos probatorios, son estos la relevancia, la pertinencia y la legalidad, de los cuales ya hemos visto su importancia.

1.3.9.7 Libre Valoración y Sana Crítica Racional

El principio de libre valoración y sana crítica racional, viene a ser el eslabón de turno del tratamiento que a lo largo de la historia se le ha dispensado a los medios probatorios en la evolución del proceso penal, sobre el particular apunta Montañez que este sistema surge históricamente como reacción al sistema de las pruebas legales o tasadas, caracterizado por ser la figura del legislador quien de antemano y en abstracto, establecía la eficacia y valor probatorio que debía atribuirse a cada medio probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para su validez, concluyendo que este sistema “*se podía prestar a los más absurdos resultados teniendo en cuenta que el*

²⁹³ Es preciso señalar que esta causa deviene, hasta cierto punto, en relativa, pues si bien es cierto que de conformidad a lo manifiesto en los arts. 294, 295, 296 y 297 CPPD, los elementos prueba deben ser presentados, con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad, en el escrito de acusación del MP, o en el escrito de acusación alternativa o subsidiaria planteada por la víctima querellante, el art. 322 del CPPD plantea la posibilidad de una ampliación de la acusación, bien a iniciativa del MP o el querellante, “mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia”, pudiendo las partes ofertar al tribunal de fondo nuevas pruebas, de conformidad a sus intereses.

De este trípode fundamental, sobre el que en buena medida descansa la posibilidad de acreditar válidamente los elementos de prueba que respaldan las pretensiones de las partes litigiosas en el proceso penal, desarrollaremos con mayor extensión en los capítulos subsiguientes, el referente a la legalidad de la prueba, por tratarse de uno de los pilares fundamentales sobre los que versa el interés del presente trabajo.

*sistema de prueba legal funcionaba dentro de un mecanismo procesal inquisitivo, secreto, escrito y en el que faltaban los más elementales derechos de defensa”.*²⁹⁴

El desarrollo de este modelo de tratamiento a la prueba encontró su cuna en Alemania, al amparo de las restricciones que se entiende imponen a la valoración de las pruebas las leyes del pensamiento y de la experiencia, siendo estos sus principales postulados de origen, consecuencia de los cuales se sostiene que se elimina el margen de la discrecionalidad judicial cuando el escrutinio de las circunstancias se verifica mediante la rigurosidad del conocimiento científico.

Enriquecido con la tradición jurídica española, se asocia este sistema a las limitaciones impuestas por las denominadas reglas de la sana crítica, a las cuales también se las denomina reglas del correcto entendimiento humano, regidas por los principios de la lógica, que bajo este concepto son permanentes e invariables, y las máximas de experiencia, sujetas a variaciones relativas al tiempo y al lugar.²⁹⁵

De este híbrido de culturas jurídicas europeas nos llega este sistema de valoración de las pruebas, el cual se define *“como aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que las han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.*²⁹⁶

A la luz de las etapas jurídicas precedentes, en las que, en un sistema, el juzgador debía realizar análisis restrictivos de los elementos probatorios, tal es el caso de la prueba legal o tasada; en otro, poseía una libertad de decisión cuasi divina, legalizado bajo el sistema de la íntima convicción, no cabe dudas que el sistema de la libre valoración o sana crítica racional, representa un nivel de avance importante, toda vez que contempla el destierro de

²⁹⁴ Montañez Pardo, M. Op. cit., pág. 123

²⁹⁵ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.149

²⁹⁶ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.150

la discrecionalidad y exige la explicación detallada de las razones que motivan las decisiones, revistiendo de legitimidad la fundamentación de las sentencias.

El sistema de libre valoración o sana crítica racional es el sistema de valoración de prueba que ha adoptado abiertamente la ley procesal dominicana, así se manifiesta en el desarrollo íntegro de su art. 172, en cual se expresa:

“El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.”²⁹⁷

Una vez son válidamente incorporadas al proceso, los elementos probatorios, necesariamente, en su momento, han de ser evaluados y valorados por el tribunal para la fundamentación de su decisión.

En el proceso penal dos momentos son trascendentes para el tratamiento de las pruebas. El primero se da cita en la denominada Audiencia Preliminar²⁹⁸ o la audiencia de Juicio a las Pruebas. Esta etapa procesal es dirigida por el Juez de la Instrucción o Juez de la Garantía, quien desempeña un rol de importancia capital en el futuro del litigio, fundamentado en la apreciación que haga de las pruebas en esa etapa del proceso, tiene en sus manos la llave que abre o cierra la puerta del proceso, emitiendo *“auto de apertura a juicio cuando considera que la acusación tiene fundamentos suficientes para justificar la probabilidad de una condena”²⁹⁹* o dictando auto de no haber lugar cuando *“los elementos de prueba resulten insuficientes para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos.”³⁰⁰*

²⁹⁷ CPPD., Art. 172

²⁹⁸ Las previsiones procesales relativas a la Audiencia Preliminar están contenidas en el bloque de arts. comprendidos entre el art. 298 al 304 CPPD

²⁹⁹ CPPD., Art. 303

³⁰⁰ CPPD., Art. 304.5

El segundo momento cumbre de valoración de los elementos probatorios en la controversia penal, lo encontramos en el juicio, también denominado debate sobre el fondo. Es la etapa procesal en que se resumen todas las actuaciones, tras las cuales el proceso queda en estado de ser decidido, y el tribunal se avoca a deliberar para la emisión de la sentencia.

Sobre el particular, la ley conmina expresamente al juzgador a apreciar de un modo íntegro “*cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan*”,³⁰¹ y a modo de colorario, exige que junto al voto de los jueces sean expuestos los motivos de hecho y de derecho sobre los que fundan su decisión.³⁰²

Entendemos que bajo este esquema de valoración de la prueba, juegan un papel de vital importancia las vías recursivas, pues podría este sistema incurrir en traumático desliz al dejar al albedrío del juez la libre valoración de los elementos de prueba que les son sometidos, abriendo la odiosa posibilidad de que se incube la arbitrariedad en la formación de sus convicciones.

1.3.9.8 El tránsito de la Íntima Convicción a la Sana Crítica

Por más de un siglo la normativa procesal penal dominicana estuvo bajo el régimen del denominado código de Procedimiento Criminal, legislación fue adoptada tras la traducción del código napoleónico de 1808. Estuvo caracterizado este período por el régimen de íntima convicción del juzgador al momento de la valoración de la prueba.

Basados en el referido principio valorativo legal, “*los jueces no estaban obligados a exponer las razones valoradas para atribuir fe a los medios de prueba que le eran presentados, ni tenían la obligación de señalar las razones por las que, frente a diversos medios de prueba, atribuían veracidad a unos de estos sin ponderar los demás medios sometidos al debate; aún más, los jueces ni siquiera estaban obligados a decir cuales*

³⁰¹ CPPD., Art. 333

³⁰² CPPD, Art. 334.3

pruebas fueron utilizadas para formar su convicción, en violación a la garantía constitucional de respetar el debido proceso.”³⁰³

Dirigiendo una mirada en retrospectiva hacía el pasado, no sería exagerado colegir que hasta hace poco estuvimos viviendo una época de barbarie en materia de aplicación de la normativa penal, en la que el imputado de la comisión de un ilícito estaba literalmente en manos y al antojo del juzgador, todas vez que existía la probabilidad legal de “*condenar a una persona en base a los denominados medios de pruebas indirectos, los cuales eran definidos como aquellos que resultaban de la apreciación indirecta por parte del juez de elementos probatorios*”³⁰⁴ admitiéndose como pruebas válidas las confesiones extrajudiciales, los interrogatorios policiales obtenidos en base a torturas, entre otros medios no menos ortodoxos.

Este sistema de valoración que, como hemos dicho, fue heredado de los franceses, fue superado en Francia a raíz del movimiento social que se registra en la historia bajo el nombre de revolución francesa, “*el cual provocó una reacción contra las leyes imperantes en ese entonces, acabando con el sistema de las pruebas legales a las que se ha hecho referencia. Había que terminar con el secreto del proceso penal, con las normas matemáticas y con el formalismo artificioso que destruía toda idea de justicia.*”³⁰⁵

Siendo el Código de Procedimiento Criminal Francés rechazado por los franceses mediante el referido movimiento revolucionario, es decir, en el ocaso del siglo dieciocho y los albores del diecinueve; no resulta ocioso señalar, que el mismo fue asumido por el legislador quisqueyano al corriente del 1844, es decir, sobre los cuarenta años de haber sido discontinuado por los franceses, y aún en esas circunstancias fue el procedimiento que juzgó la suerte de miles de compatriotas, en un lapso temporal de más de ciento cincuenta años. Esta sola reseña nos puede dar una idea de la escasa evolución jurídica que se ha experimentado en las aplicaciones legales en Rep. Dom..

³⁰³ Cruceta Almánzar, José Alberto “Ensayos y Monografías sobre el Derecho Procesal Penal Dominicano”, Editora Búho, Santo Domingo 2006, pág. 164

³⁰⁴ Cruceta Almánzar, J. Op. cit. Pág. 164

³⁰⁵ Brown, G. Op. cit., pág. 24

Tras el largo período de oscurantismo a que fue sometido el ejercicio procesal penal dominicano, es en 2004 cuando la legislación procesal penal inicia el proceso de dar visos de adecuación, al menos en teoría, a las corrientes e pensamientos, legislaciones y practicas procesales modernas, fundamentadas en el respeto al debido proceso tomando en consideración el respeto a los derechos del imputado.

Es en este escenario en el que inicia el sistema de valoración legal denominado sana crítica o libres convicciones,³⁰⁶ caracterizado por la ausencia de pruebas tasadas, y donde “siempre será necesario que el juzgador motive y funde su sentencia, explique las razones de la decisión, de cuenta del ligamen entre la prueba aportada y los hechos investigados.”³⁰⁷

Es indiscutible que en este tramo del devenir procesal penal, persigue la actividad probatoria zanjar el litigio jurídico de manera racional; de hecho, sin ningún ambages, ordena la legislación al juzgador apreciar, “*de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan...*”,³⁰⁸ e impone para la validez de la sentencia indicación, contener “*El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término.*”³⁰⁹

Referidos señalamientos legales que, sin lugar a dudas e interpretaciones, dejan establecido el criterio legal de que la discrecionalidad ha sido superada en el ordenamiento procesal actual, y en el desarrollo de la actividad de valoración probatoria, el juzgador debe observar pautas concretas de actuación que son definidas explícitamente por el sistema legal.

³⁰⁶ Sana crítica proviene de la legislación española y libres convicciones de la legislación alemana.

³⁰⁷ Brown, G. Op. cit., pág. 25

³⁰⁸ CPPD., Art. 333

³⁰⁹ CPPD., Art. 334.3

Dentro del sistema de valoración, traza la normativa la raya de Pizarro, al exponer con claridad meridiana: “*Los elementos de prueba solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código*”.³¹⁰

Y queda meridianamente sentenciada la posición legal con la inclusión del 167, en el que define, in extenso:

*“Exclusión probatoria. No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado. Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.”*³¹¹

³¹⁰ CPPD., Art. 166

³¹¹ CPPD., Art. 167

“Las leyes no tendrían ningún efecto si el legislador no crease al mismo tiempo otras leyes, cuyo objetivo es hacer cumplir las primeras: son las leyes de procedimiento.”

Jeremías Bentham
Tratado de las Pruebas Judiciales

Capítulo II:

La Validez de la Prueba:

Sujeción al Debido Proceso y Respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales

2.1 El Debido Proceso de Ley

Ya en el Capítulo I, en varias oportunidades hicimos referencia al concepto “*debido proceso de ley*” o simplemente “*debido proceso*”, señalando pautas generales que deben ser observadas en la práctica procesal penal, a los fines de que las sentencias que medien, en un sentido u otro, gocen de legitimidad legal. En el presente Capítulo y, de manera especial, en este ítem, nos ocuparemos de sentar las bases conceptuales e históricas pertinentes, toda vez que, conforme a sus apariciones espontaneas en el capítulo precedente, es una conceptualización que por su naturaleza y características estará presente en todo el desarrollo de las reflexiones que nos ocupan; de hecho, es piedra angular.

2.1.1 Concepto. Evolución Histórica

El debido proceso penal está conformado por las distintas etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por las partes involucradas en el proceso o sujetos procesales³¹² cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución y las leyes, con el propósito fundamental de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

“El Debido Proceso Penal busca materializar el Tutela Jurisdiccional Efectiva. Tiene importancia porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a

³¹² Sujetos procesales son todas aquellas personas que de una forma directa o indirecta, por acción u omisión, tienen un interés o derecho que defender o perseguir su reconocimiento a través del proceso penal. En la normativa procesal dominicana son reconocidos como sujetos procesales la víctima/querellante, MP, imputado, defensor técnico, actor civil, tercero civilmente demandado.

dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garantice para alcanzar la Tutela Jurisdiccional Efectiva.”³¹³

El reconocimiento de la prueba ilícita en el proceso penal, es un principio que paulatina, pero decididamente, ha venido ganando terreno en el marco de la aplicación de justicia, posicionándose como una de las figuras de mayor trascendencia en los procesos de esta área de aplicación judicial. Existe coincidencia entre los eruditos de la materia, que esta normativa procesal cobra vigencia en el terreno de una aplicación de justicia acorde con los cánones de garantía y respeto de los derechos debido al imputado, por su exclusiva condición de ser humano, o lo que en términos de doctrinarios y tratadistas se denomina, debido proceso de ley.

El término “Debido Proceso Penal” es una herencia recibida del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión “Due Process of Law” que en una traducción interpretativa al español significaría: debido proceso legal.

Existe coincidencia entre los eruditos que han dado seguimiento a la evolución del tema, en ubicar el punto de partida de lo que denominamos debido proceso, la fecha que se contó a 15 de junio del año 1215, con la proclamación de la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra, en el cual, específicamente en la cláusula 39, se recoge por primera vez la expresión "due process of law", traducible como "debido proceso legal". Con el uso de la referida expresión se inicia un proceso de reflexión sobre la valoración de los derechos humanos en los procesos judiciales que con el correr de los siglos, paulatinamente, han marcados los principios rectores de la evolución que hoy exhiben la mayoría de sistemas judiciales occidentales.

En la referida Clausula 39, la cual recoge de manera embrionaria las primeras declaraciones constitucionales contentivas de reconocimientos de derechos, textualmente podemos leer:

“39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley

³¹³ Machicado, Jorge “El debido proceso penal”, Editorial Apuntes Jurídicos, Bolivia, 2010, pág. 7

*ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino.*³¹⁴

A pesar de que prácticamente la universalidad de tratadistas, doctrinarios y estudiosos de la evolución jurídica, sindican a la célebre Clausula 39, precedentemente citada, existe la tesis, enarbolada por el boliviano J. Machicado, quien textualmente sostiene:

“Algunos autores dicen que el Debido Proceso Penal tiene origen en la Magna Carta de 15 de junio de 1215 emitido por el rey Juan sin Tierra de Inglaterra. Dicen que el origen está en la cláusula 39 de dicha Carta.

El origen del Debido Proceso Penal no está en la Cláusula 39. Ésta cláusula plasma el Principio de legalidad jurisdiccional que es solo una de las clases del Principio de legalidad.

*Los orígenes del Debido Proceso Penal están en la práctica forense en los siglos XVI a XVIII en base al derecho romano; en la codificación del procedimentalismo luego de la Revolución Francesa (1789); en el procesalismo alemán con el uso del método casuístico en su intento de hallar reglas comunes del proceso y en la jurisprudencia precedente del common law inglés.”*³¹⁵

Esta posición de Machicado, que a nuestro juicio aporta una perspectiva distinta del origen de este trascendente principio judicial, y de algún modo invita a la profundización investigativa sobre la temática, no deja de contrastar con la opinión generalizada y mayor socorrida sobre el origen del debido proceso, posición a la que también se adhiere Hendler, quien más que una referencia circunstancial, aporta un análisis circunstanciado y justificativo del nacimiento del principio, y refiere:

³¹⁴ Hendler, E Op. cit., pág. 310

³¹⁵ Machicado, J. Op. cit., págs. 2-3

“Durante la última etapa de la edad media, se suscitó el conflicto entre los señores feudales y el monarca, quien pretendía acumular las comarcas que reconocía o ambicionaba bajo su dominio, sobre la base de una única organización política central. Se ha sostenido, que es en este contexto donde se observa la primear aparición del principio en materia penal, en el art. 39 de la Carta Magna Inglesa otorgada por Juan Sin Tierra a los nobles en el año 2015, que establece...”³¹⁶

Sobre las divergencias de criterios relativas a la génesis de la cuestión, sostenemos la opinión que unos procesos históricos no invalidan otros; muy por el contrario, de algún modo, existe en el devenir de la historia una especie de “hilo conductor” que conecta de algún modo los procesos, ya en base a un indicio de percepción, una idea, etc., y con el discurrir de la dimensión temporal, en lugares, espacios y épocas distintas, tienen la capacidad de servir de inspiración para desarrollar teorías, conceptos, y hasta movimientos sociales que bien pudieren dar al traste con circunstancias determinadas, por lo que no invalidamos la posición de Machicado, pero sí mantenemos el respeto por el contenido de la Cláusula 39, como principio embrionario del debido proceso.

Tantos autores, tantas perspectivas y definiciones del debido proceso; sin embargo, un resumen descriptivo y abarcador sobre la cuestión, encontramos en las consideraciones de la SCCR. Así lo expresan los colegiados:

“El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. El principio del debido proceso,

³¹⁶ Hendler, E. Op. cit., pág. 310

contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de "bilateralidad de la audiencia" del "debido proceso legal" o "principio de contradicción" y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; ,b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa.”³¹⁷

Conforme el criterio determinado por la corte costarricense, el debido proceso recibe una connotación precisa y descriptiva de los derechos fundamentales protegidos, no solo por las previsiones constitucionales, sino todas aquellas que de un modo u otro interactúan en la aplicación de justicia penal; y entendiendo por derechos fundamentales todas aquellas facultades que permiten la realización integral del sujeto procesal.

³¹⁷ SCCR Sentencia: 15-90, 1734-92, 1739-92

2.1.2 El Constitucionalismo y los Tratados Internacionales. Enfoque del Debido Proceso

Si bien es cierto que podemos señalar el respeto de los derechos humanos y el reconocimiento del debido proceso de ley, encontró un especial punto de apoyo en la figura de la prueba ilegal, es de justicia también reconocer, que la referida figura o principio procesal, también ha encontrado en el constitucionalismo y los tratados internacionales, un escenario idóneo de reconocimiento y respeto, que la han catapultado a desarrollarse como una de los elementos esenciales, de mayor observación, en los procesos penales modernos.

Con la acogida del denominado debido proceso de ley, inspirado en el respeto a los derechos humanos, garantías procesales y derechos fundamentales, por las corrientes sociales que desde distintos escenarios sociales impulsaron el reconocimiento de los referidos derechos, a nivel del constitucionalismo y los tratados internacionales, evidentemente que se crean las condiciones para que el derecho procesal penal lograra ascender al escalón superior de cuestionar procedimientos y resultados aducidos de violación a derechos fundamentales debidos al individuo, aún por encima de la búsqueda de la verdad material en el curso de la investigación y recolección de pruebas para la consecución de una pena como justo castigo por la infracción de una prohibición penal. El debido proceso refiere el conjunto de garantías procesales que ostentan rango constitucional y que en tal virtud, y por vía de consecuencias, implica un estándar mínimo para el desarrollo de un procedimiento legítimo, sin en ningún momento perder de vista que el proceso puede obedecer a diferentes parámetros, formas o contenidos y, eso dependerá de la naturaleza del conflicto, sin embargo, la constitución, los tratados internacionales y la ley, establecen que no pueden desatenderse principios calificados como de "garantías mínimas",³¹⁸ ya que de lo contrario, el proceso o juzgamiento llevado a cabo sin la observación de los mismos, deviene en ilegítimo.

³¹⁸ La CRD lo refiere en el Art. 69 en los términos siguientes: Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: ...”

Se coloca como una responsabilidad principal del Estado moderno la tarea de velar, tutelar y garantizar el debido proceso; entendido el concepto Estado dentro del marco definido por los ilustrados de definición y división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, siendo el trípode sobre el que recae la responsabilidad de garantizar a cada ciudadano el respeto de sus derechos.

En la difusión de esta categoría de derechos juega un papel de primer orden los denominados “Tratados Internacionales”³¹⁹ lo que en sentido general han sido pioneros en el reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales, desde donde han sido asumidos por las constituciones y legislaciones locales. Así, por ejemplo, es posible señalar los principales Tratados Internacionales que han versado sobre la materia: DUDH:³²⁰

*“ARTICULO 10. — 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.”*³²¹

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“ARTICULO 14 Apartado 1. — Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda

³¹⁹ Acuerdos de los Estados con Organismos Internacionales, a los que aquellos, conjuntamente con el reconocimiento de otros Estados, le otorgan legitimidad de operación, y con regularidad suscriben o se adhieren.

³²⁰ La Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido, durante más de medio siglo, el principal referente como fuente de derechos. Todos los principios que anuncian derechos y libertades fundamentales, están contenidos en el texto de la Declaración. Toda referencia a la defensa y promoción de los derechos de las personas y sus libertades fundamentales como condición necesaria para la paz, la comprensión y el desarrollo, se inicia con la alusión del instrumento no vinculante más importante de nuestra época, el cual ha sido traducido a más de 330 lenguas.

³²¹ El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó en su resolución 217 A (III), la DUDH. El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos— aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo— y las libertades fundamentales.

*persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por 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...*³²²

Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

*“ARTICULO 8 Apartado 1. — Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la substanciación de cualquier acusación penal...”*³²³

Además de los tratados internacionales, en su calidad de legislación supra nacional³²⁴ el contenido del debido proceso se nos entrega en las disposiciones constitucionales, y, modernamente, en los principios fundamentales recogidos esencialmente en las normativas procesales de carácter penal, los cuales sirven como parámetros o guías de reconocimiento y obligatoriedad legal. Aunque es preciso reconocer que no necesariamente debe ser una condicionante para su existencia la proclamación del término expresamente, con regularidad también se encuentra contenido bajo las previsiones relativas a los “derechos y garantías”. Tal es el caso, por ejemplo de la Constitución española, en la cual no encontramos la terminología debido proceso, pero sí varios

³²² PIDDC. Adoptado por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la ONU, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, USA, el 19 de diciembre de 1966. Contiene 53 Art., y un protocolo facultativo de 14 Arts.

³²³ CADH, llamada también Pacto de San José. Firmada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Contiene 82 Arts.

³²⁴ La supranacionalidad es un sistema político universal en el cual determinados Estados ceden parte de sus atribuciones de gobierno, en mayor o menor medida, dependiendo del grado de supranacionalidad, a organismos internacionales que afectan a más de una nación. Uno de los objetivos de los gobiernos supranacionales desde el punto de vista de la globalismo neoliberal es la internacionalización de la economía, la liberalización de barreras comerciales, la implantación de sistemas monetarios supranacionales, etc., aunque se pueden tener otros objetivos, y de hecho sí lo tienen, como es la regulación de las transacciones internacionales y la preservación de los derechos humanos, el medio ambiente y otros objetivos similares. EEW, véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Supranacionalidad>

capítulos relativos a “Garantías” y “Derechos Fundamentales”, relativas a los ciudadanos; de ese modo, encontramos el trato del debido proceso en la Constitución española bajo las siguientes conceptualizaciones: “De los derechos y deberes fundamentales”, Título I, Art. 10; recibe la temática un tratamiento más amplio en el contenido del Capítulo II, relativo a “Derechos y libertades”, muy especialmente en el articulado comprendido entre el art. 14 y el art 25, siendo especialmente descriptivo el contenido del art 24, en el que textualmente se lee:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”³²⁵

De igual modo, dedica el referido texto constitucional el primer art. del Capítulo IV a refrendar “las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, por lo que se lee en el art. 53:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales

³²⁵ CE., Art 24

derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”³²⁶

Como hemos referido con anterioridad, no es menester la formulación de la terminología “debido Proceso” para su reconocimiento legal o procesal, en sobrados casos es suficiente el reconocimiento y enunciación de derechos y/o derechos fundamentales, para que sea percibida su existencia, de mayor contundencia siempre será el reconocimiento pragmático de la figura. En la ilustración del concepto resulta España ser un modelo idóneo, toda vez que aunque el texto constitucional obvia la formula terminológica “debido proceso”, si tiene un robusta formulación, previsión y práctica de garantías, libertades y derechos fundamentales; sin perjuicio de que exhibe España el modelo de estabilidad constitucional con menos variaciones del mundo, lo que le ha valido la mención de la virgen de Europa.

A diferencia de la española, la constitución colombiana se detiene a detallar las aplicaciones que deben ser observadas para el resguardo y aplicación del debido proceso:

³²⁶ CE., Art 53

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas....Quien sea sindicado tiene derecho...a un debido proceso....Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”³²⁷

La Constitución de Córdoba, Argentina cuna del Código Iberoamericano Tipo o Modelo, el cual ha servido como catalizador en la diseminación de este principio en la América Latina, refiere y hace mención en dos ocasiones de la formulación “debido proceso”, la primera de las cuales más bien en forma descriptiva, aprovechando la ocasión para hacer constar que:

“Debido Proceso. Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Todo proceso debe concluir en un término razonable.”³²⁸

Y en segunda, y última, oportunidad en que refiere el término es en referencia a los juicios de los servidores públicos, quienes podrán ser encausados válidamente, con la condición exclusiva de la observación “del debido proceso.”³²⁹

De su lado, la Carta Magna que rige la vida política, social y jurídica de los dominicanos, recoge de manera esencial en el art. 69 las previsiones relativas al “debido proceso”, formulación a la que en todo su contenido reserva tres menciones, todas en el contenido del mismo artículo; y en consideración al enfoque específico que nos brinda sobre la materia objeto del presente estudio, lo compartimos en su integridad:

³²⁷ CC., Art. 29

³²⁸ CPC., Art. 39

³²⁹ CC., Art. 119

“Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*
- 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*
- 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”³³⁰*

La Constitución dominicana reserva un artículo, más que a conceptualizar sobre el tema, a desarrollar una descripción de obligatoria observación procesal en el marco de la aplicación de justicia; siendo simultáneamente comprensible que no se trata de una

³³⁰ CRD., Art. 69

formulación limitativa de derechos, sino más bien descriptiva; sin perjuicio de que el mismo artículo se adelanta a dejar claro que se trata de la enunciación de “garantías mínimas” o de esencial observación, por lo que simultáneamente otros artículos de la Constitución también refieren observaciones de derechos, garantías y derechos fundamentales, complementarios al debido proceso, como bien pueden ser observadas, por ejemplo, el derecho a la dignidad humana (Art. 38), derecho a la igualdad (Art. 39), derecho a la libertad y seguridad personal (art. 40 y todos sus numerales), derecho a la intimidad y el honor personal (art. 44), en el que recoge en su numeral 1 el trascendente derechos a la privacidad del domicilio³³¹ derecho considerado de importancia capital en la historia del desarrollo de la prueba ilícita, toda vez que, en 1914, fue el origen de la primera Jurisprudencia en la que se excluyó una prueba fundamental por haber sido fruto de una violación domiciliaria en el caso *Weeks Vs. United States*, el cual más adelante trataremos en detalle.

Al igual que la Constitución Española, la Constitución Dominicana reserva la exclusividad de un artículo a garantizar los derechos fundamentales de los individuos, en el que incluye los mecanismos mediante los cuales pretende la consecución de la referida protección:

“Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.”³³²

³³¹ CRD., Art. 44.1: El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito.

³³² CRD, Art. 68 y núms.

Las garantías, derechos, derechos fundamentales, religiosamente consagrados en todas las constituciones que, desde distintas perspectivas y diferentes modalidades intrínsecas, se proclaman como participes del Estado de Derecho, caracterizados por estar su sistema de leyes e instituciones ordenados en torno al régimen de una constitución, no siempre son de cumplimiento cabal, más bien, en la mayoría de los casos están relativizados por los más variados intereses de poder; sin perjuicio de que las referidas garantías, aunque cobijadas por las constituciones, con regularidad suelen confundirse con simples actor formales dentro del proceso, tomando la forma de simples enunciados, toda vez que son solo medios a los que tiene “derecho” el ciudadano frente a la actividad del Estado.

En efecto, en la práctica, son escasas las posibilidades del ciudadano común de hacer prevalecer sus derechos vulnerados frente a unos sistemas que, aunque dialécticamente bien decorados, acusan carencia de humanidad. Con frecuencia, los enunciados garantistas, de buena fe, hacen mención de la responsabilidad y/o sanciones que pudieran enfrentar las autoridades desconocedoras de los derechos individuales en un proceso.

De hecho, el principio fundamental contenido en el art. 26 de la normativa procesal dominicana, hace saber expresamente, en la parte in fine, tras declarar la inutilidad de la prueba levantada sobre la vulneración de derechos: “*sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho*”; previendo el constituyente, de algún modo, la responsabilidad personal a que se enfrenta el violador del derecho, aunque en la práctica, no existe ninguna instancia que tutele y de seguimiento, real y efectivo, a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, incurran en la práctica de vulnerar y/o disminuir los derechos, garantías y derechos fundamentales de los individuos.

Es el texto constitucional meridianamente claro y específico en torno al punto de vulneración y protección de derechos y garantías “Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.”³³³

Por lo que sobre el particular, nos avocamos a proponer la conformación de una jurisdicción exclusiva de tutela y protección de las garantías, derechos y derechos

³³³ CRD., Art. 68, in fine

fundamentales de los ciudadanos. La referida jurisdicción constará de un cuerpo investigador, que se explica con la sola enunciación, y un cuerpo jurisdiccional, responsable de establecer la culpabilidad o no respecto de la acusación. De no tomarse estas previsiones y alternativas específicas y prácticas, en la generalidad los derechos, garantías y debido proceso de ley, en buena parte práctica, seguirán siendo una quimera tras la cual transitamos permanentemente, y quizás sea una de las razones por la que *“Piero Calandrei, en el prefacio del libro de Beccaria, señalaba cómo los siglos han pasado, la técnica de los códigos se han perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y de las penas, continúan en el mismo punto.”*³³⁴

En efecto, entendemos que la problemática garantista, en buena medida, se ha dejado a la suerte de las consideraciones morales de los funcionarios que ejercen la investigación y acusación pública, quienes al final de camino, son parciales en el proceso, que persiguen intereses y resultados específicos.³³⁵ Y de algún modo, el estamento jurisdiccional se hace cómplice pasivo, limitándose a declarar la inutilidad probatoria en los casos en que le sea fehacientemente demostrada la ilegalidad, sin la posibilidad de profundizar en los orígenes de los acontecimientos que generaron la inutilidad y el posterior castigo al funcionario actuante; de hecho, como parte de las investigaciones abiertas en el curso del presente trabajo, no ubicamos un solo caso en que haya sido objeto de sanción el autor de un “delito oficial”³³⁶ por vulneración de garantía, derechos fundamentales o debido proceso de ley.

Entre otras, son esas las razones por las que coincidimos con Brown, quien en su título “Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal”, al momento de valorar “El debido proceso legal...”, es de consideración:

³³⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto, Art. “Falacias en la Jurisprudencia Penal”, Dialnet N° 217, 2011

³³⁵ Sobre el particular, la Ley 78-03 sobre Estatuto del Ministerio Público, que en Rep. Dom. regula las actuaciones del MP, en su calidad en el proceso de investigador/acusado, evidentemente que, con elegante marco conceptual, en el fondo, deja a su particular criterio el curso de objetividad de la investigación, máximo cuando no se reporta la existencia de un organismo que tutele sus actuaciones.

³³⁶ Reservamos esta denominación para aquellos casos en que una autoridad, en el ejercicio de sus funciones, vulnere los derechos y garantías debidos constitucional y legalmente al sujeto objeto de una investigación.

“No son parte del derecho de forma sino del derecho de fondo y derivados de la Ley Fundamental de nuestro sistema jurídico.

Son pilares del proceso penal moderno, y son utilizados cotidianamente por acusadores y juzgadores como generales directivas de ley, cuidadosamente mencionados por los operadores judiciales como que es “importante” tenerlas en cuenta, pero que en la práctica, “en los hechos”, devienen en expresiones dogmáticas, quitándoles su sustancialidad.”³³⁷

2.1.3 El Constitucionalismo. Enfoque Histórico

Se denomina constitucionalismo a los principios rectores de orden político jurídico, tendentes a regular los Estados y garantizar una convivencia más o menos organizada. A nuestro juicio, una de las definiciones que con mayor equilibrio define este concepto es la que considera el constitucionalismo como *“la forma de organizar un Estado en base a una ley suprema, al que el resto de las normas jurídicas deben respetar, la Constitución, que asegure al pueblo la igualdad, el goce de sus derechos naturales, el respeto a su dignidad humana; y organice y limite los poderes del estado, diferenciando entre poder constituyente, propio del pueblo soberano para darse una constitución y poder reformarla, y los poderes constituidos que gobiernan en base a ella, limitados unos por otros, y son elegidos por la mayoría popular.”³³⁸*

Otra definición de constitucionalismo que a nuestro juicio conjuga los elementos fundamentales que tocan de manera frontal la temática que motiva la ponencia académica que nos ocupa, es la que define el constitucionalismo como *“el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político, sometiéndolo a la ley. Pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan solo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley.”³³⁹*

³³⁷ Brown, G. Op. cit., pág. 45

³³⁸ Concepto de constitucionalismo: deconceptos.com/ciencias-juridicas/constitucionalismo

³³⁹ Definición de constitucionalismo: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/derecho_constitucional/

En atención a las definiciones precedentes, es posible colegir que el propósito cardinal del constitucionalismo es la legitimación del poder público, dirigiendo sus acciones bajo el mandato y marco legal establecido, en procura del logro del bien común y garantía del goce de los derechos conquistados por los ciudadanos.

El proceso de dotar las sociedades de constituciones, que es el período que la historia registra con el nombre de constitucionalismo, y no existe un criterio unívoco en torno a definir el período exacto de su génesis; de hecho, su nacimiento se sitúa en un período elástico comprendido entre 1606 y 1653, atribuyéndolo algunos autores a las *Royal Charters* por medio de las cuales la Corona británica autorizaba la fundación de colonias en el Nuevo mundo y disciplinaba el ejercicio del poder en las mismas. Otros señalan que el origen del documento constitucional tiene su cuna en los Fundamental Orders de Connecticut, atribuyendo su paternidad a los colonos que, entre 1635 y 1636 se trasladaron desde la bahía de Massachusetts al valle de Connecticut, en donde fundaron las ciudades de Windsor, Hartford y Wethersfield. Un tercer grupo defiende la tesis que vincula el nacimiento constitucional al Instrument of Government adoptado por Oliver Cromwell en 1653.³⁴⁰

Aun con anterioridad a las referidas iniciativas constitucionalistas, fue en la antigua Grecia, donde comenzaron a tejerse las primeras ideas en esa dirección, y ya dentro de esa interacción político-social, se hablaba del estado Ateniense; y en ese período, la Polis, como ellos le denominaban, tuvo una constitución que organizaba un gobierno político central, además una asamblea para juzgar las leyes y juzgados menores. Así nació el principio de la división de los poderes.³⁴¹

En innegable que a ese orden de ideas hizo un aporte sustancial el movimiento político-social desarrollado en Francia, y al que la historia reconoce con el nombre de Revolución Francesa. En efecto, se otorga el mérito a la Constitución francesa de 1791, de ser la primera constitución escrita en la historia de ese país, siendo

constitucionalismo_colombiano_%20defconstitucionalismo.htm

³⁴⁰ Cfr. D'Atena, Antonio. Traducido del italiano por David Fabio Esborraz. La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/La%20vinculacion%20entre%20constitucionalismo%20y%20derechos.htm#uno>

³⁴¹ Cfr. <http://es.slideshare.net/leonelacarmen/origen-de-la-constitucion-dominicana?related=1>

promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791 y aceptada por Luis XVI; y contenía la reforma del Estado francés, quedando Francia configurada como una monarquía constitucional.³⁴²

Entre los aportes trascendentes de esa Carta sustantiva que pueden ser resaltados señalamos que esta “Constitución establece que la soberanía reside en la nación y ya no en el rey, que se titula "rey de los franceses". Proclama la libertad de pensamiento y de prensa, y la libertad religiosa. Suprime la nobleza y las distinciones hereditarias, los órdenes de caballería, las corporaciones y gremios, y establece el libre acceso a los oficios y funciones que hasta ahora se reservaban a la nobleza o se heredaban. El mantenimiento de los lugares de culto pasa a depender del Estado que remunerará a los religiosos.³⁴³

Otros aportes de especial relevancia que son dignos de resaltar, y que nos señalan una de las cunas de reconocimiento de los derechos humanos, es que la misma garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada. Crea un servicio de instrucción pública para proveer a los ciudadanos con una educación básica libre y gratuita. Crea también un establecimiento público de beneficencia para encargarse de los niños huérfanos y cuidar de los discapacitados.

Es indiscutible la influencia de ese texto, no solo en la redacción constitucional dominicana, sino en la mayoría de los países del mundo civilizado, en las cuales se consagran una serie de derechos, que no solo representan una transformación irreversible en la concepción del individuo frente a la sociedad, y esta frente a aquel, sino que simultáneamente abre paso a una filosofía de desarrollo y reconocimiento de derechos que apenas, a pesar del discurrir del tiempo, aún se encuentra en una etapa embrionaria, lo mejor de las conquistas de los derechos individuales y sociales, aún está por venir.

Conforme sostiene la concepción clásica de organización del Estado, éste no es una realidad de derecho mientras no está constituido. Si nos acogemos a la referida concepción de Estado, tendríamos que situar el nacimiento del Estado isleño, “...a la par que se

³⁴² Cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_francesa_de_1791

³⁴³ Enciclopedia electrónica Wikipedia. Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_francesa_de_1791

organiza la lucha por la independencia del país. En el manifiesto del 16 de enero de 1844,...

³⁴⁴

La constitución dominicana fue redactada tomando el espíritu del pensamiento liberal europeo y norteamericano y, con un trasfondo muy marcado, las ideas de Rousseau, expuestas esencialmente en su obra del contrato social, conjuntamente y en medidas importantes, las ideas que inspiraron la revolución francesa. En efecto, “las constituciones que sirvieron de modelo para elaborar la nuestra están: La constitución francesa de 1795, con los principios de libertad, igualdad, seguridad, propiedad. La Constitución de Toussaint Louverture de 1801. La constitución de Filadelfia. La constitución de Cádiz de 1812. Acta constitutiva haitiana del gobierno provisional del estado independiente de 1821. Proyecto de constitución Duarte, junio de 1844. La constitución haitiana de 1816, que nos rigió hasta el 3 de febrero de 1844.”

³⁴⁵

Sobre el particular, son dignas de referencia las expresiones del magistrado Contín:

“Sabido es que toda constitución descansa sobre uno que otro postulados, no articulados, anteriores a ella, que dan fisonomía político social a determinado país y que presiden su formación histórica. No hay constituciones estándar adaptables a todos los pueblos. Cada uno, se da la que conviene a su destino histórico, fundada en los principios básicos esenciales que preceden a la articulación y organización de los órdenes y jerarquías del Estado, la Constitución dominicana del 44, aunque sin duda bebió en la linfa clara de las Leyes sustantivas de otros Estados, por ejemplo, en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, llamada de Filadelfia, en las leyes constitucionales de Francia y en la Constitución de Cádiz de 1812, como los mismos comisionados de redactarla lo

³⁴⁴ Amaro Guzmán, Dr. Raymundo “Constitución de la República Dominicana”, Comisión Revisora de las Normas de administración Pública (CORENAP), Santo Domingo, 2000, pág.226

³⁴⁵ <http://es.slideshare.net/leonelacarmen/origen-de-la-constitucion-dominicana?related=1>

declaran un su informe, sin mencionarlas, no es menos cierto también, que éstos tuvieron, más que todo, en cuenta las circunstancias particulares de nuestro pueblo, sus propias peculiaridades, no sin dejar de confesar, paladinamente, que pocas veces se habrá presentado el ejemplo de un pueblo que ofrezca más embarazos para constituirlo, que el dominicano.”³⁴⁶

Sitúa Contín la cuna de la Constitución dominicana, en “Un decreto de la Junta Central Gubernativa, presidida entonces por el Jefe Supremo Pedro Santana, en fecha 24 de julio de 1844, llamamiento a los pueblos para que ejerciendo su Soberanía, formen la Constitución política y tracen el gobierno que mejor convenga, según los principios ya consagrados en la Manifestación del 16 de enero”, ordenó “que del día 10 al 30 de agosto, de ese año, tendrían lugar las Asambleas Electorales “para el nombramiento de los miembros que deben concurrir a la formación del Congreso que ha de formar la Constitución del Estado y del Gobierno definitivo”. Dos meses más tarde, el 2 de septiembre, la risueña Villa de San Cristóbal, presenciaba el espectáculo de la solemne instalación de la Asamblea Constituyente.”³⁴⁷

Resulta meridianamente claro para el togado que, sin resquicios de dudas, que los Constituyentes del 44 fueron poseedores de preclara intuición y profundo conocimientos de las necesidades y aspiraciones del pueblo y la historia en general, pues, “Sólo así se explica que, con tanto acierto, echaran las bases sólidas y seguras de nuestra República y establecieran el Estado dominicano... Las ideas de Rousseau, a través del pensamiento de Jefferson, están vaciadas en la famosa Manifestación del 16 de enero de 1844...”³⁴⁸

La historia constitucional de Rep. Dom., ha estado matizada esencialmente por los interés políticos de los gobernantes de turno, versando principalmente en proporcionar legitimaciones al más alto nivel legal para perpetuarse en las esferas de poder, y relegando

³⁴⁶ Peña Batlle, Manuel Arturo, y otros autores “Ensayos en Torno a la Constitución de 1844”, Publicaciones ONAP, Santo Domingo, 1981, pág. 127

³⁴⁷ Peña Batlle, M. Op. cit. pág. 74

³⁴⁸ Peña Batlle, M. Op. cit. pág. 75

al plano de lo accesorio la temática relativa al establecimiento, respeto y salvaguarda, desde el estado, de los derechos fundamentales de las personas; y las conquistas alcanzadas en esas esferas sociales, han sido fruto de tendencias continentales que apuntan en esa dirección.

Prueba irrefutable de la inestabilidad en vida constitucional de la nación, se encuentra reflejada en las treinta y ocho modificaciones, aparte del Acta Constituyente de 1821, que se han dado cita sobre el texto constitucional dominicano, conforme se detalla a continuación:

Modificaciones	Fecha de Aprobación	Lugar
00	6 de noviembre de 1844	San Cristóbal
01	25 de febrero de 1854	Santo Domingo
02	16 de diciembre 1854	Santo Domingo
03	19 de febrero de 1858	Moca
04	14 de nov. de 1865	Santo Domingo
05	27 de sep. de 1866	Santo Domingo
06	27 de abril de 1868	Santo Domingo
07	14 de sep. de 1872	Santo Domingo
08	24 de marzo de 1874	Santo Domingo
09	9 de marzo de 1875	Santo Domingo
10	31 de marzo de 1876	Santo Domingo
11	7 de mayo de 1877	Santo Domingo
12	15 de mayo de 1878	Santo Domingo
13	11 de febrero de 1879	Santo Domingo
14	17 de mayo de 1880	Santo Domingo
15	23 de nov. de 1881	Santo Domingo
16	15 de nov. de 1887	Santo Domingo
17	12 de junio de 1896	Santo Domingo
18	14 de junio de 1907	Santo Domingo
19	22 de febrero de 1908	Santiago
20	13 de junio de 1924	Santo Domingo
21	15 de junio de 1927	Santo Domingo
22	9 de enero de 1929	Santo Domingo
23	20 de junio de 1929	Santo Domingo
24	9 de junio de 1934	Santo Domingo
25	10 de enero de 1942	Santo Domingo
26	10 de enero de 1947	Santo Domingo

27	1 de diciembre de 1955	San Cristóbal
28	7 de nov. de 1959	San Cristóbal
29	28 de junio de 1960	Santo Domingo
30	2 de diciembre de 1960	Santo Domingo
31	29 de diciembre 1961	Santo Domingo
32	16 de sep. de 1962	Santo Domingo
33	29 de abril de 1963	Santo Domingo
34	9 de agosto de 1965	Santo Domingo
35	28 de nov. de 1966	Santo Domingo
36	14 de agosto de 1994	Santo Domingo
37	25 de julio de 2002	Santo Domingo
38	26 de enero 2010	Santo Domingo
39	13 de junio 2015 ³⁴⁹	Santo Domingo

En efecto, la señalada como penúltima modificación es la que efectivamente ha mostrado mayor contundencia en la formulación de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que interactúan social y jurídicamente en el espacio de esta media isla; siendo preciso señalar que los referidos reconocimientos han sido fruto de las aperturas sociales y las tendencias constitucionales que marchan continentalmente en esa dirección; circunstancia que, unida a la previa promulgación del CPPD, en julio del 2002 y puesto en vigencia en octubre del 2004, rodea de garantías, al menos en teoría, el proceso penal y la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos avocados a los referidos.

³⁴⁹ Esta última modificación no tocó ningún punto atinente a garantía o derechos fundamentales. La reforma constitucional fue más bien de orden político, en la que se alteró el contenido del art. 124 en el sentido siguiente:

CRD 2012: “Art. 124.- Elección presidencial. El Poder Ejecutivo se ejerce por el o la Presidente de la República, quien será elegido cada cuatro años por voto directo y no podrá ser electo para el período constitucional siguiente.”

CRD 2015: “Art. 124.- Elección presidencial. El Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente o la Presidenta de la República, quien será elegido o elegida cada cuatro años por voto directo. El Presidente o la Presidenta de la República podrá optar por un segundo período constitucional consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la Vicepresidencia de la República.”

Y esta consigna prevé un capítulo transitorio, el cual prevé: Capítulo II: De las Disposiciones Transitorias. “...Vigésima: En el caso de que el Presidente de la República correspondiente al período constitucional 2012-2016 sea candidato al mismo cargo para el período constitucional 2016-2020, no podrá presentarse para el siguiente período ni a ningún otro período, así como tampoco a la Vicepresidencia de la República.”

Se destacan especialmente como mandatos constitucionales garantistas, contenidos en el Título II, en el que se consagran los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales, y los cuales fueron referidos en detalle en el ítem antecedente.

De igual modo, el referido artículo primero de la normativa procesal penal, invoca los tratados internacionales, en materia de respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales, equiparando a la esfera de influencia Constitucional, su efectividad, al momento de la interpretación y aplicación de sus formulaciones; jugando ambas normativas, una incidencia de importancia vital en el curso de los procesos de carácter penal; al menos en la formulación teórica, toda vez que en la aplicación práctica con frecuencia se vulneran los derechos consagrados en la Carta Magna y Tratados Internacionales.

2.2 Derechos del Imputado. Conceptos

Existe dentro del ámbito de la aplicación del derecho un vocablo que con frecuencia se estima como sobre entendido. Es práctica corriente, aún entre los más connotados tratadistas y eruditos de la materia, quienes al iniciar y profundizar en las diferentes vertientes del conocimiento jurídico, dando por sentado su entendimiento y comprensión. Se trata del vocablo derecho. Y no es para menos, es un vocablo tan amplio y vasto, que resulta más fácil describirlo que definirlo, de hecho se ha llegado a plantear que *“resulta un término difuso por resultar omnicomprendido de diversas situaciones o relaciones jurídicas, por el contenido, objeto o sentido de lo reconocido o concedido, el titular o el eventual obligado (sujeto pasivo)”*³⁵⁰

Derecho es un término de aplicación en todos los ámbitos de la vida, amplio, que resulta no ser contenido con carácter de exclusividad por ninguna ciencia o práctica social, por lo que no es extraño que sea de escasa comprensión gnoseológica, aún para los más versados tratadistas. Es muy variado el prisma desde donde puede ser enfocado. Aun asumiendo un enfoque jurídico, se hace constar que “La expresión derechos, del latín *directus*, directo, en plural, hace referencia a aquello que se concede o reconoce (independientemente de que haya sido exonerado o no por él) a un sujeto de derecho; a

³⁵⁰ Guzmán Brito, Alejandro “Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo". Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (XXV). Ediciones de Valparaíso, Chile, 2003, pág. 179

diferencia de Derecho, en singular, que puede referirse a la ciencia jurídica, al ordenamiento jurídico o a un sistema jurídico. La justificación del disfrute o ejercicio de los distintos derechos por cada uno de los sujetos que los detentan puede basarse en muy distintas circunstancias: el nacimiento, la herencia, la vecindad, la conquista, el trabajo, u otras actividades.³⁵¹

Vista la terminología en retrospectiva, y remontándonos a las sociedades de mayor relevancia jurídica, se establece que en la Grecia antigua no existía una noción de derechos del individuo, al menos en el sentido moderno, toda vez que los conceptos de derechos y libertades se diluían en la *polis* y sólo eran atribuciones de algunos individuos, los ciudadanos, quienes podían ostentar algunos privilegios, más o menos similares a la concepción moderna de derecho. En la antigua Roma los cambios y paradigmas no fueron muy diferentes, toda vez que su organización se basaba en la distinción entre potestad pública y la potestad de *pater familias*, siendo así que los individuos sólo tenían los derechos que les correspondían de acuerdo a su ubicación en ese esquema.³⁵²

El desarrollo práctico del término no sufrió variables de consideración en el período que registra la historia como “orden feudal”, y similar suerte corrió en los primeros tiempos del Estado moderno, toda vez que las relaciones socio jurídicas estuvieron fundamentadas sobre una plataforma de desigualdad institucionalizada, tanto así que los derechos de los individuos dependían de su posición en la escala social, y su pertenencia a alguna categoría o estamento preeminente. Son estas las razones por las cuales, de utilizarse el concepto de *derechos*, en los referidos regímenes, “se hacía en el sentido de fueros o privilegios, es decir, de derechos no universales, sino particulares (particularismo), restringidos a un grupo (una familia, un estamento, una ciudad o una región), como por ejemplo el derecho de pernada y todo tipo de derechos feudales. Esta forma de entenderlos, hacía equivaler *derecho* a *renta*, como era el caso de los beneficios eclesiásticos, y a *derecho exclusivo*, como era el caso de los monopolios (tanto de los señores feudales como de las compañías privilegiadas o de las patentes para libros o invenciones -derechos de autor).”³⁵³

³⁵¹ EEW., véase: <http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos>

³⁵² EEW., véase: Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos>

³⁵³ Idem 351

Con frecuencia los ciudadanos que ingresan en calidad de víctimas a los procesos penales, inclusive los propios beneficiados, se le desencaja el rostro al conocer que existen derechos, consagrados por las leyes procesales penales, constituciones y tratados internacionales, en beneficio de los imputados de la comisión de un ilícito sancionado por las leyes penales, ya se trate de la comisión de una simple infracción o de la comisión de un hecho considerado abominable por la colectividad social en que se enmarque.

De hecho, el imputado de un ilícito penal, continúa siendo avistado como el ser despreciable que merece el peor de los castigos, realidad ésta que queda estampada en el arraigo popular bajo el dicho “el preso no es gente”. Incluso tratadistas y doctrinarios han mostrado cierta timidez en detenerse en la figura per se del imputado. Tal parece ser el fardo que sobre los hombros del infractor ha dejado el bíblico Caín.³⁵⁴

La normativa procesal penal dominicana, arrastrada por los vientos de cambios procesales que refrescan los litigios penales del continente, ha dado pasos concretos, mediante la promulgación de la ley 76-02, que instituye el Código Procesal Penal, para humanizar el proceso penal en el territorio dominicano. Se habla de humanizar por el hecho de que anterior a la referida legislación, la causa penal estaba regida por el CPCr, normativa inspirada bajo las directrices del sistema inquisitivo la cual, fiel a su nacimiento, no escatimaba esfuerzos para la extracción de la confesión de culpabilidad del acusado, aunque para ello fuera necesario el sometimiento a cualesquier práctica de tortura física o psicológica, y en no escasa cantidad de casos, llegarle hasta costar la vida al perseguido.

La puesta en vigencia de la normativa procesal que a la fecha regula el proceso penal dominicano, entraña los denominados “Derechos del Imputado”, contenidos de manera no limitativa en el art. 95 y sus numerales. Pese a establecer derechos en torno a la figura de este actor del proceso penal, la normativa dominicana no proporciona una definición de “imputado”, sin perjuicio de que refiere el término en doscientos ochenta y seis oportunidades,³⁵⁵ no obstante presupone el conocimiento del contenido gnoseológico del

³⁵⁴ Caín es el primer responsable bíblico de un delito de sangre, agravado por haber sido en perjuicio de su hermano, lo cual se recoge en la historia bíblica contenida en el libro de Génesis, capítulo 4, versos del 1 al 16

³⁵⁵ Olivares Grullón, Félix Damián y Núñez Núñez, Ramón Emilio “Código Procesal Penal Concordado”, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003

término, o lo deja a la libre interpretación y/o definición del togado y los hombres de leyes. No es el caso de otras legislaciones similares, en las que el legislador ha observado el detalle de dejar establecida la definición expresa del referido actor; tal es el caso de la normativa procesal argentina, en la se le define como “*la persona a la que se le atribuye la autoría o participación de un delito de acuerdo con las normas de este Código.*”³⁵⁶ La normativa española en vez de imputado, usa el vocablo “encausado”, y define éste como “*todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausados en el proceso penal.*”³⁵⁷ En lo que sí son coincidentes las referidas normativas, es en la consagración de derechos a figura del encartado, encausado o imputado.

Podemos afirmar que los “Derechos del Imputado” están conformados por el conjunto de garantías que el Estado³⁵⁸ está en la obligación de proveer a todo ciudadano, y muy especialmente, en el caso que nos ocupa, a todo acusado de la comisión de un ilícito sancionado por la ley penal. Sobre el particular, en el discurso que nos ocupa, nos enfocaremos a la descripción de las garantías y derechos que la legislación dominicana, incluyendo la Ley Sustantiva y los Tratados Internacionales, proporcionan a la figura del imputado a través del denominado debido proceso de ley, los principios fundamentales que rigen la referida previsión legal. No es pretensión de esta obra realizar un detalle acabado sobre el particular, pues las mismas leyes que los describen coinciden en señalar que su enumeración no es limitativa,³⁵⁹ por lo que en el desarrollo de este trabajo nos avocaremos a describir los que por su naturaleza revisten mayor trascendencia para el proceso penal, y tomaremos la palabra ad literam, al art. 1 de la Ley 76-02 o CPPD, el

³⁵⁶ CPPN., Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2014. Art. 63

³⁵⁷ LECr Art. 46

³⁵⁸ Entiéndase por Estado, en el contexto del presente trabajo, el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad.

³⁵⁹ La CRD en el Capítulo II: “De las garantías a los derechos fundamentales” en el art. 68 ofrece plena garantía del respeto de los derechos fundamentales; en el art. 69, a lo largo de 10 numerales, detalla la “Tutela judicial efectiva y debido proceso”, y en el art. 74.1 declara que los referidos derechos y garantías protegidos y señalados por la Constitución “No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza. En iguales términos se manifiesta el artículo 95, parte in fine, del CPPD, cuando señala que “la precedente enumeración de derechos no es limitativa”.

cual ordena al cuerpo punitivo el respeto irrestricto, bajo cualquier circunstancia, de los derechos del encausado en proceso penal en territorio dominicano.

2. 3 Principios y Garantías del Sistema Procesal Penal Dominicano

El primer título del CPPD, recoge en 28 arts. con igual número de “Principios Fundamentales”, que en tal calidad delimitan la orientación del resto del contenido del Código. Es de público conocimiento que estos principios se encuentran explícitamente expresados en la Constitución dominicana y los Tratados Internacionales que el país ha incorporado a su derecho positivo interno, definiendo de manera categórica la orientación del resto del contenido compilado legalmente.

Con sobrada razón pudiere señalar un transeúnte, dentro de su armonía lógica, que los referidos principios están, sin poder señalar una excepción, recogidos en la Constitución del país, sin perjuicio de que en reiteradas ocasiones han sido objeto de proclamas internacionales que exigen su aplicación y respeto, y sobre todo en Rep. Dom. que en la Constitución derogada en 2010 recitaba en la parte in fin del mismo art. 3 “*La Republica Dominicana reconoce y aplica la normas de Derecho Internacional general y americano en la medida que sus poderes públicos las hayan adoptado...*”,³⁶⁰ y la inmediatamente puesta en vigencia consagra que: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.*”³⁶¹ y, en efecto, el país ha firmado y ratificado todos y cada una de las Declaraciones y Convenios Internacionales que han sido proclamados, por lo que resulta de poca sustancia contemplarlo dentro de la ley adjetiva. Quien de ese modo razone estará evidenciando un desconocimiento total, no solo de la idiosincrasia, sino de del modus operandi cultural del sistema procesal de la parte española de la media isla.

De varios modos lo hemos expresado antes de tocar este punto, y lo haremos con riguroso nivel de profundidad en su momento; sin perjuicio de que a cualquier precio queremos ser guardián de la objetividad en la presente entrega, son las razones por las que nos vamos de abstener de ofrecer una respuesta directa y propia de nuestro particular criterio, al

³⁶⁰ CRD., Art.3 derog.

³⁶¹ CRD., Art. 74.3

transeúnte que pudiere reflexionar en la dirección reseñada, y vamos a tomar las propias palabras de los adecuadores del Código Procesal Penal Tipo Iberoamericano al sistema procesal dominicano, quienes en las “Notas Explicativas del Nuevo Código Procesal Penal”, señalan textualmente:

“No escapa al entendimiento de los redactores el hecho de que esos principios se encuentran ya expresados en la Constitución y en los Tratados Internacionales que el país ha incorporado a su derecho positivo interno. Sin embargo, no es menos cierto, que fruto del positivismo jurídico que caracteriza la cultura civil-escrita, que nosotros hemos recibido como producto de exportación colonial y adscripción acrítica a la tradición europea continental, la comunidad jurídica, salvo honrosas excepciones, no ha logrado hacer visibles ni efectivos esos principios. En los hechos las disposiciones adjetivas han prevalecido por encima de las sustantivas. De ahí, que deliberadamente, los redactores hayan decidido hacer visibles estos principios su reiteración en el texto adjetivo.”³⁶²

Tal y como ha quedado expresamente establecido en la cita precedente, en Rep. Dom., desde la promulgación del finado Código de Procedimiento Criminal, que reguló el proceso penal por más de ciento veinte años, hasta el día de la escritura de estas líneas, impera la prescripción de la ley adjetiva por encima de la sustantiva, en materia procedimental; por lo que en base a esos conocimiento culturales estructurales, no resulta ocioso armonizar ambas legislaciones, lo cual resulta de utilidad para, en esta etapa de la vida institucional, resguardar al juzgador de la tentación de seguir importantizando las prescripciones adjetivas por encima de las sustantivas.

En tal virtud, y en atención a las trascendencias de estos principios, mismos que constituyen la columna vertebral de sistema procesal penal dominicano, y mediante los cuales se persigue superar definitivamente la práctica de los modelos inquisitivos y darle

³⁶² Olivares Grullón, F. y Núñez Núñez, R. Op. cit., pág. 19

la bienvenida a los sistemas de corte acusatorio, adversariales y garantistas. En lo inmediato procedemos a desarrollarlos y conocerlos en su intimidad.

2.3.1 Principio de Primacía de la Constitución y los Tratados Internacionales³⁶³

Justamente el primer art. de la Ley 76-02 contentiva del CPPD, recoge el primer principio fundamental que rige la normativa procesal. Así se lee en su contenido:

*“Art. 1. Primacía de la Constitución y los tratados. Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley. La inobservancia de una norma de garantía judicial establecida en favor del imputado no puede ser invocada en su perjuicio.”*³⁶⁴

Abre el telón procesal dominicano aludiendo directamente el constitucionalismo y los convenios y tratados entre las naciones, como las normativas preeminentes sobre el sistema procesal penal. En efecto, no por simple coincidencia se realiza el opening procesal penal dominicano aludiendo el respeto a la Constitución³⁶⁵ y los Tratados Internacionales. Al parecer otras comunidades jurídicas, que previa y posteriormente han asimilado el mismo modelo normativo, han salvado esas circunstancias de respeto por la ley sustantiva, por lo que han introducido su normativa procesal penal priorizando otros

³⁶³ La Rep. Dom. ha firmado y ratificado los Instrumentos Internacionales siguientes: 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), del 10 de diciembre del 1948. 2. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), de abril del 1948. 3. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, del 30 de agosto del 1955. 4. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre del 1965. 5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre del 1966. 6. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) o (Pacto de San José, Costa Rica), del 22 de noviembre del 1969. 7. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre del 1985. 8. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, del 18 de diciembre del 1979. 9. Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) del 9 de junio del 1994.

³⁶⁴ CPPD., Art.1

³⁶⁵ Ha crecido el nivel de conciencia en esta generación de togados dominicanos respecto de la importancia y trascendencia para el sostenimiento del régimen legal el reconocimiento y respeto por las prerrogativas constitucionales, las cuales tradicionalmente han sido preceptos decorativos de antojadizo cumplimiento.

principios: tal es el caso de Colombia que concedió la primera mención procesal a la “*Dignidad humana*”,³⁶⁶ Argentina al “*Juicio previo*”,³⁶⁷ España lo consagra al “*Principios de legalidad y jurisdiccionalidad*”,³⁶⁸ y Perú a la “*Justicia Penal*”.³⁶⁹ Bien se puede aplicar en cada uno de estos casos el dicho que reza “Dime de que habla el predicador y te diré de lo que adolece”, cada cultura jurídica prioriza en primer término, las que entiende es su debilidad o principal desafío a superar, y que bueno que así sea, este reconocimiento constituye la herramienta para llevar la praxis penal al siguiente nivel. En el caso específico de la Rep. Dom. prima el desafío de respeto por las prescripciones de la normativa Constitucional. De hecho, no hemos encontrado hasta el momento en ninguna otra normativa procesal la necesidad de incluir esta garantía en ninguno de sus articulados

En el ordenamiento jurídico dominicano la supremacía de la norma Constitucional, en su condición de Ley de leyes, está consagrada dentro de los principios fundamentales que sostienen “*Nación organizada en Estado libre e independiente*”³⁷⁰ y se pone expresamente de manifiesto cuando expresa el texto:

*“Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.”*³⁷¹

Se reitera esta disposición Constitucional, a la vez que transfiere e iguala su contenido jerárquico a los Tratados Internacionales, en el Capítulo III del mismo texto, el cual dispone “De los Principios de Aplicación e Interpretación de los Derechos y Garantías Fundamentales”, en el cual en un solo art.³⁷² se recoge de manera eficiente el espíritu de jerarquía de estas fuentes de derecho, y textualmente se lee en el numeral 3:

³⁶⁶ CPPC., Art. 1

³⁶⁷ CPPN., Art. 1

³⁶⁸ LECr., Art. 1

³⁶⁹ CPPP., Art. 1

³⁷⁰ CRD., Art. 1

³⁷¹ CRD., Art. 6

³⁷² CRD., Art. 74

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;”³⁷³

Las referidas disposiciones dejan diáfana y transparentemente sentadas las bases para la aplicación de este principio, y su colocación en posición de liderato respecto de los restantes veintisiete; el cual, insistimos bien pudiera parecer ocioso, sin embargo necesario por las razones precedentemente expuestas. Este principio, a diferencia de los demás, es esencialmente localista, toda vez que corresponde exclusivamente a la intestina organización judicial dominicana decidir y definir que rango de importancia, y que medidas de respeto, otorga a su propia Constitución. En lo que respecta a esta nueva estructura procesal penal el respeto por el debido proceso y, consecuentemente, el reconocimiento de los derechos debidos a los sujetos que intervienen en el mismo, están perfectamente armonizados y sincronizados entre la Ley Sustantiva y la adjetiva, solo resta su efectivo cumplimiento por los órganos jurisdiccionales, y los abogados que operan en el día a día del sistema constituirse en guardianes de su correcta aplicación y evitar el posible natural acomodo a circunstancias que bien pudieren dar al traste y distorsionar estos principios de salvaguarda y garantistas de la legalidad.

2.3.2 Principio de Solución del Conflicto

“Los tribunales procuran resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía social. En todo caso, al proceso penal se le reconoce el carácter de medida extrema de la política criminal.”³⁷⁴

Opera la lógica de resolución del conflicto generado como una consecuencia anti jurídica, a través del modelo triádico, toda vez que se precisa la intervención de un tercero “mediador” quien es el indicado por el sistema legal para zanjar las diferencias surgidas entre las partes. El enfoque de solución propuesto por la normativa dominicana, a juzgar

³⁷³ CRD., Art. 74.3

³⁷⁴ CPPD., Art.2

por la formulación “*Los tribunales procuran resolver el conflicto...*”, se opera en el estadio jurisdiccional, lo cual somos de opinión no es la formulación correcta, toda vez que no refleja el contenido de la propia normativa, ni el espíritu de avenencia entre las partes que enarbola.

En efecto, poner exclusivamente en los tribunales la solución del conflicto, implica anular y dejar sin efecto todo el arsenal de herramientas que la normativa pone en manos del MP para tales fines; y de hecho, sería otorgarle a este funcionario un carácter exclusivamente investigador, negándole conceptualmente la posibilidad de ser un ente objetivo y conciliador en la etapa inicial del proceso, con capacidad y autonomía legal para resolver diferencias en las que no esté gravemente comprometido el bien jurídico vulnerado.

Sobre ese particular sostenemos la opinión de que más adecuada formulación presenta la normativa procesal argentina, que al introducir el principio lo hace tomando en consideración los diferentes estadios por los que transita el proceso, otorgando explícitamente a cada funcionario la posibilidad legal de solución del conflicto. Así se expresa:

“Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”.³⁷⁵

Se señala como origen de este principio una tendencia del Derecho Comparado tendente a importantizar la conciliación autor-víctima como supuesto de dar lugar al sobreseimiento del proceso; y es una tendencia que se ha registrado dentro del Derecho Penal juvenil, atendiendo básicamente a la falta de rigidez de las alternativas sancionatorias de que se dispone para esta modalidad de Derecho, todo con el objetivo de evitar la imposición de una privación de la libertad del menor, por el carácter desocializante de esta medida punitiva; sin perjuicio de que medidas menos drásticas puedan facilitar soluciones que incidan positivamente en el comportamiento futuro del menor. Tras los reportes positivos

³⁷⁵ CCPN., Art. 22

de la aplicación de estas medidas en el ámbito señalado, se ha propagado su expansión al Derecho Penal de adultos la posibilidad de conciliación entre imputado-víctima y de reparación dentro de esta, como supuesto que da lugar al sobreseimiento de la causa. Tendencia este que ha encontrado previsión y fomento dentro del derecho internacional de los Derechos Humanos, por lo que encontramos en el numeral 7 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de la ONU en la 96ª. Sesión plenaria del 29 de noviembre de 1985, se estableció expresamente: “Se utilizaran, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.³⁷⁶

En concomitancia con la referida corriente internacional, la normativa procesal dominicana prevé la conciliación de conformidad con los términos del art. 37CPPD, y sobre la cual se pueden observar dos modalidades, en todo estado de causa para los procesos de acción privada,³⁷⁷ acción pública a instancia privada,³⁷⁸ y antes de que el juez de la instrucción dicte apertura a juicio, en los casos de acción pública.³⁷⁹ Independiente de la solución del conflicto adquirida por vía de la conciliación entre las partes, existe otra figura procesal de alcance similar, que es operada entre la fiscalía en su calidad de representante social y el imputado sobre el que se estime “méritos” imprescindibles para ser beneficiado con el denominado criterio de oportunidad, mediante el cual puede la fiscalía “...mediante dictamen motivado, prescindir de la acción pública respecto de uno o varios de los hechos atribuidos, respecto de uno o de algunos de los imputados o limitarse a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles...”, en los casos siguientes:

1. Se trate de un hecho que no afecte significativamente el bien jurídico protegido o no comprometa gravemente el interés público. Este criterio no se aplica cuando el

³⁷⁶ Cfr. Llobet Rodríguez, J. Op. cit., pág. 86

³⁷⁷ CPPD., Art. 32

³⁷⁸ CPPD., Art. 31

³⁷⁹ CPPD., Art. 30

máximo de la pena imponible sea superior a dos años de privación de libertad o cuando lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o en ocasión de éste;

2. El imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación; y

3. La pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones pendientes, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.³⁸⁰

Como puede observarse, la mayoría de estas herramientas son colocadas a disposición del MP, es el funcionario que esencialmente disfruta de la discreción de hacerla efectiva en la primera etapa procesal, es la razón por la que precedentemente cuestionamos la formulación procesal mediante la cual se presenta la figura, posición que es afianzada con la disposición legal que rige el cuerpo del MP en lo relativo a este principio procesal, en la cual se lee:

“Principio de oportunidad.- El Ministerio Público buscará prioritariamente, dentro del marco de la legalidad, la solución del conflicto penal mediante la aplicación de los criterios de oportunidad y demás alternativas provistas en el Código Procesal Penal. Asimismo promoverá la paz social privilegiando la persecución de los hechos punibles que afecten el interés público.”³⁸¹

³⁸⁰ CPPD., Art.34.1.2.3

³⁸¹ EMP., Art. 15

Como puede ser apreciado el principio de Solución del Conflicto es ejercido esencial y fundamentalmente, en la práctica procesal dominicana por el funcionario que representa la sociedad.

2.3.3 Principio de Juicio previo

*“Nadie puede ser sancionado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo. El juicio se ajusta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación, celeridad y concentración”.*³⁸²

Constituye este principio uno de los pilares fundamentales para el reconocimiento de un Estado de Derecho en lo relativo al respeto de la libertad individual de la persona. Este principio encuentra soporte procesal en las previsiones reservadas por el CPPD bajo el título “Principios Generales del Juicio”, contenido en el bloque de arts. 306-317, entre lo que se recogen como endoso de legalidad las pautas seguidas en el proceso penal dominicano.

Es preciso señalar que a diferencia de otros principios que pueden ser descritos con el señalamiento de un artículo procesal o constitucional, el de juicio previo, que garantiza la libertad personal si no ha mediado en perjuicio del individuo un proceso investido con las prerrogativas de legalidad, conjuga la reunión de una serie de previsiones diseminadas en la normativa procesal, que tal y como hemos señalado se ha necesitado al menos un bloque de doce artículos para la conjugación y desarrollo.

El señalamiento constitucional no representa excepción de multiplicidad para hacer acopio del contenido que debe ser observado para la validez del denominado juicio previo, así encontramos que en el texto Constitucional la masa descriptiva de este derecho está plasmada en el art. 69, el cual de inmediato, en su numeral 1 señala “el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita”, para a seguidas señalar “*El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial...*”³⁸³ en el “*...que se presuma su inocencia y ser tratada como tal...*”³⁸⁴ en un

³⁸² CPPD Art.3

³⁸³ CRD., 69.2

³⁸⁴ CRD., 69.3

“juicio público, oral y contradictorio, ... y con respeto al derecho de defensa”³⁸⁵ en el que expresamente se prohíbe que el imputado sea “obligado a declarar contra sí mismo”,³⁸⁶ proceso en el cual será declarada la nulidad de “toda prueba obtenida en violación a la ley”.³⁸⁷

Sin perjuicio de las referidas prerrogativas no son limitativas, más bien enunciativas, toda vez que el sistema procesal penal otorga amplitud al criterio de salvaguarda de derechos garantista, por lo que prima el criterio de que bajo ninguna circunstancia la “enumeración de derechos no es limitativa. El ministerio público y los demás funcionarios y agentes encargados de hacer cumplir la ley, así como los jueces, tienen la obligación de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible sobre sus derechos, procurar su salvaguarda y efectividad.”³⁸⁸

A verdad de Binder: “El juicio previo... es el realizado por jueces y no por otra autoridad. Esta idea surge del mismo desarrollo histórico y político. La idea de un límite al poder penal del Estado se manifestaba también en la convicción de que no podía ser el mismo rey el que juzgara las causas. Tampoco podía ser delegado del rey que pudiera recibir sus órdenes, de tal modo que, como luego veremos, no sólo se trataba de que existieras un juez, sino de que ese juez fuera independiente del poder central y de todo otro poder... Podemos decir en síntesis que la garantía del juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder (el juez como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio). También es una fórmula sintética en otro sentido: Expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. El juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo. Inmediación.”³⁸⁹

De igual modo, en fuentes garantistas internacionales el principio es recogido en los arts. 8.1 de la CADH y el 14.1 del PIDCP. Este principio implica no tan sólo que nadie podrá

³⁸⁵ CRD., 69.4

³⁸⁶ CRD., 69.6

³⁸⁷ CRD., Art. 69.8

³⁸⁸ CPPD., Art.95 in fine

³⁸⁹ Binder, Alberto “Introducción al derecho Procesal Penal”, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 115

ser condenado sin la previa celebración de un juicio revestido de todas las formalidades y garantías acordadas por la ley, sino que vincula prerrogativas fundamentales como la libertad, la intimidad, las comunicaciones telegráficas y cablegráficas y muchas otras de igual rango y naturaleza que sólo podrán ser limitadas, mediante la debida autorización judicial.

El principio de juicio previo exige contradicción en la actividad probatoria; que haya claramente oralidad, publicidad, acusación, defensa, intermediación, verificación y comprobación jurisdiccional de todos los elementos del conflicto. Implica que la sentencia judicial alcanzada en el juicio debido, es el único medio para legitimar la intervención del poder punitivo del Estado.

La oralidad, publicidad y contradicción son reglas técnicas procesales inseparables del juicio. La limitación de la oralidad y la publicidad sólo es admitida por el ordenamiento jurídico vigente, en supuestos legales específicos y mediante resolución escrita y fundada. La publicidad se erige como garantía de quien es parte en el proceso, de que el mismo será llevado a cabo de manera transparente. La contradicción no es más que la posibilidad de que cada una de las partes intervinientes pueda contradecir de modo eficiente y oportuno las pruebas y afirmaciones presentadas en su contra. Y por último, la inmediatez, que comporta la exigencia de que, salvo excepción expresa y válida de las normas vigentes, las pruebas sean recibidas y apreciadas directamente por el juzgador al mismo tiempo y delante de todas las partes o, con éstas debidamente citadas para ello.³⁹⁰

2.3.4 Principio de Juez Natural

“Nadie puede ser juzgado, condenado o sometido a una medida de seguridad, por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros tribunales que los constituidos conforme a este código con anterioridad a los hechos de la causa.”³⁹¹

³⁹⁰ Cfr. SCJ, Resol. No. 1920-03

³⁹¹ CPPD., Art.4

En similares términos se expresan el CPPN y el CPPC, los cuales prevén el principio del Juez Natural en sus arts.7 y 11, respectivamente. En Rep. Dom. el principio esta soportado por el núm. 7 del art. 69 CRD en el que sin rodeos se expone que “*Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio*”.³⁹²

También prevén la aplicación de este principio el art. 8.1 de la CADH y el 14.1 del PIDCP. Implica esta garantía procesal que, el órgano judicial ha de ser pre existente al acto punible, ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión. Supone también, una implícita prohibición de crear organismos ad-hoc o post-facto; tribunales o comisiones especiales para juzgar los actos punibles, sin atender a la naturaleza del acto ni al tipo de persona que lo cometa. El juez natural ha de tener un carácter previo y permanente. Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos.³⁹³

El complemento de este principio debe estar sustentado por una real y efectiva independencia del Poder Judicial, con relación a los otros dos poderes que complementan la triada clásica de división de Estado, sobre todo con respecto al Poder Ejecutivo;³⁹⁴ toda vez, que aun cumpliéndose todos los pre citados requisitos si existe una “intromisión” de otro poder que oriente al juzgador a fallar en un sentido determinado, automáticamente se rompe el equilibrio al que aspira el principio.

En Rep. Dom. ese tipo de “intromisión” o ruptura de equilibrio gana espacio, especialmente cuando se trata de procesos de carácter políticos, que suele inclinar la balanza de la justicia dependiendo del favor o desgracia que se haya granjeado con el Ejecutivo, o la coyuntura política con que coincida el proceso; constituyendo las referidas

³⁹² CRD., Art. 69.7

³⁹³ Cfr. SCJ Resol. No.1920-03

³⁹⁴ El Poder Ejecutivo es el más propenso a permear los demás poderes por su característica de unipersonal, sin perjuicio de ser el que maneja el presupuesto de la nación y mantiene el control de los denominados poderes fácticos

intervenciones una flagrante violación al principio, lo que equivaldría a conformar un tribunal especial post hechos, y consecuentemente también pondría en punto de quiebre el principio que analizamos a continuación.

2.3.5 Principio de Imparcialidad e Independencia.

*“Los jueces sólo están vinculados a la ley. Los jueces deben actuar en forma imparcial y son independientes de los otros poderes del Estado y de toda injerencia que pudiere provenir de los demás integrantes del Poder Judicial o de los particulares.”*³⁹⁵

La imparcialidad y la independencia, como garantías del debido proceso, se encuentran contenidas en el núm. 2 del art. 69 de la CRD, en donde se dispone que asiste a todo ciudadano el “*derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley*”.³⁹⁶

De igual modo recoge la DUDH: “*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*”.³⁹⁷

La independencia y la imparcialidad del juzgador constituyen conceptos íntimamente relacionados entre sí. Por su independencia, el juez sólo se encuentra sometido a la Constitución y a la ley, encierra un aspecto externo y orgánico referido al Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado y frente a los denominados grupos de presión y a los poderes de facto que interactúan en la defensa de intereses carácter público o privado y, un aspecto interno como garantía de los ciudadanos, para tutela del derecho a un juez sobre quien no sea posible la injerencia o influencia de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales.

³⁹⁵ CPPD Art.5

³⁹⁶ CRD., Art.69.2

³⁹⁷ DUDH., Art. 10

“La imparcialidad impide al juez hacer actuaciones propias de las partes, como proponer, obtener o aportar pruebas, desacreditar en audiencia a un testigo u otros medios de prueba sometidos por las partes; no puede asumir los roles del fiscal ni de la defensa, y armoniza con las labores de orden y dirección del proceso judicial y no se afecta por el control disciplinario de la conducta del juez, cuando este control es ejercido según las reglas del debido proceso en torno a las faltas cometidas en la función o en ocasión de estas, sin tocar a las cuestiones jurisdiccionales que atienden a los asuntos decididos o por decidir. La imparcialidad e independencia son reflejadas por los convenios que las prescriben como un derecho subjetivo del ciudadano frente a sus jueces y un deber de los jueces frente a los ciudadanos. Según su presupuesto, los jueces no pueden dejarse influenciar por ningún otro interés que no sean los significados de las normas vigentes y la verdad de las pruebas aportadas y no representa un interés a favor o en contra de las partes.”³⁹⁸

2.3.6 Principio de Participación de la Ciudadanía

“Todo habitante del territorio de la República tiene el derecho a participar en la administración de justicia en la forma y condiciones establecidas en este código.”³⁹⁹

Este principio, con relación al quehacer jurisdiccional dominicano, quedó colgado, sin que represente una aplicación real y efectiva sobre las expectativas que sobre el mismo se cifraron al momento de su redacción. El espíritu que animó la inclusión de este

³⁹⁸ SCJ., Resol. 1920-03

³⁹⁹ CPPD., Art. 6

principio fue la posibilidad de instaurar en el sistema procesal penal dominicano la figura del jurado, conforme la práctica judicial norteamericana; iniciativa que fue deshecha al momento de las deliberaciones sobre la cuestión. Iniciativa sobre la cual se hereda el señalamiento de este artículo.

De todos modos, y otro sentido de aplicabilidad, es la posibilidad, que de hecho nunca ha sido una cuestión sobre la que ha existido controversia, de que los ciudadanos puedan asistir a las salas de audiencia a participar en calidad de observadores de los procesos. Práctica esta que también puede contribuir como un elemento de transparencia procesal frente a la ciudadanía.

Si entendiéramos el principio partiendo de esta segunda perspectiva, se precisa señalar que solo existen dos excepciones en la normativa procesal penal dominicana, para la restricción de público en sala de audiencia penal, a saber:

“El juicio es público, salvo que de oficio o a petición de parte, el tribunal decida, mediante resolución motivada, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, siempre que:

- 1. Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes;*
- 2. Peligre un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible.*

Desaparecida la causa de restricción, el tribunal permite el reingreso del público.”⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ CPPD., Art. 308

2.3.7 Principio de Legalidad del Proceso

*“Nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales.”*⁴⁰¹

El derecho a un proceso legal deriva del principio de legalidad, consagrado en el núm. 2 del art. 69 CRD, el cual dispone el derecho del procesado “*a ser oído, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley*”. Del mismo modo consagrado por el art. 9 de la CADH y por el art. 15 del PIDCP.

Persigue este principio en el aseguramiento de que nadie será objeto de persecución, ni sujeto de proceso sin la existencia de una ley previa que confiera fundamento legal a la intervención de las autoridades. En el ámbito del derecho penal se traduce en que nadie puede ser procesado ni sancionado sino como consecuencia de una ley pre existente al hecho imputado.⁴⁰² Principio que se extiende hasta la ejecución de la pena.⁴⁰³ Si bien la garantía de legalidad es, en la práctica, aplicable comúnmente a la materia penal, no menos cierto es que la misma es aplicable “*mutatis mutandi*” a las demás ramas del derecho, salvo las excepciones de lugar.⁴⁰⁴

El principio de legalidad representa la garantía que el Estado otorga a toda persona de que por la vía penal no se procederá en su contra sino por la realización de una infracción previamente sancionada por la Ley, evitando de ese modo la capciosidad que implicaría la detención de un individuo para sacarlo de circulación a cualquier precio, pues sin dudas que tal circunstancia representaría una inseguridad jurídica de proporciones inimaginables. Se complementa esta garantía el principio de irretroactividad⁴⁰⁵ de la ley, leído en latín

⁴⁰¹ CPPD., Art. 7

⁴⁰² Nullum delicto sine lege previa

⁴⁰³ Nulla poena sine lege

⁴⁰⁴ Cfr. SCJ. Resol. 1920-03

⁴⁰⁵ CPE., Art. 2.2 “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”

como: “*Nulla poena sine lege*”, el cual busca proteger a los ciudadanos de que se les pueda sancionar a posteriori por un acto que cuando fue realizado no estaba prohibido. De igual modo se aplica el principio de irretroactividad cuando, durante el proceso se dicta una ley más gravosa para el imputado en cuyo caso la ley derogada mantiene su vigencia por ser más benigna, es a lo que se le denomina ultractividad de la ley penal. De hecho, el CPD que entrará en vigencia a partir del próximo diciembre, contempla expresamente el principio de irretroactividad de la ley penal cuando advierte: “*Principio de irretroactividad de la ley penal. La ley penal no se aplica a los hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, salvo que favorezca a la persona imputada (sub júdice) o que está cumpliendo condena.*”⁴⁰⁶

Sobre este principio nos refiere el magistrado Camacho Hidalgo, citando a J.J. Busto: “*El derecho penal moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia penal reconoce con el nombre de principio de legalidad (no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen y a todo hecho criminal le corresponde una pena legal). Este principio abarca todo sistema penal, no sólo la garantía criminal y la garantía penal, sino también la garantía jurisdiccional (Tribunales y procedimientos legales) y garantía de ejecución (el cumplimiento de la pena regulado por la ley). Como puede apreciarse, las garantías que conlleva el principio de legalidad atraviesan todo el sistema penal, la incriminación primaria y la secundaria*”⁴⁰⁷

El sistema procesal penal dominicano ha experimentado un crecimiento mayor en los últimos doce años que en los anteriores cien; de hecho la ley 550-14 que establece el Código Penal, recoge manifiestamente el principio de legalidad del proceso, y así lo expresa textualmente:

“Principio de legalidad. A nadie se le podrá imponer ninguna sanción ni medida de seguimiento socio-judicial si su conducta, sea por acción u omisión, no se encuentra prohibida u ordenada de manera precisa e inequívoca por la ley. En ningún caso podrá la ley remitir a una norma jurídica de

⁴⁰⁶ CPD., Art. 3.3

⁴⁰⁷ Camacho Hidalgo, I. Op. cit., 16

menor jerarquía para completar el supuesto de hecho de una infracción ni para fijar las sanciones, medidas de seguimiento socio-judicial o de seguridad que son aplicables a ella.”⁴⁰⁸

Evidentemente que el sistema procesal penal dominicano ha asumido un maridaje inquebrantable con el denominado principio de legalidad del proceso, toda vez que sus tres principales fuentes directas: Constitución, normativa procesal y código penal, lo han asumido deliberada y expresamente.

2.3.8 Principio de Plazo razonable

“Toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la sospecha que recae sobre ella. Se reconoce al imputado y a la víctima el derecho a presentar acción o recurso, conforme lo establece este código, frente a la inacción de la autoridad.”⁴⁰⁹

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable está contenido en el art. 8.1 de la CADH, que dispone: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”*. Del mismo modo está consagrado en el Artículo 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho *“a ser juzgado sin dilaciones indebidas”*.

Implica esta garantía la imposibilidad de un proceso indefinido, por lo que se impone al Estado, a través del órgano jurisdiccional, la obligación de establecer tiempos y normas, claras y precisas que garanticen que ningún ciudadano será indefinidamente sometido a proceso. Para determinar si ha habido violación al plazo razonable deben tomarse en cuenta los siguientes criterios: a) complejidad del caso, b) gravedad de la pena imponible, c) gravedad del bien jurídicamente tutelado, d) la conducta del imputado frente al proceso,

⁴⁰⁸ CPD., Art. 3.1

⁴⁰⁹ CPPD., Art.8

e) la negligencia o efectividad de las autoridades en llevar adelante el proceso, f) el análisis global del procedimiento.

Se avala constitucionalmente la aplicación de este principio cuando se hace constar expresamente en la Carta Magna dominicana el derecho que asiste al ciudadano a una “*justicia accesible, oportuna y gratuita*”,⁴¹⁰ siendo el termino de mejor adecuación en el caso que nos ocupa, el de oportunidad.

Traducido el principio a materia procesal penal, cuenta el MP con una serie de herramientas que le permiten dar respuesta legal a la aplicación de esta prerrogativa; así por ejemplo, cuenta con la posibilidad de aplicar criterio de oportunidad respecto de la acción pública,⁴¹¹ mediante la promoción de la conciliación entre las partes,⁴¹² a través de la suspensión condicional del procedimiento,⁴¹³ a través de los diferentes motivos que permiten el archivo de los expedientes en el ámbito de su jurisdicción.⁴¹⁴ Fuera de las referidas prerrogativas, las cuales pueden ser promovidas directamente por el MP o las partes, siempre que apliquen de conformidad con la letra de la ley, al acusador público se le imponen plazos perentorios para la conclusión de las investigaciones puestas a su cargo; de ese modo encontramos en las previsiones del art. 150: “*Plazo para concluir la investigación. El ministerio público debe concluir el procedimiento preparatorio y presentar el requerimiento respectivo o disponer el archivo en un plazo máximo de tres meses si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario, y de seis meses si ha sido ordenada otra de las medidas de coerción previstas en el artículo 226. Estos plazos se aplican aun cuando las medidas de coerción hayan sido revocadas. Si no ha transcurrido el plazo máximo del procedimiento preparatorio y el ministerio público justifica la necesidad de una prórroga para presentar la acusación, puede solicitarla por única vez al juez, quien resuelve, después de dar al imputado la oportunidad de manifestarse al respecto. La prórroga no puede superar los dos meses, sin que ello signifique una ampliación del plazo máximo de duración del proceso.*”⁴¹⁵

⁴¹⁰ CRD., Art. 69.1

⁴¹¹ CPPD., Arts.34-36

⁴¹² CPPD., Arts.37-39

⁴¹³ CPPD., Arts. 40-43

⁴¹⁴ CPPD., Art. 281 y núms.

⁴¹⁵ CPPD., Art. 150

Y acota en el siguiente: *“Vencido el plazo de la investigación, si el ministerio público no acusa, no dispone el archivo ni presenta otro requerimiento conclusivo, el juez, de oficio o a solicitud de parte, intima al superior inmediato y notifica a la víctima, para que formulen su requerimiento en el plazo común de diez días. Si ninguno de ellos presentan requerimiento alguno, el juez declara extinguida la acción penal.”*⁴¹⁶

La normativa procesal otorga también plazos precisos a la actividad jurisdiccional, tendentes a la solución del conflicto dentro de plazo razonable, así encontramos que *“las decisiones judiciales que sucedan a una audiencia oral son pronunciadas inmediatamente después de concluida la audiencia, sin interrupción alguna, salvo cuando este código disponga un plazo distinto. En los demás casos, el juez o el ministerio público, según corresponda, resuelve dentro de los tres días de la presentación o planteamiento de la solicitud, siempre que este código no disponga otro plazo.”*⁴¹⁷

En artículos sucesivos a los citados precedentemente, en atención al principio de plazo razonable, se establece todo un articulado para el establecimiento del “Control de la Duración del Proceso”, el que se pone de manifiesto que la *“duración máxima de todo proceso es de tres años, contados a partir del inicio de la investigación”* pudiendo extenderse por otros *“seis meses en caso de sentencia condenatoria”*, en aras de sobre guardar el sagrado derecho de defensa, y consecuentemente *“permitir la tramitación de los recursos...”*⁴¹⁸ La duración máxima del proceso se prolongará por un año más, es decir, cuatro años, cuando el proceso haya sido declarado complejo.⁴¹⁹

En el intermedio de los procesos, a los fines de la agilización de los procesos, prevé la normativa la figura de la “queja por retardo”; en esa dirección expresa:

“Queja por retardo de justicia. Si los jueces no dictan la resolución correspondiente en los plazos establecidos en

⁴¹⁶ CPPD., Art. 151

⁴¹⁷ CPPD., Art. 146. Sin perjuicio de que las partes pueden solicitar la reposición total o parcial del plazo, cuando por defecto de la notificación, por razones de fuerza mayor o por caso fortuito, no hayan podido observarlo; de conformidad con las previsiones del art. 147

⁴¹⁸ CPPD., Art. 148

⁴¹⁹ CPPD., Art. 370.1

este código, el interesado puede requerir su pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene, puede presentar queja por retardo de justicia directamente ante el tribunal que debe decidirla. El tribunal que conoce de la queja resuelve directamente lo solicitado o emplaza a los jueces para que lo hagan dentro de las veinticuatro horas de devueltas las actuaciones. Si es necesario para resolver, el tribunal puede ordenar que se le envíen las actuaciones. Si los jueces insisten en no decidir, son reemplazados inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal.”⁴²⁰

Sobre el particular se percibe una dicotomía conceptual en la normativa, toda vez que con el mismo contenido se usa el término “*demora*”; así leemos en la combinación de los arts. 70 y 71 el recurso consagrado a las partes, de someter por ante el tribunal superior inmediato, por la falta de “*demora procesal*” a los jueces que no emitan el fallo en el tiempo procesal correspondiente.⁴²¹

Dos reflexiones sobre los puntos manifestados. La primera, debe la normativa procesal unificar el criterio de retardo de justicia en un solo concepto; hemos visto que con el mismo contenido y aplicación se usa el término “*retardo*”⁴²² y “*demora*”.⁴²³ Entre ambos conceptos, el de *demora*: “Retraso en un proceso o actividad”, parece ser el que mejor se aviene al contexto de la actividad procesal penal, por lo que sugerimos que en una próxima revisión legal de la normativa procesal penal se unifiquen los referidos conceptos en torno al término “*demora*”, para que de ese modo, a partir de aquel momento de lea en los arts. 63, 64, 152 y 370 CPPD “*demora*”, en vez de “*retardo*”.

La segunda reflexión es para llamar la atención respecto de que la normativa dominicana no prevé ninguna sanción específica para los casos en que se registren *demoras* en la emisión de decisiones jurisdiccionales, previendo exclusivamente que si “*los jueces*

⁴²⁰ CPPD., Art. 152

⁴²¹ En iguales términos de “*demora*” se expresan los arts. 153 y 154 CPPD

⁴²² CPPD., arts. 152, 370

⁴²³ CPPD., arts. 70, 71, 153, 154

insisten en no decidir, son reemplazados inmediatamente,” y concluye con un vago e irresponsable *“sin perjuicio de su responsabilidad personal.”*⁴²⁴ Somos de opinión de que sobre el particular existe un vacío en la normativa dominicana, el cual debe ser llenado sustituyendo el genérico e irresponsable: *“Si los jueces insisten en no decidir, son reemplazados inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal”* precitado, por sanciones explícitamente definidas.

Por ejemplo, cuando se habla en Argentina de que los jueces tienen el deber de pronunciar la decisión en los plazos que la ley establece, y de otra manera, ellos pueden incurrir en denegación de justicia o retardo de justicia, comportamiento que puede llegar a constituirse en hecho punible.⁴²⁵ En efecto, prevé el CPPN: *“Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.”*⁴²⁶ Entendemos que para continuar con el saneamiento histórico del sistema judicial dominicano, adrede no nos referimos en esta oportunidad al sistema procesal penal dominicano, adrede nos referimos al SISTEMA JUDICIAL DOMINICANO en su totalidad, a los fines de quede eliminado, de una vez y por siempre ese mal endémico de la justicia de dominicana de retardo persistente e insistente, lo cual permea más allá de la justicia, de un modo extremadamente dañino, las relaciones penales, comerciales, laborales, administrativas, ..., sociales... de los dominicanos.

En manos de la pronta justicia descansa el desarrollo que pueda alcanzar la próxima generación de dominican@s.

2.3.9 Principio de Única Persecución

*“Nadie puede ser perseguido, juzgado ni condenado dos veces por un mismo hecho.”*⁴²⁷

⁴²⁴ CPPD., Art. 152 in fine

⁴²⁵ Maier, J. “Derecho Procesal Penal”, t. III, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 329

⁴²⁶ CPPN., Art. 273

⁴²⁷ CPPD., Art. 9

El principio de única persecución o “non bis in idem” constituye la garantía o derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho se encuentra expresamente consagrada en la CRD en el art.69 núm. 5 en donde expresamente se establece que: “*Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa*”. Del mismo modo, se encuentra establecido por la CADH, la que en su art. 8.4 textualmente se lee: “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”; y por el art. 14.7 del PIDCP, en el que se lee: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya con de nado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el pro ce di miento penal de cada país.*” Se cuenta este derecho, no solo entre los que integran el debido proceso, sino que simultáneamente constituye un principio político de seguridad individual que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho. La prohibición que impide el doble procesamiento, persecución, juzgamiento y pronunciamiento frente a un mismo hecho e integra en su contenido dos principios fundamentales: El de la cosa juzgada y el de la litispendencia.

En efecto, en casos particulares habrá que determinar y distinguir entre lo que es la denominada doble persecución y la litispendencia, entendida esta como es una expresión española que se traduce como "litigio pendiente", utilizada en Derecho para señalar la existencia de un juicio pendiente, entre las mismas partes y sobre una misma materia: “*Es un efecto procesal que se genera tras la presentación de una demanda, en contra del demandante, que le impide iniciar un nuevo juicio contra el demandado, sobre la misma materia, pues en dicha situación el último tiene la posibilidad de oponerse alegando tal situación: utilizándola como una excepción procesal. Con ello se pretende evitar el dictado de sentencias contradictorias.*”⁴²⁸

La esencia procesal de este principio es evitar el doble encausamiento o juzgamiento contra una persona que ya ha sido perseguida, investigada, procesada y juzgada por un hecho imputado, bien sea que resulte culpable o absuelta, no podrá ser encartada de nuevo, aún en los casos de que surjan nuevas circunstancias o comprobaciones que sean vinculantes y comprometedoras entre el imputado y el hecho. Para evitar tal situación procesal se le requiere al acusador público de que investigue correctamente el hecho sometido a su jurisdicción, con toda la rigurosidad requerida por cada caso particular, ya

⁴²⁸ EEW véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Litispendencia>

que no puede perseguir y acusar cada vez que encuentre evidencias sobre el caso, toda vez que solo está permitido un solo enjuiciamiento por el hecho conocido.⁴²⁹

2.3.10 Principio de Dignidad de la Persona

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su dignidad personal y su integridad física, psíquica y moral. Nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.”*⁴³⁰

La dignidad, o “cualidad de digno” se remite al vocablo latín: dignitas, que traducido al español se referencia como “valioso”, e invoca al valor inherente al ser humano en su cualidad de ser racional, dotado de libertad y poder creativo, con la capacidad de desarrollar sus talentos mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad.⁴³¹

En el campo del derecho la referencia a la dignidad está siempre presente en los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos nacido luego de concluida la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, se destaca ante todo la referida Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Preámbulo la “dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana”, para luego afirmar en el artículo primero, que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁴³² De hecho, inicia el preámbulo de esta misma la DUDH, nada más y nada menos que en estos términos: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”.⁴³³ Debiera resultar suficiente el espacio ocupado por esta cita para explicar el principio.

Con posterioridad, el concepto de dignidad humana fue nuevamente asumido por los redactores de otros pactos internacionales sobre derechos humanos, instrumentos

⁴²⁹ Cfr. Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 20

⁴³⁰ CPPD., Art. 10

⁴³¹ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, 22.^a edición, 2001

⁴³² DUDH Art. 1

⁴³³ DUDH., preámbulo

condenatorios de una serie de prácticas consideradas violatorias o contrarias al valor esencial de la persona, tales como la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas de trabajo, las discriminaciones de todo tipo, etc.

La terminología asumida por la DUDH fue paulatinamente asumida por un gran número de Constituciones nacionales, sobre todo las adoptadas a partir de la segunda mitad del siglo XX, las que explícitamente se hace referencia al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos humanos y como una de las finalidades esencial del Estado de Derecho. En tal sentido, se destaca la Constitución alemana de 1949, que como reacción a las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, establece en su art. 1° que: “La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla”.

“La dignidad humana, contiene elementos subjetivos, que corresponden al convencimiento de que las condiciones particulares de vida permiten alcanzar la felicidad y de elementos objetivos, vinculados con las condiciones de vida que tiene la Persona, para obtenerla. Así las cosas se determinó a la Dignidad Humana, como un derecho fundamental. La ponderación de estos elementos constituye una parte importante de la evolución del derecho Constitucional de la mayoría de los países, así como una de sus mayores discusiones, sobre todo a la hora de sopesar la Dignidad Humana con otros derechos fundamentales.”⁴³⁴

Digno de referencia es el tratamiento y conceptualizaciones que otorga al termino la Corte Constitucional Colombiana, definió de esta forma a la Dignidad Humana, en la sentencia T 881 de 2002: *"Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión "dignidad humana" como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana*

⁴³⁴ EEW véase: <http://es.wikipedia.org/wiki/Dignidad>

entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.”⁴³⁵

En probablemente el principio que ha contado con mayor celebración de reconocimientos en los ámbitos de las declaraciones y reconocimientos de derechos humanos. Lo refiere la CADH o Pacto de San José en el art. 5 núm. 2 y lo expresa: *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”*

Haremos economía de otras importantes menciones, y señalaremos que la Carta Sustantiva dominicana consagra expresamente y como estandarte principal en el ejercicio del derecho procesal penal, la dignidad de la persona, cuando inicia el apartado correspondiente a Del Estado Social y Democrático de Derechos, proclamando que *“Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”*,⁴³⁶ de igual modo, reserva una atención especial a este principio cuando en la sección de los Derechos Civiles y Políticos, expresa: *“Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.”*⁴³⁷ Sin perjuicio de consagrar que: *“Ninguna persona puede ser*

⁴³⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>

⁴³⁶ CRD., Art. 8

⁴³⁷ CRD., Art. 38

sometida a penas, torturas o procedimientos vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica”.⁴³⁸

El precepto constitucional que señala la inaplicabilidad de torturas y trato vejatorio en perjuicio de la integridad física o psíquica del individuo, implica directamente a cualquier autoridad que la practique como un transgresor de las disposiciones constitucionales, las cuales, por muchos años, constituyeron letra muerta, atrapadas entre las luchas sociales, económicas y políticas de la sociedad dominicana.

Como hemos podido observar en las letras de los referidos artículos, más que la enunciación de un derecho, es un pilar, uno de los fundamentos sobre los que se organiza el Estado dominicano. Como consecuencia práctica de la protección de la dignidad, se refleja el principio de integridad física de la persona, por lo que dentro del mismo ámbito de aplicación reconoce y expresamente hace saber que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas.”*⁴³⁹

Entre otras connotaciones, cuenta la aplicación práctica de este principio con las prerrogativas constitucionales relativas a la prohibición de la pena de muerte y empleo de torturas y de tratamientos vejatorios o que impliquen la pérdida o disminución de la salud o de la integridad física de las personas; la expresa protección y consecuente rechazo de la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas, la protección a no ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas; tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida.⁴⁴⁰

Todas las referidas protecciones y reconocimientos previo al manifiesto a lo atinente a “Las Garantías a los Derechos Fundamentales”, capítulo que apertura el art. 68, en el que expresamente se consigna: *“La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos*

⁴³⁸ CRD, Art. 42.1

⁴³⁹ CRD., Art. 42

⁴⁴⁰ Cfr. CRD., Art. 42.1.2.3

*obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.”*⁴⁴¹

El principio, plenamente asumido por la legislación adjetiva que regula el proceso penal, por lo que lo encontramos diseminado a través de normas y prohibiciones en todo el trayecto articulado de la normativa. Así por ejemplo, vemos como existe delicadeza, y se remite a la obligatoria autorización judicial, la intervención del espacio interior del imputado;⁴⁴² expresamente están expresados en la normativa los métodos que se prohíben en la investigación y el proceso: *“En ningún caso se puede requerir del imputado ratificación solemne de su exposición o promesa de decir la verdad. No puede ser expuesto a métodos de coacción, amenazas o promesas con el fin de llevarlo a declarar contra su voluntad. También están prohibidas todas las medidas que menoscaben su libertad de decisión, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos; en especial, las violencias corporales o psicológicas, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos o cualquier sustancia que disminuya su capacidad de comprensión o altere su percepción de la realidad, como los sueros de la verdad, detectores de mentiras y la hipnosis. Se prohíbe inducir al imputado a hacer cualquier tipo de declaración mediante el chantaje y la amenaza de sufrir las consecuencias de la declaración de otro imputado. El imputado no puede ser obligado a confrontarse con ningún otro declarante o testigo.”*⁴⁴³

Se consagra el respeto de la intimidad del individuo, por lo que *“Antes de proceder al registro personal, el funcionario actuante, debe advertir a la persona sobre la sospecha de que entre sus ropas o pertenencias oculta un objeto relacionado con el hecho punible, invitándole a exhibirlo. Los registros de personas se practican separadamente, respetando el pudor y dignidad de las personas, y en su caso, por una de su mismo sexo. El registro de personas se hace constar en acta levantada al efecto, que debe incluir el cumplimiento de la advertencia previa sobre el objeto buscado, la firma del registrado, y si se rehúsa a hacerlo, se hace mención de esta circunstancia. En éstas condiciones, el acta puede ser incorporada al juicio por su lectura. Estas normas se aplican al registro*

⁴⁴¹ CRD., Art. 68

⁴⁴² CPPD., Art. 99

⁴⁴³ CPPD., Art. 107

de vehículos.”⁴⁴⁴ De igual modo para la colocación de medida de coerción, en lo relativo a los dispositivos electrónicos, prevé la normativa que estos medios deben evitar causar “*lesión a la dignidad o integridad física del imputado*”.⁴⁴⁵

Otros puntos trascendentes relativos a la protección de la dignidad del encausado son los relativos a la publicidad de las audiencias y el interrogatorio, por las serias y reales exposiciones a que se puede enfrentar en encartado en el curso del proceso; es por lo que la normativa solo restringe el principio de publicidad en los casos en que se pueda afectar “*el pudor, la vida privada o integridad física de alguno de los intervinientes*”;⁴⁴⁶ y en cuanto al interrogatorio reserva la excepción de presentar públicamente la identidad o dato de un testigo, exclusivamente a los fines de “*proteger su seguridad o la de sus familiares*”, y se impone al juez la conducción del interrogatorio velando expresamente que “*se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.*”⁴⁴⁷

A tal extremo protege la legislación dominicana la dignidad de la persona, que en la normativa penal promulgada y que recién en diciembre 2015 entrará en vigencia, se consagra un capítulo “*De las Infracciones Contra la Dignidad de la Persona*”,⁴⁴⁸ en las que se castigan la discriminación, el proxenetismo, la explotación sexual de NNA.

Hemos sido testigos del compromiso único e irrevocable asumido por la Constitución y legislación penal y procesal penal dominicana con el principio de dignidad de la persona; en otras palabras, para ser más específicos, el compromiso del Estado Dominicano con el respeto y resguardo de la Dignidad de la Persona. Sin embargo, una y otra vez, todos los días, caen ciudadanos abatidos a través de los denominados “*intercambios de disparos*”. Esta conceptualización acuñada con habilidad por los tradicionales voceros policiales, que da cuenta de la muerte de un ciudadano que supuestamente, evadiendo una persecución policial, repele a tiros contra sus

⁴⁴⁴ CPPD., Art. 176

⁴⁴⁵ CPPD., 226.5

⁴⁴⁶ Nótese en cuanto este punto, que no discrimina la normativa sobre cuál de las partes es que puede estar comprometiendo “*el pudor, la vida privada o integridad física*”, por lo que es un derecho universal para todos los involucrados, de un modo u otro, en el duelo penal

⁴⁴⁷ CPPD., Art. 326

⁴⁴⁸ Se trata del Capítulo V CPD, comprendido entre el bloque de arts. del 182 al 198

perseguidores, quienes “indefensos” no tienen otra alternativa que defenderse y la refriega a tiros termina regularmente con la muerte del ciudadano.

Es una práctica de larga data en la sociedad dominicana, en la que incluso jefes de policías se disputan el liderazgo en muertes alcanzadas, por lo que es rutinario ver estos titulares de prensa: “Mueren 420 en intercambios de disparos”,⁴⁴⁹ “Tres presuntos delincuentes muertos en intercambio de disparos con policías”,⁴⁵⁰ “Aumentan en República Dominicana los muertos por intercambios de disparos entre delincuentes y policías”,⁴⁵¹ “Amnistía denuncia aumento de muertos en RD por los “intercambios de disparos” con PN”.⁴⁵²

Con los solos titulares de los últimos diez años, bien podríamos cubrir el requisito de volumen del presente trabajo y, sin exagerar, nos sobraría material. En un estudio realizado por la CNDH entre enero del año 1997 hasta agosto del 2012 han caído muertos a manos de la Policía Nacional 4,069 hombres, mujeres, incluyendo menores de edad; y así se lee en el titular: "Intercambios" se llevaron a 4,069 dominicanos en 16 años”⁴⁵³

⁴⁴⁹ Véase: <http://elnacional.com.do/mueren-420-en-intercambios-de-disparos/>

⁴⁵⁰ <http://telenoticias.com.do/galeria-videos/todos/tres-presuntos-delincuentes-muertos-en-intercambio-de-disparos-con-policias#sthash.egO8rxm9.dpuf>

⁴⁵¹ http://www.acontecerfinanciero.com/?module=displaystory&story_id=13362&format=print

⁴⁵² <http://acento.com.do/2014/actualidad/8165135-8165135amnistia-denuncia-aumento-de-muertes-de-dominicanos-asesinados-por-policias/>

⁴⁵³ Santo Domingo. Un estudio realizado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) arrojó que desde el año 1997 hasta agosto del 2012 han muerto a manos de la Policía Nacional 4,069 hombres, mujeres, incluyendo menores de edad.

Según el informe, sólo en la gestión del jefe policial Rafael Guillermo Guzmán Fermín, en los años 2008, 2009 y 2010 murieron 1,300 ciudadanos.

"Estas estadísticas demuestran a la política que con los "intercambios de disparos" la delincuencia no se ha reducido en ninguna de sus expresiones, desde la simple ratería o delincuencia común, hasta el delito de cuello blanco, pasando por el crimen organizado y la corrupción en la administración pública", dice el informe de la CNDH.

En la actual gestión, encabezada por el mayor general José Armando Polanco Gómez, hasta finales de agosto del 2012, los muertos a manos de agentes policiales suman 170.

En el año 1997, cuando José Aníbal Sanz Jiminián ocupó la jefatura de la Policía Nacional, murieron 351 personas en intercambios de disparos y en otras circunstancias en que actuaron agentes policiales.

En el año 1998, bajo la misma jefatura cayeron 253 ciudadanos y ciudadanas.

En el año 1999, en la jefatura de Pedro de Jesús Candelier, durante el gobierno del presidente Leonel Fernández, murieron 219 personas.

En el año 2000, con el mismo Pedro de Jesús Candelier, al final del gobierno de Fernández y al comienzo del gobierno de Hipólito Mejía, los muertos a manos de la Policía Nacional sumaron 301.

Y día tras día los referido titulares continúan adornado los diarios, y que ha pasado?, nada; Cuantos jefes de policías han resultado presos o destituidos por esta práctica del personal bajo su mando?, ninguno; Cuantos policías guardan prisión por esa práctica?, muy pocos.⁴⁵⁴

Entonces nos preguntamos ¿Dónde está la responsabilidad práctica del Estado Dominicano por el respeto profesado a la Constitución, el Código Penal y la normativa procesal penal?. Bien. Gracias. Y todo es tan normal como tomarse una taza de café a primera hora de la mañana, observando en el diario la masacre del día anterior...

2.3.11 Principio de Igualdad ante la Ley

“Todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratadas conforme a las mismas reglas. Los jueces y el

Para el año 2004, entre el final de la jefatura de Candelier y el comienzo de la gestión de Jaime Marte Martínez, los muertos sumaron 360.

En 2005, entre la jefatura de Marte Martínez y la de Manuel de Jesús Pérez Sánchez hubo 437 muertes a manos de agentes policiales.

Entre 2006, bajo la jefatura de Bernardo Santana Páez, los muertos fueron 295.

En el año 2007, también con Santana Páez, se elevó el número a 345.

En 2008, bajo el mando de Rafael Guillermo Guzmán Fermín, el número de muertos se elevó a 413.

Para el año 2009, los muertos por la jefatura de Guzmán Fermín sumaron 400.

En 2010, antes de entregar el mando a José Armando Polanco Gómez, los muertos de la administración de Guzmán Fermín sumaron más de 450.

En el 2010, en los primeros tres meses de la gestión del mayor general José Armando Polanco Gómez murieron 28 dominicanos.

En 2011, con la misma jefatura del mayor general Polanco Gómez murieron 300 víctimas de los intercambios de disparos y en el 2012, 170.

Policías muertos

En el mismo período murieron un total de 2,145 agentes a manos de la delincuencia y en el cumplimiento de su deber.

Los agentes muertos abarcan las diversas jefaturas desde el año 1997 hasta la fecha.

Precisamente este año, en tan sólo un mes, la Policía reportó la muerte de diez agentes, incluyendo un coronel en Santo Domingo Norte, tres tenientes, dos rasos, tres cabos y un sargento a manos de presuntos delincuentes.”

Santiago Díaz, Adonis: “Diario Libre”, 24 ENE 2013.

Vease:<http://www.diariolibre.com/noticias/intercambios-se-llevaron-a-4069-dominicanos-en-16-aos-ENDL368729>

⁴⁵⁴ Los que se equivocaron en la elección de la víctima, y en vez de asesinar a un desamparado, el ultimado resultó ser un hijo, sobrino...de un político o un “jefe”.

ministerio público deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no pueden fundar sus decisiones en base a nacionalidad, género, raza, credo o religión, ideas políticas, orientación sexual, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias.”⁴⁵⁵

La igualdad de los ciudadanos ante la ley se consagra de manera especial en la DUDH en la que expresamente se hace constar que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”*⁴⁵⁶ En términos similares, y reconociendo el mismo derecho se manifiesta la CADH la que en su art. 24 manifiesta: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

Orden mismo en que la CIDH, ha señalado que: *“este principio de igualdad de las partes ante la ley contiene la prohibición explícita de todo tratamiento desigual y discriminatorio, de origen legal, y, en consecuencia, a no introducir en el ordenamiento jurídico, regulaciones discriminatorias, referentes a la protección de los derechos reconocidos...”*; lo que implica que el Poder Judicial debe interpretar y aplicar la ley, con estricto respeto al principio de igualdad en todas las fases del proceso judicial de cualquier naturaleza. Igualmente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de fecha 18 de diciembre de 1979, debidamente aprobada por el Congreso Nacional mediante Resol. No. 582 de fecha 25 de Junio de 1982 y publicada en la G.O. No. 9588 del 25 de Junio de 1982, consagra, en su art. 1, el principio de igualdad y de no discriminación desde la perspectiva de género, en el sentido de que a los efectos de la referida convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer,

⁴⁵⁵ CPPD., Art. 11

⁴⁵⁶ DUDH., Art.7

de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁴⁵⁷

La CRD asume el principio al manifestar que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas...”*⁴⁵⁸

3.2.12 Principio de Igualdad entre las Partes

*“Las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad. Para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio.”*⁴⁵⁹

Este principio recorre el camino procesal de manos con el anterior, persiguiendo esencialmente sacar de perspectiva cualesquier circunstancia que por razones ajenas a las pruebas y/o verdad del proceso, hagan inclinar la balanza de la justicia en beneficio de una de las partes y perjuicio de la otra, contaminado de ese modo la esencia ideal del espíritu de la justicia.

El PIDCP se refiere de manera específica a la igualdad de todos ante los tribunales, en las previsiones contenidas en el art. 14.1 en el que se consagra que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia”*, por lo que debe acordarse tanto a la víctima o demandante que reclama investigación, juicio o indemnización, como al imputado o justiciable, un trato igualitario, cual que sea su condición personal. Tanto el referido PIDCP en su art. 14.3, como la CADH en su art. 8.2, establecen las condiciones materiales en que se fundamenta esta igualdad al establecer, con estos fines, como garantías mínimas las siguientes: a) ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) ser juzgada sin dilaciones

⁴⁵⁷ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

⁴⁵⁸ CRD., Art. 39

⁴⁵⁹ CPPD., Art. 12

indebidas; d) hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor del derecho que la asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la Justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; y, h) derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior. El derecho al debido proceso implica la observancia estricta al principio de la igualdad de las personas ante la ley, traducido éste en el ámbito procesal como la igualdad de las partes o igualdad de armas y el principio de no-discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.⁴⁶⁰

La CRD consagra el derecho de igualdad entre las partes haciendo constar que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia: 3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;”*⁴⁶¹

La legislación española denomina este principio como “Principios de contradicción e igualdad de armas”, mediante el cual reglamenta que *“El proceso penal se regirá por los principios de contradicción e igualdad de armas entre la acusación y la defensa.”*⁴⁶²

⁴⁶⁰ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

⁴⁶¹ CRD., Art. 39.3

⁴⁶² LECr., Art. 2

3.2.13 Principio de No Autoincriminación

*“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra.”*⁴⁶³

El derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación juega un papel de primer orden en el proceso penal moderno. Con el mismo se persigue desincentivar y desterrar, de una vez y por todas, del proceso penal, las prácticas inquisitorias de torturas y castigos infligidos al acusado en el afán de obligarlo a escupir “la verdad” o satisfacer el morbo de escucharle airear su culpabilidad.

Este principio es el fruto de una larga tradición que encuentra dentro de sus ancestros los relatos bíblicos contenidos en el libro de los Números 35, 30, y en el Deuteronomio, 17, 6; 19,15, por los cuales una norma solemne sostenía que ningún individuo podía ser condenado sino en virtud de testimonios ajenos, y en un número mayor de dos. Refiriéndose a Helmholtz, la doctrinaria chilena Horvitz refiere como la fuente más directa de este principio con nuestra cultura jurídica, la máxima latina *Nemo tenetur prodere seipsum*, la cual se lee como nadie está obligado a traicionarse a sí mismo.⁴⁶⁴

En la práctica jurídica contemporánea este principio goza de arraigado reconocimiento en los diversos pactos suscritos en beneficio de los derechos humanos, permeando con efectividad esta delicada actividad humana.⁴⁶⁵

Es un principio que acompaña el texto constitucional dominicano cuando se proclama “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo*”,⁴⁶⁶ por lo que, por vía de consecuencia, prohíbe los

⁴⁶³ CPPD., Art. 13

⁴⁶⁴ Horvitz Lennon, M. Op. cit., citando a Helmholtz, pág. 78

⁴⁶⁵ Entre los tratados internacionales que versan sobre la materia y de los cuales ha sido signataria Rep. Dom., podemos referir el PIDCP, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, el cual consagra en su art. 14 núm. 3 letra g, el derecho de la persona a “no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”; en iguales términos se expresa el art. 8 núm. 2 de la CADH, entrado en vigor el 18 de julio de 1978. Sobre el particular guarda silencio la DUDH

⁴⁶⁶ CRD., Art. 69.6

actos de torturas, de cualquier naturaleza, que puedan desembocar en extraer confesiones o declaraciones autoincriminantes. Es justamente la conjugación de este principio, unido al de presunción de inocencia, que descarga al imputado en sala penal e la responsabilidad de producción de pruebas en su defensa, no está llamado a probar nada frente a una acusación judicial; de hecho, nadie puede obligar ni intentar obligar a un imputado a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye ni a confesarse o declararse culpable. En consecuencia, el imputado no podrá ser inducido, engañado o violentado a declarar o producir prueba en contra de su voluntad, lo que se conoce como exclusión de coacción de cualquier naturaleza. Por tanto, la declaración que el encartado produzca debe ser considerada un medio para su defensa y no un medio de prueba en su contra, por lo que se proscriben imponerle una intervención activa como órgano de prueba. De su negativa a declarar o actuar no pueden derivarse consecuencias que les sean perjudiciales a sus intereses.

Se precisa señalar que tanto la constitución como la normativa procesal, proscriben el constreñimiento externo tendente a la auto incriminación, dejando al libre albedrío del imputado y su defensa técnica la decisión de auto confesar la comisión del ilícito.

Este señalamiento cobra especial interés ante la proclama del principio fundamental recogido en el artículo 2 de la normativa procesal dominicana, el cual persigue, bajo circunstancias especiales y reglas específicas,⁴⁶⁷ la solución del conflicto generado por la transgresión a la ley penal, “con el objeto de contribuir a restaurar la armonía social”.

Puede el imputado beneficiarse y sustraerse al proceso, mediante la figura denominada Suspensión Condicional del Procedimiento, siendo uno de los requisitos, la admisión por parte del imputado de la comisión de los hechos que se le atribuyen, caso en el cual debe hacer uso a voluntad de su derecho a auto incriminarse.

Sobre el particular opera una condición especial en el caso de que no se cumplan las condiciones establecidas⁴⁶⁸ y el juez de las garantías se vea precisado a rechazar en perjuicio

⁴⁶⁷ Esta previsión se refiere a la Suspensión Condicional del Procedimiento, debidamente detallado en el bloque de artículos comprendidos entre el 40 al 43 del CPPD.

⁴⁶⁸ Se requiere para la validez de la suspensión condicional del procedimiento, en virtud de las previsiones del artículo 40 del CPPD: a) La admisión de los hechos que se le atribuyen; b) Reparación de los daños causados en ocasión de la infracción, y en caso de no hacerlo en el acto, firmar un acuerdo con la víctima o prestar garantía suficiente para cumplir con esa obligación.

del imputado confeso la suspensión condicional del procedimiento, caso en el cual carece de valor probatorio la admisión del ilícito por parte del imputado, quedando prohibido expresamente la mención de esa circunstancia en algún momento posterior del proceso.

Esta garantía procesal protege contra declaraciones autoincriminantes involuntarias, y comprende la obligación de producir pruebas que acrediten los hechos alegados e incriminen al justiciable en su comisión, lo cual evita que el ciudadano sea coaccionado, engañado o privado de su conciencia para actuar como órgano de prueba en su perjuicio.

Sobre el desarrollo de la aplicación práctica de este principio en el proceso penal dominicano, es especialmente relevante la perspectiva que nos aporta el magistrado Camacho Hidalgo:

“Ciertamente que el imputado no está obligado a declarar contra sí mismo; sin embargo, la norma vigente establece lo que es el Procedimiento Penal Abreviado, llamado también como Procedimiento Alternativo, el cual tiene su punto de partida cuando el procesado admite la comisión de los hechos imputados y acepta la aplicación del procedimiento penal abreviado. El código prevé tres escenarios en los cuales, bajo la admisión de la comisión del tipo penal imputado, se le pone fin al proceso, y son los siguientes:

- a) La suspensión condicional del procedimiento, previsto en el Art. 40CPP;*
- b) El acuerdo pleno del Art. 363CPP; y*
- c) El acuerdo parcial del Art. 366CPP. También existe otro escenario en cual se afirma que inicia a partir de la admisión del hecho imputado, es el de la conciliación, acuerdo entre las partes que, de conformidad con los Arts. 37 y 361CPP, causa la extinción de la acción penal privada, según lo consigna el Art. 44.10CPP.”⁴⁶⁹*

⁴⁶⁹ Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 26. Nota: Cuando en la cita leemos la abreviatura CPP debemos entender CPPD

La cultura jurídica dominicana está rodeada por una serie de particularidades muy autóctona, marcada especialmente por la tradición inquisitiva que no escatimaba esfuerzos para la extracción de declaración inculpatória del procesado, y en un segundo momento por regímenes dictatoriales y cuasi dictatoriales, como veremos en su oportunidad, que en su favor y provecho le dieron continuidad en el tiempo y la práctica a aquellas costumbres ancestrales; a tal punto que partiendo de las referidas vivencias el *populus* ha acuñado la frase que reza “*el preso no es gente*”, y en efecto es a partir de los nuevos vientos que recrean el proceso penal continental cuando se inicia el reconocimiento y respeto por los derechos del procesado. Esta frase unida a otra que también ha sido asumida por nuestro refranero popular “*el que calla otorga*”, no dejan de ser escollos psicológicos para la aplicación real y efectiva de este principio toda vez que en esta cultura procesal, marcado por el criterio de la íntima convicción, el silencio era usado como inferencia para deducir responsabilidad y culpabilidad del encartado, partiendo del supuesto de que el silencio era producto de las irrefutables y contundentes pruebas aportadas en su contra, que no dejaban siquiera oportunidad a la defensa personal del acusado. Sin embargo es justo reconocer que el sistema marcha en franca mejoría, con debilidades propias de los procesos de acondicionamiento y adaptación de nuevas prácticas.

2.3.14 Principio de Presunción de Inocencia

*“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta tanto una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.”*⁴⁷⁰

El principio de presunción de inocencia, en calidad de garantía que beneficia directamente la persona del encartado, está íntimamente ligado al de no autoincriminación. Aunque la DUDH no recogió expresamente este último, si consagró que “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías*

⁴⁷⁰ CPPD., Art. 14

necesarias para su defensa.”⁴⁷¹ En el mismo lineamiento se manifiestan el PIDCP⁴⁷² y la CADH⁴⁷³

La Constitución dominicana consagra este principio, asumido de los tratados internacionales pre citados, cuando expresa: “*El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable*”⁴⁷⁴

Otro derecho conexo al de presunción de inocencia es el relativo a la exposición del encartado ante los medios de comunicación. Es una práctica extendida, sobre todo cuando se trata de casos que desde su génesis atraen la atención pública por cualquier circunstancia, que los sospechosos en esa etapa procesal sean expuestos de diversos modos a los medios de comunicación que de inmediato difunden, no solamente su rostro, incluso particularidades de la vida privada del apesado, constituyendo una verdadera violación al principio de presunción de inocencia. En muchos casos el imputado sale absuelto del proceso, pero recibió una ilegal condena moral que probablemente le afecte el resto de su vida y, específicamente en el proceso dominicano, es una práctica violatoria de las previsiones relativas a la protección de los derechos del imputado, la cual expresamente prohíbe que sea “*presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro*”⁴⁷⁵

El principio de presunción de inocencia pone a cargo de la acusación, ya sea expuesta por el MP, el querellante o el actor civil, la obligación de destruir más allá de toda duda razonable esa presunción de inocencia; motivo por el cual el justiciable tiene derecho a ser considerado y tratado en esa condición durante todo el curso del proceso, destruyendo esa calidad, exclusivamente, la intervención de sentencia condenatoria con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

En este orden de ideas, la CIDH, mediante sentencia, de fecha 12 de noviembre de 1997, expresa que el propósito de las garantías judiciales, es el de afirmar la idea de que una

⁴⁷¹ DUDH., Art.11.1

⁴⁷² Art. 14.2

⁴⁷³ Art. 8.2

⁴⁷⁴ CRD., Art. 69.3

⁴⁷⁵ CPPD., Art. 95.8

persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada; igualmente ha juzgado, mediante sentencia del 18 de agosto del 2000, que: “el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del Artículo 8.2 de la CADH, exige que una persona no pueda ser condenada, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.⁴⁷⁶

Como hemos desarrollado, y conocido de todos, que en esta etapa histórica de la humanidad, es una prerrogativa *conditio sine qua non* del debido proceso el trato de inocente a cualquier persona a quien le sea atribuida la comisión de un hecho punible, sin importar el grado de credibilidad que un tercero, con interés en la causa o no, el juzgador o la opinión pública puedan otorgarle, hasta tanto el Estado, por vía y a través de sus órganos jurisdiccionales, previamente establecidos, pronuncien sentencia penal firme que decida culpabilidad e imponga el cumplimiento de pena.

Para Maier no pasa desapercibido el origen de este principio, por lo que nos comenta:

*“La historia revela que esta declamación tan drástica es consecuencia de la reacción que se produjo contra la inquisición. Así, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano estableció en Francia que “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable...” (art.9). De la misma manera muchas constituciones declaran expresamente la inocencia del imputado hasta la sentencia firme de condena...”*⁴⁷⁷

2.3.15 Principio de Estatuto de Libertad

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al

⁴⁷⁶ SCJ., Resol. 1920-03

⁴⁷⁷ Maier, J. Op. cit., t. I, pag.491

peligro que trata de resguardar. Toda persona que se encuentre privada de su libertad o amenazada de ello, de manera arbitraria o irrazonable tiene derecho a recurrir ante cualquier juez o tribunal a fin de que éste conozca y decida sobre la legalidad de tal privación o amenaza, en los términos que lo establece este Código.”⁴⁷⁸

Importante principio que evoca uno de los valores de mayor trascendencia referidos al individuo. Cuando hablamos de libertad podemos hacerlo desde muchas perspectivas. Desde una concepción amplia, entendemos la libertad como desaparición de opresión, esto es, no querer subyugar ni ser subyugado, lo que implica el fin de un estado de servidumbre. En sentido jurídico podemos definirla como la facultad y derecho de las personas para elegir de manera responsable su propia forma de actuar dentro de una sociedad. Muchas guerras se han sucedidos y sangre se ha derramado en los avatares de conquista de la libertad, de hecho en el escudo de Rep. Dom. se lee la inscripción “*Dios, Patria y Libertad*”; y especialmente descriptivo es el lema del Estado norteamericano de New Hampshire:⁴⁷⁹ “*Vive libre o muere*”.

El principio de estatuto de libertad se encuentra recogido en la CADH bajo la expresión “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*” “*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*”;⁴⁸⁰ de igual modo queda recogido en el PIDCP “*Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.*”

⁴⁷⁸ CPPD., Art.15

⁴⁷⁹ Nuevo Hampshire, en inglés New Hampshire, es uno de los estados que conforman los Estados Unidos de América. Se encuentra en la región de Nueva Inglaterra, en el noreste del país, ocupando el puesto cuadragésimo sexto de los cincuenta estados por superficie total.

Es conocido internacionalmente por ser el primer estado en el que se celebran las elecciones primarias para la presidencia de los EE. UU. Estas elecciones atraen la atención de la opinión pública y de los observadores políticos, ya que son un indicador del favor de los electores hacia los candidatos presentados.

Las matrículas de los vehículos tienen escrito el lema del estado: "Vive libre o muere". El apodo del estado es "El estado de granito" (The Granite State), pues hace referencia a su geología y a su tradicional autosuficiencia.

⁴⁸⁰ CADH., Art. 7.1.2

“Nadie estará sometido a servidumbre”.⁴⁸¹ Después de referir los modelos clásicos de pérdida de la libertad, apunta para la aplicación moderna: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”* En dos momentos es recogido en la DUDH, en la primera ocasión expresa: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*⁴⁸²; y en la segunda: *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado”*.⁴⁸³

En la CRD se dedica un artículo detallado a este trascendental principio, en el que expresamente se consagra el Derecho a la libertad y seguridad personal, es por lo que textualmente se lee a lo largo del art. 40:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

- 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;*
- 2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;*
- 3) Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;*
- 4) Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;*
- 5) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad*

⁴⁸¹ PIDCP., Art. 8.1.2

⁴⁸² DUDH Art. 3

⁴⁸³ DUDH Art. 9

judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;

6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;

7) Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada una orden de libertad por la autoridad competente;

8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;

9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;

*10) No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;*⁴⁸⁴

El estado de libertad está consagrado como un derecho inherente y fundamental a todo ser humano, contenido en estatutos legales, y es una consecuencia del amparo constitucional expresado bajo la forma de que nadie puede ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente; permitiéndose el estado restrictivo de la libertad como medida cautelar, temporal y dentro del plazo razonable, no como una sanción anticipada capaz de lesionar el principio de inocencia; sino, como una medida cautelar excepcionalmente admitida cuando concurren razones suficientes para acordar la prisión preventiva. Estas razones deben fundarse, entre otros elementos, en la presunción de fuga,⁴⁸⁵ o más bien en la certeza de que el individuo se sustraerá a los actos del procedimiento o al juicio.

⁴⁸⁴ CRD., Art. 40

⁴⁸⁵ El estatuto de libertad es preservado aún en los casos de persecución por infracción a la ley penal. La normativa dominicana prevé que la aplicación de medida de coerción consistente en prisión preventiva, sea usada exclusivamente “cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona”, sin perjuicio de que expresamente prohíbe dictar prisión preventiva contra “de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le es imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad”, ni

En cuanto a la normativa procesal se precisa señalar que esta permeado todo su articulado por el espíritu de este principio, entre los que, grosso modo, podemos señalar arts. 226-237 sobre medidas de coerción y sus particularidades; art. 241 relativo al cese de la prisión preventiva; art. 306 sobre libertad del imputado y restricciones a su movilidad; art. 337 atinente a la absolución del encartado en juicio; entre otros.

Señalando, como lo hemos hecho tras la conclusión de otros principios, cuando ha lugar, que pese al ideal procesal de mantener fuera de encierro al imputado, la practica procesal dista de la ideal, imperando aún en nuestros días la ancestral cultura del “tránquenlo”

2.3.16 Principio de Límite Razonable de la Prisión Preventiva

“La prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada.”⁴⁸⁶

Se plasma el reconocimiento internacional de este principio cuando el PIDCP proclama que *“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante el juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. 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”*.⁴⁸⁷

La SCJ concibe el estado restrictivo de la libertad exclusivamente como medida cautelar, temporal y dentro del plazo razonable, no como una sanción anticipada con capacidad de lesionar el principio de inocencia y otros derechos conexos debidos al encartado; sino, como una medida cautelar excepcionalmente admitida cuando concurren razones suficientes para acordar la prisión preventiva. Estas razones deben fundarse, entre otros

tampoco *“en perjuicio de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. CPPD., Art. 234*

⁴⁸⁶ CPPD Art.16

⁴⁸⁷ PIDCP., Art. 9.3

elementos, en la presunción de fuga, o más bien en la certeza de que el individuo pudiere sustraerse a los actos del procedimiento o al juicio.⁴⁸⁸

A los fines de salvaguardar el espíritu de este principio, la normativa procesal desarrolla una serie de previsiones tendentes a regular esta circunstancia procesal, de ese modo impone al MP la conclusión del procedimiento preparatorio para “*presentar el requerimiento respectivo o disponer el archivo en un plazo máximo de tres meses si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario, y de seis meses si ha sido ordenada...*” una medida de coerción distinta, pudiendo contar excepcionalmente con una prórroga que no deberá exceder de dos meses.⁴⁸⁹

Sin perjuicio de otras medidas procesales tendentes a la aplicación de las debidas garantías relativas a evitar el exceso y regular la prisión preventiva, destina la normativa un bloque de artículos, comprendidos entre el 238 – 242, en lo que se disponen expresamente, en primer lugar, la posibilidad de revisión de la medida de coerción consistente en prisión preventiva “*en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte, o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron;*⁴⁹⁰ sin perjuicio de que “*Cada tres meses, ... el juez o tribunal competente examina los presupuestos de la prisión preventiva y, según el caso, ordena su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado*”,⁴⁹¹ circunstancias estas que no constituyen obstáculo para que “*el imputado y su defensor pueden provocar la revisión de la prisión preventiva que le haya sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento.*”, iniciativa que el ejercicio de un sano derecho en apego a la norma, debe ser atendido “*dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud.*”⁴⁹²

Y dispone expresamente la normativa las condiciones y requisitos que deben conjugarse para el cese de la prisión preventiva:

⁴⁸⁸ Cfr. SCJ, Res. No. 1920-2003

⁴⁸⁹ Cfr. CPPD., Art.150

⁴⁹⁰ CPPD., Art.238

⁴⁹¹ CPPD., Art.239

⁴⁹² CPPD., Art.240

“La prisión preventiva finaliza cuando:

- 1. nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;*
- 2. su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional;*
- 3. su duración exceda de doce meses;*
- 4. se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.”⁴⁹³*

Sobre este principio se manifiesta la CRD en estos términos: *“Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar.”⁴⁹⁴*

2.3.17 Principio de Personalidad de la Persecución

“Nadie puede ser perseguido, investigado ni sometido a medidas de coerción sino por el hecho personal. La retención de personas ajenas a la comisión de un hecho punible con miras a obtener su colaboración o la entrega del imputado se sanciona de conformidad con las disposiciones de la ley penal.”⁴⁹⁵

El principio o garantía de personalidad de la persecución está contenido en el art. 40 de la CRD que dispone: *“Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho”*,⁴⁹⁶ y numerales más adelante: *“Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro”*.⁴⁹⁷ Esto se traduce en cuanto a la persecución en la obligación del Estado, a través

⁴⁹³ CPPD., Art.241

⁴⁹⁴ CRD., Art.40.9

⁴⁹⁵ CPPD., Art.17

⁴⁹⁶ CRD., Art.40.8

⁴⁹⁷ CRD., Art.40.14

del órgano acusador, es decir del MP, de individualizar al acusado de manera que exista certeza de que efectivamente se someterá a proceso y, consecuentemente a medida de coerción, a quien se le pretende imputar la materialización de un hecho, sobre todo, que no existan dudas razonables sobre la identidad del perseguido o acusado; declarando y describiendo, de manera clara y precisa los fundamentos de la acusación que justificaren la pretensión punitiva, de manera evitar que sea sometida a los rigores de un proceso judicial de carácter penal una persona distinta a la que sea responsable de la comisión de los hechos punibles; todo lo anterior se contrae a la aplicación del principio de que nadie puede ser responsable, en el ámbito del derecho penal, por el hecho de otro.

A los fines de dar cumplimiento a este importante principio, relativo a la identificación precisa y exacta de la persona a ser objeto de la persecución penal, la normativa dominicana⁴⁹⁸ dedica un capítulo a la reglamentación de la identificación o reconocimiento de la persona sobre la que rece la sospecha de haber sido autor del hecho punible; para estos casos, se procede del modo siguiente:

1. *“Cuando sea necesario individualizar al imputado se ordena su reconocimiento de la siguiente manera: 1. Se ubica al imputado o a la persona sometida a reconocimiento junto con otras de aspecto exterior semejante;*
2. *Se pregunta claramente a quien lleva a cabo el reconocimiento, si después del hecho ha visto a la persona mencionada, si entre las personas presentes se encuentra la que mencionó y, en caso afirmativo, se le invita para que la señale con precisión;*
3. *Al momento de reconocerla, debe expresar las diferencias y semejanzas que observa entre el estado de la persona señalada y el que tenía al momento del hecho.”*⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Una actividad procesal importante en torno a la identificación precisa del imputado, es desarrollada por mandato legal en el proceso penal argentino, el cual expresamente prevé: “Identificación. Desde el primer acto en que intervenga el imputado será identificado por sus datos personales, señas particulares e impresiones digitales, por medio de la oficina técnica respectiva. Si ello no fuere posible, se procederá a su identificación por testigos en la forma prevista para los reconocimientos y por los otros medios que se juzguen oportunos.” CPPN., Art. 65. En idénticos términos se manifiesta el CPPP., Art. 72°

⁴⁹⁹ CPPD., Art. 218

Entendemos que es correcta y objetiva la implementación de esta práctica de reconocimiento, y sobre todo del modo en que se practica, no exponiendo al identificante solamente la figura del perseguido, sino otros individuos con rasgos físicos parecidos o semejantes, esta metodología practica es una excelente aliada para colaborar con la certidumbre de que se va a someter a proceso a la persona correcta, dado que la víctima o testigo deberá realizar aportes concretos y específicos que serán contrastados por la agencia perseguidora e incluso la defensa del imputado, circunstancias que minimizan el margen de error al momento del señalamiento del presunto infractor. Evita también esta metodología el encuentro directo entre víctima o testigo y victimario, toda vez que *“la observación de la rueda de personas puede ser practicada desde un lugar oculto, cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo”* o víctima; sin perjuicio de que se prevén medidas *“para que el imputado no se desfigure. El reconocimiento procede aun sin consentimiento del imputado. Cuando el imputado no pueda ser conducido personalmente, se procede a utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas. El acto de reconocimiento de personas debe realizarse en presencia del defensor del imputado. De la diligencia se levanta acta donde se consignan todas las circunstancias útiles, incluso los datos personales y el domicilio de los que han formado la rueda de personas, la cual puede ser incorporada al juicio por su lectura.”*⁵⁰⁰

Ponderáremos la conveniencia del aislamiento entre víctima o testigo y victimario o presunto victimario, toda vez que le dreña presión al evento. Bien pudiere sentirse intimidado el identificante al mirar de frente al agresor, y por pura circunstancia de temor falsear en el proceso, no digamos si se tratare de una víctima de un acontecimiento violento que incluyó el uso de arma de fuego u objeto punzo cortante. La separación le otorgará al sujeto un espacio de “confort” que le permitirá observar con mejor precisión y detalles los rasgos característicos del presunto autor.

Colabora en la implementación de este proceso las previsiones contenidas en el art. 219, en el cual se dispone que cuando *“varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practica por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sean*

⁵⁰⁰ CPPD., Art. 218

*varias las personas a las que una deba reconocer, el reconocimiento de todas puede efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.”*⁵⁰¹

La personalidad de la persecución es un principio lógico, que pierde su perspectiva con la ceguera que causa la ocurrencia de un hecho del cual el autor ha tenido la habilidad de sustraerse a la persecución, de ese modo, una práctica muy socorrida por los cuerpos de investigación dominicanos, se apresura un pariente cercano a los fines de presionar la entrega del perseguido. Ahora bien, la persecución delictiva en cuerpo ajeno no es práctica exclusiva de las agencias de investigación y sus auxiliares, con frecuencia cruza el terreno judicial y se interna en los sentimientos de venganzas familiares, quienes tras la ocurrencia de un hecho, regularmente de sangre, que afecta a uno de los suyos, inician procesos de retaliaciones en contra de familiares del victimario, rompiendo mutus propio, excluyendo los cánones legales, el principio de la personalidad de la persecución.

Poco podemos hacer ante lo que particulares puedan decidir ante un acontecimiento penal que le perjudica, por lo que volvemos al carril de la ley y desde el mismo realizar los aportes a nuestro alcance para la protección y fortalecimiento del principio; en tal sentido, es el escenario justo para señalar que es una práctica ancestral de los auxiliares en la investigación dominicana, policía nacional, ante la ocurrencia de un hecho en que se torna dificultosa la tarea de apresar al perseguido, que se proceda a detener al padre, un hermano, primo, la madre, y en ocasiones hasta la abuela... para presionar la entrega del imputado. Para que nos aporte su perspectiva sobre esta inaceptable realidad, vamos a traer a escena al magistrado Camacho Hidalgo, quien refiere sobre el particular:

*“La retención de personas, sobre todo de familiares y allegados, ha sido una práctica constante por parte de los organismos del Estado que investigan hechos punibles, siempre se ha hecho con la finalidad de lograr que la persona a quien están buscando se entregue a la agencia gubernamental que reclama su entrega, siempre con la mención de evitar hechos de sangre. En ocasiones, era la misma persona retenida que le pedía al familiar que se entregara. Esta mala práctica no está del todo superada.”*⁵⁰²

⁵⁰¹ CPPD., Art. 219

⁵⁰² Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 33

Esta deleznable práctica, que aún no termina de erradicarse de la cultura de persecución del delito en Rep. Dom., solo podrá ser superada cuando se establezcan sanciones, reales y efectivas, a los trasgresores de las previsiones legales; y como medida práctica, no se prohíba el los destacamentos el ingreso de aparatos electrónicos, que permitan documentar fehaciente y eficientemente las denuncias que sobre violación de derechos sean realizadas.

2.3.18 Principio de Derecho de Defensa

*“Todo imputado tiene el derecho irrenunciable a defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección. Si no lo hace, el Estado le designa uno. El imputado puede comunicarse libre y privadamente con su defensor desde el inicio de los actos de procedimiento y siempre con anterioridad a la primera declaración sobre el hecho. El defensor debe estar presente durante la declaración del imputado. El Estado tiene la obligación de proporcionar un intérprete al imputado para que le asista en todos los actos necesarios para su defensa, si éste muestra incomprensión o poco dominio del idioma español.”*⁵⁰³

El derecho de defensa es un derecho irrenunciable. Es la base del proceso penal moderno, y sin lugar a dudas, constituye su piedra angular. Antecedente importante lo constituye la Declaración de derechos del Estado de Virginia preveía, en 1776, en la que en su numeral VIII se establece: *“Que todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir prueba en su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad...”*⁵⁰⁴ La posterior evolución de la Constitución de los Estados Unidos de América, confirmó este texto, al que hoy se denomina Enmienda VI, y expresa: *“el acusado gozará del derecho... a ser informado de la naturaleza y la causas de la acusación; a confrontar con los testigos*

⁵⁰³ CPPD., Art.18

⁵⁰⁴ Llobet Rodríguez, J. Op. cit., t. I, pag.126

*contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos a descargo; y a la asistencia de abogados para su defensa... ”*⁵⁰⁵

De no existir, consagrarse o aplicarse el derecho de defensa, el proceso penal careciera de sentido, pierde ipso facto su razón de ser; de hecho, un alto porcentaje de las actividades procesales desarrolladas en el proceso penal conjugan el objetivo de salvaguardar el ejercicio de este derecho. La CADH en las previsiones contenidas en su art. 8.2 y todos sus numerales y literales, enmarca un desarrollo amplio de las prerrogativas que acompañan la práctica de este derecho; mismo sentido en que se desplaza el art. 14 del PIDCP, en el que se manifiesta:

“Durante el pro ceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igual dad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecua dos para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el pro ceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

La CRD consagra el principio al expresar: *“El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa”*,⁵⁰⁶ sin perjuicio de que para garantizar el resguardo pleno del derecho en cuestión, le otorga rango

⁵⁰⁵ Cfr. Maier, J. Op. cit., pág. 540

⁵⁰⁶ CRD., 69.4

constitucional al compromiso del Estado con el encartado en proceso penal, con la creación del Servicio de Defensa Pública:

*“Defensa Pública. El servicio de Defensa Pública es un órgano del sistema de justicia dotado de autonomía administrativa y funcional, que tiene por finalidad garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a la defensa en las distintas áreas de su competencia. El servicio de Defensa Pública se ofrecerá en todo el territorio nacional atendiendo a los criterios de gratuidad, fácil acceso, igualdad, eficiencia y calidad, para las personas imputadas que por cualquier causa no estén asistidas por abogado...”*⁵⁰⁷

*“Asistencia legal gratuita. El Estado será responsable de organizar programas y servicios de asistencia legal gratuita a favor de las personas que carezcan de los recursos económicos para obtener una representación judicial de sus intereses, particularmente para la protección de los derechos de la víctima, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Ministerio Público en el ámbito del proceso penal.”*⁵⁰⁸

De igual modo, la legislación adjetiva cuenta con un verdadero arsenal de herramientas enfocadas en garantizar un régimen de defensa idóneo al encartado en proceso penal. Así encontramos en el texto del art. 95 los derechos y prerrogativas que protegen al imputado; en el art. 104, como medio de defensa del encartado, sólo se acredita como válida la declaración del imputado *“si la hace en presencia y con la asistencia de su defensor”*.⁵⁰⁹ En la estancia penal dominicana asiste al imputado *“el derecho irrenunciable a hacerse defender desde el primer acto del procedimiento por un abogado de su elección y a que si*

⁵⁰⁷ CRD., Art. 176

⁵⁰⁸ CRD., Art. 177

⁵⁰⁹ CPPD., Art. 104

no lo hace se le designe de oficio un defensor público. El imputado puede asumir su propia defensa, conjuntamente con aquél. En este caso, el juez vela para que esto no perjudique la eficacia de la defensa técnica. La designación del defensor no debe menoscabar el derecho del imputado a formular directamente solicitudes e informaciones. La inobservancia de esta norma produce la nulidad del procedimiento.”⁵¹⁰ entre otros derechos conexos relativos a la relación del imputado con la defensa.⁵¹¹

Se consagra exclusivamente el contenido del art. 299 a depositar en manos del imputado una serie de herramientas procesales para su defensa, una vez presentada la acusación en su contra:

“Dentro de los cinco días de notificado, el imputado puede:

- 1. Objetar el requerimiento que haya formulado el ministerio público o el querellante, por defectos formales o sustanciales;*
- 2. Oponer las excepciones previstas en este código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;*
- 3. Solicitar la suspensión condicional del procedimiento;*
- 4. Solicitar que se dicte auto de no ha lugar a la apertura a juicio;*
- 5. Solicitar la sustitución o cese de una medida de coerción;*
- 6. Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado;*
- 7. Ofrecer la prueba para el juicio, conforme a las exigencias señaladas para la acusación;*
- 8. Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio.*

Dentro del mismo plazo, el imputado debe ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones

⁵¹⁰ CPPD., Art. 111

⁵¹¹ CPPD., Arts. 112, 113, 114, 115, 116 y 117

*propias de la audiencia preliminar. El secretario dispone todo lo necesario para la organización y el desarrollo de la audiencia y la producción de la prueba.”*⁵¹²

Una vez iniciado el proceso de conocimiento del y se declare la apertura de juicio “*se da preferencia al imputado para que declare si lo estima conveniente para su defensa, y el presidente le explica con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio o reserva le perjudique y que el juicio puede continuar aunque él no declare. El imputado puede exponer cuanto estime conveniente*”,⁵¹³ prerrogativa inicial que se ejerce sin perjuicio de que en el curso de la audiencia cuenta con expresa facultad para “*hacer las declaraciones que considere oportunas en relación a su defensa. De igual modo, ... puede hablar con su defensor en todo momento. Para facilitar esta comunicación se les ubica permanentemente uno al lado del otro.*”⁵¹⁴ Además de las referidas facilidades de expresión que la normativa procesal asume en beneficio del imputado, también consagra en su provecho, personalmente, el cierre de dos debates, para que declare en su defensa, siempre y cuando haya decidido hacer uso de la palabra.⁵¹⁵

Por el bienestar de su defensa, y en aras de salvaguardar sus derechos consagrados, se reserva la vía recursiva para el imputado, en las previsiones del art. 394 CPPD.

Efectivamente estamos en la era del imputado, jamás, en ningún momento previo en la historia de la humanidad, había gozado el imputado de tantas prerrogativas favorables. No será extraño, con el paso de los años, que se prevea en la normativa procesal que al imputado se le garantice en algún momento del proceso, una estadía de resort para que se desestrece del perjuicio que bien pudiere ocasionarle la rigurosidad de un proceso, dirían los críticos del sistema garantista. Sin embargo, y en ese punto estamos de acuerdo con Llobet Rodríguez, en que se “*refiere al derecho de defensa no solo del imputado, sino*

⁵¹² CPPD., Art. 299

⁵¹³ CPPD., Art. 319

⁵¹⁴ CPPD., Art. 320

⁵¹⁵ Cfr. CPPD., Art.331

también de las otras partes que intervienen en el proceso, por ejemplo, el querellante, el actor civil, el demandado civil y el mismo Ministerio Público”⁵¹⁶

El derecho de defensa está conformado por un conjunto de garantías esenciales, mediante las cuales los ciudadanos ejercen derechos y prerrogativas que le acuerdan la Constitución y las leyes, tendentes a salvaguardar su presunción de inocencia, no tan sólo en los casos de procedimientos judiciales, sino ante cualquier actuación contraria a un derecho consagrado, siendo el Estado compromisario de tutelar esas garantías, equiparándolas con el debido proceso. El derecho de defensa, en consecuencia, está integrado por cada una de las garantías que conforman el debido proceso.

Es un derecho tan básico y elemental que su inaplicabilidad conllevaría que las demás garantías, e incluso el propio proceso, constituirían un verdadero sin sentido. Es por lo que lo define Binder como “*el derecho intangible de todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal*” y añade que es un derecho que cumple “*en un proceso penal, un papel particular: por un aparte actúa de forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna en operativa todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano.*”⁵¹⁷

2.3.19 Principio de Formulación Precisa de Cargos

*“Desde que se señale formalmente como posible autor o cómplice de un hecho punible, toda persona tiene el derecho de ser informada previa y detalladamente de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra.”*⁵¹⁸

El principio de formulación precisa de cargos o el derecho a conocer el contenido exacto de la acusación deriva de los arts. 8.1 y 8. 2. b de la CADH, y el art. 14.3.a del PIDCP. En virtud de este principio, la autoridad persecutora está en la obligación procesal de

⁵¹⁶ Llobet Rodríguez, J. Op. cit., t. I, pág. 126

⁵¹⁷ Binder, A. Op. cit., pág. 155

⁵¹⁸ CPPD Art. 19

individualizar, describir, detallar y concretizar el hecho constitutivo del acto infraccionario del que se acusa al imputado, debiendo consignar la calificación legal y fundamentar la acusación, la que debe estar encaminada, esencialmente a una formulación de cargos por ante el juez o tribunal, que debe cumplir con la formalidad de motivación escrita, asegurando de esta forma la no violación del debido proceso y que el ciudadano sea juzgado con previa información de los hechos puestos a su cargo; aún en los casos de que la acusación intervenida provenga de parte privada. Para satisfacer el voto de la CADH y del PIDCP, en torno a la garantía del procesado de conocer la imputación en su contra, es necesario que en los actos encaminados a imputar el hecho se consigne claramente y se haga saber expresamente: 1) El hecho, en su contexto histórico, es decir dejando claro la fecha, hora y lugar de su ocurrencia; 2) Las circunstancias del mismo; 3) Los medios utilizados; 4) Los motivos; y 5) Los textos de ley que prohíben y sancionan la conducta descrita en la imputación. En fin, todo elemento que permita al imputado conocer exactamente de qué se le acusa y, en consecuencia, ejercer satisfactoriamente el derecho a defenderse. Lo anterior revela que la acusación no puede fundarse en la enunciación de la denominación legal de la infracción y a la enunciación de los textos que se afirma violados.⁵¹⁹

La formulación precisa de cargos no está detallada dentro de “*las garantías mínimas que se establecen*”⁵²⁰ en la CRD, y queda incluida dentro del genérico: “*Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”,⁵²¹ circunstancia que no implica desconocimiento del derecho. Sin embargo, goza del privilegio de estar expresamente manifiesto en la ley adjetiva que, paradójicamente, y por circunstancias referidas y por referir, posee mayor probabilidad de aplicación que figure en la normativa y no en la Carta Magna.

En el CPPD dos momentos procesales conjugan esencialmente el principio de formulación precisa de cargos. El primero el atinente a la querrela, que consiste en la actividad mediante la cual la víctima promueve “*el proceso penal por acción pública o solicitan intervenir en el proceso ya iniciado por el ministerio público*”,⁵²² y en atención al objeto

⁵¹⁹ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

⁵²⁰ CRD., Art. 69 in fine

⁵²¹ CRD., Art. 69.10

⁵²² CPPD., Art. 267

de estudio en el presente ítem, exige la letra de la ley para la validez de la querrela, que es la actividad inicial tendente a la formulación de cargos:

“Forma y contenido. La querrela se presenta por escrito ante el ministerio público y debe contener los datos mínimos siguientes:

- 1. Los datos generales de identidad del querellante;*
- 2. La denominación social, el domicilio y los datos personales de su representante legal, para el caso de las personas jurídicas;*
- 3. El relato circunstanciado del hecho, sus antecedentes o consecuencias conocidos, si es posible, con la identificación de los autores, cómplices, perjudicados y testigos;*
- 4. El detalle de los datos o elementos de prueba y la prueba documental o la indicación del lugar donde se encuentra.”*⁵²³

El segundo, y principal, momento de relevancia en torno al principio objeto de análisis se da cita en el proceso a través de la acusación, que es el instrumento que real y efectivamente recoge la formulación de cargos, y como quien la presenta, querellante y actor civil o MP, es un parcial en el proceso, la ley le exige la “formulación precisa”, por lo que expresamente exige del acusador:

“Acusación. Cuando el ministerio público estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al imputado, presenta la acusación requiriendo la apertura de juicio. La acusación debe contener:

- 1. Los datos que sirvan para identificar al imputado;*
- 2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado, con indicación específica de su participación;*

⁵²³ CPPD., Art. 268

3. *La fundamentación de la acusación, con la descripción de los elementos de prueba que la motivan;*
4. *La calificación jurídica del hecho punible y su fundamentación;*
5. *El ofrecimiento de la prueba que se pretende presentar en juicio, que incluye la lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba, con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad.*⁵²⁴

Sobre el particular contamos con la perspectiva de Camacho Hidalgo quien es de parecer que la formulación precisa de los cargos deber ser la consecuencia de la acusación que formule quien imputa un hecho; es, en este sentido, que el juicio se concentra en el objeto de la imputación; bien sea que la misma resulte de una acusación privada o de una pública, siempre deberá establecer de forma determinada su objeto, para que la defensa se base en esa y no en una acusación indeterminada, desarrolle su línea estratégica legal. En la acción penal privada⁵²⁵ el documento que contiene la acusación lo es la querrela con constitución en actor civil; mientras que, los hechos de acción penal pública,⁵²⁶ o acción penal publica a instancia privada,⁵²⁷ la acusación se encuentra en el Acta de Acusación que se presenta en la Audiencia Preliminar y que, finalmente, se consigna en el Auto de Apertura a Juicio. Pero la acusación, ya en el juicio, dependerá de la aplicación de los arts. 321 y 322 CPPD, mediante los cuales el Tribunal de Juicio puede acordar una variación de la calificación o una ampliación de la acusación, pero estando en la obligación de advertir al imputado sobre la nueva calificación jurídica de los hechos o la ampliación de la acusación, casos en los cuales el imputado deberá contar con un nuevo plazo para reformular sus medios y estrategia de defensa, y es esta una de las causales para la suspensión del juicio, como expresa el art. 315.4 CPPD.⁵²⁸

⁵²⁴ CPPD., Art. 294

⁵²⁵ CPPD., Art. 29

⁵²⁶ CPPD., Art. 29

⁵²⁷ CPPD., Art. 31

⁵²⁸ Cfr. Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 36

2.3.20 Principio de Derecho a Indemnización

*“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada en caso de error judicial, conforme a este código.”*⁵²⁹

En consonancia con el presente principio prevé la CADH: “Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”⁵³⁰ Dos intervenciones reserva el PIDCP al derecho indemnizatorio: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”,⁵³¹ y sucesivamente: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.⁵³²

La CRD solo expresa posibilidad de indemnización para los casos de propiedades declaradas de utilidad pública,⁵³³ y para el consumidor mal servido.⁵³⁴ Pero guarda silencio en cuanto a la indemnización judicial. Sin embargo, recordamos que la CRD establece lo que denomina descripción de “*garantías mínimas*” que no es más que el desarrollo de una parte de los derechos y garantías que establece el debido proceso; y tal razonamiento no es ocioso ni carente de lógica, toda vez que resulta materialmente imposible abarcar en su totalidad las normas garantistas en un texto con carácter normativo general, corresponde a la legislación adjetiva y al devenir de los tiempos continuar concretándolas y, en el mejor de los casos, procurando su cumplimiento. Todo lo cual sin perjuicio del contenido del principio primero.

Sin perjuicio de que no encontramos un solo caso en que un ciudadano haya sido indemnizado conforme las previsiones del art. 20 y el complemento de los tratados

⁵²⁹ CPPD Art.20

⁵³⁰ CADH., Art. 10

⁵³¹ PIDCP., Art. 9.5

⁵³² PIDCP., Art. 14.6

⁵³³ CRD., Art. 51

⁵³⁴ CRD., Art. 53

internacionales. El suscrito ha cursado un caso con pruebas contundentes y justificativas, y le fue rechazada.

Sin embargo, habrá que explorar en términos prácticos el alcance del contenido del art. 148 en cual bajo el título: “De la Responsabilidad Civil de las entidades públicas, sus funcionarios o agentes”, señala: “*Responsabilidad civil. Las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica.*”⁵³⁵ toda vez que evidentemente se refiere a actuaciones de índole administrativo, no judicial; y sería desastroso para el sistema punitivo someter al juzgador a la letra del pre citado artículo.

2.3.21 Principio de Derecho a Recurrir

*“El imputado tiene derecho a un recurso contra las sentencias condenatorias ante un juez o tribunal distinto al que emitió la decisión.”*⁵³⁶

Es un derecho conexo al derecho de defensa, es parte integral de los medios a su disposición para rebatir una decisión que estime adversa a sus intereses en justicia. El derecho a un recurso efectivo está contenido en el art. 8.2.h de la CADH que establece el derecho del imputado a “...*recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior*”. Del mismo modo ha sido previsto en el art. 14.5 del PIDCP que consagra: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. El recurso contra la sentencia se concibe como una garantía procesal conferida al condenado, a quien se le reconoce el derecho a que se examine, por un tribunal superior, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución judicial que imponga a la persona un agravio irreparable o de difícil reparación, especialmente cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal.

⁵³⁵ CRD., Art. 148

⁵³⁶ CPPD., Art. 21

Este derecho no está concebido como un medio de control de los órganos jurisdiccionales superiores sobre los inferiores. Mediante ese recurso, el condenado hace uso de su derecho a requerir del Estado un nuevo examen del caso como una forma de sentirse satisfecho o conforme con la decisión obtenida. Lo que conduce a la exigencia de que para poder ejecutar una pena contra una persona es necesario, siempre que lo exija una de las partes en litis, un doble juicio. Del mismo modo es necesario concluir que no es admisible ningún mecanismo que tienda a evitar, minimizar o eventualmente poner en peligro el derecho conferido al condenado de obtener este doble juicio. El recurso, mediante el cual se examina la decisión, debe ser reglado por el ordenamiento interno de manera que, mediante él, pueda anularse o corregirse los rechazos indebidos de prueba, la lesión al derecho de defensa y los errores graves de hecho y de derecho en su apreciación, incluyendo la observación de los plazos procesales, los cuales en caso de inobservancia bien pueden hacer naufragar las pretensiones de la parte insatisfecha. En fin, el recurso debe ser lo suficientemente efectivo como para garantizar los derechos del procesado o imputado.⁵³⁷

Está consagrado el derecho a recurrir en la CRD cuando señala el texto: “*Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia*”. Y la ley adjetiva esta permeada durante toda la etapa procesal, de juicio y de post juicio, de todos los mecanismos legales normativos y enunciados por los tratados internacionales para garantizar la efectiva aplicación del referido derecho.

Y como epígrafe advierte el texto constitucional: “*Toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes.*”⁵³⁸

2.3.22 Principio de Separación de Funciones

“Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal

⁵³⁷ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

⁵³⁸ CRD., Art. 149 Párr. III

*ni el ministerio público puede realizar actos jurisdiccionales. La policía y todo otro funcionario que actúe en tareas de investigación en un procedimiento penal dependen funcionalmente del ministerio público.”*⁵³⁹

El principio de separación de funciones implica que, en el ámbito de cualquier proceso, las funciones jurisdiccionales deben estar separadas de aquellas encaminadas a la investigación y acusación, constituyendo las primeras, la tutelar de las garantías constitucionales y reservadas al juez o tribunal, y las segundas, a los funcionarios del MP o querellante privado. Esta separación de funciones un estandarte del debido proceso que fortalece la independencia e imparcialidad del juzgador.

En la actual Constitución no existe mención expresa del principio de separación de funciones, pero sin perjuicio del debido proceso, se puede colegir de las responsabilidades que pone el texto constitucional sobre los hombros del juzgador y el MP paralelamente. Al primero le señala expresamente que su función “*consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley.*”⁵⁴⁰ y al segundo le señala y define sus funciones con claridad meridiana: “*El Ministerio Público es el órgano del sistema de justicia responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, dirige la investigación penal y ejerce la acción pública en representación de la sociedad.*”⁵⁴¹

Interactuando ambos funcionarios dentro del mismo espacio y ámbito físico, siendo “complemento” uno del otro en quehaceres judiciales, y conociendo cada uno su rol dentro del proceso, el cual ha ganado respeto en la praxis judicial dominicana, basta por el momento con las descripciones referidas para entender y aplicar el principio en cuestión.⁵⁴²

⁵³⁹ CPPD Art.22

⁵⁴⁰ CRD., Art. 149 párr. I

⁵⁴¹ CRD., Art. 169

⁵⁴² “Si la regla de que quien instruye no puede juzgar parece razonable, aquella otra según la cual no se puede ser parte y juez al mismo tiempo es obvia, atendido sobre todo que se corresponde con la misma esencia del proceso, en el que han de existir dos partes parciales y un tercero imparcial, de modo que el juez

Nos parece apropiado la conceptualización y el tratamiento que le da al principio el CPPN, sobre el que refiere el texto que se cita a continuación: *“Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional.”*⁵⁴³

Nos parece idónea la contemplación de sanción específica que refiere el texto argentino, toda vez que desde la normativa se reglamenta la conducta del funcionario. Son previsiones de las que adolece el sistema legal dominicano, en función de que las prohibiciones son genéricas y vagas, inespecíficas... : *“La delegación de funciones jurisdiccionales ... hace nula las actuaciones realizadas y compromete la responsabilidad disciplinaria y personal del juez por dicha conducta.”*⁵⁴⁴ *“Si los jueces insisten en no decidir, son reemplazados inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal.”*⁵⁴⁵ *“Lo dispuesto en este artículo rige, sin perjuicio de la responsabilidad personal generada a cargo de los magistrados por mal desempeño de funciones.”*⁵⁴⁶ *“Los*

no puede ser al mismo tiempo acusador. Más en concreto: 1º. No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar. Estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador, y lo es hasta el extremo de que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal, de modo que, por un lado actúa como acusador (Ministerio Público) y, por otro, como decidor (juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera es precisa una norma constitucional que así lo disponga expresamente; al decidirse políticamente que el Derecho penal se actúa por los tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y de juzgador no pueden confundirse en una única persona. Si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial. 2º. No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada: La misma existencia del proceso tiene que presuponer que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a quién se le imputan, pues si así fuera el juzgador se convertiría en acusador. Estamos, otra vez, ante algo obvio, para lo que ni siquiera hace falta aludir a principio alguno, se llame o no acusatorio, bastando con decir que el Derecho penal se actúa por medio del proceso, pues con ello ya se está diciendo que el objeto de ese proceso no puede determinarlo el juez que luego ha de conocer del mismo”. Montero Aroca, Juan “Principios del Proceso Penal”, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 326

⁵⁴³ CPPN., Art. 9º

⁵⁴⁴ CPPD., Art. 79

⁵⁴⁵ CPPD., Art. 152

⁵⁴⁶ CPPD., Art. 154

*representantes del ministerio público, abogados y mandatarios que intervengan en el proceso no pueden ser condenados en costas, salvo en los casos de temeridad, malicia o falta grave, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y de otro tipo en que incurran.”;*⁵⁴⁷ como efectivamente podemos observar, la carencia de sanción específica hace funcionalmente sean inexistentes.

2.3.23 Principio de Obligación de Decidir

*“Los jueces no pueden abstenerse de fallar so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni demorar indebidamente una decisión.”*⁵⁴⁸

En el ámbito de la normativa supranacional, esta obligación se encuentra contenida en el artículo 25.2 de la CADH, según el cual es responsabilidad del Estado signatario “...garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...”. La obligación, de decidir impuesta al Juzgador está, igualmente, contenida en el art. 4 del CCD que dispone: “El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. Esta garantía resulta una cuestión imperativa, en todo estado de derecho, que obliga a decidir de manera equitativa, efectiva y pronta, dentro de los plazos consagrados, la solución de los conflictos humanos, teniendo en cuenta que las normas procesales existen y deben ser interpretadas para facilitar la administración de la justicia y no como un obstáculo para que los ciudadanos accedan a ella, resultando obligatorio el principio de que los jueces y tribunales deben fallar los asuntos sometidos, aun en los casos de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes y sin demorar su decisión.⁵⁴⁹

La CRD impone la obligación de decidir al momento de prescribir en el art. 149 “La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos,

⁵⁴⁷ CPPD., Art. 247

⁵⁴⁸ CPPD Art.23

⁵⁴⁹ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley.”⁵⁵⁰

Este mandato constitucional se traduce en la ley adjetiva, en una serie de previsiones que sin dudas colaboran eficientemente en la preservación de la obligación de decidir; de ese modo la normativa pone en manos de las partes el recurso de queja por retardo de justicia si *“los jueces no dictan la resolución correspondiente en los plazos establecidos en este código, el interesado puede requerir su pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene, puede presentar queja por retardo de justicia directamente ante el tribunal que debe decidirla. El tribunal que conoce de la queja resuelve directamente lo solicitado o emplaza a los jueces para que lo hagan dentro de las veinticuatro horas de devueltas las actuaciones. ... Si los jueces insisten en no decidir, son reemplazados inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal.”*⁵⁵¹ planteando de inmediato la figura de la demora, prevista para aquellos casos en que se ha solicitado *“la revisión o un recurso contra una decisión que impone la prisión preventiva o el arresto domiciliario y el juez o la Corte no resuelve dentro de los plazos establecidos en este código, el imputado puede requerir su pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene se entiende que se ha concedido la libertad de pleno derecho.”*⁵⁵²

Otro escenario práctico en que se plantean medidas concretas y específicas tendentes a hacer cumplir el principio es el relativo a la deliberación de los jueces una vez cerrado los debates, momento en el que *“los jueces se retiran de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, ... La deliberación no puede suspenderse más de tres días, luego de los cuales se procede a reemplazar al tribunal y a realizar el juicio nuevamente.”*⁵⁵³ Entre otras disposiciones en la misma dirección que colaboran con la disposición de ofrecer decisiones prontas.

2.3.24 Principio de Motivación de las Decisiones

“Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos

⁵⁵⁰ CRD., Art. 149 párr. I

⁵⁵¹ CPPD., Art. 152

⁵⁵² CPPD., Art. 153

⁵⁵³ CCPD., Art. 332

*del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.”*⁵⁵⁴

La obligación de motivar las decisiones está contenida, en la normativa supranacional, en el art 25 de la CADH. De igual modo queda recogida en la normativa interna, en el art 141 del CPCD en donde se establece: *“La redacción de las sentencias contendrá los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados; los nombres, profesiones y domicilio de las partes; sus conclusiones, la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo.”*⁵⁵⁵

De conformidad al criterio de los magistrados de la SCJ, la motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Es el vehículo que permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada por las partes y la sociedad, constituye un fuente de garantía contra el perjuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso, la que sólo puede ser lograda cuando se incluya una valoración adecuada de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, lo que fortalece la seguridad jurídica a que aspiran disfrutar los ciudadanos de manera objetiva. Criterio que ha sido ampliamente tratado en múltiples decisiones de la SCJ, entre la que se cuenta la Sentencia No. 18 del 20 de octubre de 1998.⁵⁵⁶

La motivación jurisdiccional constituye el derecho de las partes a informarse con exactitud sobre los motivos que dirigieron al juzgador a tomar una decisión determinada, y que la misma guarde relación de concordancia con la lógica, el derecho y las circunstancias

⁵⁵⁴ CPPD., Art.24

⁵⁵⁵ CPCD., Art. 141

⁵⁵⁶ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

fácticas ventiladas en el proceso; es la razón por la que es una de las garantías de mayor utilidad para evitar la arbitrariedad y/o subjetividad del juzgador. En efecto, si desglosamos el término, encontramos que motivación no es otra cosa que motivos para la acción, lo cual traducido al quehacer jurisdiccional adquiere el pleno significado de los motivos del juzgador para fallar en una dirección determinada.

Las expuestas son las razones por las que, de conformidad al criterio de Cruceta Almánzar, en armonía con los principios que rigen el debido proceso debe declararse la nulidad de las sentencias que contengan motivaciones aparentes o defectuosas, y cuyo vicio no tenga la posibilidad de ser convalidado o subsanado. Se predica que una motivación es aparente cuando no recoge todos los elementos facticos y jurídicos que justificarían un fallo razonable; y le llama defectuosa a aquellas decisiones que no recogen principios lógicos para fundar la decisión, tales como ausencia de contradicción, exclusión de parte o razones insuficientes para el sostenimiento del fallo.⁵⁵⁷

En efecto, la normativa procesal impone al juzgador requisitos motivacionales para la validez de la decisiones , es por lo que encontramos en el texto del art. 333 las normas para la deliberación y la votación, en el que se expresa: *“Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión.”*,⁵⁵⁸ mandato que la ley hace acompañar de los requisitos mínimos para la validez de la sentencia, por lo que en el artículo siguiente se lee: *“La sentencia debe contener: 1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, el nombre de los jueces y de las partes y los datos personales del imputado; 2. La enunciación del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica; 3. El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término. 4. La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado*

⁵⁵⁷ Cfr. Cruceta Almánzar, J. Op. cit, pág. 43

⁵⁵⁸ CPPD., Art. 333

*judicialmente y su calificación jurídica; 5. La parte dispositiva con mención de las normas aplicables...*⁵⁵⁹

Es trascendente para la sustanciación práctica del principio la mención del art. 336, en el que la normativa procesal expresamente prevé:

*”Correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores.”*⁵⁶⁰

En el orden motivacional son precisas las reglas impuestas en la normativa argentina, las que exigen al juzgador la expresión de “*los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen*”, haciendo constar expresamente que “*La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales...*”⁵⁶¹

2.3.25 Principio de Interpretación

*“Las normas procesales que coarten la libertad o establezcan sanciones procesales se interpretan restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva se permiten para favorecer la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades. La duda favorece al imputado.”*⁵⁶²

⁵⁵⁹ CPPD., Art. 334

⁵⁶⁰ CPPD., Art. 334

⁵⁶¹ Cfr. CPPN., Art. 20

⁵⁶² CPPD., Art.25

Guarda esta garantía un perfil bajo, es poseedor de un aspecto tímido que se torna casi imperceptible en el proceso. Para su explicación Llobet Rodríguez prefiere remitirse a la doctrina, en donde encuentra la reflexión de Ricardo Núñez, quien refiere que interpretación restrictiva es la implica que en la duda debe estarse a lo que sea más favorable a la libertad, o al ejercicio del poder, o a la limitación o exclusión de sanción.⁵⁶³

En efecto, tal y como es referido en la cita, y expresamente se detalla en el texto normativo, este principio está íntimamente ligado al vasto conocido “*indubio pro reo*”, en virtud del cual, ante la duda del juzgador, no debe existir condenar al acusado por un hecho criminal. El momento procesal de este principio corresponde al de valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo; y, por vía de consecuencia, carece de espacio cuando la contundencia de las pruebas comprometen la responsabilidad del encausado más allá de toda duda razonable, desvirtuado la presunción de inocencia de que esta investido el encartado.

Guarda la aplicación de este principio íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia, existiendo entre ellos una diferencia esencial, consistente en que éste cobra eficacia ante la absoluta carencia de pruebas, o cuando estas han sido practicadas sin observación a las debidas garantías. En cambio, el merecer el favor de la duda no implica la ausencia de pruebas, sino que estas son débiles o aun no siéndolo, no alcanzar a comprometer fehacientemente la responsabilidad del imputado.

Para el magistrado Camacho Hidalgo la interpretación restrictiva, conforme señala el principio, entraña una prohibición, de manera que no se haga uso amplio o abusivo de una norma traspasando el lindero previsto por el legislador en los casos procedentes, y sin mayor perjuicio de aquel que se causa a consecuencia de la imposición de una medida judicial. Por lo que es de consideración que la interpretación analógica y la extensiva sólo es posible su aplicación cuando operan en beneficio de aquel a quien se le está imputando de un hecho, o en los casos de que sean interpretadas para la aplicación y reconocimiento de principios y derechos fundamentales, o para garantizarlos.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Cfr. Llobet Rodríguez, J. Op. cit., págs. 63-64

⁵⁶⁴ Cfr. Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 45

La CRD dedica un capítulo a reglamentar “Los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales”, señalando de entrada que “*No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;*” sin perjuicio de que “*Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;*” pasando a ratificar, al igual que el principio primero, que “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;*” señalando expresamente para el caso de la interpretación judicial que nos ocupa: “*Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.*”⁵⁶⁵

En el orden de resguardo de este derecho la normativa procesal ordena al juzgador dictar sentencia absolutoria cuando “*La prueba aportada no sea suficiente para establecer la responsabilidad penal del imputado;*” y entre otros requisitos “*No pueda ser demostrado que el hecho existió o cuando éste no constituye un hecho punible o el imputado no participó en él...*”⁵⁶⁶

3.2.26 Principio de Legalidad de la Prueba

*“Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.”*⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ CRD., Art. 74.1.2.3.4

⁵⁶⁶ CPPD., Art. 337.2.3

⁵⁶⁷ CPPD Art.26

El principio de la legalidad de la prueba es consustancial con las garantías judiciales, entendidas éstas como procedimientos o medios para asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales debidos al encartado. Este principio de la legalidad de la prueba es parte del derecho al debido proceso de ley consagrado por la constitución y tratados internacionales, por lo que los medios de prueba son los que pueden justificar la imputación de un hecho punible y, en consecuencia, que se pueda determinar la restricción de la libertad personal del acusado. Las pruebas, y sólo las legalmente admitidas, las lícitas, son pertinentes en la acreditación de la verdad del hecho imputado, y justificantes de la motivación de la sentencia condenatoria o absolutoria. Este principio también es aplicable en la substanciación de cualquier otro proceso de carácter penal o determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, disciplinario, administrativo u otros. Pero es necesario enfatizar que el medio o instrumento de prueba sólo es válido si es adquirido y admitido de modo lícito, con respeto estricto a los derechos humanos, libertades y garantías constitucionales del imputado o justiciable y en apego a las reglas establecidas en las diferentes normas que regulan el mecanismo de la reconstrucción del hecho y de la recolección de las pruebas.⁵⁶⁸

No existe discusión en torno a la importancia de la prueba en sala penal, sin prueba no existe proceso, y aunque así fuere, el resultado sería desconsolador para quien pretenda encausar una imputación sin las debidas herramientas probatorias. Ahora bien, la única exigencia de imposición procesal para su validez es la legalidad, que no es otra cosa que su obtención por medios lícitos y con respeto al debido proceso de ley; es por lo que la CRD sentencia en una lacónica pero poderosa frase: “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley*”.⁵⁶⁹

Argumentar sobre la legalidad de la prueba es llover sobre mojado. Sin embargo, no queremos dejar pasar la ocasión para puntualizar sucintamente las disposiciones de mayor relevancia que sobre el tema refiere la normativa procesal penal dominicana.

Fuera del principio que ocasiona el presente análisis, es relevante sobre la materia el contenido del art. 166, toda vez que en el mismo se puntualiza que “*Los elementos de prueba sólo pueden*

⁵⁶⁸ Cfr. SCJ., Resol. 1920-03

⁵⁶⁹ CRD., Art. 69.8

ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código”,⁵⁷⁰ para de inmediato acotar que “*No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código.*” El texto referido apunta directamente a la prueba directa, al medio material que sirve como objeto probatorio para ser apreciado por el juzgado, pero también existe otra categoría de prueba que es la indirecta, la que surge como consecuencia de la primera, y es precisamente sobre la que la normativa expresa: “*Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas...*”, es la prueba que la doctrina denomina prueba derivada, mismas que dan origen a una batería de interesantes teorías sobre la cuestión que estudiaremos y analizaremos en profundidad en momento oportuno.⁵⁷¹

El principio de legalidad es tenido en tan alta estima por el sistema procesal dominicano, que dentro de las cuatro causales válidas para incoar recurso de apelación, taxativamente previstas por la normativa, una de ellas es la valoración de prueba ilegal en perjuicio del imputado. Así se lee expresamente en la combinación de los arts. 416 y 417 CPPD:

“Art. 416. Decisiones recurribles. El recurso de apelación es admisible contra la sentencia de absolución o condena.”

“Art. 417. Motivos. El recurso sólo puede fundarse en:

- 1. La violación de normas relativas a la oralidad, intermediación, contradicción, concentración y publicidad del juicio;*
- 2. La falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;*
- 3. El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos, que ocasionen indefensión;*
- 4. La violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.”*

⁵⁷⁰ CPPD., Art. 166

⁵⁷¹ Cfr. CPPD., Art.167

Al referirse sobre el particular el magistrado Camacho Hidalgo es de opinión que la prueba que ha sido obtenida dentro del esquema de legalidad es lo que permite que pueda ser utilizada como medio válido para sostener la acusación, es en ese sentido que visualiza la legalidad como la etiqueta que se le coloca en lugar visible a los medios que sirven para probar, en el proceso penal, la imputación de un hecho punible; es el “instrumentum” que define el resultado de las actuaciones que realiza la parte acusadora, pública o privada, para avalar sus pretensiones.⁵⁷²

2.3.27 Principio de Derechos de la Víctima

“La víctima tiene derecho a intervenir en el procedimiento penal y a ser informada de sus resultados en la forma prevista por este código.”⁵⁷³

Por fin encontramos la consagración de un principio en beneficio de la víctima, que literalmente constituye la cenicienta del proceso penal moderno, ha resultado ser la parte perjudicada por los abusos y degradaciones que por siglos sufrió el imputado. En el proceso penal moderno el imputado ha resultado reivindicado y la víctima re-victimizada. Antes de proseguir, y como en el curso de la presente disertación no habrá muchas ocasiones para el trato y análisis de este sujeto procesal, nos detendremos brevemente a estudiar su entorno conceptual. Víctima, en sentido genérico, *“es todo ser viviente sacrificado o destinado al sacrificio. Sin embargo, desde el punto de vista utilizado habitualmente, una víctima es la persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción u omisión, ya sea por culpa de otra persona, o por fuerza mayor.”⁵⁷⁴*

La normativa procesal define expresamente la víctima, atendiendo la siguiente nomenclatura:

“La víctima. Se considera víctima:

1. Al ofendido directamente por el hecho punible;

⁵⁷² Cfr. Camacho Hidalgo, I. Op. cit., pág. 46

⁵⁷³ CPPD Art. 27

⁵⁷⁴ EEW véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADctima>

2. *Al cónyuge, conviviente notorio, hijo o padre biológico o adoptivo, parientes dentro de tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, a los herederos, en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte del directamente ofendido;*
3. *A los socios, asociados o miembros, respecto de los hechos punibles que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.*⁵⁷⁵

Hablamos de nomenclatura, porque como se ha podido observar en la definición legal, la víctima no es exclusivamente una figura o un agraviado en dirección única y específica, circunstancia que nos conduce directamente a reconocer las diferentes categorías de víctimas. En efecto, podemos llamar víctima por excelencia, “*al ofendido directamente por el hecho punible*”, lo llamamos víctima por excelencia porque es sobre quien recae directamente el ilícito, sobre su persona, y en materia penal, con asidua frecuencia, la víctima compromete su existencia, son hechos y acontecimientos insustituibles que recaen directamente sobre su persona.

En segundo lugar, podemos hablar de víctima circunstancial, que es aquella sobre la que no recae directamente el hecho perjudicial, pero sufre el daño y/o la pérdida, por su cercanía familiar con aquella, caso en el cual se pueden conjugar intereses de pérdida familiar y económica; tal es el caso, por ejemplo, de la familia que por obra homicida pierde el cabeza de familia, esta sufrirá la pérdida personal, conjuntamente con el apoyo y sustento que este proporcionaba.

En tercer lugar, podemos hablar de víctima pecuniaria, cristalizada por aquella que no ve afectado un bien personal, la vida, la amputación de un miembro, etc., sino un bien de índole estrictamente pecuniario, como por ejemplo abuso de confianza, estafa, malversación, etc.

Si bien es cierto que la masa protectoral de las previsiones constitucionales y el debido proceso están destinadas a salvaguardar los derechos del imputado,⁵⁷⁶ no menos cierto es

⁵⁷⁵ CPPD., Art. 83

que existe una importante serie de derechos y prerrogativas de los que indiscutiblemente se beneficia el sujeto procesal denominado víctima.

En efecto, encontramos en la DUDH: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”* (Art. 7); *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”* (Art. 8); *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”* (Art. 12). CADH: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”* (Art. 4.1); *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”* (5.1)

En igual dirección transita la CRD: *“Derecho a la integridad personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas.”* (Art. 42); *“Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos.”* (Art. 68); *“Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley.”* (Art. 69.1.2)

⁵⁷⁶ En un momento determinado habrá que detenerse a analizar sobre cuál de las figuras procesales protagónicas del proceso: víctima e imputado, resulta ser la parte débil y a proteger, porque si bien es cierto que el imputado inspira el repudio y sometimiento al castigo, no menos cierto es que ya la víctima ha pagado un alto precio, incluso antes de entrar al proceso, y el solo hecho de someterse a juicio civilizado, como debe de ser, le acarrea un alto grado de esfuerzo, físico, psicológico, humano, económico, etc., etc., etc. Será interesante determinar cuál de los dos sujetos es que verdaderamente carga con el peso del proceso...

Sin embargo, también es justo referir que son derechos de formulaciones genéricas, no específicas y detalladas como refieren los relativos a la protección del encartado, aun bajo el mismo escenario. Más específico y detallado resulta el marco normativo, mediante el cual encuentra la víctima un escenario de acción concreto y específico, en el que puede emprender acciones y participar activamente en el proceso a los fines de perseguir penal y pecuniariamente el resarcimiento de los daños recibidos.

Desde la etapa inicial del proceso, hasta la conclusión del mismo, le reserva la normativa a la víctima el ejercicio de la acción penal, con una serie de actividades, prerrogativas y derechos tendentes a la protección y reclamo de su bien jurídico comprometido.⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ CPPD: Art. 29, relativo al Ejercicio de la acción penal; Art. 31, sobre la Acción política a instancia privada; Art. 32, que le faculta para el ejercicio de la Acción privada; Art. 33, que le faculta a ejercer la Conversión de la acción pública en privada; Art. 35, presentar Objeciones a los dictámenes del MP; Art. 38, que le permite acceder a Mediación con profesionales calificados; Art. 40, sobre suspensión condicional del procedimiento; Art. 42, que le permite a la víctima beneficiarse de la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, cuando se registre incumplimiento de los acuerdos por parte del imputado; Art. 44.9, el cual señala entre las causas de extinción de la acción penal el “*resarcimiento integral del daño particular o social provocado, realizada antes del juicio, en infracciones contra la propiedad sin grave violencia sobre las personas, en infracciones culposas y en las contravenciones, siempre que la víctima o el ministerio público lo admitan...*”; Art. 50, sobre el ejercicio de la acción civil; Art. 51, en el que se determina la acción civil sobre intereses colectivos o difusos; Art. 64, relativo a la fusión o separación de juicios; Art. 84, en el que expresamente se consagran los derechos de la víctima, entre los que se destacan: 1. Recibir un trato digno y respetuoso, 2. Ser respetada en su intimidad, 3. Recibir la protección para su seguridad y la de sus familiares, 4. Intervenir en el procedimiento, conforme a lo establecido en este código, 5. Recurrir todos los actos que den por terminado el proceso, 6. Ser informada de los resultados del procedimiento, 7. Ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión: Art. 85, que define su calidad; Art. 86, mediante el que se define su actuación y la prerrogativa de hacerse representar por abogado; Art. 118, que le reconoce el derecho de constituirse en parte civil; Art. 124, el cual le otorga la posibilidad de desistimiento de la acción civil; Art. 151, el cual le otorga el poder de actuación ante la inacción del MP ante los vencimientos de los plazos para la presentación de la acusación; Art. 167, el cual remite su actuación probatoria a la legalidad de la prueba; Art. 282, el cual faculta la víctima querellante a tomar acción ante la pretensión fiscal de archivo del proceso; Art. 283, le otorga la facultad de objeción sobre la pretensión de archivo por ante el juez de la instrucción; Art. 296, sobre el deber de notificación de la acusación; Art. 297, sobre la concreción de pretensiones del actor civil; Art. 309, sobre la participación de los medios de comunicación; Art. 311, relativo a la oralidad del proceso; Art. 331, sobre la participación de la víctima en la discusión final y cierre del debate; Art. 339.7, el cual establece el criterios para la determinación de la pena; Art. 351, relativo a los “*Informes obligatorios. El tribunal, antes del fallo sobre la pena, debe tener ante sí un informe que le es rendido sobre la base de una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historia social del imputado convicto y del efecto económico, emocional y físico que ha provocado en la víctima y su familia la comisión de la infracción, que le permita emitir la decisión.*” (la materialización de esta previsión todavía constituye una quimera para el proceso dominicano, sin embargo debemos admitir que el conocimiento de esos detalles reportarían un rostro humano al ejercicio jurisdiccional, por lo que desde esta tribuna abogamos por su pronta implementación en los procesos penales dominicanos); Art. 354, para procedimiento especial por contravención; Arts. 359, 360, 361 mismos que recogen el procedimiento de juicio para las infracciones de acción privada; Art. 396, el cual le abre la vía recursiva de la víctima y de la parte civil.

2.3.28 Principio de Ejecución de la Pena

*“La ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los derechos y facultades que le reconocen las leyes. El Estado garantiza condiciones mínimas de habitabilidad en los centros penitenciarios y provee los medios que permiten, mediante la aplicación de un sistema progresivo de ejecución penal, la reinserción social del condenado.”*⁵⁷⁸

La ejecución de la pena constituye la etapa conclusiva del proceso penal, siempre que el justiciable haya sido encontrado culpable, y como consecuencia de la comisión de sus hechos, se amerite internamiento en penitenciaría pública; *“penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*⁵⁷⁹ Circunstancia que nos coloca a la puerta del denominado derecho penitenciario.

La normativa procesal coloca el proceso de ejecución de la pena en manos de un estamento jurisdiccional especial denominado “ Jueces de ejecución penal”, a quienes *“tienen a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena.”*⁵⁸⁰ Sin perjuicio de que la norma articulada fija al juzgador los criterios para la determinación de la pena, en consecuencia:

“Al momento de fijar la pena, el tribunal toma en consideración, los siguientes elementos:

1. El grado de participación del imputado en la realización de la infracción, sus móviles y su conducta posterior al hecho;

⁵⁷⁸ CPPD., Art.28

⁵⁷⁹ CADH., Art. 5.6

⁵⁸⁰ CPPD., Art. 74

2. *Las características personales del imputado, su educación, su situación económica y familiar, sus oportunidades laborales y de superación personal;*
3. *Las pautas culturales del grupo al que pertenece el imputado;*
4. *El contexto social y cultural donde se cometió la infracción;*
5. *El efecto futuro de la condena en relación al imputado y a sus familiares, y sus posibilidades reales de reinserción social;*
6. *El estado de las cárceles y las condiciones reales de cumplimiento de la pena;*
7. *La gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general.*”⁵⁸¹

Otros requisitos y condiciones les son advertidas al juzgador al momento de aplicar la pena.⁵⁸²

Una práctica que objetamos al juez de la ejecución de la pena dominicano, es la consistente en humillar al recluso que solicita libertad condicional, en virtud de las previsiones del art. 444 CPPD, haciéndolo reconocer o CONFESAR su culpabilidad sobre los hechos por los que guarda prisión. El principio de no autoincriminación que se guarda con celo en el curso del proceso, adquiere carácter de obligatoriedad al “cierre” del proceso.

Entendemos que es una medida innecesaria, toda vez que ya el condenado ha cumplido una proporción de la pena, y en cierto modo, ha resarcido los daños que ocasionaron sus hechos, y si el juez de la ejecución entiende que así no ha sido, sencillamente está dentro de su facultad no otorgarla; en segundo lugar, nunca escapa la probabilidad de que el condenado, real y efectivamente haya sido inocente, teoría de defensa que probablemente enarboló durante todo el curso del proceso, y al final, después de haber sufrido cárcel y privaciones un “juez”, por encima de todo, lo obliga a CONFESAR culpabilidad, so pena

⁵⁸¹ CPPD., Art. 339

⁵⁸² Véase: Art. 342: Condiciones especiales de cumplimiento de la pena; Art. 436: Derechos consagrados al condenado; Art. 437: Control el cumplimiento de la sentencia; Art. 442: Incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena; Art. 443: Condiciones especiales de ejecución; Art. 447: Sobre medidas de seguridad.

de denegación, por el solo incumplimiento de satisfacer esa morbosidad personal de alguien que se hace llamar “juez”.

Somos de opinión que se trata de una práctica innecesaria y vejatoria, que atenta contra los derechos del condenado, toda vez que lo menos que debe de merecer en su condición humana, es un trato digno.

Como ha podido ser observado en el curso de la presente exposición, una parte importante de los principios procesales que rigen de manera destacada la legislación procesal dominicana, son colindantes y complementarios entre sí, aunque con variables y matices singulares que le permiten custodiar un derecho determinado. Como también ha sido evidenciado, estos derechos son de contenido Constitucional, texto Sustantivo que a su vez se ha nutrido de los tratados y convenciones internacionales que han versado sobre reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

En esta tarea de desarrollo en el tiempo de estos aspectos que valorizan el ser humano en su contexto personal y social ha jugado y seguirá jugando un papel de primer orden aquellos estudiosos y escrutadores de la conducta humana en el entorno legal a quienes en su contexto denominan doctrinarios, y a quienes, en su conjunto, las generaciones venideras tendrán mucho que agradecer, aunque también en ella esos inquietos estarán diseminados, produciendo, interminablemente, para el porvenir.

“La tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez.”

Cafferata Nores
La Prueba en el Proceso Penal

Capítulo III:

La Prueba Ilícita como Normativa Protectora de los Derechos Fundamentales en el Marco de la Evolución Jurídica Internacional

3.1 Prueba Ilícita. Conceptos y Definiciones

Existe coincidencia entre la comunidad de autores especialistas en la ciencia penal, en señalar la prueba ilícita como una de las figuras jurídicas de mayor controversia en el proceso penal moderno. En la praxis del ejercicio, constituye una de las herramientas que mayor interés concita de ser identificada en el proceso, ya que su presencia desmerita o anula el pretendido elemento probatorio; y en términos conceptuales, es motivo de importantes controversias al momento de intentar ofrecer una definición unívoca y consensuada.

La primera cuestión que se plantea al momento de abordar la temática de la prueba ilegal es la precisión de su terminología, dada la circunstancia de que estamos ante una figura que suele ser denominada de maneras muy diversas. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, o incluso, prueba irregular, entre otros conceptos análogos.

Al abordar la cuestión, el profesor Miranda Estrampes sostiene la opinión de que *“La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales.”*⁵⁸³ Giner Alegría lo concibe como *“de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad”*.⁵⁸⁴ Por su lado, el argentino M. Hairabedián, lo expone entendiendo que *“los casos en que la ley, la jurisprudencia y la doctrina crean excepciones a esa regla son complejos y muchas veces*

⁵⁸³ Miranda Estrampes, Manuel Art. “La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, Revista Catalana de la Seguretat Publica, Mayo 2010, pág. 131

⁵⁸⁴ Giner Alegría, César Augusto Art. “Prueba Prohibida y Prueba Ilícita”, Anales del Derecho, Universidad de Murcia, 2008, pág.579

desconocidos”,⁵⁸⁵ además de referir “*También el autor estadounidense Amar reconoce que las excepciones a la regla de exclusión son altamente complicadas para su entendimiento y alcance.*”⁵⁸⁶ Sin embargo, más esperanzadoras son las consideraciones del chileno Hernández Basualto, quien desde su perspectiva, lo enfoca como “*un tema al que sólo el conjunto de la comunidad jurídica puede brindarle contornos nítidos y duraderos.*”⁵⁸⁷

Igual que la mayoría de conceptos, prácticas y teorías jurídicas, la prueba ilegal, no escapa a las divergencias y posiciones a favor y en contra; de hecho, la concepción que introduce a la práctica del derecho penal la teoría de prueba ilícita, es considerada como una de las aportaciones doctrinales más apasionante y compleja de la dogmática procesal contemporánea, no solamente por imponer límites a la intervención de estado al levantar medios probatorios válidos; sino también por las multiplicidad de acepciones, terminologías e incluso interpretaciones, como hemos visto, que les son atribuidas tanto por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Resulta de especial interés al momento de comprender esta figura procesal, el análisis íntegro que sobre el particular desarrolla el profesor Miranda Estrampes, sobre todo cuando refiere: “Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. A ello se añade que estas diferencias terminológicas implican, en muchas ocasiones, verdaderas divergencias conceptuales”.⁵⁸⁸

De ese modo, se refiere que los términos de prueba prohibida o prohibiciones probatorias fueron acuñados por el jurista alemán, doctorado en derecho penal, Ernst von Beling, quien los aportó en su obra “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la

⁵⁸⁵ Hairabedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág.19

⁵⁸⁶ Hairabedián, M. Op. cit., pág. 20

⁵⁸⁷ Hernández Basualto, Héctor “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, Revista Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile, No.2, 2005, pág.7

⁵⁸⁸ Miranda Estrampes, M. Art. cit., Págs.131-132

verdad en el proceso penal”. Aunque la terminología luce indiscutida por el prolongado y común uso en prácticamente la totalidad de sistemas judiciales de occidente, la misma no está exenta de detractores y cuestionantes, como lo pone de manifiesto Pastor Borgoñón en su título “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”. También encontramos resabios en torno a la terminología, en el título “El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas”, de Gómez Colomer, J.L., quien es de parecer que el término “prueba prohibida” es una traducción incorrecta del alemán, bajo el entendido de que la terminología doctrinal emplea los referidos términos en plural, apuntando siempre “prohibiciones” de prueba, dado que existen varios supuestos y no sólo uno. Se producen estas disidencias en el marco del análisis terminológico, sin mezquindades y sin dejar de reconocer que son términos cómodos que grafican de manera adecuada los supuestos bajo los que la prueba resulta inadmisibile, ilícita en terminología italiana.⁵⁸⁹

También resulta de interés puntual, en lo que respecta a la comprensión de la terminología “prueba ilícita o ilegal”, la referencia que de la clasificación desarrollada por María Huertas Martín señala el profesor Estrampes. La autora, en su título *“El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba”* segmenta el uso de la prueba ilegal en los grupos siguientes: *a)* la prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios; *b)* la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales; y *c)* la prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria.⁵⁹⁰

Dentro de la clasificación de Huertas encontramos un inicio de complejidad sobre la temática derivada de la ilegalidad probatoria. No se satisface la autora con recorrer el camino trillado y simplista de endosar un elemento violatorio del debido proceso y declarar la prueba inutilizable por ser violatoria de uno o varios de los derechos fundamentales, y opta por aportar tres derivaciones de ilegalidad. En el primer grupo apunta la ilegalidad en el hecho de que para la obtención de la prueba se den cita el uso de “ciertos métodos para la consecución de resultados”, dentro de esa formulación genérica y descriptiva, interpretamos que se trata de métodos coercitivos usados sobre la integridad

⁵⁸⁹ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 131

⁵⁹⁰ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 132

corporal del sujeto investigado, las cuales pudieren socavar su intimidad para extraer una declaración culposa. Esta es una práctica que recién inicia su proceso de superación en territorio dominicano, territorio en el que fruto de una prolongada y cruenta dictadura, era práctica común las torturas, incluyendo mutilación de miembros para extraer declaraciones de culpabilidad, que en un segundo momento eran acreditadas válidamente en los procesos penales y servían como medios probatorios irrefutables para fundamentar sentencias condenatorias; prácticas de las que aún quedan resabios en los procesos investigativos dominicanos, sobre todo en los que interviene la policía nacional y los perseguidos, por lo regular, provienen de los denominados cinturones de miserias urbanas, sin padrinos, sin nombres, carentes de abolengo social.

De hecho, en declaraciones públicas recientes, el jefe de policía reconocía el lastre de prácticas anacrónicas vigente entre las filas, y textualmente refirió sobre el particular: *“Nuestra Policía Nacional permaneció inalterable desde su fundación, es decir casi 80 años. Sí, ocho décadas usando los mismos métodos tradicionales, represivos y reactivos con que fue creada”*,⁵⁹¹ admitió el jefe policial, referencia ante la que aplicamos una de las más socorridas máxima jurídica que destila sabiduría centenaria “a confesión de parte, relevo de prueba”... Y de manera complementaria hacemos constar que se trató de una confesión libre, voluntaria y espontánea, libre de coacción y bajo el respeto absoluto del “debido proceso”.⁵⁹²

En la segunda clasificación se refiere a la prueba inutilizable por “violación de derechos o libertades fundamentales”, se habla de derechos fundamentales, refiriendo aquellos derechos que son inherentes al ser humano, que corresponden a todo individuo en razón a su dignidad, y de los cuales se es titular por el solo hecho de ser persona; interpretamos esta segunda clasificación diferenciada de la primera, en que en esta tipología de vulneraciones no media la práctica coercitiva sobre la integridad del sujeto objeto de la investigación; aunque cabe admitir que la raya divisoria entre una clasificación y otra resulta delgada y tenue.

⁵⁹¹ Véase: <http://www.listindiario.com/la-republica/2015/07/07/379338/castro-castillo-reconoce-que-la-policia-tiene-80-aos-de-retraso>

⁵⁹² Con este estilo de reflexión solo queremos parodiar en términos legales la representación de sus declaraciones, y resaltar la espontaneidad de la misma, circunstancia que contrasta con los métodos frecuentemente empleados por los grises dominicanos para extraer declaraciones y autoincriminaciones.

Dentro del conjunto, la tercera clasificación resulta más distinguible que las anteriores, toda vez que se aparta de las modalidades relativas a la violación de derechos, y se enfoca en los “requisitos procesales” de levantamiento de actas, respeto de horarios de actuaciones, etc, aunque al final del camino, cualquier rasgo de ilegalidad que pueda ser retenido en el marco de la investigación de un proceso penal, va a resultar una violación a una garantía de índole constitucional, legal o procesal, por lo que es preciso continuar profundizando en diferencias que aporten mayor grado de profundidad a la hora de ofertar una clasificación sobre el particular. Somos de opinión que el interés de establecer linderos y justificar diferencias entre la múltiple y variada terminología, entorno a la misma sinonimia, continúan siendo tenues, al momento de ofrecer una clasificación contundente, relativa al tema que nos ocupa.

Como hemos podido observar, de muy variadas estirpes son los flancos desde los cuales se enfoca la temática; en lo que sí hay consenso, es en la valoración de que la prueba ilícita constituye una figura jurídica que cobra vigencia en el marco del proceso penal, y se constituye en tal, cuando al momento del levantamiento de los elementos probatorios se vulneran garantías procesales reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales y/o la ley, y en virtud de las consecuentes previsiones debe ser desestimada para fundar sobre ella una sentencia condenatoria.

No existe discusión en torno al rol de extrema importancia jugado por la prueba en los procesos de carácter penal, sin menoscabo de los procesos en otras materias, se precisa observar varios requisitos que deben ser conjugados con anterioridad a la invocación de la ilicitud probatoria. En primer lugar, solo en el escenario de un proceso penal, es posible imputarle ilegalidad a una producción probatoria, y su eficacia es de tal modo ponderada, que una vez probada en el curso del proceso, en el ejercicio de una sana administración de justicia, debe inclinar la balanza en favor y provecho de la víctima de la ilicitud, aunque la consecuente inclinación dé al traste con la imposibilidad de la aplicación de una pena. Consecuentemente, se torna en ilegal una sentencia fundada en pruebas aducidas de ilicitud. En segundo lugar, es requerido que en el levantamiento o consecución del elemento probatorio, se den cita transgresiones a derechos fundamentales protegidos por la ley.

Tras las reseñas de las diversas denominaciones y principios doctrinales que se conjugan en el abordaje de la ilicitud e ilegalidad probatoria, encontramos en las reflexiones de Horvitz uno de los planteamientos que con mayor acierto y puntualidad enfocan la cuestión:

*“El denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe ser utilizado como punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal”.*⁵⁹³

Tomando en cuenta las diversas teorías, reflexiones de los tratadistas y marco jurisprudencial, podemos definir la prueba ilícita, como aquella prueba que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales o disposiciones legales, e implican un perjuicio real y efectivo para el imputado de la comisión de un ilícito penal, en cuanto para su obtención se ha sufrido vulneración sus derechos o se han violentado las normas del debido proceso. En estos casos no solamente se trataría del exceso de la maquinaria y poderío estatal aplicado sobre la persona de un ciudadano para develar una verdad a cualquier precio, sino que, además, y como complemento malsano, sean revividas prácticas que se presumen superadas en el ámbito de la investigación penal, como es el caso de la tortura y la disminución física y facultativa de la persona a quien se le imputa la comisión de un ilícito penal.

Definición especialmente completa, relativa a esta categoría de pruebas, hemos encontrado en el texto del profesor Duarte Canaán, en el cual se lee:

“Prueba Ilícita, es aquella que en sentido absoluto o relativo, es contraria a la forma establecida en la norma o va contra principios y garantías protegidos por el derecho

⁵⁹³ Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág.168

*positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos”.*⁵⁹⁴

A pesar de la brevedad definitoria, valoramos la amplitud conceptual de esta definición en el entendido de que en el derecho penal contemporáneo, los derechos protegidos no son de dominio exclusivos de las constituciones nacionales; muy por el contrario, muy variadas son las fuentes de las que emanan salvaguardas y protecciones de derechos individuales, y las entidades supra nacionales tutelan bajo sofisticados mecanismos la aplicación de las normas garantistas.

3.1.2 Enfoque desde Diferentes Culturas Jurídicas

La referida diversidad de denominaciones, vistas al inicio del apartado precedente, enfocadas desde otra perspectiva, podemos afirmar que, independientemente de las definiciones conceptuales, están íntimamente relacionadas a las diversas culturas jurídicas en que se originan las teorías sobre el particular.

3.1.2.1 Modelo Norteamericano

Los Estados Unidos de Norteamérica constituyen una referencia obligada a nivel universal al momento de abordar prácticamente cualquier circunstancia relativa a las prohibiciones probatorias. La práctica norteamericana representa en sí misma un modelo de la diversidad que representa a nivel global la temática de violaciones para la consecución de las pruebas; es, sin dudas, el ordenamiento jurídico en el cual el principio de prescindir de pruebas obtenida con infracción de garantías constitucionales, ha alcanzado un nivel de desarrollo más amplio.⁵⁹⁵

El tema de la ilicitud probatoria en el sistema americano es tan vario pinto, que el punto de partida no depende de una exclusiva regla general, legal o constitucional, desde la cual se genere la violación; muy por el contrario, la dilatada practica relativa a la materia ha probado que la ilicitud y su posterior consecuencia, se generan a partir de la interpretación de distintas garantías constitucionales. En ese contexto, pueden por ejemplo mencionarse

⁵⁹⁴ Duarte Canaán, Pedro J. Op. cit., pág.145

⁵⁹⁵ Cfr. Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 10

las reglas de exclusión de la prueba derivadas de la vulneración de la Quinta y Sexta Enmiendas de la Constitución Federal,⁵⁹⁶ la primera relativa al derecho ciudadano a no auto incriminarse, la segunda referente al derecho de asistencia jurídica.⁵⁹⁷

La inobservancia a las Enmiendas son conocidas por prueba inconstitucional, ilegal o impropia obtenida; concepto dentro del cual también se enmarca la célebre Cuarta Enmienda,⁵⁹⁸ la cual es considerada la columna vertebral del sistema garantista norteamericano, por prevenir garantía contra detenciones, allanamientos e incautaciones arbitrarias; de hecho, goza de un tratamiento especial, y en la práctica cotidiana encarna la regla de exclusión. Esta importante “normativa” de derecho penal norteamericano, textualmente prevé:

“No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán ordenes en ese sentido sino en virtud de una causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas.”⁵⁹⁹

Otra fuente paralela de abordaje de la temática, es estudiado como concepto general bajo la denominación de regla de exclusión (exclusionary rule), no guardando relación directa cuando se trata de la violación de una garantía constitucional, caso en el cual se le denomina Prueba Inconstitucional, Ilegal o Impropiamente Obtenida (Illegally, Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence). Desde esa perspectiva debemos

⁵⁹⁶ Estas garantías representan un aspecto casuístico y puntual relativo a la violación de derechos.

⁵⁹⁷ Cfr. Hernández Basualto, H. Op. cit., págs. 10-11

⁵⁹⁸ La Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos requiere que las pesquisas y aprehensiones conducidas por una autoridad del gobierno deben ser “razonables”. Por el final, la enmienda especifica que las órdenes judiciales sobre registro y arrestos deben estar justificadas por una causa razonable y debe estar limitada a en cuanto a su alcance a información específica suministrada por una persona (generalmente u oficial de policía) quien jura sobre la veracidad de esta información, y por ello puede ser responsable frente a un tribunal. Véase: EEW https://es.wikipedia.org/wiki/Cuarta_Enmienda_a_la_Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos

⁵⁹⁹ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 11

entender el concepto de regla de exclusión norteamericano, como la norma cuyo efecto es excluir evidencia pertinente por falta de confiabilidad de la evidencia, escaso valor probatorio, o por consideraciones de orden público.

La enmienda se aplica solo a los entes del gobierno; no se garantiza con ello el derecho a la libertad ambulatoria de las personas respecto de pesquisas y aprehensiones conducidas por ciudadanos u organizaciones privadas. Específicamente, la Carta de Derechos solo restringe el poder del gobierno federal, pero la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fallado que la Cuarta Enmienda es aplicable a los gobiernos estatales por aplicación de la Decimocuarta Enmienda. Actualmente, todas las constituciones de los estados contienen un precepto análogo de la Constitución Federal de los Estados Unidos la cual se pronuncia en contra de detenciones, registros e incautaciones irrazonables.⁶⁰⁰

3.1.2.2 Modelo Alemán

En Alemania, la figura se conoce como prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba (Beweisverbote), concepto bajo el cual se agrupa el conjunto de normas jurídicas que algún tipo de limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal, las cuales se dividen en dos grupos, *“las prohibiciones de producción de la prueba, que impiden su práctica, y las prohibiciones de valoración de la prueba, que impiden el aprovechamiento de sus resultados”*.⁶⁰¹

No obstante ser característica del sistema alemán la orientación al establecimiento de la verdad material, no es una meta de la ordenanza procesal penal la consecución de la referida verdad a cualquier precio, muy por el contrario, el relevante interés del esclarecimiento y castigo de los delitos es puesto a la par con el de otros intereses envueltos en la Litis, muy *“especialmente con la preservación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.”*⁶⁰² Y concluye Hernández Basualto, en referencia al interés del proceso alemán en anteponer el interés de resguardo y protección de derechos, sobre la tarea de consecución de la verdad material:

⁶⁰⁰ Cfr. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 165

⁶⁰¹ Horvitz Lennon, M. Op. cit. pág. 165

⁶⁰² Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 27

“Precisamente el resguardo de estos intereses superiores sirven las llamadas prohibiciones de prueba (Beweisverbote), de acuerdo con la terminología acuñada por Ernst von Beling⁶⁰³ a comienzos del siglo XX. Terminológicamente, entonces, prohibiciones de prueba es el nombre genérico con que se designan los límites a la libertad de prueba en el derecho alemán.”⁶⁰⁴

3.1.2.3 Modelo Español

En España la legislación consagra la prueba ilícita como uno de los principios fundamentales que rigen el proceso penal y lo conceptualiza como “prueba prohibida”, y le denomina como tal a las “informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos.”, conforme establece el Art. 13 de la normativa procesal, la cual en la parte in fine acota: *“Tales pruebas serán de valoración prohibida.”*⁶⁰⁵

Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones, el LECr establece excepciones para la validación procesal de pruebas levantadas con vulneración de derechos. El ordenamiento solo verifica que el prevenido no haya sido objeto de torturas, para asumir positivamente las pruebas ilícitas en los casos que estas favorezcan al encartado; las pruebas que como *“consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso ...”*⁶⁰⁶

⁶⁰³ El texto clásico de Beling “Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess”: “Las prohibiciones de la prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”, del año 1903.

⁶⁰⁴ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 27

⁶⁰⁵ LECr., Art.13

⁶⁰⁶ LECr., Art. 13.b

Con esta posición se coloca la legislación del país ibérico justo en el carril del “*hallazgo o descubrimiento inevitable*”,⁶⁰⁷ el cual se incorpora al proceso español a través de la legislación adjetiva, ruta inversa a la de otros sistemas, como por ejemplo el norteamericano, que ingreso a través de la interpretación jurisprudencial. Otra valoración positiva de prueba, afianzada en una teoría de excepción, es la contenida en el literal c del mismo artículo, en el que se prevé la ponderación de la prueba “*consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas*”,⁶⁰⁸ el cual colinda con la excepción de la buena fe en el levantamiento y efectividad de la prueba espúrea.

Podrá existir en el proceso español pruebas evidenciadas de ilegalidad en perjuicio de los derechos debidos al encausado, sin embargo, quedan automáticamente redimidas con la sola confesión de culpabilidad, se interpreta en esta legislación que una declaración inculpativa, que “*afirme la voluntariedad*” del imputado, automáticamente desconecta “*causalmente de la prueba declarada nula.*”⁶⁰⁹

Aunque se considera poco probable que un justiciable, aun deficientemente representado, proceda al uso de la confesión inculpativa, llama la atención el hecho de que en los literales que le anteceden el título proscribiera el uso de la tortura, prevención que de conformidad a la estructura del artículo solo es referible a los literales a, b y c.

Como vemos, en España la figura tiene aplicaciones variadas, no se satisface con invalidar la prueba argüida de ilicitud, sino que en el propio articulado procesal valida una serie de figuras consideradas por la jurisprudencia de otras culturas judiciales y la doctrina internacional, como excepciones a la regla de exclusión, como veremos en su oportunidad.

3.1.2.4 Modelo Latino Americano

Encontramos también en América Latina, nuevas denominaciones sobre el fenómeno, las cuales reutilizan la mayoría de los conceptos referidos, debido esencialmente, a que en esta franja continental, se ha asumido la figura en periodo reciente, tras el inicio de

⁶⁰⁷ Esta excepción a la regla de exclusión la estudiaremos a profundidad en el apartado correspondiente a las excepciones

⁶⁰⁸ LECr., Art.13.c

⁶⁰⁹ Cfr. LECr., Art. 13.3

implementación y adaptación en varias legislaciones del código penal modelo o tipo, portador del principio en cuestión.

La cultura jurídica Latino Americana ha desarrollado básicamente esta figura fundamentalmente en base a los aportes doctrinales, los cuales toman como base o punto de partida las plataformas garantistas servidas, de manera genérica por los Tratados Internacionales y las embrionarias menciones de las que se hacen eco algunas Constituciones. En efecto, no existe en Hispanoamérica una hegemonía en torno al tratamiento de la materia, en algunos países se importantiza más que otros, y las fuentes son variables, siendo la doctrina la más socorrida y unificante.

Caso particularmente ilustrativo es el de Argentina; por varias razones, la primera, que concentra en su territorio la mayoría y más dedicados tratadistas latinoamericanos dedicados al estudio de los más variados temas del proceso penal, incluyendo de manera especial la figura de la exclusión, tocar la temática en América obliga indefectiblemente a consultar a los sudamericanos; en segundo orden, ha desarrollado Argentina un sistema de aplicación legal descentralizado, tipo federal, teniendo cada una de sus provincias autonomía Constitucional, penal y procesal penal, siendo el sistema de la provincia de Córdoba el que ha contado con mayor capacidad de expansión hacia otros modelos jurídicos de la zona continental.

Sin embargo, no se encuentra recogida en su Ley procesal penal, la No. 8.123, la figura de la legalidad de la prueba, sí en su Carta Sustantiva, al momento de recoger los principios rectores de la actividad probatoria: *“La prueba es pública en todos los juicios... No pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos... Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella...”*⁶¹⁰ Como puede ser apreciado, con una formulación lacónica y sencilla, abarca los elementos fundamentales, desde la legalidad hasta la inutilidad de su derivada, dando al traste con la denominada teoría del árbol de los frutos prohibidos, una de las más celebres teorías de la tradición jurídica norteamericana.

⁶¹⁰ CPC., Art. 41

Circunstancia similar se registra en el sistema colombiano, en donde la normativa procesal guarda silencio, pero el peso procesal de la exclusión de la prueba ilícita emana de la Constitución, la cual en el marco descriptivo del debido proceso señala: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas... Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso... En caso de duda sobre cuestiones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado.*”;⁶¹¹ sin embargo el eje de aplicación peruano está pautado por la normativa procesal, la cual expresamente prevé: “*Legitimidad de la prueba.- 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona...*”⁶¹²

Del modo expuesto se van alternando los distintos sistemas jurídicos Iberoamericanos, unos apoyándose, fundamentalmente, en sus respectivas constituciones, otros en su codificación procesal; y sustancialmente en la doctrina latinoamericana relativa a la materia, la cual calificamos de excelente, y cuyos principales exponentes abonan el desarrollo del discurso académico que nos ocupa.

3.1.2.5 Modelo Dominicano

En torno al tema, Rep. Dom. está en ciernes, a penas en la etapa embrionaria de conocimiento y aplicación de este principio procesal, en franco proceso de nutrición de la jurisprudencia y doctrina producida en otras fronteras. El proceso penal dominicano ha venido trillando con relativos niveles de éxitos, la suerte de los países que le antecedieron en la implementación de la obra desarrollada por Alcalá Zamora y otros congregados al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, quienes en esfuerzo conjunto alumbraron la iniciativa de una herramienta procesal penal denominada “Código Procesal Penal modelo o tipo Iberoamericano”, prototipo procesal que paulatina, pero decididamente, va ganando terreno en las legislaciones penales hispanoamericanas. Es de utilidad hacer constar, para la memoria histórica, que la prueba ilícita resulta una figura de estreno en el proceso penal dominicano, inexistente con anterioridad a la normativa procesal, asumida del modelo o tipo iberoamericano, entada en vigencia en septiembre del 2004, en la que se consagró

⁶¹¹ CC., Art. 29

⁶¹² CPPP., Art. VIII°

como el principio fundamental 26, e hizo su debut haciendo constar que “*Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código.*”⁶¹³

Complementan el bloque de legalidad en la normativa procesal, los arts. 166 y 167. Con posterioridad y, extrañamente, como complemento de la normativa, sin perjuicio de que en el 2010, la CRD asumió la figura, por lo que se lee en el ordinal 8 del art. 69 que “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*” adquiriendo de ese modo categoría constitucional, con todo lo que implica un reconocimiento de esta naturaleza. Aunque, como puede observarse, la CRD no asume terminología ni conceptualizaciones en torno al principio, tampoco entra al círculo de las denominaciones de si se le nombrará ilícita, ilegal, prohibida, espúrea, etc, sino que se enfoca de inmediato en el resultado, y de manera llana y escueta refiere, reiteramos: “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*”⁶¹⁴.

Referimos el término “extrañamente” en las primeras líneas del párrafo antecedente, toda vez que el camino lógico para el ingreso de reconocimiento de prueba ilícita, ilegal, prohibida, o como se le denomine, para un sistema cerrado, apegado estrictamente a la letra de la ley, y “constitucionalista”, debió haber sido mediante el sendero Constitucional, no la ley adjetiva haber liderado la vanguardista tarea de introducción de esta figura de carácter garantista, cuando son las disposiciones constitucionales las llamadas a enarbolar las garantías del ciudadano, de cualquier índole que fueren; sin embargo, no censuramos ni invalidamos la figura por haber seguido el referido proceso, muy por el contrario, es motivo de regocijo el hecho de que existan diversidad de vías válidas y aprovechables para la introducción de principios y figuras que coloquen el nivel jurídico y procesal en un nivel superior, toda vez que las garantías, la aceleración de los procesos, las novedades judiciales que fortalecen la igualdad de las partes y transparentan los procesos, juegan un papel determinante en el desarrollo social, y consecuentemente, en la seguridad jurídica y la consecución del bien social.

⁶¹³ CPPD., Art.26

⁶¹⁴ CRD., Art.69.8

Aun así es escasa la jurisprudencia que se ha sentado sobre la materia, en sentido general, las circunstancias de ilegalidad se han estado ventilando y resolviendo en las fases iniciales del proceso. No se han registrado procesos trascendentes que permitan a las altas cortes trazar criterios sobre el particular.

3.1.3 Otras Conceptualizaciones sobre la Prueba Ilícita

Hasta este punto del desarrollo temático, hemos visto las dificultades que conlleva enmarcar, en una sola aprehensión conceptual, la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales o al debido proceso, en el análisis precedente, con el interés de acercarnos a un tratamiento unívoco, nos adentramos al análisis del tema directamente desde la perspectiva de las culturas jurídicas que mayor desarrollo han exhibido sobre el referido principio de legalidad, y aunque el mismo nos vinculó con las raíces de sus respectivos sistemas, sigue siendo un desafío presentar la temática desde una perspectiva consensuada. Justo en este momento de nuestra disquisición estamos en posición de señalar que, sencillamente, la figura de prueba ilícita, ilegal, prohibida, inconstitucional, viciada, irregular, o cualquier otra conceptualización por la que se le quiera señalar, es como es, y toma la forma y contenido, válidamente, que la práctica jurídica, la ley o las previsiones constitucionales quieran específicamente otorgarle, aunque en cuanto a la forma o denominaciones existen aparentes discrepancias, en cuanto al fondo, o fin que persigue, existe una consolidada unidad, consistente en hacer valer los derechos fundamentales consagrados por la constitución, la jurisprudencia o la ley y el respeto al debido proceso en que se enmarca en la actualidad el juicio penal.

Sin perjuicio del señalamiento precedente, es preciso señalar, que los conceptos más abarcadores y socorridos al momento de definir esta categoría de prueba, son las que la denominan ilícito e ilegal, distinguiéndose así entre prueba ilegítimamente producida y prueba ilícitamente obtenida. En ese tenor, encontramos en Horvitz un razonamiento diferencial entre uno y otro concepto:

“Se dice que la prueba es ilegal toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley

procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida.”⁶¹⁵

Miranda Estrampes el mismo punto pero desde una diferente perspectiva, al valorar, y a la vez plantear diferencia entre la violación a la letra de la ley, por un lado; y respeto al debido proceso por el otro, es en la violación de uno u otro el punto de partida del doctrinario para afirmar que la prueba es ilegal o ilícita, por lo que a su juicio, el “*primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley.*” Y por otro lado, “*el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.*”⁶¹⁶ Ley y derechos fundamentales, son los quicios sobre los que se balancean las definiciones de este autor para establecer diferencia entre uno y otro concepto.

Si asumimos la validez de la conceptualización planteada por Miranda Estrampes, entre lo que refleja la legalidad y la licitud de la prueba, debemos concluir que ambas concepciones no son antagónicas entre sí y, muy por el contrario, se tornan complementarias, toda vez que sin la existencia de una, la otra se torna inaprovechable, y en tal sentido bien pudieren coexistir válidamente ambas concepciones en cualquier sistema jurídico interesado en asumir las referidas conceptualizaciones.

Otros autores no alcanzan a distinguir o establecer diferencias entre ambas terminologías, más bien le otorgan un uso indistinto, con el que asumen a nivel de igualdad un concepto y otro; es el caso del argentino Edwards, quien en su obra “La prueba ilegal en el proceso penal”, al disponerse a definir la “prueba ilegal”, refiere: “la prueba ilícita (sic) en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales... De esta manera el concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales: el investigador se vale de un medio ilícito para

⁶¹⁵ Pellegrini, A., citado por Horvitz Lennon, M.. Op. cit. Pág.167

⁶¹⁶ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 133

lograr la prueba...”⁶¹⁷ Y, en sentido general, a gran mayoría de autores prefieren enfocarse directamente en las consecuencias de esta figura procesal, antes que enfocarse en disquisiciones relativas a la parte conceptual.

El análisis en perspectiva de esta figura jurídica nos permite colegir que las referidas denominaciones no sólo significan disentimientos en términos terminológicos, sino que obedecen a verdaderos criterios de conceptualización, de regulación legislativa, de cómo se entienda en cada cultura jurídica esta tipología de prueba, a lo que se agrega la influencia del pensamiento jurídico del autor que aborde el estudio del tema.

Observando el tratamiento que distintas culturas judiciales le dispensan al tema, podemos colegir que, en sentido general, se asumen diferencias denominativas, esencialmente, en función de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento o transgresión de procedimientos legalmente determinados.

En efecto, en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, se tiene como claro postulado constitucional que la dignidad de la persona es una pieza clave del concepto prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en estricta aplicación del Principio de Exclusión, el cual será desarrollado en su oportunidad, se tornará inadmisibile; se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad.

Como es de esperarse, tampoco las referidas tutelas supra nacionales representan la panacea del ideario soñado por los románticos de la justicia, en el sentido del reclamo igualitario para todos los países transgresores de los derechos reconocidos al debido proceso y respeto a la integridad física y procesal de los encartados penales. En esta esfera también se refleja la desigualdad que marca la dinámica socio económica mundial, en la que los organismos internacionales levantan su voz a todo pulmón para reclamar

⁶¹⁷ Edwards, Carlos Enrique “La Prueba Ilegal en el Proceso Penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000, pág. 13

obligaciones y sanciones en contra de países de débiles economías; y con descarada hipocresía voltean la mirada cuando las transgresiones son cometidas por países del primer mundo, de robustas economías y regularmente financistas y padrinos de las títeres entidades tutelares.

3.2 Evolución Histórica

3.2.1 El Debido proceso

El debido proceso penal esta conformados por las distintas etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por las partes involucradas en el proceso o sujetos procesales⁶¹⁸ cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución y las leyes, con el propósito fundamental de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

“El Debido Proceso Penal busca materializar el Tutela Jurisdiccional Efectiva. Tiene importancia porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garantice para alcanzar la Tutela Jurisdiccional Efectiva.”⁶¹⁹

El reconocimiento de la prueba ilícita en el proceso penal, es un principio que paulatina, pero decididamente, ha venido ganando terreno en el marco de la aplicación de justicia, posicionándose como una de las figuras de mayor trascendencia en los procesos de esta área de aplicación judicial. Existe coincidencia entre los eruditos de la materia, que esta

⁶¹⁸ Sujetos procesales son todas aquellas personas que de una forma directa o indirecta, por acción u omisión, tienen un interés o derecho que defender o perseguir su reconocimiento a través del proceso penal. En la normativa procesal dominicana son reconocidos como sujetos procesales la víctima/querellante, MP, imputado, defensor técnico, actor civil, tercero civilmente demandado.

⁶¹⁹ Machicado, J. Op. cit., pág. 7

normativa procesal cobra vigencia en el terreno de una aplicación de justicia acorde con los cánones de garantía y respeto de los derechos debido al imputado, por su exclusiva condición de ser humano, o lo que en términos de doctrinarios y tratadistas se denomina, debido proceso de ley.

El término “Debido Proceso Penal” es una herencia recibida del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión “Due Process of Law” que en una traducción interpretativa al español significaría: debido proceso legal.

Existe coincidencia entre los eruditos que han dado seguimiento a la evolución del tema, en ubicar el punto de partida de lo que denominamos debido proceso, la fecha que se contó a 15 de junio del año 1215, con la proclamación de la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra, en el cual, específicamente en la cláusula 39, se recoge por primera vez la expresión "due process of law", traducible como "debido proceso legal". Con el uso de la referida expresión se inicia un proceso de reflexión sobre la valoración de los derechos humanos en los procesos judiciales que con el correr de los siglos, paulatinamente, han marcados los principios rectores de la evolución que hoy exhiben la mayoría de sistemas judiciales occidentales.

En la referida Clausula 39, la cual recoge de manera embrionaria las primeras declaraciones constitucionales contentivas de reconocimientos de derechos, textualmente podemos leer:

“39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino.”⁶²⁰

⁶²⁰ Hendler, E. Op. cit., pág. 310

A pesar de que prácticamente la universalidad de tratadistas, doctrinarios y estudiosos de la evolución jurídica, sindican a la célebre Clausula 39, precedentemente citada, existe la tesis, enarbolada por el boliviano J. Machicado, quien textualmente sostiene:

“Algunos autores dicen que el Debido Proceso Penal tiene origen en la Magna Carta de 15 de junio de 1215 emitido por el rey Juan sin Tierra de Inglaterra. Dicen que el origen está en la cláusula 39 de dicha Carta.

El origen del Debido Proceso Penal no está en la Cláusula 39. Ésta cláusula plasma el Principio de legalidad jurisdiccional que es solo una de las clases del Principio de legalidad.

Los orígenes del Debido Proceso Penal están en la práctica forense en los siglos XVI a XVIII en base al derecho romano; en la codificación del procedimentalismo luego de la Revolución Francesa (1789); en el procesalismo alemán con el uso del método casuístico en su intento de hallar reglas comunes del proceso y en la jurisprudencia precedente del common law inglés.”⁶²¹

Esta posición de Machicado, que a nuestro juicio aporta una perspectiva distinta del origen de este trascendente principio judicial, y de algún modo invita a la profundización investigativa sobre la temática, no deja de contrastar con la opinión generalizada y mayor socorrida sobre el origen del debido proceso, posición a la que también se adhiere Hendler, quien más que una referencia circunstancial, aporta un análisis circunstanciado justificativo del nacimiento del principio, y refiere:

“Durante la última etapa de la edad media, se suscitó el conflicto entre los señores feudales y el monarca, quien pretendía acumular las comarcas que reconocía o ambicionaba bajo su dominio, sobre la base de una única organización política central. Se ha sostenido, que es en

⁶²¹ Machicado, J. Op. cit., págs. 2-3

este contexto donde se observa la primear aparición del principio en materia penal, en el art. 39 de la Carta Magna Inglesa otorgada por Juan Sin Tierra a los nobles en el año 2015, que establece...»⁶²²

Sobre las divergencias de criterios relativas a la génesis de la cuestión, sostenemos la opinión que unos procesos históricos no invalidan otros; muy por el contrario, de algún modo, existe en el devenir de la historia una especie de “hilo conductor” que conecta de algún modo los procesos, ya en base a un indicio de percepción, una idea, etc., y con el discurrir de la dimensión temporal, en lugares, espacios y épocas distintas, tienen la capacidad de servir de inspiración para desarrollar teorías, conceptos, y hasta movimientos sociales que bien pudieren dar al traste con circunstancias determinadas, por lo que no invalidamos la posición de Machicado, pero sí mantenemos el respeto por el contenido de la Cláusula 39, como principio embrionario del debido proceso.

3.2.2 El Constitucionalismo y los Tratados Internacionales

Si bien es cierto que podemos señalar el respeto de los derechos humanos y el reconocimiento del denominado debido proceso de ley, como punto de partida de la figura que en un momento de la historia denominó prueba ilegal, es de justicia también reconocer, que la referida figura o principio procesal, también ha encontrado en el constitucionalismo y los tratados internacionales, un escenario idóneo de reconocimiento y respeto, que la han catapultado a desarrollarse como una de los elementos esenciales, de mayor observación, en los proceso penales modernos.

Con la acogida del denominado debido proceso de ley, inspirado en el respeto a los derechos humanos, garantías procesales y derechos fundamentales, por las corrientes sociales que desde distintos escenarios sociales impulsaron el reconocimiento de los referidos derechos, a nivel del constitucionalismo y los tratados internacionales, evidentemente que se crean las condiciones para que el derecho procesal penal lograra ascender al escalón superior de cuestionar procedimientos y resultados aducidos de violación a derechos fundamentales debidos al individuo, aún por encima de la búsqueda

⁶²² Hendler, E. Op. cit., pág. 310

de la verdad material en el curso de la investigación y recolección de pruebas para la consecución de una pena como justo castigo por la infracción de una prohibición penal. Sobre el debido proceso refiere Troncoso Morales, que se trata de una garantía procesal que ostenta rango constitucional, que en tal virtud, consecuentemente, implica un estándar mínimo para el desarrollo de un procedimiento legítimo, por lo que puntualiza que “el proceso puede obedecer a diferentes parámetros, formas o contenidos y, eso dependerá de la naturaleza del conflicto, sin embargo, la constitución, los tratados internacionales y la ley, establecen que no pueden desatenderse instituciones calificadas como un "mínimo", ya que de lo contrario, ese juzgamiento no puede calificarse como de suficiencia, legitimidad mínima.”⁶²³

Tantos autores, tantas perspectivas y definiciones del debido proceso; sin embargo, un resumen descriptivo y abarcador sobre la cuestión, encontramos en las consideraciones de la SCCR. Así lo expresan los colegiados:

“El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. El principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de "bilateralidad de la audiencia" del "debido proceso legal" o "principio de contradicción" y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; ,b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el

⁶²³ Troncoso Morales, Juan Andrés. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Debido_proceso

acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa.”⁶²⁴

Conforme el criterio determinado por la corte costarricense, el debido proceso recibe una connotación precisa y descriptiva de los derechos fundamentales protegidos, no solo por las previsiones constitucionales, sino todas aquellas que de un modo u otro interactúan en la aplicación de justicia penal; y entendiendo por derechos fundamentales todas aquellas facultades que permiten la realización integral del sujeto procesal.

Se coloca como una responsabilidad principal del Estado moderno la tarea de velar, tutelar y garantizar el debido proceso; entendido el concepto Estado dentro del marco definido por los ilustrados de definición y división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, siendo el trípode sobre el que recae la responsabilidad de garantizar a cada ciudadano el respeto de sus derechos.

En la difusión de esta categoría de derechos juega un papel de primer orden los denominados “Tratados Internacionales”⁶²⁵ lo que en sentido general han sido pioneros en el reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales, desde donde han sido

⁶²⁴ SCCR Sentencia: 15-90, 1734-92, 1739-92

⁶²⁵ Acuerdos de los Estados con Organismos Internacionales, a los que aquellos, conjuntamente con el reconocimiento de otros Estados, le otorgan legitimidad de operación, y con regularidad suscriben o se adhieren.

asumidos por las constituciones y legislaciones locales. Así, por ejemplo, es posible señalar los principales Tratados Internacionales que han versado sobre la materia:

Declaración Universal de Derechos Humanos:

“ARTICULO 10. — 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.”⁶²⁶

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“ARTICULO 14 Apartado 1. — Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por 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...”⁶²⁷

Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

“ARTICULO 8 Apartado 1. — Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la substanciación de cualquier acusación penal...”⁶²⁸

⁶²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Res. 217- A (III), la DUDH. El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 arts., es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos, aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo, y las libertades fundamentales.

⁶²⁷ Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, adoptado por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la ONU, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, USA, el 19 de diciembre de 1966. Contiene 53 Art., y un protocolo facultativo de 14 Arts.

⁶²⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, CADH. Llamada también Pacto de San José de Costa Rica. Firmada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Contiene 82 Arts.

Además de los tratados internacionales, en su calidad de legislación supra nacional⁶²⁹ el contenido del debido proceso se nos entrega en las disposiciones constitucionales, y, modernamente, en los principios fundamentales recogidos esencialmente en las normativas procesales de carácter penal, los cuales sirven como parámetros o guías de reconocimiento y obligatoriedad legal. Aunque es preciso reconocer que no necesariamente debe ser una condicionante para su existencia la proclamación del término expresamente, con regularidad también se encuentra contenido bajo las previsiones relativas a los “derechos y garantías”. Tal es el caso, por ejemplo de la Constitución española, en la cual no encontramos la terminología debido proceso, pero sí varios capítulos relativos a “Garantías” y “Derechos Fundamentales”, relativas a los ciudadanos; de ese modo, encontramos el trato del debido proceso en la constitución ibérica bajo las siguientes conceptualizaciones: “De los derechos y deberes fundamentales” (TÍTULO I, Art 10); recibe la temática un tratamiento más amplio en el contenido del Capítulo II, relativo a “Derechos y libertades”, muy especialmente en el articulado comprendido entre el Art 14 y el Art 25, siendo especialmente descriptivo el contenido del Art 24, en el que textualmente se lee:

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba

⁶²⁹ La supranacionalidad es un sistema político jurídico universal en el cual determinados Estados ceden parte de sus atribuciones de gobierno, en mayor o menor medida, dependiendo del grado de supranacionalidad, a organismos internacionales que afectan a más de una nación. Uno de los objetivos de los gobiernos supranacionales desde el punto de vista de la globalismo neoliberal es la internacionalización de la economía, la liberalización de barreras comerciales, la implantación de sistemas monetarios supranacionales, etc., aunque se pueden tener otros objetivos, y de hecho sí lo tienen, como es la regulación de las transacciones internacionales y la preservación de los derechos humanos, el medio ambiente y otros objetivos similares. EEW, véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Supranacionalidad>

pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”⁶³⁰

De igual modo, dedica el referido texto constitucional el primer Art del Capítulo IV a refrendar “las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, por lo que se lee en el Art 53:

“Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”⁶³¹

⁶³⁰ CE., Art 24

⁶³¹ CE., Art. 53

Como hemos referido con anterioridad, no es menester la formulación de la terminología “debido Proceso” para su reconocimiento legal o procesal, en sobrados casos es suficiente el reconocimiento y enunciación de derechos y/o derechos fundamentales, para que sea percibida su existencia, de mayor contundencia siempre será el reconocimiento pragmático de la figura. En la ilustración del concepto resulta España ser un modelo idóneo, toda vez que aunque el texto constitucional obvia la formula terminológica “debido proceso”, si tiene un robusta formulación, previsión y práctica de garantías, libertades y derechos fundamentales; sin perjuicio de que exhibe España el modelo de estabilidad constitucional con menos variaciones del mundo, lo que le ha valido la mención de la virgen de Europa.

A diferencia de la española, la constitución colombiana se detiene a detallar las aplicaciones que deben ser observadas para el resguardo y aplicación del debido proceso:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas....Quien sea sindicado tiene derecho....a un debido proceso....Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*⁶³²

La Constitución de Córdoba, cuna del Código Iberoamericano Tipo o Modelo, el cual ha servido como catalizador en la diseminación de este principio en la América Latina, refiere y hace mención en dos ocasiones de la formulación “debido proceso”, la primera de las cuales más bien en forma descriptiva, aprovechando la ocasión para hacer constar que:

*“Debido Proceso. Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Todo proceso debe concluir en un término razonable.”*⁶³³

⁶³² CC., Art. 29

⁶³³ CPC., Art. 39

Y en segunda, y última, oportunidad en que refiere el término es en referencia a los juicios de los servidores públicos, quienes podrán ser encausados válidamente, con la condición exclusiva de la observación “del debido proceso.”⁶³⁴

De su lado, la Carta Magna que rige la vida política, social y jurídica de los dominicanos, recoge de manera esencial en el Art. 69 las previsiones relativas al “debido proceso”, formulación a la que en todo su contenido reserva tres menciones, todas en el contenido del mismo artículo; y en consideración al enfoque específico que nos brinda sobre la materia objeto del presente estudio, lo compartimos en su integridad:

“Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*

⁶³⁴ CC, Art. 119

- 8) *Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*
- 9) *Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*
- 10) *Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*⁶³⁵

La Constitución dominicana reserva un artículo, más que a conceptualizar sobre el tema, a desarrollar una descripción de obligatoria observación procesal en el marco de la aplicación de justicia; siendo simultáneamente comprensible que no se trata de una formulación limitativa de derechos, sino más bien descriptiva; sin perjuicio de que el mismo artículo se adelanta a dejar claro que se trata del establecimiento de “*garantías mínimas*” o de esencial observación, por lo que simultáneamente otros artículos de la Constitución también refieren observaciones de derechos, garantías y derechos fundamentales, complementarios al debido proceso, como bien pueden ser observadas, por ejemplo, el derecho a la dignidad humana (Art. 38), derecho a la igualdad (Art. 39), derecho a la libertad y seguridad personal (art. 40 y todos sus numerales), derecho a la intimidad y el honor personal (Art. 44), en el que recoge en su numeral 1 el trascendente derechos a la privacidad del domicilio⁶³⁶ derecho considerado de importancia capital en la historia del desarrollo de la prueba ilícita, toda vez que, en 1914, fue el origen de la primera Jurisprudencia en la que se excluyó una prueba fundamental por haber sido fruto de una violación domiciliaria en el caso *Weeks Vs. United States*, el cual más adelante trataremos en detalle.

Al igual que la CE, la CRD reserva la exclusividad de un artículo a garantizar los derechos fundamentales de los individuos, en el que incluye los mecanismos mediante los cuales pretende la consecución de la referida protección:

⁶³⁵ CRD., Art. 69

⁶³⁶ CRD., Art. 44.1 El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito.

“Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.”⁶³⁷

Las garantías, derechos, derechos fundamentales, religiosamente consagrados en todas las constituciones que, desde distintas perspectivas y diferentes modalidades intrínsecas, se proclaman como partícipes del Estado de Derecho, caracterizados por estar su sistema de leyes e instituciones ordenados en torno al régimen de una constitución, no siempre son de cumplimiento cabal, más bien, en la mayoría de los casos están relativizados por los más variados intereses de poder; sin perjuicio de que las referidas garantías, aunque cobijadas por las constituciones, con regularidad suelen confundirse con simples actor formales dentro del proceso, tomando la forma de simples enunciados, toda vez que son solo medios a los que tiene “derecho” el ciudadano frente a la actividad del Estado.

En efecto, en la práctica, son escasas las posibilidades del ciudadano común de hacer prevalecer sus derechos vulnerados frente a unos sistemas que, aunque dialécticamente bien decorados, acusan carencia de humanidad. Con frecuencia, los enunciados garantistas, de buena fe, hacen mención de la responsabilidad y/o sanciones que pudieran enfrentar las autoridades desconocedoras de los derechos individuales en un proceso.

De hecho, el principio fundamental contenido en el art. 26 de la normativa procesal dominicana, hace saber expresamente, en la parte in fine, tras declarar la inutilidad de la prueba levantada sobre la vulneración de derechos, *“sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho”*; dejando saber expresamente la responsabilidad personal a que se enfrenta el violador del derecho, aunque en la práctica, no existe ninguna instancia que tutele y de seguimiento, real y efectivo, a los funcionarios

⁶³⁷ CRD, Art. 68 y núms.

públicos que, en el ejercicio de sus funciones, incurran en la práctica de vulnerar y/o disminuir los derechos, garantías y derechos fundamentales de los individuos.

Es el texto constitucional meridianamente claro y específico en torno al punto de vulneración y protección de derechos y garantías “*Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.*”⁶³⁸

Por lo que sobre el particular, nos avocamos a proponer la conformación de una jurisdicción exclusiva de tutela y protección de las garantías, derechos y derechos fundamentales de los ciudadanos. La referida jurisdicción constará de un cuerpo investigador, que se explica con la sola enunciación, y un cuerpo jurisdiccional, responsable de establecer la culpabilidad o no respecto de la acusación. De no tomarse estas previsiones y alternativas específicas y prácticas, en la generalidad los derechos, garantías y debido proceso de ley, en buena parte práctica, seguirán siendo una quimera tras la cual transitamos permanentemente, y quizás sea una de las razones por la que “*Piero Calandrei, en el prefacio del libro de Beccaria, señalaba cómo los siglos han pasado, la técnica de los códigos se han perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y de las penas, continúan en el mismo punto.*”⁶³⁹

En efecto, entendemos que la problemática garantista, en buena medida, se ha dejado a la suerte de las consideraciones personales de los funcionarios que ejercen la investigación y acusación pública, quienes al final de camino, son parciales en el proceso, que persiguen intereses y resultados específicos.⁶⁴⁰ Y de algún modo, el estamento jurisdiccional se hace cómplice pasivo, limitándose a declarar la inutilidad probatoria en los casos en que le sea fehacientemente demostrada la ilegalidad, sin la posibilidad de profundizar en los orígenes de los acontecimientos que generaron la inutilidad y el posterior castigo al funcionario

⁶³⁸ CRD., Art. 68 in fine

⁶³⁹ Andrés Ibáñez, P. Art. cit.

⁶⁴⁰ Sobre el particular, la Ley 78-03 sobre EMP, que en Rep. Dom. regula las actuaciones del MP, en su calidad en el proceso de investigador/acusado, evidentemente que, con elegante marco conceptual, en el fondo, deja a su particular criterio el curso de objetividad de la investigación, máximo cuando no se reporta la existencia de un organismo que tutele sus actuaciones.

actuante; de hecho, como parte de las investigaciones abiertas en el curso del presente trabajo, no ubicamos un solo caso en que haya sido objeto de sanción el autor de un “delito oficial”⁶⁴¹ por vulneración de garantía, derechos fundamentales o debido proceso de ley.

Entre otras, son esas las razones por las que coincidimos con Brown, quien en su título “Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal”, al momento de valorar “El debido proceso legal...”, es de consideración:

“No son parte del derecho de forma sino del derecho de fondo y derivados de la Ley Fundamental de nuestro sistema jurídico.

Son pilares del proceso penal moderno, y son utilizados cotidianamente por acusadores y juzgadores como generales directivas de ley, cuidadosamente mencionados por los operadores judiciales como que es “importante” tenerlas en cuenta, pero que en la práctica, “en los hechos”, devienen en expresiones dogmáticas, quitándoles su sustancialidad.”⁶⁴²

3.3 Garantía de Legalidad.

La Exclusión de la Prueba Ilícita como primera alternativa

En el proceso penal el tema de la garantía hace referencia directa a la salvaguarda de los derechos del individuo frente a la maquinaria “*todo poderosa y omnipotente*” del Estado. En este momento de la historia referimos Estado como un todo genérico, entendido dentro de la concepción clásica generada a partir de la Revolución francesa, a la que se endosa la división de los poderes. Sin embargo, haciendo un enfoque retrospectivo, la aspiración de protección no siempre ha sido sobre la estructura del Estado tripartito como lo conocemos en nuestros días; ha debido recaer sobre los diversos sistemas, vistos en su conjunto, o

⁶⁴¹ Reservamos esta denominación para aquellos casos en que una autoridad, en el ejercicio de sus funciones, vulnere los derechos y garantías debidos constitucional y legalmente al sujeto objeto de una investigación.

⁶⁴² Brown, G. Op. cit., pág. 45

individuales como reyes, faraones, gobernadores, etc., que en distintas etapas y momentos históricos se constituyeron en ley, batuta y constitución frente a los humanos que los circundaban.

De hecho, si leemos entre líneas las circunstancias que a juicio de Hendler dieron origen al debido proceso, podemos colegir que la referida conquista fue el resultado de una coyuntura circunstancial, fruto de la diferencia de intereses entre la monarquía y los terratenientes, quienes en aquel momento reñían por sus particulares intereses; y como se recordará, así lo refiere Hendler “Durante la última parte de la Edad Media, se suscitó el conflicto entre los señores feudales y el monarca, quien pretendía acumular las comarcas...” sosteniendo que fue este el contexto en que por primera vez se enarbolan principios procesales garantistas, para hacer constar que “*ningún hombre libre⁶⁴³ será detenido, preso o desposeído, o proscripto, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o pro las leyes del país.*”⁶⁴⁴

Con proclamaciones de la referida naturaleza no se precisa de agudo razonamiento para entender lo que estaba aconteciendo en las altas alcurnias inglesas en ese momento de la historia; y, evidentemente reafirma el análisis de que los principios garantistas son el resultado de la defensa y protección de verdaderos intereses que, paulatinamente, con el lento discurrir de los siglos, de poquito a poco, se han venido fortaleciendo y ganando espacios de inserción en los denominados derechos humanos. Circunstancia que reafirma el análisis que sostiene que en sus albores los principios estudiados fueron objeto de una interpretación distinta de la que gozan en la actualidad.

Con el curso del tiempo transita la humanidad por la actividad represiva registrada en los siglos XVII y XVIII, señalada por Mezger como una de las etapas “*más repugnantes que*

⁶⁴³ Al hablar de hombre libre se abre de inmediato un espectro diferencial social que hace notar la existencia de otra categoría de hombre no libre. Sin embargo, el contenido de la defensa que se refiere, no es al hombre entendido como generalidad, la referencia es a una categoría especial, que, como se verá en el discurrir de la cita, eran poseedores de bienes; pruebas fehacientes que el germen garantista, desde su génesis fue el fruto y conquista de la defensa de particulares intereses, no vinculada en ese momento a teorías y reflexiones altruistas.

⁶⁴⁴ Art.39 de la Carta Magna Inglesa proclamada por Juan Sin Tierras.

conoce la historia de la humanidad”;⁶⁴⁵ aunque fueron hechos que a la postre sirvieron de catapulta para llevar a la humanidad al siguiente nivel, puesto que abrieron paso al conjunto de autores que son conocidos en la historia de la humanidad como los ilustrados, quienes con sus planteamientos proporcionaron un giro trascendente a la perspectiva de la actividad punitiva del Estado.

“En este contexto de antiguas penas arbitrarias libradas al criterio del juez, con una falta total de precisión en la determinación de la multitud de delitos, confluye el caudal de ideas del iluminismo que desemboca en la revolución, expandiendo el concepto de legalidad como garantía del individuo frente al poder punitivo del estado. La reforma tiene que “iluminar” el oscuro sistema represivo del antiguo régimen, basándose en una concepción racional y crítica que desecha los fundamentos divinos o religiosos que hasta ese entonces dominaban la idea de infracción y sanción penal.”⁶⁴⁶

Ha sido particularmente trascendente el aporte del derecho inglés al desarrollo y reconocimiento del principio de legalidad. En efecto, las primeras apariciones constitucionales relativas al principio, se registran en la Constitución del Estado de Filadelfia (1774), Virginia (1776), Maryland (1776), fueron fruto de los aportes realizados por los inmigrantes ingleses. Luego fue asumido en 1786 por el denominado “Codice Leopoldino” el que recibió el nombre de su mentor el Pedro Leopoldo II, Gran Duque de Toscana la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana, y sucesivamente el Código Penal austriaco de José II, publicado en 1787⁶⁴⁷

Como puede ser apreciado, el principio de legalidad inició un paulatino proceso de tendencia de reconocimiento constitucional, el cual fue catapultado a tener relevante

⁶⁴⁵ Cfr. Mezger, cit. por Hendler, E. Op. cit., pág. 311

⁶⁴⁶ Hendler, E. Op. cit., pág. 311

⁶⁴⁷ Cfr. “Enciclopedia Española de Derecho y Administración” Imprenta de la revista de legislación y jurisprudencia, Madrid 1836, Tomo IX, pag.415

notoriedad universal con la célebre DUDHC,⁶⁴⁸ aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa, 1789-1799, en cuanto a definir los derechos personales y colectivos como universales. Influenciada por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del hombre se entienden como universales, válidos en todo momento y ocasión al pertenecer a la naturaleza humana.

Aun cuando establece los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses y de todos los hombres sin excepción, no se refiere a la condición de las mujeres o la esclavitud, aunque esta última será abolida por la Convención Nacional el 4 de febrero de 1794. Sin embargo es considerado un documento precursor de los derechos humanos a nivel nacional e internacional. Acontecimiento histórico trascendental para el reconocimiento de los derechos humanos, registrado en Francia el 26 de agosto de 1789, y el cual prácticamente marca el inicio de la denominada Revolución Francesa.

Sería mezquino asignarle a la referida Declaración un valor utilitarista, y referirlo exclusivamente al campo de estudio que nos ocupa, que aunque le aporta una valor trascendente y universal, somos de opinión que el más valioso aporte de este documento radica en otorgarle a los derechos del hombre un carácter natural, consustancial a la naturaleza humana, liberándolos, al menos en teoría,⁶⁴⁹ de las limitaciones sociales que regían las relaciones sociales y jurídicas.

La Constitución francesa de 1791 y asumida también por la de 1793. Al siguiente año, 1794, el principio de legalidad fue asumido por el Derecho General del Territorio Prusiano,⁶⁵⁰ y de ahí a otros territorios.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ La DUDHC, en francés: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁶⁴⁹ Referimos al menos en teoría, toda vez que se trató de una proclama que en su momento enfrentaba practicas milenarias de desconocimientos de derechos y desigualdades sociales que decididamente marcaban el trato personal, no digamos en derecho, entre las personas.

⁶⁵⁰ El Reino de Prusia (en alemán: Königreich Preußen) fue un reino que existió desde 1701 hasta 1918. Gobernada durante toda su existencia por la rama franconiana de la Dinastía Hohenzollern, originalmente estaba centrada en Brandeburgo-Prusia. No obstante, y principalmente gracias a su poderío militar, logró expandirse territorialmente, y para el fin de la Guerra austro-prusiana había alcanzado la hegemonía total sobre el norte de Alemania. En 1871, al finalizar la Guerra franco-prusiana y proclamarse el Imperio alemán, el Reino alcanzó su máxima extensión territorial. Aunque junto con otros reinos germanos pasó a formar parte del nuevo Estado alemán, era por mucho el más grande e importante, abarcando más de la mitad de la

Pese al extraordinario paso que significó el reconocimiento de derechos, libertades y garantías, permanentemente se registran aprestos en el orden de su desconocimiento:

“... así en 1935 en la Alemania nacionalista, el legislador modificó el principio de legalidad por un texto que declaraba que también era lícito castigar ‘según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo’, dando amplio lugar a la analogía. Mediante esta fórmula no solo se violaba el principio de legalidad sino también el principio del acto, del cual prescindía en forma absoluta, dando lugar al desarrollo de un derecho penal de autor, siendo posible castigar según el sano sentimiento del pueblo, prescindiendo de la acción como contenido y límite válido de las prohibiciones. Tras la Segunda Guerra Mundial, ya en 1945, los aliados restablecieron inmediatamente el principio de la legalidad con rango de derecho fundamental. En Europa, las transformaciones sufridas por la forma-Estado, han socavado el principio de legalidad, pero en la actualidad sigue constituyendo un referente central para controlar el abuso del poder.”⁶⁵²

Con el correr del tiempo se produjo otro evento mundialista, la célebre DUDH,⁶⁵³ evento registrado en la ciudad de París, Francia, en la histórica fecha 10 de diciembre del 1948.

superficie del Imperio, unos 348.780 km² en 1910. Al contar con la mayor economía y el mayor ejército de Alemania, Prusia garantizó su hegemonía política, y desde entonces los Reyes de Prusia fueron también los Emperadores alemanes. En 1918, al ser derrotada Alemania en la Primera Guerra Mundial, una revolución socialista derrocó a la monarquía y el Reino se convirtió en el Estado Libre de Prusia, un estado federado dentro de la nueva República alemana. EEW véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Reino_de_Prusia

⁶⁵¹ Cfr. Hendler, E. Op. cit. pág. 313

⁶⁵² Cfr. Hendler, E. Op. cit. pág., 313

⁶⁵³ La DUDH ha sido, durante más de medio siglo, el principal referente como fuente de derechos. Todos los principios que anuncian derechos y libertades fundamentales, están contenidos en el texto de la Declaración. Toda referencia a la defensa y promoción de los derechos de las personas y sus libertades fundamentales como condición necesaria para la paz, la comprensión y el desarrollo, se inicia con la alusión del instrumento no vinculante más importante de nuestra época, el cual ha sido traducido a más de 330 lenguas. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948) sin lugar a dudas el documento declarativo de mayor trascendencia e importancia, por

Sin perjuicio de las proclamas generales, atinentes a las diversas facetas relativas al reguardo de los derechos humanos, se identifica en el art. 8 las previsiones relativas al principio que nos ocupa:

*“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”*⁶⁵⁴

Más cercana a nosotros, encontramos la CADH. Llamada también Pacto de San José. Firmada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.⁶⁵⁵

Desde la proclama de la DUDHC (1789), y luego la DUDH (1948), en su momento, prácticamente todas las Constituciones que han sido redactadas, enmendadas o reformadas, han asumido las proclamas de las referidas declaraciones; aunque en reiteradamente se distancie la teoría de la práctica, como lo veremos en su debido y oportuno momento.

En efecto, hemos asistido a un recorrido histórico relativo a las garantías procesales, en el que hemos destacado algunos de los aspectos y momentos históricos de mayor trascendencia, para facilitar su comprensión en el contexto de la práctica jurídico penal actual. En este punto se ha creado la ambientación adecuada para esbozar sin rodeos las alternativas legales reservadas por las diferentes fuentes de derecho a la ilicitud o ilegalidad de la prueba, siendo la exclusión o inaprovechabilidad la primera opción procesal.

Resulta una tarea en extremo delicada, y no exenta de complicaciones, el manejo de la figura de prueba ilícita sin abordar de inmediato, paralelamente, el tema de la exclusión; toda vez que, son como la cara opuesta de una moneda, son distintas, son distantes, pero

tomar como base y fundamento el ser humano per se “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”(DUDH., Art. 2).

⁶⁵⁴ DUDH Art. 8

⁶⁵⁵ Machicado, J. Op. cit., pág. 5

se necesitan recíprocamente para sobrevivir. No se entiende la una sin la otra. Sin embargo, hasta este momento hemos dirigido el discurso para tratar la dimensión de la figura y su consecuencia de una forma separada, apreciando cada una en su contexto. En efecto, si, como hemos visto en el desarrollo del título que nos ocupa, en esencia, la legalidad es el medio de defensa del individuo frente al poder del Estado, la salida lógica y viable no sería otra que la imposición de límites al Estado.

Es la razón por la que el gran concierto mundial de autores y tratadistas pro garantistas, a quienes se le ha sumado el legislador, coinciden en la posición de excluir del debate todo elemento probatorio que haya sido levantado vulnerando los derechos consagrados en la constitución y las leyes,⁶⁵⁶ y/o con desconocimiento del debido proceso.

Encontramos el clímax y justificación de la teoría jurídica denominada, en formulación conceptual negativa, prueba ilegal, y en formulación positiva, legalidad de la prueba, en el interés de salvaguardar los derechos fundamentales del individuo, ante el poderío y omnipresencia del poderío del estado, para la ocasión representado por los organismos encargados de persecución de los delitos y recolección de pruebas. Es ampliamente reconocido que, pese a los avances en materia de derechos humanos conquistados por múltiples sociedades, continúan enquistados en los aparatos estatales modernos, puntos negros en materia de respeto los derechos humanos, los cuales son más proclives a desencadenar sus instintos y apetencias primitivas, tras la ocurrencia de casos que por sus características lastiman de forma particular la sensibilidad social, en ocasiones motivados por la proclividad personal del o los agentes actuantes, en otros momentos empujados por

⁶⁵⁶ Bien pudiéramos citar dentro de las fuentes que consagran garantías legales y procesales los tratados internacionales, que como fuentes primarias de derecho también constituyen una fuente de referencia legal; sin embargo, se precisa recordar que, en su condición de fuente de derecho supra nacional, los países miembros de los organismos internacionales, una vez suscriben o refrendan el documento, automáticamente se hacen compromisarios de la aplicación de su contenido y, en muchos casos, a incorporarlos en la estructura legislativa. De hecho, la CRD del 2002 consagraba en el segundo párrafo del art. 3 “La Republica Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado.”, la Constitución del 2010 guarda silencio sobre el particular, aunque la sola pertenencia al organismo y la refrenda declarativa, son vinculantes; y, al respecto es explícita y contundente la normativa procesal penal, que en el mismo primer artículo no deja ningún resquicio de dudas en lo relativo al punto de análisis “Art. 1. Primacía de la Constitución y los tratados. Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley.”

las presiones mediáticas de presentar pruebas contundentes para la solución, al menos mediática, de un proceso tipificado como delito por las leyes penales, o por simple exceso de celos en el cumplimiento de sus funciones.

Es sin lugar a dudas un escenario de cuidado, el que enfrentan los sistemas judiciales permeados por las teorías de respeto y garantías de los derechos individuales, por un lado el de mantener la cohesión social, el respeto y las garantías de seguridad individual, ofertando y cumpliendo un castigo sobre los transgresores de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal; y por otro lado, respetar los derechos fundamentales debidos al imputado de la comisión del delito que persigue. Una disyuntiva escasamente comprendida por el común social, incluyendo connotados profesionales de áreas jurídicas, circunstancias que ordinario degenera en ácidas críticas, y más que todo, desconfianza en los sistemas de aplicación de justicia, siendo ésta interpretada como venal y permisiva.

Este modelo de razonamiento cobra especial trascendencia en sociedades de escasa trayectoria de respeto a los individuos y sus derechos, con longevas experiencias de sistemas políticos-sociales dictatoriales y caudillistas, en las que aún en los cerebros más brillantes y cultivados está acentuado el principio de hacer lo que hay que hacer para la consecución de los medios necesarios para proveer el castigo debido a los infractores penales.

Esta concepción y modo de razonamiento, forjado en la masa social de la gran mayoría de países latinoamericanos, circunstancia de la que no escapa Rep. Dom., sin lugar a dudas dilata la comprensión de este nivel de razonamiento garantista; razón por la cual se irrita la epidermis social cuando existe “consenso” en la conciencia colectiva, forjada mediante los denominados juicios mediáticos, y en algunos casos hasta propagandísticos,⁶⁵⁷ de que un imputado es culpable de los hechos que se le imputan, y resulta absuelto en la conclusión del proceso legal.

⁶⁵⁷ Se entiende por propaganda una línea de comunicación de tipo vertical que tiene como objetivo influir en la actitud de una comunidad respecto a alguna causa o posición, presentando solamente un lado o aspecto de un argumento. Una de las principales características de la propaganda es su repetición y difusión a través de una amplia variedad de medios con el fin de obtener el resultado deseado en la actitud de la audiencia. En materia penal se hace uso de la propaganda en procesos políticos, azuzados por los contrarios para como consecuencia del descredito de los adversarios endosar en su beneficio un capital político.

En ese sentido, innumerables han sido los debates que se han suscitado en torno al tratamiento que ha de dispensársele a la denominada prueba ilícita o ilegal. Se han consumidos tinteros para promover y apoyar la tesis de que ante una prueba obtenida en violación al “debido proceso”, su máxima consecuencia ha de ser la de sancionar al *“funcionario que cometió el abuso, pero respecto del objeto secuestrado (si fuere el caso) el mismo puede tener valor probatorio.”*⁶⁵⁸ Es evidente que este razonamiento doctrinal es defensor de la teoría que propugna por la obtención de la verdad material a cualquier precio y bajo cualquier circunstancia, atenuando la práctica con la aplicación de sanciones a los transgresores de la violación de derechos.

Somos de opinión que tales planteamientos representan fórmulas vagas que al final del camino en poco ayudan a alcanzar el siguiente nivel, habría entonces que cuestionar: ¿se abrirían instancias especiales para juzgar los funcionarios transgresores?, ¿no pesará sobre el juzgador el pre-juicio de la realización de un adecuado trabajo del transgresor porque sus iniciativas dieron al traste con el encarcelamiento de un “delincuente”?, ¿en países de débil institucionalidad, se juzgará adecuadamente a un par?. Sólo algunas interrogantes que nos pueden poner en perspectiva de respuesta sobre el planteamiento aportado al análisis.

Otra alternativa planteada es la que plantea la exclusión, pura y simple, de los medios probatorios que hayan sido obtenidos como consecuencia directa de procedimientos ilegales. Es preciso señalar que es la tesis que ha obtenido mayor acogida de aplicación en los sistemas procesales a nivel mundial, incluyendo el dominicano. Es el planteamiento que declara la exclusión del proceso penal, no solo aquella prueba que sea consecuencia directa de la práctica ilícita, sino también la prueba derivada, aunque sea indirectamente, de la primera ilegalidad; es por lo que en lo sucesivo se plantean los conceptos y rasgos generales de la exclusión de la prueba, y la inutilidad de la prueba derivada, las dos modalidades extraídas de la ilegalidad de la prueba y sus consecuencias.

⁶⁵⁸ Edwards, C. Op. cit., pág. 27

Si bien en los tiempos contemporáneos nos resulta obvio que la prueba obtenida como consecuencia de la violación de una garantía constitucional⁶⁵⁹ o legal carezca de valor probatorio en el proceso penal, la génesis de este postulado no ha sido fruto de un tránsito natural en un momento de la historia; por el contrario, ha debido transitar un camino tan largo como tortuoso.

El nacimiento práctico de esta figura jurídica que en la actualidad conocemos como “exclusión de la prueba ilegal”, debe su paternidad a las interpretaciones que sobre las normas jurídicas realizó, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, compuesto por la nómina de Jueces que se refiere: Edward D. White, Presidente y los jueces asociados Joseph McKenna, Oliver W. Holmes, Jr., William R. Day, Horace H. Lurton, Charles E. Hughes, Willis Van Devanter, Joseph R. Lamar, Mahlon Pitney, quienes decidieron a unanimidad un procedimiento de recolección de pruebas que propició un giro trascendente a la metodología y práctica de levantamiento de pruebas en los procesos penales, criterio que desde 1914 inició un proceso de expansión a otras cultural jurídicas a nivel mundial, las cuales la han ido adoptando y proporcionando sus propios matices socio jurídicos particulares.⁶⁶⁰

En el desarrollo de una investigación federal que estuvo como punto de partida la detención en Kansas City, Missouri, del ciudadano Fremont Week, acusado de la promoción de juegos de azar, oficiales ingresaron a su residencia sin orden de cateo, tomando posesión de documentos, sellos y cartas incriminatorios, evidencia que sirvió como soporte válido para condena en primer grado. El caso se registra en los anales históricos como “Weeks Vs. United States”. En este histórico precedente, la referida Corte norteamericana decidió, en última instancia, que no eran aprovechables las pruebas

⁶⁵⁹ Aunque la mayoría de los doctrinarios y estudiosos de la materia, son recurrentes, al momento de definir la ilicitud o ilegalidad de la prueba, en afirmar la violación de preceptos constitucionales, somos de opinión que la violación no ha de ser con carácter de exclusividad, en perjuicio de una garantía constitucional; puede inclusive tratarse, de la violación de una normativa procesal penal, es decir, otorgarle un prisma más amplio de aplicación, y no dejar su aplicación a expensas de un reconocimiento constitucional; tal es el caso de la cultura jurídico penal dominicana, con amplio historial de irrespeto de los derechos fundamentales y, recién en la constitución del 2010, inicia el reconocimiento formal de exclusión de la prueba ilegal en la Carta Sustantiva.

⁶⁶⁰ Cfr. EEW, véase: https://en.wikipedia.org/wiki/Weeks_v._United_States

obtenidas por funcionarios federales por medio de allanamiento y secuestro ilegal,⁶⁶¹ en violación a la cuarta enmienda de la Constitución Norteamericana.

Así se lee en el holding de la sentencia:

*“La incautación sin orden judicial de documentos de una casa privada viola la Cuarta Enmienda prohibición contra registros e incautaciones irrazonables, y la evidencia obtenida de esta manera se excluye de su uso en los procesos penales federales. Distrito Oeste de Missouri invierte y devolvió.”*⁶⁶²

En efecto, el marco jurídico en que la referida decisión encuentra asidero legal, es la denominada Cuarta Enmienda de la Carta Magna Norteamericana, en la cual se consagra:

*“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra registros e incautaciones irrazonables, será inviolable, y ninguna orden se expedirá, excepto cuando exista causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que hay que aprovechar.”*⁶⁶³

A su vez, la referida cuarta enmienda encuentra su antecedente en la doctrina del derecho inglés, cuna y raíz del derecho norteamericano. Refieren los anales históricos, que sobre 1604, tres siglos previos a la sentencia de Missouri, declaraba Sir Edward Coke, a la sazón Fiscal General de Inglaterra, en *el caso de Semayne*: “La casa de cada uno es para él como su castillo y fortaleza, así para su defensa contra las lesiones y la violencia como para su reposo.”⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Edwards, C. Op. cit. pág. 31

⁶⁶² Véase: http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Weeks_v._United_States&prev=search

⁶⁶³ EEW, véase: https://en.wikipedia.org/wiki/Fourth_Amendment_to_the_United_States_Constitution

⁶⁶⁴ Véase: http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Weeks_v._United_States&prev=search

En el caso que ocupa la referida cita histórica se estableció que el Rey no tenía libérrima autoridad para acometer contra las viviendas de sus súbditos, al tiempo de permitir a los agentes del gobierno llevar a cabo registros e incautaciones en determinadas condiciones siempre y cuando el propósito estuviera investido de legalidad y mediara una orden judicial a tales fines. La disposición fue de claridad aparente, aunque al parecer no existió el interés o la voluntad de mantenerlo como una normativa de observación obligatoria, y hubo de aguardar la friolera de trescientos diez años para ser acogido como un principio normativo, al menos en ciernes, de los procesos penales, arrastrando aun a la fecha, resabios importantes para su aplicación aún dentro de las más ilustradas y avanzadas culturas jurídicas que se autoproclaman abanderadas de los derechos humanos.

Visto desde una perspectiva histórica global, el caso *Week vs. EE.UU.*, solo constituyó un eslabón en el proceso histórico recorrido por la denominada “prueba ilícita o ilegal”. El momento histórico cumbre que le da vigencia a la exclusión de los procesos penales en el ordenamiento jurídico norteamericano, data de 1961, en el proceso denominado “*Mapp Vs. Ohio*”,⁶⁶⁵ siendo este el proceso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos adjudicó a la regla de exclusión status constitucional, fundamentada esencialmente en “consideraciones éticas y en datos acerca del tratamiento que la regla venía recibiendo en las distintas jurisdicciones estatales”⁶⁶⁶

En los Estados Unidos, cuna de esta figura jurídica, la ineficacia de la prueba ilícita es sinónimo de inadmisibilidad a través de la regla de exclusión, se han esgrimido tres fundamentos o justificaciones para la aplicación de dicha regla, a saber:

⁶⁶⁵ Decisión Fecha: 19 de junio 1961. Antecedentes: El caso se originó en Cleveland, Ohio, cuando agentes de la policía irrumpieron en la casa de Dollree Mapp y sin una orden de registro adecuado. La policía cree que Mapp albergaba un presunto terrorista, y exigieron la entrada. Ningún sospechoso fue encontrado, pero la policía descubrió una revista de imágenes obscenas en el sótano de Mapp. Mapp fue arrestado por posesión de las imágenes obscenas, y fue condenado en un tribunal de Ohio. Mapp argumentó que sus derechos de la Cuarta Enmienda habían sido violados por la búsqueda, y, finalmente, tomó su apelación al Tribunal Supremo de Estados Unidos. En el momento del caso evidencia ilegalmente incautados fue prohibido de los tribunales federales, pero no los tribunales estatales. Decisión: La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió en una votación de 5-3 a favor de Mapp. El alto tribunal dijo que la evidencia se apoderó ilegalmente, sin una orden de registro, no se podía utilizar en los procesos penales en los tribunales estatales.

⁶⁶⁶ Carrió, Alejandro, Las reglas de exclusión relativas a la prueba, J.A., boletín No.5651, 20/12/89, pág.7, citado por Edwards, C. Op. cit. pág. 3

“1º) Disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas; 2º) Evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente; 3º) Impedir que el Estado se beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales.”⁶⁶⁷

En base al fin perseguido con la denominada prueba ilegal o inconstitucional, en el sistema procesal penal norteamericano, conforme describe Chiesa, podemos concluir que en el referido sistema su tratamiento tiene un fin utilitarista, el cual posee como fin principal el desalentar al oficial policial y/o investigador de la comisión de actuaciones que atenten contra los derechos consagrados en su búsqueda de evidencias tendentes a la incriminación penal de los ciudadanos.

En este sistema, de referencia obligatoria al momento de abordar el tema, el punto fundamental es la imposición de límites, precisos y contundentes a las acusaciones oficiales, objetivo que con frecuencia es alcanzado con un resultado sencillo pero espectacular, si en el proceso de investigación o la etapa procesal fueron violentados derechos fundamentales en la obtención de pruebas, éstas carecen de valor probatorio y el juzgador está en la obligación legal de rechazarla y declararla nula para la fundamentación de una sentencia condenatoria persigue limitar. En efecto, el argumento de fondo, el mensaje que transmite este medio procedimental, no se refiere intrínsecamente a la exclusión de la prueba ilegal del proceso penal, sino que su objetivo y fin último es desalentar los abusos funcionales en la investigación de los delitos.

Esta posición metodológica con respecto del tratamiento de este tipología de prueba, asume el proceso más allá del resultado inmediato, que bien pudiere ser la incompreensión de masas sociales, y se proyecta más allá del caso en el cual resulta excluida la prueba ilícita, para convertirse en un paradigma a observar y seguir.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Chiesa, E., citada por Horvitz Lennon, M. Op. cit. Pág.173

⁶⁶⁸ Cfr. Edwards, C. Op. cit., pág. 59

A pesar de que el sistema judicial norteamericano ha venido desarrollando el tema desde los albores del siglo veinte, principalmente por la evolución de la regla vía la jurisprudencia, en América Latina y España, recién en las últimas décadas se ha dirigido la mirada hacia la cuestión. En España, por ejemplo, se aplicó por primera vez la exclusión de la prueba ilícita en 1982, recogida en la sentencia 55 el 26 de julio, del Tribunal Constitucional.⁶⁶⁹

Consiste la exclusión probatoria en separar del proceso penal, todos aquellos medios de pruebas que hayan sido obtenidos por medios reñidos con las disposiciones constitucionales o legales, en detrimento de los derechos debidos al justiciable.

La exclusión de las pruebas ilícitas en lo que respecta a la actividad procesal penal, es un principio que con el paso del tiempo ha venido posicionándose como una de las figuras procesales de mayor trascendencia en la práctica judicial moderna, a un punto tal que prácticamente se ha convertido en el eje principal del denominado debido proceso.

La figura de la exclusión, hija legítima de la jurisprudencia, y adoptiva de la doctrina. Obtenemos la reflexión del profesor Miranda Estrampes, quien desde su perspectiva la define del modo siguiente.

“La prueba ilícita, en el sentido aquí expuesto, esto es, en cuanto obtenida y/o practicada con vulneración de los derechos fundamentales, conlleva su inutilizabilidad procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el Tribunal sentenciador.”⁶⁷⁰

En este punto de análisis marca el autor una diferencia entre la prueba que se denomina “prueba irregular”, y la llamada “prueba ilícita”; refiriendo de ésta la imposibilidad de convalidación o subsanación, y apostilla el maestro “*Aunque, como hemos visto, en*

⁶⁶⁹ Hairabedián, M. Op. cit., pág. 33

⁶⁷⁰ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 138

*algunos ordenamientos jurídicos estas prohibiciones no presentan un carácter absoluto y admiten excepciones.*⁶⁷¹

En este punto del discurso nos deja Estrampes una reflexión inconclusa. Inicia el planteamiento con una diferenciación y al cabo del siguiente párrafo retoma el hilo de la temática principal relativa a la ilicitud. De hecho no es extraño que los autores que disertan sobre la materia, en un momento planteen un enfoque, lo abandonan, y toman el curso de otro perfil de la materia, circunstancia atribuible a la amplitud que genera cada análisis de la prueba ilícita. Sin embargo, dada la importancia y trascendencia de la diferencia planteada por el autor, nos vamos a detener a delimitar la diferencia entre las que Miranda Estrampes denomina “prueba irregular” y “prueba ilícita”.

Si tomamos el contexto en el que el autor plantea la diferencia, notamos la existencia de una afirmación que resulta clave para descifrar la línea de pensamiento del togado: “*A diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita no es susceptible de convalidación o subsanación*”. Le otorga el profesor un carácter de inamovilidad a la prueba denominada ilícita, posee en sí misma el germen de la exclusión, su violación es irremediable; en el referido contexto de reflexión no sería aventurado afirmar que la prueba ilícita está asociada a la violación de preceptos constitucionales, circunstancia que imposibilita su “*convalidación o subsanación*”. Por el contrario, podemos interpretar por “*prueba irregular*”, aquella prueba portadora de algún defecto de forma y que en su producción no se violentaron derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Una vez asumimos el desafío de interpretar el marco de diferencia sugerido por Miranda Estrampes, sobre todo a la referida “*prueba irregular*”, dado que con la primera quedó meridianamente establecido que no admite “*convalidación o subsanación*”, sin embargo guardó silencio sobre la ésta, por lo que nos dirigimos a hurgar en diferentes fuentes que nos permitieran complementar el concepto, encontrando oportuna y acertada la reflexión de Franco Chico, quien precisa:

“Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la

⁶⁷¹ Ídem 669

inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran deriva de ésta, siempre que obtengan o incorporen lícitamente”.⁶⁷²

A diferencia complementaria de Estrampes, Chico realiza el planteamiento diferenciador entre ambas pruebas, refirió la “*prueba ilícita*”, y se detuvo a definir y tratar la “*irregular*”.

Encontramos también en los estudios de Alegría la definición “*pruebas irregulares*”, a la que también le da el tratamiento de defectuosas, y la define como “*aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.*”⁶⁷³

Sobre este tipo de prueba Alegría enfoca deficiencias en las “*formalidades legalmente establecidas*”, esto es, refiere la actividad externa de la valoración de legalidad, consistente en aquellas formalidades prescritas por los textos legales para su levantamiento e incorporación al proceso.

Para Cafferata Nores la legalidad del elemento probatorio ha de ser requisito indispensable para su uso en abono de un convencimiento judicial válido. A diferencia de Estrampes que distingue entre “*prueba ilícita*” y “*prueba irregular*”, este autor, con asiento en el olimpo doctrinal penal latinoamericano, relaciona la ilegalidad de la prueba a dos

⁶⁷² Chico, Franco Art. Dig. “Diferencias y similitudes entre la prueba ilícita y la prueba irregular”. Véase: <https://agendamagna.wordpress.com/2008/09/12/diferencias-y-similitudes-entre-la-prueba-ilicita-y-la-prueba-irregular/>

⁶⁷³ Alegría, G. Op. Cit., pág. 587

posibles motivos: su irregular obtención (ilegitimidad) o su irregular incorporación al proceso. En lo relativo a la primera figura apunta sin rodeos:

*“Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerada ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez.”*⁶⁷⁴

Con esta posición el argentino reclama la supremacía del constitucionalismo sobre el silencio que bien pudiere acusar el articulado de una ley adjetiva con respecto de las disposiciones expresas de un mandato Constitucional, aspecto que a su juicio no siempre ha sido bien advertido por los juzgadores quienes, a su juicio, con frecuencia olvidan que la justicia no puede usar en su provecho de ningún acto o actuación reñido con las previsiones legales sin incurrir en una contradicción fundamental. El planteamiento de Cafferata con relación al trato que ha de ser dispensado a aquellas actuaciones o actos que riñan con las disposiciones garantistas, no solo han de ser colocados fuera del alcance procesal, sino que igual suerte deben de correr aquellas que sean su consecuencia inmediata.

Es consciente el autor de que su perspectiva de razonamiento “puede llevar a la impunidad de algún delito”; sin embargo, concluye su reflexión asegurando “*Pero no lo es menos que el orden jurídico ha optado, en muchos casos, por la impunidad cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección incluso de rango constitucional*”.⁶⁷⁵

En cuanto a la segunda clasificación, relativa a la “Incorporación irregular”, se refiere a las formalidades procesales que deben ser observadas para que el juzgador pueda hacer uso válido del elemento prueba en el curso del proceso, y muy especialmente para fundar en derecho la sentencia a intervenir. Concluyendo sin evasivas: “*La inobservancia de cualquiera de estas disposiciones impedirá usar el dato conviccional...*”⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág.18

⁶⁷⁵ Cfr. Cafferata, J. Op. cit., pág. 20

⁶⁷⁶ Cfr. Cafferata, J. Op. cit., pág. 34

Otro de los doctrinarios sobre la valoración de la prueba ilícita Carlos Edwards, plantea la regla de exclusión como “la inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación de una garantía constitucional”, presentando la prueba ilegal como un filtro o tutela de todas las garantías constitucionales.⁶⁷⁷

Este planteamiento bien pudiera ser considerado como exageradamente amplio, toda vez que en ocasiones se presentan verdaderas dificultades procesales al juzgador, al momento de valorar las alegaciones de violaciones consagradas con carácter específico, y mayor sería la faena relativa a administrar justicia sobre generalidades constitucionales; sin embargo, insiste el autor en el agravio Constitucional que representaría el desconocimiento de la regla exclusionista:

“La necesidad de tutelar las garantías constitucionales se nos presenta como uno de los argumentos más contundentes para justificar la equidad de la aplicación de la regla de exclusión; sin embargo sus detractores olvidan que nuestro sistema constitucional de derechos y garantías se derrumbaría estrepitosamente si pudiera aprovecharse en el proceso penal aquella prueba obtenida vulnerando alguna garantía constitucional. De nada serviría que sabiamente nuestra Carta magna establezca que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, si luego se le otorgara valor a la confesión lograda mediante coacción.”⁶⁷⁸

A pesar del enfoque estrictamente constitucional que hemos percibido en Edwards, es preciso señalar que el autor también conjuga un prisma amplio respecto del alcance de la figura, presentando una perspectiva poco común en el abordaje de la materia, en el que reflexiona sobre las “implicaciones políticas, constitucionales y también procesales”, fundamentando su análisis con los argumentos siguientes:

⁶⁷⁷ Cfr. Edwards, C. Op. cit., pág. 51

⁶⁷⁸ Edwards, C. Op. cit., pág. 53

“Políticamente la inaprovechabilidad de la prueba lograda de forma ilícita en el proceso penal es lo que reafirma el estado de derecho y lo diferencia nítidamente de un sistema totalitario; efectivamente, una de las premisas fundamentales del estado de derecho es la sujeción de todos los funcionarios públicos a la ley; por ello, quienes deben velar por el cumplimiento de la ley no pueden violarla obteniendo ilegalmente la prueba referente a la comisión de un delito.

Desde la perspectiva constitucional la prueba ilegal se vincula íntimamente con el respeto de las garantías constitucionales... la problemática de la prueba obtenida ilegalmente implica la flagrante violación de expresas garantías constitucionales...

Desde el punto de vista procesal la prueba ilegal se encuentra íntimamente relacionada con el proceso penal...el funcionario puede incurrir en un excesivo celo investigativo, que se traduce en la violación de alguna garantía constitucional, con la consecuente inaprovechabilidad de la prueba obtenida de esa manera ilegal.”⁶⁷⁹

De hecho, como parte de la modernización de los procesos judiciales en materia penal, la legislación dominicana se unió al concierto garantista y adoptó el sistema de exclusión de la prueba levantada con inobservancia del debido proceso, por lo que apunta textualmente la normativa procesal en las previsiones del artículo 167 *“No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código.”⁶⁸⁰* Y extraordinariamente claro y lacónico, para no dejar

⁶⁷⁹ Edwards, C. Op. cit., págs. 9, 10, 11

⁶⁸⁰ CPPD., Art.167

espacio a interpretaciones, en el texto constitucional, cuando sobre el particular expresa: “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley.*”⁶⁸¹

3.3.1 Exclusión de la Prueba Ilícita y sus Consecuencias Legales

La regla de exclusión de la prueba ilícita es poseedora de un espíritu singular en el quehacer jurídico, escasas figuras jurídicas son poseedoras de su versatilidad, por un lado es poseedora de la capacidad de concluir un proceso con su sola presencia,⁶⁸² en otros escenarios crea un efecto dominó e invalida todas las pruebas que hayan sido fruto de su consecuencia; y, en otros casos, es susceptible de permitir el acceso al proceso de elementos de pruebas que aunque sean sus derivadas cumplen ciertos requisitos que permiten su valoración. Nos encontramos ante un verdadero fenómeno procesal.

En referencia a este enfoque relativo a este principio procesal, el profesor Delgado del Rincón es de opinión que “*la regla de exclusión de la prueba ilícita por lesión de los derechos fundamentales no se va a entender en un sentido absoluto, rígido e incondicionado, ya que progresivamente, se han ido introduciendo excepciones que han atemperado su aplicación. Y es que en algunos casos excepcionales, en función de las circunstancias que concurran, y a pesar de que haya habido lesión de derechos fundamentales, los tribunales, acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, otorgan eficacia a la prueba obtenida ilícitamente, esto es, con lesión de derechos fundamentales. Ahora bien, estas excepciones, como su propio nombre indica, han de ser excepcionales, han de constituir la excepción a la regla general que es la exclusión probatoria, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la regla general de la prohibición de la prueba ilícita se convierta en excepción y las excepciones en regla general. Las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita han surgido, una vez más, en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana y, por su influencia, se han extendido a otros ordenamientos jurídicos como el español y el mexicano, también por vía jurisprudencial.*”⁶⁸³

⁶⁸¹ CRD., Art.69 núm. 8

⁶⁸² Cuando en los procesos se trate de la prueba principal y exclusiva mediante la cual se pueda establecer la relación causa efecto, y probar el hecho culposo más allá de toda duda razonable. Si la prueba con esta capacidad procesal adolece de ilicitud, debe ser desechada a los fines de servir como base para fundar una sentencia condenatoria.

⁶⁸³ Delgado del Rincón, Luis E. Art. Dig. “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, pág. 7. Véase: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

La exclusión, entendida como prohibición de valoración de todas aquellas pruebas consecuencia directa de una violación de derechos consagrados constitucionalmente, de diversos modos alcanza otras pruebas de algún modo relacionadas, abriendo paso a otra clasificación de prueba, su reflejo.

3.3.2 El Efecto Reflejo. Teoría del Árbol Envenenado

Esta teoría reviste trascendental importancia, tanto por su actualidad e innovación, como por los efectos de su aplicación en los procesos en que es reconocida. Existe consenso en que el origen y evolución de la expuesta doctrina sobre la inaprovechabilidad de las pruebas obtenidas con el concurso de violación a derechos y garantías constitucionales, conocida en el argot jurídico procesal penal mundial como “regla de exclusión”, la que transmite el gen de invalidez o inutilidad a las que sean sus consecuencias, figura procesal que se denomina como “doctrina de los frutos del árbol venenoso”, provienen de la jurisprudencia, del genio de la lógica y la razón, toda vez que eran figuras y conceptos inexistentes en las Constituciones y legislaciones que le antecedieron.

En su génesis y desarrollo jugó un papel trascendental la estructura jurídico legal inglesa mediante sus particular sistema de aplicación de justicia fundada en la experiencia y la tradición, denominado common law, el cual fue transferido a la peculiar cultura jurídica norteamericana gracias al proceso de colonización desarrollado sobre la postrimería del siglo XVI (1583), a raíz de la autorización que otorgara la Reina Isabel I de Inglaterra al pirata Sir Walter Raleigh para incursionar en el territorio que hoy conocemos como EE.UU.⁶⁸⁴

El razonamiento de la judicatura norteamericana asumió la imposibilidad del hecho de que se establecieran decisiones legales, en el orden de imponer culpabilidades y penas, fundadas en la violación de derechos consagrados en la constitución, específicamente en la denominada IV Enmienda.

“Particular importancia tiene reparar en los fundamentos que se invocan para las exclusiones probatorias, puesto que a nivel nacional ni la Constitución ni lo Códigos

⁶⁸⁴ Cfr. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Colonizaci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos

Procesales penales las establecen expresamente. No menos relevante resulta la cuestión aun frente a ordenamientos que las recetan, como los de Córdoba o Buenos Aires, ya que para justificar excepciones a las exclusiones, muchas veces también se acude a sus fundamentos. Los de mayor peso son: el sustrato ético de las actividades de persecución y juzgamiento, el de prevención, y la derivación implícita de los derechos constitucionales.

El primero finca en la contradicción que significaría que el sistema de justicia aproveche actividades contrarias a la ley para basar sus decisiones, lo que implicaría afectar la “integridad judicial”. Estos argumentos axiológicos han sido preferidos en la más destacada jurisprudencia sobre la cuestión y en caracterizada doctrina.”⁶⁸⁵

En efecto, eticidad legal, valores, salvaguarda de los derechos fundamentales, entre otros en el mismo tenor, constituyen los principios fundamentales sobre los que se funda el principio de exclusión. En lo relativo al carácter ético del principio de exclusión es particularmente contundente el criterio asumido por la Suprema Corte Argentina al momento de abordar y justificar la cuestión: “*La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Charles Hermanos (fallos 46:36) sentó la regla de exclusión de la prueba ilegalmente adquirida afirmando que la ley, en el interés de la moral y la seguridad de las relaciones sociales, declara inadmisibles el resultado de un procedimiento condenado por la ley o de una pesquisa desautorizada y contraria al derecho, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito. No debe admitirse la validez probatoria de los elementos allegados al proceso merced a una actividad violatoria de garantías constitucionales. El delito es una conducta que afecta en modo grave la convivencia social, por ello el estado debe tratar de prevenirlo, o cuando ocurra, esclarecer lo sucedido e imponer una pena al autor para que éste no vuelva a delinquir. Sin embargo existen límites en la persecución penal. El descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no solo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más*

⁶⁸⁵ Cafferata Nores, J. Op. cit., págs. 25-26

*importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo estado de derecho.*⁶⁸⁶ La figura, que como hemos señalado encuentra su paternidad en la interpretación de la jurisprudencia norteamericana, a raíz, fundamentalmente, del contenido de la Cuarta Enmienda de su Constitución. Sobre el particular señala Hernández Basualto:

*“Uno de los aspectos más relevantes de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda es que ésta no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los “frutos” de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional. Este es un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba en el derecho norteamericano... y que se ha hecho célebre bajo el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (fruit of the poisonous tree doctrine). El fundamento de esta doctrina no puede ser otro que la efectiva vigencia práctica de los propósitos de la regla de exclusión, los que se eludirían fácilmente si su efecto no se extendiera a los resultados mediatos de la vulneración constitucional (así expresamente, la Suprema Corte en *Nardone v. United States*, 308 U.S. 3387, 1939”⁶⁸⁷*

El fallo referido en la parte in fine de la cita constituye una celebridad en el tratamiento de la materia, toda vez que fue en el que, en palabras del Juez Frankfurter, se acuñó la expresión “fruto del árbol envenenado”, clásico en el manejo de los resultados de la prueba ilícita.

⁶⁸⁶ Brown, G. Op. cit., pág. 88

⁶⁸⁷ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 21

Al abordar las consecuencias de la prueba ilícita Miranda Estampes es de consideración que *“otra de las cuestiones más problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos”*, sin dejar de admitir que dicha doctrina *“también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (the fruit of the poisonous tree doctrine).”*⁶⁸⁸

En efecto, se refiere el origen de la figura denominada “efectos reflejos” al caso decidido por la jurisprudencia norteamericana conocido como *Silverthorne Lumber Co vs. United States* (251 US 385, 1920), proceso caracterizado por el impedimento para realizar un interrogatorio “legal” a un testigo cuya existencia fue puesta al descubierto mediante una documentación que con anterioridad había sido ilegalmente incautada, circunstancia ante la cual, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables.

Otro proceso paradigmático respecto de la materia, es el denominado *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), caracterizado por la detención sin causa probable y sin orden judicial de Richard Brown, por la presunta comisión de un homicidio, a quien se le informó de su derecho a guardar silencio conforme a las disposiciones de la V Enmienda, también conocidas como reglas Miranda; el inculpado, después de una prolongada retención confesó “voluntariamente” la comisión de los hechos. Al dictar sentencia el tribunal estimó que aunque al inculpado le habían sido leídos sus derechos, y se había tratado de una declaración voluntaria y no forzada, los juzgadores fueron de opinión que pese a esa cadena de hechos, no se había roto la cadena causal entre éstos y la detección ilegal, por lo que resolvieron el rechazo declaratorio por consecuencia refleja.⁶⁸⁹

Como se ha hecho evidente, la permanencia del reflejo, o vínculo causal, entre la prueba principal y sus consecuentes, automáticamente arrastran su exclusión, sin perjuicio de que las mismas prueben de manera contundente, y más allá de toda duda razonable, la

⁶⁸⁸ Cfr. Miranda Estampes, M. Art. cit., pág. 139

⁶⁸⁹ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 139

culpabilidad del encartado. Esta figura procesal no admite términos medios de valoración. Y es definida por Miranda Estrampes en los términos siguientes:

*“La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.”*⁶⁹⁰

En España la regla de exclusión fue consagrada en la LOPJ de 1985; en efecto, queda expresamente consagrado en el art. 11.1 “No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales.”⁶⁹¹ Y sobre el contenido del referido artículo se precisa:

*“Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término indirectamente empleado en el precepto implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, aunque la ley no utilizara este término indirectamente, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la aplicación de la regla de exclusión. Así lo reconoció en un primer momento el propio TC español en el ámbito de las intervenciones telefónicas.”*⁶⁹²

A partir de la entrada en vigencia del CPPD se inaugura en la práctica procesal penal dominicana la exclusión de la prueba refleja, cuando consagra el legislador en el principio

⁶⁹⁰ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 139

⁶⁹¹ España. Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

⁶⁹² Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 139

fundamental recogido en el art. 26: “*El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias...*”⁶⁹³

En esa misma línea de convicción, pero abriendo un espectro doctrinal, se manifiesta el 167:

*“Exclusión probatoria. No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado. Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.”*⁶⁹⁴

Este art. 167 de la normativa procesal dominicana pone de manifiesto no solamente las prescripciones legales relativas a la exclusión y las consecuencias de las pruebas reflejas, sino que además deja abierta la posibilidad de que pueda ser incorporada la misma provisión o acreditación probatoria tachada de ilegalidad, siempre que pueda ser obtenidos los mismos resultados por otros medios que resulten lícitos. Esta posición legal coloca la praxis procesal penal dominicana en el epicentro doctrinal mundial respecto de la materia, toda vez que en pocas expresiones abrió paso a las excepciones relativas al principio de exclusión, como veremos en los apartados sucesivos.

⁶⁹³ CPPD., Art.26

⁶⁹⁴ CPPD., Art.167

De igual modo, el referido art. 167 no solo refiere las exclusiones de fondo, eje central del estudio que nos ocupa, sino también las de forma, entre las que se incluyen las condiciones de levantamiento y presentación, plazos procesales, descripción detallada de intereses probatorios, oportunidad, y otras aristas no menos relevantes a la luz de la ley.

En síntesis, la denominada teoría del Árbol Envenenado o ponzoñoso, con la cual se manifiesta que la obtención de algún elemento probatorio practicado en violación a las garantías del debido proceso, es inválida, no solo la prueba en sí, sino también todas aquellas que hayan sido obtenidas con posterioridad y como consecuencia directa del conocimiento de ella. De tal suerte, que la ilegalidad inicial, permea la adquisición de cualesquier otra que solo pudo haberse conocido u obtenido mediante la relación con la primera y no existan circunstancias que pongan en evidencia con toda certeza que las mismas pudieron haber sido adquiridas o llegado al conocimiento del investigador por otros medios distintos al ilícito.⁶⁹⁵

En las reflexiones sobre esta teoría especialmente didácticas son las disquisiciones del chileno Hernández Basualto, quien al estudiar el fenómeno desde su cuna, la práctica judicial norteamericana, con el análisis de su texto podemos ver que uno de los aspectos más relevantes de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de las Enmiendas de la Constitución Norteamericana, es que la comisión de esta actividad procesal no afecta con exclusividad la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los frutos de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional, que se ha hecho célebre bajo el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, y que en su vocablo se origin se lee “fruit of the poisonous tree doctrine”, a la que otras traducciones le atribuyen decir que se trata de la “doctrina del árbol ponzoñoso”.⁶⁹⁶

El análisis que antecede nos permite dejar claramente establecido, que el fundamento de esta doctrina, no es otro, que el de establecer una efectiva vigencia práctica de los propósitos de la regla de exclusión, los que se vulnerarían con extrema facilidad si su efecto no alcanzara los resultados mediatos de la vulneración.

⁶⁹⁵ Cfr. Jauchen, E. Op. cit. Págs. 627-628

⁶⁹⁶ Cfr. Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 21

El estudio de esta doctrina nos ha permitido concluir de que no se trata de una teoría que sustenta unos planteamientos absolutos, sino por el contrario, equilibrado; por un lado persigue evitar la filtración al juicio de elementos que por su naturaleza contaminan el debido proceso en perjuicio no solamente del imputado, sino de todos los que de una manera u otra ven involucrados en el mismo. Por otro lado, es flexible en admitir los elementos probatorios que se den cita en la etapa jurisdiccional, por otros medios no contaminados o independientes del ilícito.

3.4.1 Teorías de las Pruebas Reflejas y Límites de la Exclusión Probatoria

Desde el punto de vista de la ilegalidad de la prueba, y las modalidades de ella extraída, la Exclusión Probatoria y la Teoría del Árbol Envenenado, la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso se expande hacia las pruebas que son producto de ella, puesto que de lo contrario constituiría un sin sentido, si de un lado se rechaza la obtención de pruebas en perjuicio de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo se le concede pleno valor a las probanzas que emergen de aquellas, o que solo pueden explicarse en ocasión de su existencia.

En contraste con esta posición, se han desarrollado teorías que justifican la relativización de la doctrina de la Exclusión de la Prueba, según las cuales, en sentido general, para poder predicar la causalidad refleja es necesario la existencia de un presupuesto de relación directa e insustituible, entre la prueba ilegal y la que se repunte su consecuencia, de forma tal que sea predicable una relación exacta de causalidad y consecuencialidad.

Así, una prueba es derivada de otra cuando se produce una situación de causalidad entre una y otra, o cuando la explicación de la existencia de las derivadas solo es posible por la existencia misma de la primera; es posible afirmar entonces, que la prueba ilícita debe ser premisa necesaria de la derivada.

A pesar de su formulación inicial, pronto la jurisprudencia norteamericana introdujo la admisión de algunas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que se han ido reconociendo también en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos, como manifestación de un fenómeno de progresiva norteamericanización de la regla de exclusión.

En suma, desde el punto de vista teórico, la absoluta aplicación del Principio de Exclusión y de la consecuente nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso se ha de expandir con carácter de exclusividad a las pruebas que sean producto de ella, abriendo espacios a diversas teorías, entre las que podemos señalar: la Fuente Independiente, el Hallazgo o Descubrimiento Inevitable, el Principio del Vínculo Atenuado, y la Teoría de la Buena Fe. Estas teorías o excepciones persiguen, desde diferentes flancos, limitar el alcance de la Exclusión Probatoria.

3.4.1.1 Teoría de la Fuente Independiente

Como tenemos por dicho, la prueba ilícita presenta dos modalidades, la regla de exclusión probatoria, y la doctrina del árbol envenenado. En virtud de la primera, han de ser excluidas, las pruebas que sean consecuencia directa de la violación de una garantía del debido proceso; la segunda, implica la invalidez del elemento probatorio derivado de la ilegalidad inicial.

La teoría o excepción de la fuente independiente, se habilita cuando al acto ilegal o sus consecuencias se ha podido acceder por medios probatorios que no guardan conexión con la actuación argüida de ilegalidad; es decir, que aun suprimiéndose el acto viciado, se puede de igual modo arribar a sus consecuencias.

Edwards, define la fuente independiente como “la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales”.⁶⁹⁷

En la misma línea de reflexión se encuentra el teclado de Hairabedián, quien sostiene que la excepción de la fuente independiente se concretiza cuando al acto ilegal o sus consecuencias se puede acceder por medios probatorios legales presentes, con los que no haya conexión con la violación constitucional. Es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías lícitas independientes. Desde esta perspectiva se sostiene que no es procedente la exclusión cuando exista algún cause de investigación independiente, que con certeza

⁶⁹⁷ Edwards, C. Op. cit., págs.126 -127

permita el arribó al mismo elemento, con la única condición de que la referida vía de investigación se encuentre comprobada.⁶⁹⁸

El término “independiente”, en la materia que nos ocupa, hace referencia a una vía distinta de adquisición de la prueba, por la que se ha logrado aquella considerada ilícita; implica la existencia de otras vías de investigación que permitan acceder a la consecución de medios probatorios que acrediten igualmente la existencia del hecho delictivo.

Jauchen afirma, que la teoría de la fuente independiente, “*tiene su origen en la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde se la bautizó como la excepción de independent source –fuente independiente–, habiéndose expedido la Corte americana sosteniendo que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría haber derivado de una fuente independiente.*”⁶⁹⁹

La práctica judicial norteamericana, en calidad de vanguardista en esta área del derecho que se encuentra en franca expansión y en vía de entendimiento en un número importante de sistemas judiciales, ha consagrado la excepción en numerosos precedentes dictados en épocas distintas, así se conocen como de importancia para la materia: *Fah vs. Connecticut* (375 US 91), *United States vs. Cecolini* (435 US 268), *Bynum vs. United States* (1960).

Un paso valioso al reconocimiento de la fuente independiente se presentó en ocasión del proceso en que la Corte extendió la ineficacia probatoria a la prueba refleja de la ilegal en el caso *Silverthorne* (251 US 385 1920),⁷⁰⁰ caso en el cual el voto del juez Holmes dejó saber que la teoría de la extensión no necesariamente implicaba que las prueba adquiridas en virtud de la violación padecían de invalidez absoluta, y que si el conocimiento de ella

⁶⁹⁸ Cfr. Hairabedian, M. Op. cit., pág. 67

⁶⁹⁹ Jauchen, E. Op. cit. pág. 646

⁷⁰⁰ *Silverthorne Lumber Co. v. Estados Unidos*, 251 EE.UU. 385 (1920), La Corte Suprema de Estados Unidos ventiló el asunto en el que Silverthorne trató de evadir el pago de impuestos. Los agentes federales incautaron ilegalmente libros fiscales de Silverthorne y crearon copias de los registros. EEW, véase: https://en.wikipedia.org/wiki/Silverthorne_Lumber_Co._v._United_States

fuere el resultado de la obtención de una fuente independiente, puede tener valor probatorio igual que cualquier otra.⁷⁰¹

Sobre el manejo de esta tipología de prueba derivada, pero siguiendo un camino diferente al proscripto, es particularmente sustancioso el análisis de Hairabedián:

“En el fallo dictado en “Murray vs. US (487 US 533 1988), la corte observó que el concepto de “fuente independiente” ha sido utilizado en dos sentidos diferentes. Uno es el caso al que se refiere el juez Holmes en “Silverthorne”, que se produce cuando la Fiscalía cuenta con prueba tanto legal como ilegal y ofrece solo la primera. Ejemplo de esta situación, que describe la obra de Strong, es cuando la policía arresta ilegalmente a X, lo interroga y obtiene la confesión de que estuvo en el lugar del hecho la noche del asalto, pero también un testigo avisó a la policía haberlo visto. De acuerdo a los fundamentos esgrimidos en “Murray, el caso del ejemplo es el correcto uso de la “fuente independiente”.

El otro sentido en el que se emplea esta excepción describe situaciones en las que la acusación presenta todas las pruebas sobre el hecho en particular, incluyendo las contaminadas.”⁷⁰²

Este criterio también es compartido por Hernández Basualto quien es de criterio que no debe ser excluida la prueba que tiene origen en fuente independiente a la de la ilicitud inicial, por el motivo de que esta prueba no porta el fruto de la ilicitud; a lo que acota textualmente: “Esto ya lo reconocía el citado Silverthorne cuando aclaraba que el fundamento de la exclusión de prueba y sus amplios efectos no volvía los hechos sagrados

⁷⁰¹ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pág. 68

⁷⁰² Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pág. 68

o inaccesibles, pues si se adquiriría conocimiento de tales hechos mediante una fuente independiente, estos podrían ser probados como cualquiera otros hechos.”⁷⁰³

Los distintos autores que versan sobre el particular, no dejan de señalar, de un modo u otro, la problemática que representa identificar con exactitud la existencia de un medio independiente cuando para la adquisición de una prueba ha mediado una actuación ilegal o ilícita. En su intento de encontrar una salida inexpugnable, Hernández Basualto considera que el mejor medio para identificar la fuente independiente, es cuando la prueba se ha obtenido ya con anterioridad al acto ilegal, admitiendo la complicación que deviene cuando la denominada fuente independiente *“aparece con posterioridad a la actuación ilegal, pues siempre resultará plausible sostener que cualquier información posteriormente obtenida se debe a la influencia que en la investigación ha ejercido el primer hallazgo”*.⁷⁰⁴

En efecto, se torna más saludable para la demostración de la fuente independiente su aparición previa a la prueba viciada de ilegalidad, sería éste el camino de mayor conveniencia para la consecución de un castigo por la comisión de un hecho punible.

En la legislación dominicana, la teoría de la fuente independiente está consagrada en la parte in medio del artículo 167 del ordenamiento procesal, en que se hace constar:

“No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado”.⁷⁰⁵

⁷⁰³ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 22

⁷⁰⁴ Hernández Basualto, H. Op. cit. pág. 23

⁷⁰⁵ CPPD., Art. 167

Las referencias que hasta el momento se reflejan en la práctica procesal penal dominicana relativa a la prueba refleja son de carácter estrictamente legal, toda vez que es el texto referido que con mayor contundencia “reglamenta” la materia; de hecho, incluso la constitución mantiene una formulación tímida sobre la cuestión, con mayor inclinación hacia el trato de la legalidad que sus consecuencias, por lo que la perspectiva constitucional solo refiere un laconico: “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley*”⁷⁰⁶

Una teoría disidente en relación a la categorización de la fuente independiente la encontramos en las reflexiones de Miranda Estrampes, quien es de consideración que en realidad esta figura no representa una excepción, sino más bien la considera una consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Para este autor constituye en sí misma la parte aprovechable de la regla, siempre que no guarde ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial; toda vez que para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Así lo expresa en el título citado:

“Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada.

*Como veremos, el problema surge cuando se califica como «prueba independiente» a aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción mediante la ampliación de su campo de operatividad.”*⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ CRD., Art. 69.8

⁷⁰⁷ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 143

Considera el autor que la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de «prueba independiente». La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aun constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente. Recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como «jurídicamente independiente» el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo transcurrido entre una prueba y otra.⁷⁰⁸

El profesor Delgado del Rincón asume el concepto de teoría de la prueba refleja bajo la condición de la existencia de una desconexión causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba derivada, dicho de otro modo, que no exista una vinculación.⁷⁰⁹ Y básicamente ese es el contenido fundamental para la concurrencia válida de esta teoría, porque de ser resultado directo de la ilegalidad, en virtud del principio de exclusión, se hace automáticamente inaprovechable, por lo que a punta de derecho necesita una vía independiente de entrada que le aporte legitimidad.

3.4.1.2 El Hallazgo o Descubrimiento Inevitable

La excepción del descubrimiento inevitable encuentra caldo de cultivo, cuando la actividad ilícita y sus consecuencias se hubieran conocido por otras vías que en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria al derecho.

Se diferencia el descubrimiento inevitable de la fuente independiente, en que esta requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, el hallazgo o descubrimiento inevitable, que sea hipotéticamente factible.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 143

⁷⁰⁹ Delgado del Rincón, Luis E. “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia” pág. 13

⁷¹⁰ Hairabedián, M. Op. cit. pág. 73

Se ha de valorar conforme esta teoría, toda prueba que si bien en concepto no se obtuvo de forma independiente de la obtenida ilegalmente, en todo caso iba a ser descubierta por medios legales.

Se ilustra la efectividad de esta excepción con el caso *Nix vs. Williams* (667 US 431, 1984),⁷¹¹ llevado en el ordenamiento norteamericano, en que la policía obtiene ilegalmente del imputado, en violación del derecho a la asistencia de abogado, esto es, de la Sexta Enmienda, la información sobre el lugar en donde se encuentra el cadáver de la víctima, información tras la cual se encuentra el cuerpo. Sin embargo, la Corte declaró admisible la prueba relacionada con el cadáver, pese a la existencia de una violación legal, porque este inevitablemente iba a ser descubierto “dentro de corto tiempo” y “esencialmente en la misma condición”, ya que doscientos agentes estaban realizando un cuidadoso y planificado operativo de búsqueda que incluía el lugar donde se encontraba el cadáver.⁷¹²

Tanto en la ilustración propuesta, como en los fundamentos teóricos analizados con anterioridad, podemos observar el nexo causal entre la ilegalidad y el hallazgo de determinada evidencia, pero una consideración hipotética permitiría restarle relevancia. Tal es la naturaleza de esta excepción. El análisis de las referidas circunstancias nos hace cuestionar si la prueba autónoma debe existir o es suficiente la mera posibilidad de su obtención.

Somos de opinión de que el hallazgo inevitable debe descansar sobre la base de la existencia concreta de la prueba independiente, no sobre la presunción de la hipotética posibilidad de obtenerla, sino que para ser acogida deben existir indicios serios y concordantes, que permitan al juzgador establecer la posibilidad real de su obtención, pese a la ilegalidad que le acompaña, de otro modo estaríamos frente a una salida tangencial que permitiría la justificación airosa de las violaciones en perjuicio del debido proceso, retrotrayendo este, a etapas oscuras y dignas del olvido.

En lo relativo al sostenimiento de esta tesis encontramos el aval de Miranda Estrampes, quien también es de consideración que es innegable, desde un posicionamiento crítico, que el criterio de inevitabilidad contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha

⁷¹¹ Esta doctrina se aplicó también en el caso *Oregón vs. Elstad*, 470 US 298 (1985)

⁷¹² Cfr. Hernández Basualto, H. Op. cit. pág. 24

excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los inevitables riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia.⁷¹³ De este modo expresa el español su crítica a la excepción:

*“... como pone de manifiesto un sector de la propia doctrina norteamericana, el efecto de aceleramiento de los resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no se corresponde con los hechos realmente acontecidos. Salas Calero (2002, 386 y ss.) nos dice que esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por los tribunales de apelaciones. En todo caso, se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original. Esto es, como mecanismo de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente, por parte de las acusaciones, de la inevitabilidad del descubrimiento, esto es, que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional hubiera sido descubierta por medios lícitos e independientes de la conducta ilícita original.”*⁷¹⁴

El sistema judicial español también ha sido receptor de la aplicación de esta excepción. De hecho se registra una sentencia del Tribunal Superior, Sala Segunda, fechada el 4 de julio 1997, en la que expresamente se hace un reconocimiento de la excepción, resultado causal de una interceptación telefónica ilegal, en el caso específico aunque limita su aplicación a las supuestas actuaciones de buena fe realizadas por la policía, y el seguimiento que con anterioridad se le daba a la imputada. Así se lee en ponencia del Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón:

⁷¹³ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 145

⁷¹⁴ Miranda Estrampes, M. Art. cit., págs. 144-145

“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que, «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ellos— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha,²⁵ como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, ...la limitación del «descubrimiento inevitable » debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de

«buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...»⁷¹⁵

Como hemos apuntado, y se ha corroborado en los párrafos que anteceden, resulta cuesta arriba mantener la vigencia de esta excepción, primero desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia; y, segundo, desde la perspectiva de aplicación y respeto del debido proceso, toda vez que el fundamento de la excepción del descubrimiento o hallazgo inevitable procesal se basan en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que probablemente pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia, tanto en el ámbito constitucional como legal, sólo puede ser destruida sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del descubrimiento inevitable autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos de pruebas obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales.⁷¹⁶

Además de las dificultades planteadas, se presenta la circunstancia de que, aun entre juzgadores, juristas y doctrinarios, se presenta confusión al momento de deslindar la frontera que separa el descubrimiento inevitable de la fuente independiente. En los razonamientos de Arozamena Laso, al comentar en el título “Consideraciones Generales sobre la Prueba Ilícita” un caso de la jurisprudencia española en que no se aplicaron las exclusiones por la existencia de prueba legal que no tenía como fuente una ilícita, poniendo de relieve que se trata de la aplicación de la doctrina del descubrimiento inevitable. Similar acontecimiento se registra en la publicación “La Prueba ilícita Penal” de Urbano castrillo, en alusión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, sostiene la afirmación de que no hay contaminación de la prueba derivada de la ilícita; sin perjuicio de que también se puede advertir que otros autores como Mill Pereyra (“Prueba ilícita en el proceso penal, en Ley, razón y Justicia), Almela Vich y Sanz Marques (Reflexiones

⁷¹⁵ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 145

⁷¹⁶ Cfr. Miranda Estrampes, M. Art. cit., pag.146

sobre la prueba en el proceso penal), no distinguen claramente entre las excepciones del descubrimiento inevitable y la fuente independiente.⁷¹⁷

Como señalamos en cada ocasión que corresponde por lógica discursiva el análisis de la legislación que motiva el presente desarrollo, reiteramos que la figura de la prueba ilícita es de reciente incursión en los procesos dominicanos, y a diferencia de las principales culturas jurídicas que has visto nacer, cultivar y desarrollar el principio de legalidad de la prueba, quienes lo han realizado básicamente mediante la apertura jurisprudencial, circunstancia que le ha valido para hilvanar conceptos y teorías de referencia obligatoria sobre la materia.

En este momento la práctica procesal penal dominicana está en una etapa receptiva de conocimientos sobre el particular. Si bien la Constitución consagra la exclusión de la prueba ilícita con un escueto “*Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley*”,⁷¹⁸ la figura ingresa al proceso dominicano a través de la normativa procesal, de manera especial en las disposiciones redactadas en el art 167. En el referido artículo se consagra expresamente en el proceso la excepción de la fuente independiente.

Prevé la normativa que no será “...apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado,” para sucesivamente precisar: “*salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.*”,⁷¹⁹ esta aclaración legal introduce en primera fila la excepción de la fuente independiente, circunstancia que a nuestro juicio dejaría prácticamente desalmado el principio rector de exclusión probatoria, dada la circunstancia de que al tratarse de una sociedad pequeña, los procesos mediáticos juegan un papel determinante en la agenda nacional, no solamente en el ámbito judicial, también alcanza el económico e incluso el político, y en no pocas ocasiones se toman decisiones jurisdiccionales atendiendo a la corriente mediática, y en los casos en que se impone el criterio legal y se falla en consecuencia de legalidad en atención a las prerrogativas del debido proceso y esa

⁷¹⁷ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pag.74

⁷¹⁸ CRD., Art. 69.8

⁷¹⁹ Cfr. CPPD Art. 167

circunstancia no es entendida por los hacedores de opinión, los jueces han debido pagar su entereza con la disminución de su estigma moral.

Con este razonamiento no se persigue insinuar la inaplicabilidad de las excepciones de una figura procesal de tanta trascendencia como la prueba ilegítima, lo que sí percibimos es que estas excepciones pudieren ser utilizados como salvo conducto para la toma de decisiones con justificaciones legales. Es un desafío que estaremos observando en el tiempo.

Otro artículo que en el ordenamiento procesal dominicano apunta hacia la excepción del hallazgo o descubrimiento inevitable es el contenido en el 181, mediante el que se otorga venia al investigador para la realización de registros sin autorización judicial bajo algunas especiales circunstancias, así se lee:

“El registro sin autorización judicial procede cuando es necesario para evitar la comisión de una infracción, en respuesta a un pedido de auxilio o cuando se persigue a un sospechoso que se introdujo a una vivienda ajena.”⁷²⁰

Como vemos, está expresamente autorizando la ley a la incursión “sin autorización judicial” en tres casos que razonablemente es entendible la referida venia, y más que entendible resulta lógico que en casos de “extrema necesidad” se produzca la intervención sin mediación, no solo de la autoridad, sino de cualquier particular que pueda salvar una vida o impedir una catástrofe mediante una oportuna intervención.

Cuál sería entonces el punto a destacar. Que amparada en la autorización legal, por un lado, se inicien procesos de persecución penal fundamentados en un “hallazgo inevitable”: Tal sería el caso de una patrulla policial que transitado por un lugar es abordada por los vecinos para que asistan a indagar sobre unos gritos de auxilio provenientes de una casa. Los agentes irrumpen en el lugar y efectivamente encuentran que una mujer está siendo maltratada por un individuo que al percatarse de la presencia policial huye y se encierra en una habitación. En su afán de que el agresor reciba su castigo los agentes destruyen y

⁷²⁰ CPPD. Art. 181

logran abrir la puerta de la habitación, en cuyo interior encuentran armas y paquetes de narcóticos...

La pregunta obligada sería: ¿Qué alternativas legales tienen los agentes?

a) Tomar el agresor, y presentarlo a la autoridad por los hechos que motivaron su agresión y dejar las armas y narcóticos en su lugar, a fin de cuentas no fue el motivo de su intervención.

b) Aprovechar el hallazgo y proceder al sometimiento por tráfico y distribución de narcóticos y tenencia ilegal de armas; total, si bien es cierto que no eran portadores de una orden para el levantamiento, actuaron con apego a la ley que en tal circunstancia no los lo le permite el ingreso sino también el registro del lugar.

Ante la referida circunstancia, estamos ante un prueba ilícita o ante un hallazgo inevitable?. Esa respuesta deberá aportárnosla la judicatura dominicana al momento en que amerite un fallo un hecho con esas o similares características. Y de hecho lo esperamos, para que los jueces de los distintos niveles y, especialmente, el criterio jurisprudencial, vayan perfilando el camino a seguir de la prueba ilícita en el proceso penal local.

Otro escenario hipotético sería el de un imputado que ingresó al proceso porque a través de una escucha telefónica que las autoridades habían solicitado para dar seguimiento por tráfico de drogas, y el investigado informó a sus socios de la comisión del homicidio de X quien se presentó a su casa a chantajearlo, por lo que ejecutó el hecho y procedió a ocultarlo en x lugar de su residencia por lo que solicitaba ayuda para deshacerse del cadáver.

Apercibidos de la situación, las autoridades crean las condiciones para simular una actuación con apego al art. 181 y, efectivamente, dan al traste con el cuerpo de la víctima y todos los pormenores probatorios de culpabilidad.

Evidentemente que, en principio, estamos ante una prueba ilegal, porque la autorización judicial había sido emitida para un seguimiento de drogas, no de homicidio; sin embargo, puede el investigador en virtud del 181 argüir la teoría del “descubrimiento o hallazgo

inevitable”?, ¿Cómo decidirá la cuestión la actividad jurisdiccional?. Estaremos a la espera.

Estamos consiente de que los referidos planteamiento hipotéticos bien pudieren parecer exagerados o traídos de la imaginación de series policiacas de entretenimiento morboso, al estilo hollywoodense; sin embargo, a mucho pesar he de reconocer el nivel de deterioro moral que acusa esta sociedad, circunstancia que alcanza la actividad judicial en pleno, y ni hablar del quehacer penal, baste con señalar que un porcentaje escándalos de los asaltos, atracos y homicidios frutos de la criminalidad callejera son cometidos por los agentes policiales,⁷²¹ auxiliares naturales, en todas las jurisdicciones, del MP, por lo que en cada proceso juegan un papel de importancia protagónica. Solo como aportación complementaria, que a la fecha presente guardan prisión en las cárceles dominicanas parte de la élite de la Dirección Central Antinarcóticos (DICAN) por sustracción de narcóticos, tráfico de estupefacientes, “tumbes” a bandas criminales, entre otras perlas, acompañados de otros dos ilustres miembros del MP, unidos en el denominado “Caso Dican”.⁷²² Y solo referimos el denominado “Caso Fiscal Ocoa”, en el que el “magistrado” guarda prisión por haber sido captado colocando un arma incriminatoria en perjuicio de un ciudadano.

Otros “operadores del sistema” se manejan con otro nivel de “inteligencia”. El resto de las realidades vivenciadas es recomendable, y eso hacemos, dejarlo a la imaginación.

Social y jurídicamente se está en una etapa de “encontrar el camino”, es fundamentalmente por lo que insistimos en que en este momento se precisa ir observando el rumbo que van tomando la aplicación de este principio y sus excepciones.

⁷²¹ Listín Diario: “Más de 30 agentes involucrados en hechos delictivos en últimos meses.”
Véase <http://www.listindiario.com/la-republica/2015/09/02/386524/mas-de-30-agentes-involucrados-en-hechos-delictivos-en-ultimos-meses>

⁷²² Véase Caso Dican A: <https://www.google.com.do/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&es pv=2 &ie=UTF-8#q=caso+dican>

Véase: Caso Dican B: <http://www.listindiario.com/la-republica/2015/09/06/387098/dictan-apertura-a-juicio-contra-11-de-los-12-implicados-en-caso-dican>

3.4.1.3 Principio del Vínculo Atenuado

Se denomina vínculo atenuado, al elemento probatorio que teniendo su inicio en una práctica ilegal, su relación causal con esta llega a disipar la ilegalidad al punto que puede ser aprovechable para justificar una sentencia condenatoria.

Encontramos en el texto de Hernández Basualto, el ejemplo considerado paradigmático para la explicación de este principio, se refiere al caso Wong Sun Vs. United States, en el que agentes policiales detienen ilegalmente a una persona, quien involucra a otra, y ésta a su vez implica a una tercera (Wong Sun) que también es detenida ilegalmente. Con posterioridad, esta persona ya libre y en espera de juicio, debidamente advertida de sus derechos, confiesa voluntariamente. A pesar de resultar indudable el vínculo causal entre la ilegalidad y la prueba, la Suprema Corte declaró admisible la confesión, “*por entender que en la especie dicho vínculo quedó lo suficientemente atenuado como para no aplicar la regla de exclusión*”.⁷²³

Como es posible concluir de la referencia del caso propuesto, el vínculo atenuado ha de ser el fruto de análisis concienzudos que deben ser realizados sobre la complejidad de casos concretos, y partiendo de algunos criterios específicos, entre los que podemos señalar:

- a) Proximidad temporal. Mientras más breve sea el tiempo que media entre la ilegalidad y la obtención de la prueba, mayores posibilidades existen de que sea declarada viciada.
- b) Extensión de la cadena causal. Mientras más numerosos sean los factores que intervengan entre la ilegalidad inicial y la obtención de la evidencia, más posibilidades existen de la admisibilidad de la evidencia.
- c) Acto libre de voluntad. La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio.
- d) Gravedad e intencionalidad de la ofensa. A mayor gravedad de la ofensa, y mientras menos accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y mayor el alcance de la regla de exclusión.

⁷²³ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 25

e) Naturaleza de la evidencia derivada. Conforme ha establecido la Suprema Corte Norteamericana, cierto tipo de evidencia es, por su propia naturaleza, más susceptible de saneamiento que otra. Sería más fácil, por ejemplo, sanear la prueba testimonial que la material, por dos razones: primero, porque los testigos suelen aparecer por su propia voluntad, y al contrario, los objetos inanimados deben ser descubiertos por otros; y segundo, porque las probabilidades de obtener prueba testimonial por medios legales son mayores, razón por la cual los cuerpos investigativos tienen menos incentivos para violar los derechos fundamentales en orden a obtener el testimonio.⁷²⁴

En el caso de la especie el Tribunal Supremo rechazó todas las pruebas menos la relativa a la confesión, aun reconociendo que de haber existido la inicial, tachada de ilegalidad, con muy escasas probabilidades se hubiera producido la confesión; sin embargo, se valoró la voluntariedad de la referida confesión y el hecho de la advertencia previa de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial.

Como puede ser observado, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba que de ella se derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado —atenuado— que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada.

3.4.1.4 Teoría de la Buena Fe

Se fundamenta esta teoría sobre la presunción del error en que incurre un agente judicial que realiza un procedimiento que vulnera una garantía, en el cual no ha existido la intención de infringirla, por lo que la actuación del agente se presume de buena fe de su parte.

Se ejemplifica esta excepción con la hipótesis de que la policía escucha gritos de auxilio en el interior de una casa e ingresa sin orden, encontrándose con una fiesta en la que se consumía sustancias narcóticas, y los gritos eran proferidos en broma.⁷²⁵

⁷²⁴ Hernández Basualto. H. Op. cit., págs. 25-26

⁷²⁵ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit. pág. 79

Entendemos que esta teoría, al igual que la del vínculo atenuado, persigue reducir a su mínima expresión los alcances de la exclusión probatoria. Es preciso recordar que uno de los fines de ésta, es la disuasión de la autoridad de incurrir, en el curso de las investigaciones penales, en actuaciones que vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El contenido de estas teorías está fundado en elementos subjetivos que con facilidad escapan al control del debido proceso. Lo esencialmente importante es la no vulneración de las garantías constitucionales, lo cual desnaturalizaría la sana administración de justicia, pretendiendo hacerla beneficiaria de una actuación ilícita; y este es un principio que debe ser preservado, y no ser desechado a la primera, por la afirmación de un agente que dice haber actuado de buena fe, lo cual, por otro lado, ni no es imposible, al menos es de difícil verificación.

Esta línea de pensamiento es compartida por Hernández Basualto, quien es de criterio que las excepciones hasta el momento referidas se habían limitado a convalidar los aspectos estrictamente formales de la regla de exclusión, respetando el criterio de fondo, que no es otro que la inutilidad de los elementos probatorios imputados de violación a derechos fundamentales; sin embargo, esta excepción, con apariencia de ingenuidad, vulnera la excepción de fondo, al no objetar el uso de la prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda cuando los funcionarios actuantes han obrado de buena fe. Esta doctrina alcanzó valor jurisprudencial, en fallo dividido, en el proceso denominado *United States vs. León* (468 U.S. 897 1984), proceso en que funcionarios policiales ingresan y proceden al registro de un lugar cerrado en el que encuentran e incautan sustancias narcóticas controladas, en virtud de orden judicial aparentemente válida, y que posteriormente en el curso el proceso se determinó viciada, toda vez que no estaba fundada en verdadera causa posible.⁷²⁶

Según se desprende del mismo fallo, la exclusión por la excepción de buena fe o “Good faith excepción” no es válida cuando un oficial de policía razonablemente bien entrenado haya podido creer que la orden judicial era válida, de donde se concluye que no es suficiente la simple declaración de “creencia”, sino que debe ser el fruto de un examen normativo objetivo a partir de la figura ideal de un “oficial razonablemente bien

⁷²⁶ Cfr. Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 18

entrenado”, portador de los conocimientos especiales debidos a un agente. Sobre esta base, la propia Corte se toma el espacio de señalar, a título ejemplar, los casos específicos en que se tornaría inadmisibile la excepción:

- a) Cuando el magistrado ha sido engañado por información falsa en la declaración jurada y la falsedad le ha costado al solicitante o debía haberle constatado y solo no le consto por su craso desprecio por la verdad;
- b) Cuando el magistrado ha abandonado su rol judicial, de suerte que ningún agente responsable y bien entrenado debía confiar en la validez de la orden;
- c) Cuando la declaración jurada es tan patentemente insuficiente para fundar causa probable, que no puede estimarse razonable la confianza del agente en la validez de la orden;
- d) Cuando la orden es tan insuficiente en cuanto a la especificación del lugar a registrar o a las cosas por incautar, que no es razonable la confianza del agente en su validez.⁷²⁷

Evidentemente resultan argumentos imprecisos y carentes de argumentos contundentes que permitan un análisis ponderado al momento de dar visto bueno a la aceptación doctrinal tendente a la aplicación en otros sistemas o culturas judiciales. Evidentemente que, en mayor o menor medida, ya forma parte, vía disposición jurisprudencial, del acopio legal norteamericano, y en ese caso no existe otra alternativa que conocer, estudiar y tratar de profundizar en la figura; sin embargo, no le vemos la utilidad práctica en el orden de la aplicación, toda vez que su esencia está configurada sobre una plataforma subjetiva, la buena fe, de difícil probabilidad probatoria fuera de la psique del agente actuante, y sobre todo en materia jurídico penal caracterizado esencialmente por el juicio a los hechos materiales, no a los que rondan en la esfera mental de las probabilidades.

Esta excepción o teoría de la buena fe es la que mayor fisura de criterios ha provocado entre los jueces norteamericanos, a la fecha ni los que la adversan ni los defensores, han hilvanado una doctrina contundente respecto de la figura. En su momento, se argumentó por ejemplo, que la regla de exclusión se impuso para disuadir conductas policiales que deniegan los derechos constitucionales de los acusados, esto como principio general; sin embargo, donde la policía actúa de buena fe, bajo autorización de un magistrado imparcial

⁷²⁷ Hernández Basualto, H. Op. cit., pág. 18

y neutral, se diluye el propósito de la fuerza de disuasión, caso en el cual carece de aplicación, consideraciones conformes al criterio expresado en el voto del magistrado Byrom White;⁷²⁸ circunstancia que en el mismo proceso fue refrendada por el voto del magistrado Harry Blacknum, quien en sus palabras manifestó que la norma de exclusión carece de imposición constitucional, y que su rango de acción se encuentra dirigido a la disuasión de inconductas policiales. Pronunciamientos válidos para circunscribir la regla de exclusión a fundamentos de orden práctico.⁷²⁹

En el debate de criterio colegiado seguido en el caso de referencia, salvó el criterio mayormente adoptado el voto del juez William J. Brennan, quien externó la consideración siguiente: *“La regla de exclusión está indirectamente impuesta por la Cuarta Enmienda. Además, la excepción de buena fe simplemente permitirá a la policía infringir derechos constitucionales...”*

Compartimos el criterio del magistrado Brennan. En lo relativo a la aplicación del principio en la práctica procesal dominicana, similar a como habíamos señalado en la parte final de la excepción analizada con anterioridad, la legislación procesal penal dominicana es poseedora de una saga con la capacidad de abrir un hueco enorme a la creatividad y posible maledicencia del investigador, en las previsiones del art. 181 CPPD, el cual, al igual que como fue analizado en el apartado relativo al “descubrimiento o hallazgo inevitable”, posee también vocación de contubernio con esta denominada excepción.

Somos de opinión que el legislador dominicano debe tomar cartas en el asunto y delimitar las actuaciones y/o levantamientos que pueden ser legalmente válidos inmediatamente un operador de justicia intervenga en uno cualquiera de las posibilidades concebidas por el artículo de referencia.

Aunque socorridas en menor grado que las anteriores, existen otras excepciones a la regla de exclusión de la prueba denominada ilícita como resultado de violaciones a derechos fundamentales, entre las que citamos:

⁷²⁸ United States vs León 468 US 897 1984

⁷²⁹ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pág. 81

Enriquecida: https://translate.google.com.do/translate?hl=es&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Leon&prev=search

3.4.1.5 La Doctrina de la “Purged taint”, de los “vicios subsanados” o de “tinte diluido”

Esta excepción, al igual que las anteriores, es creación del derecho norteamericano. Su aplicación, fundamentalmente se registra en actos de violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por la falta de inmediación entre la ocurrencia de los últimos actos y el original que se obtuvo de manera ilegal.

Básicamente señala esta modalidad de excepción el caso en el que se han vulnerado derechos constitucionales, pero que los mismos favorecen al imputado, tales efectos no pueden estar viciados de nulidad (Pruebas a caro ya descargo) causando un agravio sobre la no responsabilidad revelada, en virtud del derecho vulnerado. De no ser observado este beneficio el sistema legal afrontaría la ocurrencia del dilema de una contradicción, por un lado, el principio de la exclusión tiene por finalidad la protección del ciudadano señalando un límite a la actividad estatal, y por el otro, la misma actividad habría sido empleada para perjudicarlo, en este caso por doble partida: la comisión de la actividad proscrita como ilegal, y su ocultación para perjudicar al imputado.

“El tema ha sido tratado y aceptado por la más caracterizada doctrina (Cafferata Nores, Maier, Minvielle, Binder, Romero, Mill de Pereyra, Gossel, Pellegrini Grinover) y tiene formulación legal en algunos países. Maier enumera una serie de ejemplos en los que advierte que, sin perjuicio de la persecución penal al culpable de la infracción constitucional, podrán utilizarse como prueba sus consecuencias. Así habla de la absolución apoyada en la confesión bajo tormentos o narcoanálisis, beneficiosa al acusado, en base a que “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador. Pellegrini Grinover encuentra justificación a esta posición en el principio de proporcionalidad tomado desde la óptica de la defensa.”⁷³⁰

Señalamiento de interés apunta Hairabedián al reseñar el reconocimiento de la doctrina española hacia el uso de la prueba ilegal en beneficio del imputado, apoyada en la tesis de Ruiz Vadillo, quien citado por Martí Sánchez apunta que si bien es “razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó

⁷³⁰ Hairabedián, M. Op. cit., pág. 90

ilegítimamente...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento”. Se precisa también señalar que, en el aspecto de aplicación jurisdiccional, el Tribunal Supremo español, mediante sentencia del 22 de mayo 1982 negó la petición de los acusados tendente a que le administraran “pentotal” sódico para su inocencia, sin perjuicio de que también se ha reconocido que no podrá ser valorada una confesión perjudicial derivada de este método, lo que analógicamente pudiera implicar la aceptación de eficacia de una declaración desincriminante.⁷³¹

Al parecer esta presunta excepción aún no ha sido homologada por la práctica jurisprudencial, toda vez no fue posible localizar ninguna decisión que la contuviera, ni los autores que la refieren señalaron ninguna aplicación práctica.

Es la pretensión de esta figura que el oficial que ha desarrollado la producción de una prueba argüida de ilegalidad, cuyo resultado demuestra la inocencia del imputado. Somos de consideración que estamos ante casos, si no improbables, de escasa frecuencia, toda vez que la formación e idiosincrasia del “perseguidor público” o investigador no es de inclinación al favorecimiento del imputado, sus galardones y méritos aumentan en la medida que evidencia culpables, no inocentes.

Apoya nuestra tesis el hecho de que circunstancias similares contempla el EMP dominicano,⁷³² el cual contempla expresamente:

*“Los miembros del Ministerio Público ejercen sus funciones con un criterio objetivo para garantizar la correcta aplicación de las normas jurídicas. Les corresponde investigar tanto los hechos y circunstancias que fundamenten o agraven la responsabilidad penal del imputado, como los que la eximan, extingan o atenúen. Los funcionarios del Ministerio Público están sometidos a la observancia de las prohibiciones e incompatibilidades dispuestas por la ley.”*⁷³³

⁷³¹ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pág. 91

⁷³² Ley 78-03

⁷³³ Ley 78-03 EMP., Art. 11

En efecto, como se había señalado, toca frontera la excepción “purged taint” con el espíritu de este artículo de la legislación dominicana, el cual, sin perjuicio de su ideal, podemos afirmar que son pírricos sus resultados con relación a sensibilizar al funcionario respecto de aportar al juzgador los elementos probatorios que “eximan, extingan o atenúen” la responsabilidad del encartado. Similares resultados pronosticamos respecto de la referida excepción.

No se avista la presencia de esta excepción en la codificación penal dominicana, ni siquiera en el liberal artículo 167 existe alguna expresión que permita al juzgador la aplicación de esta figura procesal, lo que pudiere significar que pudiera constituirse en un principio inaplicable en la administración de justicia dominicana, toda vez que se aplica un sistema legalista cerrado, en el que regularmente no ganan espacio las interpretaciones desapegadas a las literalidad legal; circunstancia que, sin lugar a dudas, impide el desarrollo de figuras y teorías novedosas, y limita la creatividad de los togados dominicanos.⁷³⁴

3.4.1.6 El principio de Proporcionalidad

El fundamento teórico de esta excepción es supeditar la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilegal a la relación de importancia y gravedad del acto imputado de ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Esta tesis doctrinal es ampliamente socorrida en la Europa continental. Consiste básicamente en admitir bajo condiciones muy especiales la aplicación de la prueba ilícita para fundamentar una sentencia condenatoria.

En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad –*verhältnismäßigkeitsprinzip*– se limita a “*situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes...*”, “*...importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones...*”.⁷³⁵

⁷³⁴ Cuando en este punto hablamos de los togados no nos referimos con carácter de exclusividad a los abogados, en este caso también se incluye a los jueces, fiscales, y los operadores judiciales.

⁷³⁵ Hairabedián, M. Op. cit., pág. 91

Este modo de razonar equipara las decisiones tomadas en tales condiciones a las eximentes legales que atenúan o hacen inaplicable la pena, como son los casos de legítima defensa o el estado de necesidad, circunstancias en las cuales el juzgador sopesa elementos pragmáticos de juicio para decidir en favor del bien mayor que en un caso representaría la preservación de la vida, y en el otro el instinto de sobrevivencia.

Si realizamos un ponderados paralelo entre la figura per se y la analogía con las referidas circunstancias de eximente legal, válidamente pudiera el juez, de conformidad a los razonamientos planteados, ponderar el beneficio social que reportaría detener, procesar y encarcelar, un individuo que mediante una escucha ilegal las autoridades tuvieron noticias de que tenía todo listo para hacer explotar un centro comercial en su hora de mayor apogeo. El origen de la prueba es ilegal, pero el daño que se evitaría poniendo al individuo “fuera de circulación”, sería el más beneficioso para el bien común, acotaría un defensor de la referida teoría exclusionista.

Fuera de los tribunales alemanes encontramos también en suiza acogida al principio de proporcionalidad, cuando en el caso “Schenk” se siguió la opinión de Walder en el sentido de que “...debe ser examinado “...caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizarla prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los interés y los derechos en juego...”, admitiendo el autor la utilización de escuchas telefónicas ilegales cuando las mismas tengan la capacidad de impedir la comisión de un delito grave. De su lado, la jurisprudencia española exige, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional número 180 del 12 noviembre 1987 y 263 del 22 diciembre 1988, una justa ponderación entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto.⁷³⁶

En los EE. UU. la figura parece estar representada en toda su extensión en la Ley Patriota (Patriot Act) la cual fue promulgada después de los atentados del 11 de septiembre 2001, la cual permite ampliar ilimitadamente la capacidad del Estado en perjuicio de los derechos constitucionales y/o el debido proceso del que hasta la fecha habían sido en extremo celosos, en aras de preservar el interés colectivo a través de la seguridad y el combate del terrorismo. Solo referenciamos en este momento, toda vez que su contenido será objeto de análisis en el curso de la presente exposición.

⁷³⁶ Cfr. Hairabedián, M. Op. cit., pág. 91

En Rep. Dom. ¿Podría interpretarse parte del contenido del art.333 del CPPD como una posible vía para la aplicación del principio de proporcionalidad?. En efecto, el código dominicano es una pieza normativa abierta, ideal para una sociedad de juristas y magistrados con tendencias a la creatividad en la aplicación de la norma. Un espacio fértil para exportar derecho. En ese tenor puede interpretarse parte del contenido del referido artículo procesal con vocación a hacer uso de la excepción de proporcionalidad. En él se lee:

“Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan...”⁷³⁷

Aunque es una fórmula normativa del sistema que instituye el modelo de sana crítica racional, pretende jugar dos cabezas, por un lado, otorga plena libertad al juzgador para que en base a esos parámetros aporte al juicio una solución o sentencia idónea; por el otro, pretende ser una formulación normativa en la que el juez enmarque su decisión a los cánones, “principios” o paradigmas conocidos. Teniendo el magistrado dominicano esta doble vertiente, será su particular tarea tomar un camino u otro; y si partimos del criterio de que el ser humano “*encuentra en todo momento disponible el sentido común para extraer reglas de la experiencia,*”⁷³⁸ si el juzgador parte de la premisa de que el bien general está por encima del bien particular, y que en todo caso representa el bien mayor o interés superior, y desarrolla la aplicación de ese silogismo ante una circunstancia que afecte sensiblemente valores consagrados en la conciencia colectiva, o represente una amenaza seria y comprobable al bienestar social, válidamente, y en conformidad con las previsiones legales, está facultado para decidir tomando en consideración la excepción de proporcionalidad.

⁷³⁷ CPPD., Art. 333

⁷³⁸ Parra Quijano, Jairo “Razonamiento Judicial en Materia Probatoria” pág. 48. Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>

A esta excepción se une el denominado “balancing test” norteamericano, mediante el cual se deja al arbitrio judicial la valoración de la conveniencia de excluir la prueba ilícita en cada caso concreto, tomando en consideración la “intensidad de la infracción”, la “cantidad de invasión”, la “conciencia de la violación” y el daño que la exclusión podría ocasionar.⁷³⁹

En sentido amplio, la teoría general del derecho y específicamente el derecho constitucional, han dedicado importantes volúmenes al estudio y fallos relativos a la excepción de proporcionalidad, ya que configura formulas tendentes a la solución de choques de principios, y como refiere Alexy: “Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”. No por burocracia el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que la proporcionalidad resulta “*en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales*”.⁷⁴⁰

3.4.1.7 Teoría del Riesgo

Es otra de las excepciones conocida al principio de exclusión de prueba ilícita, la cual surge en condición de valorar aquellos actos, fundamentalmente confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus respectivas derivaciones, aprovechados por un particular con quien “voluntariamente” se relaciona el imputado, y se extrae información vital por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial.⁷⁴¹

La justificación a los hechos reñidos con las previsiones constitucionales reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume la persona que ante otra, hace revelaciones delictivas o realiza actividades con esas configuraciones.

De las lecturas convalidantes de los referidos argumentos se observa que el argumento judicial al respecto, sería más o menos el siguiente: “Si usted no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un juez”; en tal sentido, en sentencia de la Suprema Corte argentina

⁷³⁹ Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 32

⁷⁴⁰ Cfr. Alexy, Roberto Art. Dig. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pags.88-89. Véase: <http://www.redalyc.org/pdf/885/88501716.pdf>

⁷⁴¹ Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 33

fecha en 11/12/1990 (1991-B-190) sostiene que “*quien realiza una transacción criminal en su morada, frente a una persona desconocida, que pudo excluir, asume libremente el riesgo de la delación y no sufre desmedro en su derecho constitucional a la intimidad.*”⁷⁴²

El ingreso al estadio de raciocinio jurídico, en cualquiera de sus vertientes, resulta siempre un escenario de enfrentamiento de posiciones y razonamientos antagónicos. El que se nos presenta en este caso nos sugiere la validez de la prueba acopiada por un “tercero” “desinteresado”, habría que determinar si gracioso, arrepentido..., o exactamente en qué calidad o condición transfiere sus valiosos conocimientos en perjuicio de un tercero que resultará, a causa de su intervención, imputado en una actividad procesal de carácter penal.

Somos de opinión que para la aplicación de esta excepción, en primer lugar deben ser determinadas las circunstancias o móviles que empujan o motivan la delación. Bien pudiera el aparato investigador producir infiltraciones de “para-agentes” con el objetivo de realizar levantamientos probatorios incriminantes en perjuicio de ciudadanos, y de ese modo evadir el resultado de exclusión probatoria que sería producido en caso de sus intervenciones directas.

Entendemos que los argumentos que sostienen la bondad de la denominada “teoría del riesgo”, bien pudieran ser parcialmente validados si se toma en consideración el criterio analizado por Cafferata Nores externado en el razonamiento que expone:

*“El derecho judicial nacional y comparado ha delimitado mayoritariamente el campo de validez de la siguiente manera: si la filmación, grabación, etc., ha sido realizada con el consentimiento o participación de uno de los interlocutores (p. ej., el comprador de droga, el extorsionador, etc.) se le reconoce validez. Por el contrario, si la toma se hace en forma clandestina sin el consentimiento de algún participante de la escena registrada y sin orden judicial, ésta es invalorable...”*⁷⁴³

⁷⁴² Cfr. Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 33

⁷⁴³ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 33

En el segundo momento, se debe requerir el móvil de las particulares motivaciones del delator, si se trata de un interés genuino de justicia, si se persigue sacar de circulación al delatado para asumir su espacio criminal, si ha habido contubernio con la autoridad, entre decenas de variables. En estos procesos con características singulares, nunca será ociosa la inclusión de una pizca de proporcionalidad.

3.4.1.8 La Patriot Act ¿Excepción legal?

Uno de los territorios del planeta con mayor devoción por las libertades hacia el interior de su territorio, tanto en el orden social, económico y legal, los Estados Unidos de Norteamérica, vio quebrar su tradición de respeto por los derechos individuales, incluso de sus propios ciudadanos, con los acontecimientos representados por los ataque al centro comercial World Trade Center el 11 de septiembre 2001.

Al siguiente mes, octubre 2001, promulgaba el congreso de los Estados Unidos de Norteamérica la denominada Ley Patriótica, Patriot Act en su escritura original, representando un retroceso sin precedentes en el respeto por los derechos individuales que tan celosamente había resguardado su tradición jurisprudencial, como se ha evidenciado precedentemente. En efecto, el propio George W. Bush fijó las bases para una nueva doctrina de seguridad nacional, basada en la acción ofensiva. El Presidente, dijo en esa oportunidad que los Estados Unidos habían luchado siempre por la paz, por una paz en favor de la libertad humana y que la defenderían contra las amenazas de los terroristas.⁷⁴⁴

Las Enmiendas garantistas que había exhibido por siglos el ordenamiento jurídico norteamericano quedó oficialmente eclipsado por la referida normativa; de igual modo, se produjo en el mundo una ola expansiva de seguimiento a la corriente “preventiva” legal iniciada por Norteamérica, muy especialmente después de los ataques en Madrid⁷⁴⁵ y Londres,⁷⁴⁶ circunstancias que invitaron a Europa a prestar mayor atención al fenómeno, abriendo un amplio proceso de reformas legislativas en materia de lucha antiterrorista siendo así como nuevas leyes encaminadas en esa dirección fueron adoptadas por

⁷⁴⁴ Discurso en la Academia Militar de West Point, Junio 2002

⁷⁴⁵ Realizados en trenes de cercanía por grupos yihadistas el 11 de marzo de 2004

⁷⁴⁶ 7 julio 2005, al igual que los registrados en Madrid el blanco fue el sistema de transporte.

diferentes democracias liberales⁷⁴⁷ que han incidido de forma abiertamente restrictiva en el ejercicio de determinados derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, etc.; han aumentado los poderes y facultades de sus respectivos servicios de inteligencia y la policía en la lucha contra el terrorismo; y han afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria. En muchos de estos casos, las medidas legislativas adoptadas en la lucha antiterrorista superan incluso a la legislación de excepción.⁷⁴⁸

El virus antiterrorista que ha afectado fundamentalmente los grandes países de los denominados primer mundo, de la esfera occidental del planeta, en su amplia repercusión también alcanzó la legislación dominicana, que en julio del 2008 promulgó la Ley No. 267-08 sobre Terrorismo, y mediante la cual se crean, con plena jurisdicción sobre la materia, el Comité Nacional Antiterrorista y la Dirección Nacional Antiterrorista. En Rep. Dom. esta ley *“declara de alto interés nacional la adopción de acciones tendentes a prevenir, detectar, combatir y erradicar los actos de terrorismo. En tal virtud, todos los poderes públicos y organizaciones estatales deberán elaborar y coordinar planes y acciones que procuren el logro de este objetivo.”*⁷⁴⁹

Como vemos, aun en la legislación dominicana se tratan temas de “prevención” y “combate” abiertos, enfocados en el solo objetivo, sin reparar en los medios, circunstancia que implica una amenaza seria y de cuidado de cara a la preservación de derechos.

En su afán de justificar la conculcación de derechos individuales, en aras de la defensa terrorista Pillar Paul es de consideración que deben ser usadas todas las herramientas al

⁷⁴⁷ Entre las democracias liberales que asumieron o endurecieron sus políticas restrictivas de derechos a los ciudadanos, en aras de prevención y lucha contra el terrorismo, destacan: Alemania, España, Reino Unido, Francia, Portugal, Italia, entre otras.

⁷⁴⁸ Cfr. Álvarez Conde, Enrique y González, Hortensia Art. Dig. “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 7/2006, Real Instituto Elcano, Madrid, 2006, pág. 4. Véase: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/891/891_Alvarezcondegonzalez.pdf

⁷⁴⁹ Ley 267-08 sobre Terrorismo, art.3

alcance, ya sea la diplomacia, sanciones económicas, fuerza militar, e indeciblemente la inteligencia, y acota:

*“Cada herramienta que se usa en la lucha contra el terrorismo tiene algo que contribuir, pero también tiene límites importantes en lo que se puede lograr. Por lo tanto, el antiterrorismo requiere usar todas las herramientas disponibles, porque ninguna de ellas sola puede realizar la tarea. De la misma manera en que el propio terrorismo es multifacético, también debe serlo la campaña en su contra.”*⁷⁵⁰

En punto que sobre el particular queremos destacar es el siguiente. Mucho se ha hablado de las excepciones jurisprudenciales y justificaciones de las mismas, relativas al principio de exclusión de la prueba ilícita, y de hecho, no nos hemos detenido a analizar el fenómeno desde la perspectiva que representa la conculcación de derechos autorizado por ley, aún tengan por motivación combatir o perseguir un crimen o delito determinado. En tal sentido, somos de opinión que las leyes que izando la bandera anti terrorista se han promulgado, endurecido su marco de acción, lideradas por la célebre Ley Patriótica norteamericana, representan un estado de excepción legal al principio de exclusión de la prueba ilícita.

El contenido intrínseco del principio de exclusión, conforme la jurisprudencia y doctrina norteamericana, es el desaliento de la autoridad representante del estado en la persecución de delitos, a cometer registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias; conforme la doctrina europea, es el respeto de las garantías constitucionales. El contenido intrínseco de las leyes antiterroristas, lideradas por la Patriot Act, en la violación impune y justificada de ambos principios. Con el agravante de que lo que estuvo un inicio “bueno” pudiera ingresar en una etapa o zona de degradación con alcances superiores a los planteados inicialmente, y ajenos a los propósitos que lo motivaron.

⁷⁵⁰ Pillar, Paul R. “Las Herramientas Antiterroristas”. En Agenda de la Política Exterior de los Estados Unidos de América, vol. 6, nº 3, 2001, cit. Por Barrientos Ramírez, Franklin, Art. cit.

Sin restarle méritos e importancia a la realidad latente que representa el terrorismo en todas sus escalas, somos de opinión que de un modo u otro la humanidad siempre ha estado y estará pendiendo de situaciones de seguridad, sin embargo, no debe ser estas tratadas de tal modo que representen un retroceso en las conquistas de respeto de derechos fundamentales y su manifestación en todas y cada una de las etapas de los procesos judiciales, muy especialmente en materia penal. En tal sentido, somos de opinión que las medidas cautelares y preventivas deben ser contempladas estrictamente como recursos excepcionales debidamente tutelados por el aparato judicial, aunque ello amerite la creación de jurisdicciones especiales para el manejo de esos procesos que involucran la seguridad pública, sin perjuicio de que los mismos representen limitaciones temporales. De ese modo tendremos oportunidad de evadir la sentencia de Barrientos, quien parafraseando a Agamben, apunta:

*“Según el filósofo italiano Giorgio Agamben, el “estado de excepción”, ese lapso-que se supone provisorio-en el cual se suspende el orden jurídico, se ha convertido durante el siglo XX en una forma permanente y paradigmática de gobierno. Hay que estar atento a que el aumento de la delincuencia, el terrorismo y las guerras civiles, así como la corrupción y la ingobernabilidad, no conduzcan a un nuevo paradigma de la seguridad, caracterizado por estados de excepción permanentes.”*⁷⁵¹

3.5 Críticas al Principio de Exclusión y sus Derivadas

Como hemos contactado en el curso del desarrollo del presente trabajo, encontramos en la figura procesal de exclusión de la prueba ilícita, un principio procesal altamente inflamable y controvertido, que literalmente mantiene en permanente dinamismo la jurisprudencia y doctrina, produciendo argumentos a favor y en contra de su aplicación. En este apartado estaremos aportando los principales argumento esgrimidos por las diferentes posiciones en torno a la materia.

⁷⁵¹ Barrientos, Franklin Art. Dig. “La Política Antiterrorista de los Estados Unidos”, pág. 35 Véase:file:///C:/Users/Abranny/Downloads/Politica%20Antiterrorista%20EE.UU%20anepe.pdf

3.5.1 Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita. Argumentos a Favor

3.5.1.1 El efecto Disuasorio

Proclama este argumento los beneficios aportados por la exclusión de toda prueba que haya sido levantada con inobservancia de las garantías debidas, toda vez que esta disposición implica disuadir al cuerpo investigador estatal del uso de métodos inapropiados porque de todos modos una actuación en esa dirección degeneraría en la ineficacia del objetivo planteado; en este sentido podemos afirmar que el objetivo trascendente de este principio consiste en “*desalentar los abusos funcionales en la investigación de los delitos.*”⁷⁵²

El mecanismo disuasorio entra en vigencia cuando el oficial de policía o investigador toma conciencia de que al levantar una prueba desdeñando los principios y garantías, la misma devendrá en ilícita y, consecuentemente, inprovechable a los fines perseguidos, circunstancia que hacia el futuro le servirán como efecto persuasivo para la observación de la previsiones legales y debido proceso al momento del acopio probatorio.

*“Si la consecuencia de la prueba ilegal es excluir del proceso penal aquella prueba obtenida en violación a una garantía constitucional, no tiene lógica continuar logrando pruebas de manera ilícita, ya que las mismas no tendrán eficacia jurídica alguna... Es la función docente que cumple la regla de exclusión para con los operadores del sistema penal, tanto investigadores, como fiscales y también jueces que deben procurar la transparencia del proceso penal.”*⁷⁵³

Podrá ser argumentado con relativa razón que el referido efecto disuasorio ha sido de difícil cumplimiento práctico, razonamiento que del todo no carece de invalidez; sin

⁷⁵² Arburola Valverde, Allan Art. Dig. “La prueba ilícita o espúrea en materia penal” pag.17.

Véase: <http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/prueba-ilicita-espurea-materia-penal2.shtml>

⁷⁵³ Edwards, C. Op. cit., págs. 59-60

embargo, también ha sido advertido que los operadores investigativos cada vez más prestan mayor atención a los procesos de recolección de pruebas, se precisa recordar además que aún en la actualidad la mayoría de operadores proviene de la época pre-exclusionista, por lo que aún quedan barreras culturales y conceptuales que superar.

Sostiene Arburola parafraseando a Minville que una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de la prueba, está representado por la valoración procesal negativa, toda vez que saber que los elementos de prueba obtenidos mediante la realización de una actividad ilícita es carente de valor y, consecuentemente, no podrá ser usada para probar la culpabilidad del prevenido, situación que hace perder al ejecutor todo incentivo de separarse de la disciplina señalada por la ley para el ejercicio de su actividad.

3.5.1.2 Tutela de las Garantías Constitucionales

La esencia de la exclusión es la inaprovechabilidad o exclusión de las pruebas obtenidas mediante al violación de garantías constitucionales, de lo que lógicamente se desprende que el argumento señero para la defensa de la figura, es la protección de la garantías vulneradas. Al referirse a garantías en plural es para significar que el ámbito de protección es amplio, y entran bajo su cobijo todas y cada una de las garantías debidas a la protección de los derechos individuales, sin perjuicio de las que les sean consagradas en las leyes procesales penales o leyes especiales, inclusive los pactos internaciones que versan sobre la materia.

Resulta tautológico que el argumento defensor de la regla de exclusión de prueba obtenida en transgresión a garantías constitucionales sea planteado un imperativo constitucional, que de hecho lo es; y es complementado con la aseveración de que una falta de esa naturaleza no debe implicar exclusivamente un castigo al infractor, sino la nulidad del acto mismo, ante la amoralidad que representaría el caso que el Estado validara y se prevaleciera de su propia falta.⁷⁵⁴

⁷⁵⁴ Cfr. Carrió, Alejandro “Las reglas de exclusión relativas a la prueba”, J.A. Boletín No. 5651, 20/12/89, p.4

3.5.1.3 Prohibición del Empleo de Medios Ilícitos

Se fundamenta este argumento en que el ejercicio de la labor punitiva del Estado debe estar resguardada por un entorno exento de ilicitud, en el que prime la “bona fide” en el levantamiento de los elementos incriminatorios en contra del ciudadano objeto de la persecución.

En la tarea de compilar la prueba los cuerpos investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique la violación de garantías constitucionales y, paralelamente, contaminar al proceso penal, con una prueba obtenida con prácticas censuradas por la Constitución y las leyes; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haberse cumplimentado lo que determina la garantía constitucional; circunstancia en la cual la regla de exclusión vendría a jugar un rol de desaliento del empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, ya que la prueba lograda bajo los referidos mecanismos serán carentes de todo valor jurídico y, consecuentemente, probatorio.

Implica un verdadero comportamiento ético por parte del Estado no dar aquiescencia a prácticas que propaguen la aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal, al que ha de sumarse el seguimiento adecuado a los funcionarios que cumplan con esta misión estatal, incluyendo escalas de sanciones por violación o incumplimientos, ya que la rebeldía de los funcionarios de ajustarse a los cánones y parámetros legales contrastan con la evocación ideal del Estado de Derecho que tanto se enarbola en los tiempos contemporáneos.

3.5.1.4 Insuficiencia de Sancionar el Abuso

Otra alternativa enarbolada por la corriente de pensamiento que favorece el principio exclusionista de la prueba ilegal es la que señala como una solución someter al funcionario imputable de violación al cumplimiento de una sanción, pero que la prueba obtenida en esas condiciones pueda ser plenamente aprovechable y, por vía de consecuencia, usada válidamente para fundar una sentencia condenatoria.

Esta perspectiva de enfocar la eficacia de la exclusión probatoria encuentra varios escollos para su desarrollo. En primer lugar, la sanción del abuso y aprovechamiento de la prueba deviene en la negación de la doctrina de exclusión, socavando la esencia del

principio y dando abierta aquiescencia a la violación de derechos en perjuicio de los ciudadanos; en segundo lugar, de ser admitida la sola sanción, es seguro que nunca sería equiparable la sanción recibida por un funcionario, a la violación de una garantía fundamental, que además del perjuicio violatorio pudiere significarle la pérdida de su honra, y un posible periodo prolongado de encierro; en tercer lugar, la pretendida acción sancionadora ha resultado inaplicable e inoperante, de hecho una inmensa mayoría de las constituciones y legislaciones que han acogido la figura no contemplan la actividad sancionadora, y entre las que la han asumido expresamente, entre las que se cuenta la dominicana,⁷⁵⁵ en la que no existe, ni siquiera en la legislación que la proscribire, un procedimiento ni se detallan las sanciones que eventualmente serían aplicables al infractor. Con el referido razonamiento coincide Carrió cuando afirma:

“...lo dificultoso que resulta sancionar la transgresión policial en la obtención de la prueba, en cabeza de la propia fuerza policial. Por un lado, el particular que ve sus derechos constitucionales transgredidos por obra de un policía es, en muchas ocasiones, una persona sin recursos como para impulsar acciones legales tendientes a obtener una indemnización. Esto último sin contar con que difícilmente un tribunal vea con sumo agrado el reclamo de quien ha sido objeto de un procedimiento policial del que puede haber resultado la obtención de prueba incriminatoria”.⁷⁵⁶

De hecho, con frecuencia resulta de difícil encausamiento la conducta de simples policías que ven su responsabilidad afectada con delitos penales de tipo homicidios, estafas, atracos, etc., no diríamos de las imputaciones que resulten de “indelicadezas” al momento de levantar pruebas de manera “inapropiadas”, y en el fiel ejercicio de sus funciones, tendentes a combatir el crimen y la criminalidad; saldrían del proceso con mayor jerarquía que la que ingresaron.

⁷⁵⁵ Al menos la legislación adjetiva porque la sustantiva guarda silencio al respecto, limitando exclusivamente a proscribir el rechazo de la ilegalidad.

⁷⁵⁶ Carrió, Alejandro, Las reglas de la exclusión relativas a la prueba, J.A., Boletín No.5651, 20/12/1989

Para que tengamos una idea de la cuestión y nos forjemos una idea real de la percepción jurisdiccional y como se produce la aplicación del derecho en estos países de escasa cultura institucional, de la que desafortunadamente no escapa la administración de justicia. En la normativa procesal penal dominicana existe un bloque de artículos, comprendidos entre el 255 al 258 bajo el título “De la Indemnización al Imputado”, en lo que en esencia se prevé:

“Cuando, a causa de la revisión de la sentencia el condenado es absuelto o se le impone una pena menor, debe ser indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o inhabilitación sufrida o por el tiempo sufrido en exceso. La multa o su exceso le es devuelta...⁷⁵⁷ Al resolver favorablemente la revisión que origina la indemnización, el tribunal fija su importe a razón de un día de salario base del juez de primera instancia por cada día de prisión o de inhabilitación injusta...⁷⁵⁸ También corresponde esta indemnización cuando se declare que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado, y éste ha sufrido prisión preventiva o arresto domiciliario durante el proceso...⁷⁵⁹ El Estado está siempre obligado al pago de la indemnización...”⁷⁶⁰

En los artículos citados encontramos una verdadera estructura punitiva en perjuicio de Estado, cuando a raíz de violaciones procesales les sean impuestas medidas de prisión, preventiva o definitiva, a un imputado, y en algún momento del proceso resulta libre de responsabilidad y, consecuentemente, absuelto. No existe espacio a la interpretación con la claridad especificidad de la redacción de los artículos referidos.

Desarrolló el infrascrito un proceso en calidad de defensa del imputado N. Inóa, el cual se le imputaba la violación de los artículos 379 y 383 del código penal dominicano y el artículo 39 de la Ley 36 sobre porte y tenencia ilegal de armas de fuego, en el que el

⁷⁵⁷ CPPD. Art. 255

⁷⁵⁸ CPPD. Art 256

⁷⁵⁹ CPPD. Art 257

⁷⁶⁰ CPPD. Art 257

encartado sufrió encarcelación por un periodo de 382 días, perdió su trabajo, entre otras vicisitudes de orden familiar. Resultó descargado de toda responsabilidad en el proceso de fondo, en el que estratégicamente nos enfocamos en la defensa penal, para evitar que la petición indemnizatoria relativa a los artículos referidos incidiera en el ánimo de los jueces y declaran culpable a nuestro representado.

Hasta esa parte la estrategia funcionó, y con el descargo penal nos dirigimos al tribunal civil a encaminar el reclamo indemnizatorio prescrito expresamente en la normativa procesal penal. ¿El resultado?:

PRIMERO: DECLARA buena y válida, en cuanto a la forma, la presente demanda en Daños y perjuicios, lanzada por el señor N.I.G, de generales que constan, en contra del ESTADO DOMINICANO, de generales que constan por haber sido hecha conforme al derecho;

SEGUNDO: En cuanto al fondo de la referida acción en justicia, RECHAZA la misma, por los motivos esgrimidos en las motivaciones de la presente decisión;⁷⁶¹

TERCERO: CONDENA a la parte demandante, señor N.I.G., a pagar las costas del procedimiento, ordenando su distracción en beneficio de los abogados del Estado, quienes hicieron la afirmación correspondiente...

Son algunas de las razones por las que sostenemos la opinión de que las normativas procesales deben contemplar un articulado, en el que se incluya el cumplimiento práctico, de sanciones reales y creíbles sobre los funcionarios que en exceso del cumplimiento de sus funciones vulneran derechos y garantías en perjuicio de los ciudadanos encartados en proceso penales. Sin que este proceso de sincerización llegue a alcanzar la categoría de sustituir la sanción o castigo por la validez de la prueba levantada con infracción de la norma.

⁷⁶¹ Los motivos esgrimidos fueron baladíes, carentes de fundamentos lógicos, legales y, consecuentemente favoreciendo el statu quo estatal. Circunstancia que refleja una ausencia de garantía efectiva en la práctica judicial dominicana.

3.5.1.5 Preferencia por la Impunidad

Una consecuencia lógica implica la inaprovechabilidad de la prueba ilegal, estará carente de valor para avalar la existencia del delito perseguido, excluyendo también la eventual responsabilidad penal del imputado, lo que a su vez implica que el delito no podrá ser penalmente sancionado. Entre la alternativa de aprovechar la prueba y castigar la infracción o privarla de efecto jurídico y consagrar la impunidad de ese hecho, la regla de exclusión opta por la segunda opción.⁷⁶²

Este argumento procesal resulta de extrema similitud a la sentencia jurídica que declara el “indubio pro reo”, si en caso de que no sea destruida la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, opera la máxima legal del “indubio pro reo”, caso similar, aunque opuesto, con la certeza de practica violatoria a garantías constitucionales y/o legales opera el principio de exclusión. Ambos principios poseen vocación absolutoria de responsabilidad, uno por operatividad negativa: duda ante el legado probatorio; el otro por operatividad positiva: la certeza de la comisión de la actividad violatoria.

Este argumento privilegia el descargo del imputado de la comisión de un ilícito, a los fines de preservar incólume las garantías constitucionales debidas y la observación del debido proceso de ley.

3.5.2 Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita. Argumentos en Contra

Si bien es cierto que el principio procesal consistente en la exclusión de la prueba ilícita, es una figura que goza de privilegios en el proceso penal por el hecho de proteger garantías constitucionales y legales debidas al individuo, circunstancia que resulta atractiva para el disfrute de un estado de derecho en un sistema social determinado. No menos cierto es que también, en función de su impacto procesal y social, es blanco de acidas críticas y censuras.

El complejo tema de la ilegalidad probatoria alcanza su clímax controversial con las críticas adversas que les son proferidas. Si bien en los ámbitos de profesionales es medianamente mente entendido y compartido, es en esencia incomprensible para otros

⁷⁶² Cfr. Edwards, C. Op. cit., págs. 65-66

sectores profesionales y sociales que en la mayoría de los casos acusan desconocimientos elementales del quehacer jurídico y, mucho menos, de principios y figuras procesales de las que solo se ven sus resultados, y estos se perciben como dañinos para la sociedad, en la mayoría de los casos azuzados por la maquinaria mediática que se encarga de hacer pensar de una manera determinada a una importante masa social. Es el gran fardo que a lo externo de la actividad procesal pesa sobre la figura de exclusión de la prueba ilícita. Los argumentos que se esgrimen en contra de la exclusión pueden ser sintetizados en dos: Un delito no justifica otro, y el que arguye el alto costo social.

3.5.2.1 Un delito no Justifica otro Delito

La dinámica esencial de la regla exclusionista es comprendida como el entramado de un silogismo procesal en el que la premisa A: Todo individuo goza en los procesos penales de garantías debidas por la constitución, las leyes y el debido proceso, las cuales son inviolables y garantizadas por el Estado; premisa B: Las garantías, en el curso de la investigación del delito resultan vulneradas; conclusión: El resultado es la invalidez o inaprovechabilidad de los resultados. Es el quicio sobre el que circula el principio.

Los críticos de la regla de exclusión probatoria usan la tipificación penal de los delitos para fundamentar una ecuación, más o menos en estos términos: *“el delito que surge del abuso funcional⁷⁶³ no puede justificar el delito que se está investigando. Es decir que el delito cometido por el investigador no transforma en lícito el delito que investiga.”⁷⁶⁴*

Este planteamiento disidente, de entrada, carece de sostenimiento lógico, toda vez que salta del planteamiento procesal al conceptual; así, por ejemplo, al plantear que una conducta delictiva (ilícita) al momento de ser abordada de manera “inadecuada” por el cuerpo investigador se convertiría lícita, no concuerda con el espíritu del planteamiento de los defensores del principio. En efecto, lo que plantea la teoría exclusionista es la inaprovechabilidad de la prueba por violación de garantías, no que el hecho ilícito se transforme en lícito. El referido argumento se percibe más como un juego de palabras que como un razonamiento de peso que en un momento determinado pudiera llamar la

⁷⁶³ Aquellas acciones que “lesionan los deberes de la función pública”. Molina Ruiz, Warner “Delitos Funcionales: Guía De Investigación”, Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José; Costa Rica, 2009

⁷⁶⁴ Edwards, C. Op. cit., pág. 68

atención del juzgador y hacerle reflexionar sobre la posibilidad de desechar las teorías garantistas para inclinarse por la disidencia.

*“...la regla de exclusión no produce ninguna conversión, sino que cada cosa sigue siendo lo que es, pero con un agregado: la prueba ilegal no tendrá validez; la consecuencia de esa invalidez será la impunidad del delito, no debe confundirse con su licitud; estaremos siempre ante un delito, aunque no podrá ser castigado...”*⁷⁶⁵

3.5.2.2 El Costo Social

Ingresamos a, quizás, uno de los puntos neurálgicos, de flanco abierto para el principio de exclusión. De hecho, las críticas más comunes y ácidas que recibe la figura proceden de la población, y apuntan al daño a la población, señalando con frecuencia el alto costo que implica para la sociedad acoger en sus calles a peligrosos delincuentes por la aplicación de tecnicismos que en nada benefician una eficaz administración de justicia.

Los críticos que se valen de esta argumentación para detractar el respeto del debido proceso aplicado a través de la regla de exclusión, normalmente encausan sus planteamientos mediante una controversia de valores, la cual sintetiza Edwards en la fórmula siguiente: *“la defensa de la sociedad contra los derechos del imputado. Si se opta por los derechos del imputado, la sociedad paga un alto costo, al liberar a un delincuente, resultando por ende inconveniente para esos intereses sociales la regla de exclusión.”*⁷⁶⁶

Este modelo de razonamiento quizás no sea el que mejor se adecue para enfrentar la cuestión, el tema de la educación y/o culturización en las lides jurídicas, con el agravante de que el común de la sociedad cada día tiene menos espacios para dedicarlo a situaciones que no sean de su puntual interés, pudiera ser vía mediante la cual se llegue al entendimiento de que en realidad no hay dos valores contrapuestos, más bien, existen dos valores que coexisten en situación de toma de decisión. Por un lado, el bienestar social que exige la discriminación o separación del individuo que comete un delito, dirían los

⁷⁶⁵ Edwards, C. Op. cit., pág. 69

⁷⁶⁶ Edwards, C. Op. cit., pág. 60

apologistas del “bienestar social”: no puede darse el lujo el conglomerado social de que este en las calles un individuo que va a poner en peligro la paz y tranquilidad pública, y la vía para sacarlo de circulación es la justicia. Por el otro lado, están los defensores de las garantías que argumentan que estas deben mantener vigencia aun en favor de aquellos que infringen la ley.

El tema relativo a la aplicación de la norma penal sólo puede ser entendido desde dos perspectivas. La primera desde los medios de comunicación o decires de vecinos; entendimiento mediante el cual nos llega mediante una manera vaga e inespecífica, porque solo se recibe la información de los resultados y la perspectiva de quien la transmite. La segunda, mediante la experiencia propia o cercana, que puede producirse a través de alguien tan cercano que obligue un involucramiento de fondo, la cual nos puede aportar una experiencia extrema, a favor o en contra, dependiendo de cuál sea la barra que haya que asumir en el proceso. Esto significa que es en extremo complicado para el ciudadano común asumir una posición equilibrada en torno a la aplicación del derecho en casos específicos, ya también lo es también para los operadores.

El punto que sobre la temática que nos ocupa queremos destacar, es que al final del camino en la aplicación de justicia, sin importar la materia de que se trate, siempre existirán dos bienes sobre los que hay que decidir, en el caso de la regla de exclusión, que aparenta enfrentar el beneficio individual por sobre bienestar social, no resulta más que una percepción efectista, toda vez que el principio no favorece la comisión del delito, sino que castiga la conducta del oficial investigador que infringe los derechos debidos al ciudadano, y si se critica desde la sociedad general, impersonal, diferente es la historia cuando el perjudicado por la maquinaria estatal es el crítico individual, que adquiere rostro, nombre y apellido.

En ese orden, el aparato social, representado la vocería mediática y, en la actualidad, por la incursión del ciudadano en las redes sociales, deben levantar su voz y exigirle al Estado profesionalidad y eticidad a los organismos investigadores, operadores judiciales, a los fines de que enmarquen su conducta dentro de los parámetros dictados de la ley, y no terminen siendo más irrespetuosos de esta que los propios imputados que persiguen.

No obstante, una importante cantidad de autores es de parecer que las críticas sociales relativas a las debilidades de la justicia en torno a la aplicación de la exclusión y la exposición del conglomerado a recibir en su seno a “peligrosos delincuentes”, son más aparentes que reales, supeditando a delitos menores la aplicación de la regla, en esa dirección, por ejemplo, resalta el parecer de Carrió:

“El argumento de que la prueba de exclusión deja a la sociedad a merced de peligrosos delincuentes, es en realidad bastante exagerado. El campo más frecuente de actuación de la regla es en los delitos menores, tales como tenencia de estupefacientes. A su vez, aun en los pocos casos en que la exclusión se opera, el imputado suele ser condenado de todas maneras, por virtud de pruebas independientes a la obtenida de modo ilegal. En suma, el peligroso homicida saliendo libre ante la mirada indefensa de la sociedad parece ser un hecho realmente infrecuente en la realidad diaria de la regla de exclusión.”⁷⁶⁷

En Rep. Dom. ha existido, desde sus inicios, una oposición encarnizada a la implementación de la normativa procesal promulgada en 2004, la cual rompió con más de un siglo de prácticas represivas, de las que aún en nuestros días la población no logra desconectarse, satanizando permanentemente el contenido garantista de la normativa implementada.

Esta circunstancia de presión social sobre el aparato judicial no deja de llevar un efecto disuasivo al espíritu de los jueces de los jueces, quien en múltiples ocasiones dejan de lado las consideraciones de índole legal para no ser blancos de la maquinaria mediática. De hecho, hasta la propia Suprema Corte de los Estados Unidos ha debido incluso salir en su defensa para evadir el juicio mediático y popular, toda vez que “*en numerosos fallos determino que ciertos sectores de la opinión pública norteamericana hayan acusado a la Corte, con un criterio simplista, de enervar los esfuerzos de las autoridades en la lucha*

⁷⁶⁷ Carrió, Alejandro “Las reglas de exclusión relativa a la prueba”, Boletín 5651, 20/12/89

contra el delito.”⁷⁶⁸ conforme narra Cafferata, y complementa dando razón sobre el señalamiento que se hace sobre las cortes argentinas: *“Entre nosotros ocurre lo mismo cada vez que un fallo judicial se enrola en esta postura.”*⁷⁶⁹

Sin lugar a dudas que estas críticas no dejan en la quietud de su inmunidad a los juzgadores, y son esas opiniones generalizadas las que de un modo u otro han incidido en la introducción de las excepciones a la regla de exclusión.

3.6 La sanción al Transgresor

La protección de derechos constitucionales y el debido proceso, celosamente resguardados por ordenamientos procesales y constitucionales. De hecho, el principio de exclusión encuentra su génesis en el interés de disuadir a los agentes investigadores de la violación de derechos, puesto que una vez comprobados el acto y sus consecuentes resultan nulos o inaprovechables para la fundamentación de una sentencia condenatoria.

En el análisis sobre la particularidad refiere Edwards: *“...los defensores de la regla de exclusión de prueba obtenida en transgresión a garantías constitucionales sostienen, naturalmente, que esa exclusión es un imperativo constitucional. Argumentan que en un régimen jurídico donde se consagran derechos fundamentales de los ciudadanos, ante una violación a tales derechos la respuesta del Estado no puede limitarse a sancionar al oficial de policía responsable de esa violación. Limitar la respuesta estatal a eso, y al mismo tiempo aprovechar la prueba ilegítimamente obtenida, implicaría algo así como vaciar de contenido a la garantía de que se trata.”*⁷⁷⁰

Como puede ser apreciado en las reflexiones de Edwards, queda implícito un proceso de “sanción” al funcionario judicial o policial que le sea imputada la falta de infringir en el proceso investigativo alguno de los derechos debidos imputado o investigado, es un concepto que resulta lógico, y que reseñan algunas normativas y doctrina relativa a la materia. En esa dirección, explícitamente, se encamina la legislación dominicana, estableciendo la norma de sanción sobre el infractor, de este modo se manifiesta en el CPPD:

⁷⁶⁸ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 19

⁷⁶⁹ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 19

⁷⁷⁰ Edwards, C. Op. cit., pág. 52

“Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.”⁷⁷¹

En idénticos términos se manifiesta la parte in fine del principio fundamental contenido en el art. 26 de la normativa.

Sobre el particular es preciso destacar que al final del camino resulta en una mera enunciación la pretensión sancionadora, toda vez que ni la misma normativa ni legislación complementaria dan seguimiento sobre el particular, circunstancia que en la práctica se traduce en permanentes violaciones al principio por parte de los cuerpos investigadores a sabiendas de que no existe la referida sanción y que sea el juez quien decida si hubo o no violación a derecho fundamental. Es una práctica que en simple ejercicio de sentido común puede ser determinada su existencia, en esa modalidad, en la gran mayoría de sistemas judiciales que han adoptado la protección de los derechos ciudadanos a través de la regla de exclusión.

De hecho, a los fines de sustanciar la referida tesis, hemos profundizado en la indagación, de localizar al menos un caso en que se haya producido sanción por violación a derechos fundamentales en el curso de una investigación, el esfuerzo resultó infructuoso. No encontramos sanción por hacer, sí por no hacer, caso de la funcionaria norteamericana que terminó encarcelada por negarse a acatar la disposición de la Suprema Corte relativa a unir en matrimonio personas del mismo sexo, posición con la cual conculcaba sus derechos.⁷⁷²

⁷⁷¹ CPPD., Art. 167

⁷⁷² El caso de Kim Davis, secretaria de la oficina de licencias matrimoniales de Rowan (Kentucky), que terminó encarcelada por desacato a la ley, tras negarse en reiteradas ocasiones a emitir licencias a parejas homosexuales. Las razones entregadas por Davis ante su rebeldía fueron infinitas, pero todas apuntaban al tema religioso, diciendo que las licencias "entran en conflicto con la definición de matrimonio de Dios", "violando" su conciencia, que "es una decisión de cielo o infierno", y que "bajo la autoridad de Dios" se sentía con permiso para no acatar la ley. Véase:

<http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2015/09/04/748269/EEUU-Detienen-a-funcionaria-que-se-nego-a-casar-parejas-gay-por-ser-una-decision-de-cielo-o-infierno.html>

Nos preguntamos ante ese acontecimiento, ¿no se violan también los derechos cuando se realiza una acción positiva tendente a afectar los derechos de una persona?. Es un acontecimiento que desvela la doble moral de nuestras sociedades. La legislación procesal penal dominicana en cinco oportunidades refiere el término “sanciones.”⁷⁷³ Puede ser pasible de sanción el juez que no motive sus decisiones (art.24), cuando en la interpretación de una norma se establezcan “sanciones” se interpretarán restrictivamente en favor del imputado (art.25), se prevé sanciones disciplinarias al abogado por abandono de defensa (art.117), y reserva en dos ocasiones el término “sanciones previstas por la ley” para aquellos funcionarios a quienes les sea imputable la comisión de hechos violatorios de derechos fundamentales.

En Rep. Dom. los funcionarios policiales y del MP exhiben en la práctica una creatividad extraordinaria para la persecución de los infractores de la ley penal, entre las que se pueden referir:

1. La colocación de elementos incriminantes a los fines de abonar el terreno y crear las condiciones para una condena.⁷⁷⁴
2. Realización de requisas sin orden judicial en la cual se levantan actas sin fecha para ser completadas después de emitida la orden.
3. Apresamiento ilegal de ciudadanos bajo varias modalidades:
 - a) Sin orden judicial, no son registrados en los archivos policiales de los destacamentos. Después de detenidos inician los trámites para la obtención de la debida orden de apresamiento, y luego de obtenida se procede a asentar la entrada del detenido.
 - b) Una práctica muy socorrida en los departamentos antinarcóticos. Apresan al ciudadano y lo mantienen “flotando”⁷⁷⁵ hasta que se obtiene la orden de arresto.
 - c) Detienen al ciudadano, se vence el plazo para presentarlo al juez de la instrucción,⁷⁷⁶ le dan formal salida y lo vuelven a re-apresar, caso en el cual se renueva el plazo de las veinticuatro horas permitidas por la ley.

⁷⁷³ CPPD. Arts. 24, 25, 26, 117 y 226

⁷⁷⁴ Caso hecho público, el magistrado procurador fiscal de San José de Ocoa captado en medio de una requisita, colocando un arma de fuego, incluso con una nota en el cañón, en la que se indicaba que la recibía para la ejecución de un “encargo” criminal. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=ivOL--SkbU8>

⁷⁷⁵ Transitando con el “prevenido” por la ciudad.

Ahora bien, cuantos funcionarios, policiales o MP han recibido sanciones por este tipo de práctica, a todas luces violatorias de derechos fundamentales, común en nuestros cuarteles, no sorprende la respuesta,⁷⁷⁷ ninguno; básicamente por dos razones elementales:

Primera: Los jueces lo toman como simples alegaciones, y en muy escasas ocasiones toman al menos “en serio” esas alegaciones; y en tales casos, más que sanción reciben un premio por su “astucia”, que en vez de desalentarlos les anima a continuar desarrollando prácticas tan provechosas como las referidas.

Segunda: ¿Cuál sería el problema para hacer efectiva la disposición contenida en los artículos 26 y 167? Relativa a “sancionar a los autores del hecho”. Una razón muy sencilla: Que ni la ley procesal, ni ninguna otra, hace referencia a sanción de funcionario alguno por la comisión de los referidos delitos.

Si verdaderamente existe la decisión y acción de revestir los procesos de verdaderas garantías, al menos debe existir coherencia en la propia legislación, toda vez que la misma sugiere una sanción que ella misma no contempla, peor aún, tampoco ninguna otra; en tal sentido, debe el legislador definir y establecer las sanciones descritas en el ordenamiento procesal.

3.7 ¿Intereses en Conflicto?

Hasta hace poco, la posición doctrinal dominante en Iberoamérica había defendido la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente, posición justificada por la prolongada incidencia en nuestras culturas jurídicas del sistema inquisitivo, el cual enarbola como uno de sus principales objetivos procesales la búsqueda de la verdad material.

⁷⁷⁶ Art. 224. Arresto. La policía debe proceder al arresto de una persona cuando una orden judicial así lo ordene... La autoridad policial que practique el arresto de una persona debe ponerla, sin demora innecesaria, a la orden del ministerio público, para que éste, si lo estima pertinente, disponga directamente su puesta en libertad o solicite al juez una medida de coerción. La solicitud del ministerio público debe formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del arresto...

⁷⁷⁷ En este punto, precisamente en este punto, es donde radica el centro de atención y preocupación, en la falta de sorpresa. Pasa, y nada pasa, se alega, y nada pasa, se denuncia, y nada pasa. Hemos tenido la capacidad de perder la sensibilidad. Ahí radica el verdadero punto de preocupación.

En el fondo, los partidarios de esta posición apreciaban la fuerza de convicción que porta el elemento de prueba y, consecuentemente, su utilidad para el descubrimiento de la verdad; razón, a su entender suficiente, para su admisión y valoración, con independencia de la forma y circunstancias en que hubiere sido obtenida.

En su afán por ilustrar el pensamiento de la pasada generación jurídica y citando a Muñoz Sabate, Horvitz explica el asunto arguyendo que si el elemento probatorio ayuda en el objetivo de reconstrucción histórica, pareciera no existir ninguna razón para desconocerle admisibilidad o valor probatorio que tuviere una justificación desde el punto de vista de los objetivos del proceso. De ese modo, no tendría por qué ser desechada como elemento con valor probatorio, el arma homicida encontrada en un domicilio particular, aun cuando la entrada y registro de ese lugar se hubiere operado sin respetar la observancia de emisión previa de una orden judicial de entrada y registro.⁷⁷⁸

Con el paso del tiempo, y la introducción de nuevos modelos procesales, nuevas prácticas han ido tomando arraigo en nuestros sistemas de persecución del delito en materia penal, tal es el caso del principio de exclusión probatoria, la cual le proporciona a la obtención del elemento probatorio un carácter diametralmente distinto que el conferido por la pasada generación jurídica.

La oposición a la exclusión de la prueba ilícita, sobrevive aún en nuestros días, y es natural que así sea, pues sobre escasos puntos en el universo existe uniformidad de criterios y, como ha de suponerse, la exclusión no es uno de ellos.

En la actualidad, los argumentos más socorridos en contra de la regla de exclusión probatoria se sintetizan en tres posiciones, la que plantea el costo social, la que analiza el perjuicio que recibe la víctima quien se ve desamparada del abrigo de la justicia; y la que plantea que una inobservancia no puede premiar un delito.

La tesis que plantea el costo social, enarbola como principal argumento el “*alto precio que debe pagar la sociedad al liberar a un delincuente por la aplicación de esta regla*”,⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ Cfr. Horvitz Lennon, M. Op. cit. págs.170 -171

⁷⁷⁹ Edwards, C. Op. cit. pág. 69

desde donde se arguye la alta inseguridad social que genera la realidad de poner en las calles a peligrosos delincuentes por intrascendentes tecnicismos procesales.

Se nutre esta corriente de pensamiento de corifeos que desde los diversos medios de comunicación, detractan este principio de respeto a la dignidad humana. Medios en los que se incluyen filmicas de cine y series televisivas, en los que se describen casos, hipotéticos o reales, donde se realizan detenciones basadas en pruebas ilegales, desacreditando los fundamentos de la regla de exclusión, y confrontándola con los valores seguridad pública y justicia.⁷⁸⁰

El argumento que plantea el perjuicio que recibe la víctima quien se ve impedida del amparo de la justicia, señala la exclusión probatoria como el mecanismo legal que priva al individuo víctima de un ilícito, del ejercicio de un derecho por actuaciones que les son ajenas, abriendo la posibilidad a usanzas socio jurídicas superadas, tal es el caso de la denominada venganza privada.

El planteamiento, de que una inobservancia no justifica un delito, está fundamentado sobre la tesis de que la violación de un derecho no justifica la responsabilidad que sobre hechos bajo su responsabilidad haya cometido un imputado; refiere a que el castigo de una acción libre y consciente, bajo ninguna circunstancia debe ser beneficiada por la vulneración de un derecho.

Sobre estas corrientes opositoras a la regla de exclusión, refiere Edwards:

“Los detractores de la regla de exclusión ensayan distintos argumentos para intentar demostrar la inutilidad de dicha regla. Esta argumentación es más efectista que real, ya que recurren a motivos más aparentes que concretos”.⁷⁸¹

La doctrina, cada vez más creciente, en pro de la aplicación en el proceso de la regla de la exclusión de la prueba obtenida de manera ilícita, tiene como punto de partida la dignidad de la persona, siendo este su elemento fundamental, dejando constancia de que todo medio

⁷⁸⁰ Cfr. Edwards, C. Op. cit. pág. 66

⁷⁸¹ Edwards, C. Op. cit., pág. 67

de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito y, por consiguiente, en estricta aplicación del principio de exclusión.

Es entendible entonces que los partidarios de la validez de este principio sean tan incisivos al momento de precisar que la violación a la dignidad humana, o a los derechos fundamentales, constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad.

Hemos podido constatar, que la defensa de la exclusión probatoria está fundamentada, esencialmente, sobre dos principios, el ético, y el equilibrio del poder estatal; ambos, aún distintos, se entremezclan, se alejan y encuentran sucesivamente en los argumentos de sus defensores.

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal es esencialmente ético, antes que utilitario, y está referido a la legitimidad de la acción estatal, considera Hernández Basualto, asegurando que el ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesales penales de los ciudadanos, en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación.⁷⁸²

Es el Estado, en todo su conjunto, la principal institución de salvaguarda de los derechos y garantías que emanan de la Constitución, los tratados internacionales, equiparados a ella en jerarquía, las leyes adjetivas; por lo que mal pudiera beneficiarse de la inobservancia de sus disposiciones en perjuicio de los particulares.

La convicción de los defensores de la exclusión es tal, que proclaman sin reservas que el respeto de las garantías individuales debe prevalecer sobre todo interés, incluyendo el punitivo del Estado, aunque de esto pueda resultar la impunidad de algún delito.

Entienden, que si le fuere permitido al poder omnímodo del Estado la persecución sin límites del delito, involucrarían nuestra sociedades a la etapa del proceso inquisitivo, en el que fue considerando el individuo como un objeto de persecución penal, incurriendo, de

⁷⁸² Hernández Basualto, H. Op. cit. pág. 61

conformidad a los nuevos modelos procesales, en la comisión de delitos en sus modalidades persecutorias, desapareciendo entonces la línea divisoria entre la justicia y la delincuencia, pues se sumarían las autoridades a esta, por convertirse su actividad en delictual.

Con relación al papel debido al Estado en el proceso penal, son oportunas las consideraciones que sobre el particular define E. Jauchen:

*“El Estado de Derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. La responsabilidad de este último es siempre incierta hasta su firme declaración de culpabilidad, culminación a la que no se puede pretender arribar mediante la inobservancia de las garantías individuales. Para investigar y castigar el delito no es posible hacerlo mediante la comisión de otro delito, a menudo más grave, que generalmente va unido a la violación de las normas garantistas”.*⁷⁸³

El punto de convergencia, de conformidad a los avances teóricos prácticos que han experimentados nuestros sistemas procesales, aún este distante el acuerdo unívoco, es posible establecerlo sobre la tendencia imperante, en el sentido de que todo acto que implique la adquisición de pruebas debe hallarse en equilibrio, por un lado, con la necesidad del Estado de descubrir la verdad y castigar adecuadamente los ilícitos penales; y por el otro, con las garantías constitucionales, tratados internacionales y leyes adjetivas, previstas para proteger los derechos individuales que aseguran el pleno desarrollo del hombre en sociedad.

En consecuencia, el principio de libertad probatoria consagrada en el artículo 170 del Código Procesal Penal Dominicano, encuentra su límite en la legalidad y en las garantías

⁷⁸³ Jauchen, E. Op. cit. págs. 614 -615

de orden procesal; límite que está integrado por la llamada regla de la exclusión probatoria, entendida como la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías al debido proceso.

El punto intermedio entre las posiciones que detractan y las que propugnan por la exclusión de la prueba ilícita, lo encontramos en el genio de Benthan, cuando afirma: “...la exclusión será siempre un mal, si bien un mal inferior al otro: un mal inferior al de las dilaciones, al de los vejámenes... Esta exclusión debe ser considerada desde el mismo punto de vista que las penas legales: siempre un mal, pero un mal al que hay que someterse para evitar otro mayor.”⁷⁸⁴

⁷⁸⁴ Benthan, Jeremías “Tratado de las Pruebas Judiciales, Ejea Editorial, Buenos Aires, 1971, pág. 253

“Majestad, llevamos quinientos años esperando...”

Joaquín Balaguer a Juan Carlos I en la primera visita de un Rey de España a América

Capítulo IV:
La Prueba Ilegal.
Evolución y Praxis en el Contexto de la Legislación Dominicana

4.1 Evolución Histórica

4.1.1 Alumbramiento del Concepto de Derechos Humanos en América

Si como se ha señalado, el objetivo dogmático de la prueba ilícita es, en esencia, el respeto y salvaguarda de los denominados derechos fundamentales, podemos ubicar la génesis de reclamo formal de respeto de los derechos humanos, más allá del territorio que la cartografía mundial reconoce como República Dominicana, sino en los territorios que son reconocidos en los anales de la historia como “nuevo mundo”,⁷⁸⁵ en los reclamos dirigidos por el fraile Antón de Montesinos a las autoridades que en la isla La Española representaban para la ocasión la corona española, a quienes en el denominado sermón de adviento les reprocho el “trato inhumano y cruel”, que los referidos emisarios prodigaban a los nativos.

Para entonces se desempeñaba la humanidad en los albores del siglo VI, período para el cual la mayoría de sociedades europeas exhibían importantes grados de madurez social y particularmente en el ámbito de aplicaciones de cánones legales y administración de procesos judiciales, contaban con experiencias, propias y comparadas, aplicadas en los referidos campos; sin embargo, se evidencia para la época la existencia de prácticas bárbaras, con especial desborde y descontrol, en los referidos territorios del mundo occidental conocido; y más aún, si tomamos como parámetros que al menos trescientos años antes de la llegada europea a estas tierras, ya en la misma Europa, se había registrado

⁷⁸⁵ El Nuevo Mundo es uno de los nombres históricos con que se ha denominado al continente americano desde finales del siglo XV como consecuencia del descubrimiento de América en 1492 por parte de los españoles. El adjetivo nuevo se emplea para distinguirlo del "Viejo Mundo", es decir los continentes ya conocidas por los europeos: Europa, Asia y África. Por esa razón se justificaba el uso de un término inédito para designar al continente recién descubierto y encontrado.

En principio, Cristóbal Colón, su descubridor, creyó que había llegado al continente asiático, llamado Indias por Marco Polo. Esa confusión hizo que los europeos denominasen Indias Occidentales a las islas recién descubiertas, en oposición a las Indias ya conocidas que desde entonces empezaron a llamarse Indias Orientales. Por esa misma equivocación a los nativos americanos se les denominó indios. No obstante, ya en su tercer viaje (1498-1500) el mismo Colón advirtió que se trataba de un nuevo territorio, desconocido hasta entonces. De esta forma, desde el año 1507 las cartografías comenzaron a mostrar a América como un nuevo continente, a partir de los trabajos de Américo Vespucio, Juan de la Cosa y Martín Waldseemüller. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Nuevo_Mundo

en Londres, en el curso del año de 1215, las célebres declaraciones del Rey Juan I, mejor referenciado en los textos y cultura histórica como Juan sin Tierra, relativas a la humanización de los procesos judiciales, y tres siglos posteriores fueron sometidos los habitantes de estas tierras prácticamente al exterminio, sin que mediaran los avances a nivel de aplicación de justicia que al menos comenzaban a despertar la inquietud de los letrados en algunos países europeos.

En el referido contexto histórico, se enmarcan las primeras declaraciones de Derechos Humanos, de la que se tiene conocimientos en tierras americanas, las cuales, nota singular, no fueron recogidas a lo interno de una sala de justicia, como debió haber sido su discurrir lógico y natural, sino en un escenario netamente religioso, en la pieza oratoria que la historia registra como Sermón de Montesinos, Fraile Dominicano, quien sobre la postrimería del año 1511 encaró con la referida homilía las prácticas de barbarie, apadrinadas por las autoridades coloniales y el sistema legal vigente en el territorio de La Española.

Se concretan en el también denominado Sermón de Adviento, el reclamo de reconocimiento de los derechos humanos fundamentales en el nuevo mundo, pieza retórica equivalente, guardando distancia, particularidades y contexto histórico, a la referida proclamación de la "Magna Carta Libertatum" de Juan sin Tierra, en el aspecto de plantear a la autoridad respeto por los derechos humanos.

Se aprecia el denominado Sermón de Montesinos o Sermón de Adviento, en fragmento y castellano antiguo:

“Yo soy voz de Cristo en el desierto de esta isla y, por tanto, conviene que con atención no cualquiera, sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos la oigáis; la cual será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura y más espantable y peligrosa que jamás pensasteis oír... Esta voz dice que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muertos y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo

*los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos de sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y Criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y los domingos? Estos, ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis, esto no sentís? ¿Cómo estáis en tan profundidad, de sueño tan letárgico, dormidos? Tened por cierto, que en el estado en que estáis, no os podéis más salvar, que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo.
Ego vox clamantis in deserto”.*⁷⁸⁶

Subvertir el orden social imperante en reclamo de respeto por los derechos humanos, y atentar contra el establishment, costó a Montesinos una travesía marítima para asistir a una audiencia personal con el monarca en tierras continentales, a quien en la ocasión expuso un largo memorial de los agravios de los conquistadores contra los indios,⁷⁸⁷ entre otros: hacer la guerra a gente pacífica y mansa, entrar en sus casas y tomar a sus mujeres, hijas, hijos y haciendas, cortarles por medio, hacer apuestas sobre quién les cortaba la cabeza de un tajo, quemarlos vivos, imponerles trabajos forzados en las minas, etcétera. Circunstancia que a juicio de J.J. Tamayo plantó la semilla de reconocimiento de los derechos debidos a los nativos, por lo que expone: “Aquel sermón no cayó en saco roto. Marcó el comienzo del cristianismo liberador, del reconocimiento de la dignidad de los indios y del respeto a la diversidad cultural y religiosa en Amerindia. Fue, asimismo, el germen de la teología de la liberación. Tres años después, Bartolomé de Las Casas renunciaba a su función de encomendero, se convertía en el defensor de los derechos de los indios y, según Fernández Buey, en el iniciador de la variante latina de la filosofía europea de la alteridad y de la tolerancia.”⁷⁸⁸

⁷⁸⁶ Fr. Gustavo Gutiérrez, O.P. Art. Dig. “Texto del Sermón de Antón Montesino según Bartolomé De Las Casas y Comentario de Gustavo Gutiérrez”. Véase: http://www.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf

⁷⁸⁷ Nombre dado a Los indígenas de América, llamados en un principio indios por confusión entre Cristóbal Colón y sus acompañantes quienes creyeron haber llegados a las Indias, Asia.

⁷⁸⁸ Tamayo, Juan José es director de la Cátedra Ignacio Ellacuría de la Universidad Carlos III de Madrid y autor de Otra teología es posible. Pluralismo religioso, interculturalidad y feminismo (Herder, Barcelona, 2011). http://elpais.com/diario/2011/12/20/opinion/1324335605_850215.html

Como se tiene visto, es imposible abordar la temática de los derechos humanos en América sin hacer mención, y analizar en su contexto, el aporte de la orden de los dominicos, primer grupo religioso en pisar tierras americanas, quienes aportaron como figura señera al abate Montesinos, quien configuró el embrión de los derechos humanos en tierras americanas. Constituye el inicio de este largo camino del que aún nos encontramos en su tránsito.

En el recorrido histórico que continúa entre 1511 y principios de 1844, en el que se registraron más de tres siglos de historia fundamentalmente de dominación española y un corto periodo de dos decenios de ocupación haitiana, los cuales pueden perfectamente ser definidos como tres siglos de oscurantismos en la materia que nos ocupa. Los avances en el orden jurídico penal, menos que exigüos, inexistentes. Tras esa interminable etapa histórica una tenue luz inicia el alumbramiento del horizonte jurídico social con el advenimiento de la proclama de independencia en 1844. Quedando como único aporte en cuatrocientos años de historia, en materia de derechos humanos, no hablemos siquiera de justicia, y mucho menos de pruebas, el citado sermón de adviento de Fray Antón de Montesinos.

El derecho aplicado en estas tierras en el periodo colonial, como es lógico, estuvo dictado por la corona o las propias prácticas que en la materia era aplicada en la metrópolis, las cuales para la ocasión, estaban inspiradas en el libro de Las Siete Partidas, o simplemente Partidas, el cual constituía un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), denominado por sus contemporáneos, Alfonso el sabio, y cuyo objetivo fundamental era la consecución de una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, fundamentado en las secciones en que se encontraba dividida.

Las Siete Partidas es considerada como uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho, al constituir el cuerpo jurídico de más amplia y dilatada vigencia en Hispanoamérica, hasta el siglo XIX. Incluso se le ha calificado de enciclopedia humanista, pues en su contenido se abordan temas de índole filosóficos, morales y teológicos, aunque el propio texto reclama su carácter legislativo, al

señalar en el prólogo que “*se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara.*”⁷⁸⁹

Nos comenta Livio Cedeño que “promediando el siglo II, recibió en España el Derecho Romano-Canónico, e introdujo el método inquisitivo en la persecución penal”,⁷⁹⁰ adquiriendo marcado desarrollo en España bajo el reinado de los Reyes Católicos, mediante una dualidad de instituciones judiciales, una religiosa y otra laica, con las características que se describen:

“El Tribunal del santo Oficio, que se caracterizó por la crueldad de sus procedimientos y penas, fue creado en 1480, y se extendió a casi toda España y América Hispana. Desde el punto de vista de la competencia, se creó para conocer en artículos de fe, en especial en las herejías y delitos conexos; pero luego sirvió para asegurar el poder real y el absolutismo real..

*En 1567 y 1805, respectivamente, se aplicaron la Nueva y Novísima Recopilación, que daban a Las Partidas el carácter de Derecho supletorio, tuvieron una buena aplicación en España y en América Hispana.”*⁷⁹¹

Como era de esperarse, las referidas prácticas que en materia de aplicación de derecho eran, más que apadrinadas, alentadas por la corona, hicieron ecos en las colonias hispanas, sirviendo como base legal para subyugar a los nativos de estas tierras, y paulatinamente se filtró a las practicas legales formales, y de un modo u otro, tenemos vestigios, aún en nuestros días, de los referidos lastres históricos.

⁷⁸⁹ Cfr. Wikipedia https://es.wikipedia.org/wiki/Siete_Partidas

⁷⁹⁰ Livio Cedeño, Víctor “Manual de Derecho Procesal Penal Moderno” t. I, pág. 104

⁷⁹¹ Livio Cedeño, V., Op. cit., pág. 104

4.1.2 El Código de Procedimiento Criminal

4.1.2.1 Aspectos Históricos

El Código de Procedimiento Criminal constituye la fuente de administración de justicia de más larga data en materia penal en República Dominicana. Juzgó la suerte de los dominicanos por más de ciento veinte años. Generaciones nacieron, se formaron y murieron a la sombra de ese instrumento legal que sin lugar a dudas continúa pendiendo como espada de Damocles sobre la cerviz social.

Trescientos noventa y un años y ocho meses transcurrieron entre el 12 octubre 1492, día en que, en horas de la madrugada, el marinero de origen andaluz, Rodrigo de Triana avistara Quisqueyana desde la proa de La Pinta e interrumpiera la prolongada inquietud de la tripulación con su hoy celebre grito de ¡Tierraaaa!, hasta el 27 junio 1884, día en que fue promulgado el referido Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana.

La independencia nacional dominicana inició su proceso de cristalización inmediata en el ámbito político, no así en el aspecto jurídico, las leyes haitianas mantuvieron su vigencia con posterioridad a la efervescencia independentista. En el curso del año 1845 la clase política inició los procesos de apaciguamiento de las inquietudes sociales internas, ocasión en la que fue persuadida de que para mantener el orden interno y no producir cambios drásticos en el ordenamiento jurídico, resultaba conveniente mantener los Códigos Franceses de la Restauración.

Los escasos o inexistentes recursos humanos especializados, formados en la materia y con aptitud de producir una legislación penal autóctona, constituyeron las razones, lógicas en ese momento, para que se hiciera ineludible la traducción de los códigos de la Restauración francesa, debidamente adaptados a la Constitución del 6 de noviembre de 1844. Los procesos de indecisión, decisión, y labores tendentes a dotar la nueva Republica de un instrumento legal en materia penal, fue retrasado por la friolera de cuarenta años, y no fue hasta 1884, el día en que transcurría el 27 de junio, cuando fue promulgado el Código de Procedimiento Criminal, por lo que oficialmente se recoge el 27 de junio de 1884, como el día en que Republica Dominicana se proveía por vez primera y propia iniciativa, de una legislación en materia de procedimiento penal.

Es preciso señalar que el referido modelo procesal asumido por el legislador dominicano fue la versión haitiana del Código de Instrucción Criminal Napoleónico de 1808. De la mano de ese modelo es como ingresa a la práctica procesal penal dominicana el mal llamado modelo mixto, que en la práctica se trata del modelo inquisitivo clásico con tenues pinceladas del sistema acusatorio anglosajón.

La adopción del referido sistema procesal marca un punto de inicio que trazó una tendencia practica-legal en perjuicio de los principios enarbolados por la Constitución dominicana, la cual fue proclamada en San Cristóbal el 6 de noviembre de 1844, y era portadora en su articulado de los principios del debido proceso, los cuales se vieron ventajosamente vulnerados en la aplicación del derecho que le sucedió.

En efecto, de la lectura de la Carta Magna proclamada por los independentistas, extraemos un articulado en el que se deja sentir de manera explícita, una tendencia garantista evidentemente avanzada para la época, propensión que sin lugar a dudas no era de fácil sintonía para la sociedad dominicana de entonces, la cual apenas se encontraba sobre una incipiente plataforma libertaria, tras haber vivido siglos de maltratos colonialistas, diversas modalidades de esclavitud y recién salida de una violenta ocupación territorial catalizada por los vecinos haitianos. Sin embargo, no obstante el citado colorario, se lee en el articulado de la primera constitución dominicana:

“Capítulo II del Derecho público de los dominicanos:

Art. 19. - Nadie puede ser preso ni sentenciado, sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que ellas prescriban.

Art. 22. - El domicilio de todo individuo es un asilo sagrado, e inviolable. Ninguna visita domiciliaria puede verificarse sino en los casos previstos por la ley, y con las formalidades que ella prescriba.

Art. 28. - El secreto de las cartas es inviolable. La ley determinará quiénes son los agentes responsables, y los casos de responsabilidad en este ramo.⁷⁹²

⁷⁹² Pese a las múltiples reformas de que ha sido objeto, cuarenta en total, se mantuvo en prácticamente los mismos términos. En la Constitución del 25 de febrero de 1854, de hecho modernizando y adecuando algunos principios, por ejemplo, el aspecto de la inviolabilidad de la comunicación que la primera constitución recoge en el Art. 28, la segunda lo consigna en el 19, y se aprecia, incluso, un fortalecimiento en la salvaguarda de la garantía: “Art. 19. La correspondencia privada y papeles particulares son sagrados; no podrán ser violados ni interceptados sino por autoridad competente, en los casos y con las formalidades

Art. 34. - Ninguna ley puede tener efecto retroactivo.”

Y en otros arts. también se recogen pinceladas trascendentes relativas a la sobre guarda de derechos fundamentales, pilares en nuestros días del debido proceso y, consecuentemente, esenciales para invocar legalidad probatoria. Y así se lee en el Capítulo relativo al Poder Judicial y los numerales que marcaban las pautas constitucionales para la administración de justicia:

“Capítulo IV: del Poder Judicial I: De la Administración de Justicia

Art. 121. - Ningún dominicano podrá ser juzgado en causas civiles, ni criminales, por Comisión alguna, sino por el Tribunal competente determinado con anterioridad por la ley, sin que en caso alguno puedan abreviarse ni alterarse las formas de los juicios.

Art. 123. - Las sesiones de los Tribunales son públicas, a menos que la publicidad sea perjudicial al orden público, o a la moral, en cuyo caso, el Tribunal por una sentencia ordena los estrados a puerta cerrada.

Esta medida no puede en caso alguno aplicarse a los delitos políticos ni de la prensa, cuyos juicios han de ser siempre públicos.

Art. 124. - Todos los Tribunales y Juzgados están obligados a hacer mención en sus sentencias de la ley aplicada, y de los motivos en que la fundan.”⁷⁹³

Como puede leerse, la versión primogénita de la piedra angular del marco legal regulatorio de la incipiente república, contenía principios y previsiones de interés capital para la configuración de lo que el profesor Miranda Estrampes denomina “*La protección de los*

prescritas por las leyes.” Y se mantienen estos principios en el discurrir del tiempo, bajo prácticamente las mismas formulaciones, inmutables, resistiendo estoicamente el vaivén de los cambios y reformas.

⁷⁹³ Constitución de San Cristóbal del 6 de noviembre de 1844

derechos fundamentales y del individuo frente a la persecución penal del Estado”,⁷⁹⁴ sin lugar a dudas base fundamental de lo que la práctica del derecho moderno certifica como legalidad probatoria, consecuencia del debido procesos.

A contra pelo de las luces emanadas del texto constitucional, una realidad distinta fue plasmada en el texto legal que se suponía dependiente y respetuoso de aquel. Dos realidades extremadamente distintas se desprenden de cada uno de los textos.

En efecto, el Código de Procedimiento Criminal señalaba en “*Art. 8.- La policía judicial investiga los crímenes, delito y contravenciones, reúne sus pruebas, y entrega sus autores a los tribunales encargados de castigarles.*” El contexto general sobre el que versa esta previsión es de apariencia lógica y benigna, sin embargo, el genérico “reúne sus pruebas” deja un campo de acción ilimitado a “la policía judicial”, de lo que estamos siendo testigo aún en nuestros días. Más que un cuerpo investigativo la policía dominicana tradicionalmente ha constituido un cuerpo represivo, el cual, de algún modo, ha estado gravitando de un modo estelar con cuotas de extrema influencia, aún al día presente, en el quehacer judicial penal.

Ha sido una característica con marca cultural el hecho de que en el pasado reciente “los agentes”⁷⁹⁵ levantarán pruebas válidas, no solamente violentando los procedimientos establecidos por ley, sino infiriendo maltratos y torturas físicas, esto sin antes pasar a una cruda realidad que aún persiste, como el hecho de que la policía mantiene una “jurisdicción penal” exclusiva para la institución, mediante la cual realizan ejecuciones de todos aquellos que entienden están fuera de la ley. Un titular del diario Primicias nos da una idea tímida sobre el particular:

“Ejecuciones de miles de ciudadanos por parte de agentes PN en últimas décadas sustituyen accionar Poder Judicial, es capítulo negro en la historia de la República Dominicana.”⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ Miranda Estrampes, M. Art. cit., pág. 131

⁷⁹⁵ Es de justicia reconocer que en la actualidad en menores proporciones, sin que ello implique la erradicación, la policía ha venido sometándose a un proceso de ajuste al sistema legal de respeto a los procesos y previsiones legales.

⁷⁹⁶ Primicias Digital: <http://www.primicias.com.do/index.php/nacionales/20-politica/4637-ejecuciones-de-miles-de-ciudadanos-por-parte-de-agentes-pn-en-ultimas-decadas-sustituyen-accionar-poder-judicial-es-capitulo-negro-en-la-historia-de-la-republica-dominicana>

Estaremos profundizando sobre el particular en otro momento del presente discurso. Son también, entre otros aspectos, reveladores de la incongruencia existente entre la Constitución y el proceso penal en la primera etapa republicana, las disposiciones contenidas en uno y otro texto normativo. Mientras las previsiones constitucionales establecen en los arts. 22 y 28, respectivamente, como hemos visto, la sacralidad sobre el domicilio y la correspondencia privada, la ley procesal admite:

“Art. 36.- Cuando la naturaleza del crimen o del delito sea tal, que la prueba pueda verosímilmente adquirirse por medio de papeles, documentos o efectos que se hallen en poder del procesado, el fiscal se transportara inmediatamente al domicilio de este, y hará en el las pesquisas de los objetivos que juzgue útiles para la manifestación de la verdad.

Art. 37.- Si en el domicilio del procesado hubiese papeles o efectos que pudiesen servir para convicción o descargo de este, el fiscal los ocupara extendiendo acta de ello.”

Sobre estos particulares observamos como cuenta el investigador con la venia legal para intervenir, sin ningún tipo de observación ni salvedad, el domicilio del procesado, y en el mismo proceder a ocupar todos los “papeles, documentos o efectos” que se hallen en su poder que puedan usarse como elementos de convicción, imponiendo el solo requisito de extender “*acta de ello*”. Conforme se extrae de la lectura combinada de ambos arts., estas circunstancias evidentemente devienen en uso a discreción de los medios que proveen el poder del estado en contra de los particulares, contraviniendo de ese modo el hoy denominado debido proceso y, por vía de consecuencia, tornando en ilegal, de conformidad con la evolución del derecho hasta nuestros días, las pruebas levantadas en tales circunstancias.

Para entender y comprender esta dicotomía histórica entre el texto constitucional, que por su lado se inspira y enarbola sobre fundamentos garantistas, y por el otro lado el texto legal expresado en el CPCr supresor de las mismas, marcando una evidentemente distancia y contradicción entre uno y otro, y desafortunadamente prevaleciendo el segundo, para perjuicio de varias generaciones de dominicanos, razones por las cuales se

precisa realizar un análisis del contexto histórico en el que se entretene la evolución histórico jurídica de esta media isla. La discordancia entre ambas normativas es expresada desde la perspectiva del togado Livio Cedeño:

“El Código reprodujo una serie de prácticas del Procedimiento Penal, de tipo Inquisitorio, conteniendo reglas arbitrarias, reñidas con nuestras normas constitucionales y convenios internacionales... En una larga medida, el Código reproducía el derecho Procesal Penal francés de finales del siglo XIX y principios del siglo X.”⁷⁹⁷

En primer lugar, es preciso recordar que ambos textos comenzaron a fraguarse sobre el curso de 1844, aunque siguiendo cursos diferentes. Con el texto Constitucional el constituyente realizó un notable esfuerzo de estudio, análisis y reflexión, o al menos hizo el esfuerzo de evitar una traducción directa, a los fines de dotar la naciente república de una Carta Magna propia; el texto penal siguió el camino fácil de la traducción y “adecuación” de un texto a su vez asumido de la legislación original, lo que significa que se partió de un texto derivado. Si ubicamos el año 1844 en el contexto internacional, podemos observar que para entonces, un siglo antes, se habían sucedido dos grandes acontecimientos que sacudieron la conciencia social, al menos, de la parte occidental del planeta; por un lado, la independencia de Norteamérica del imperio británico, acaecida el 4 de julio de 1776; y trece años después, 1789, se inició uno de los movimientos libertarios de mayor trascendencia mundial, el cual registra la historia bajo el nombre de Revolución Francesa,⁷⁹⁸ el cual concluyó diez años después, 1799, con la ascensión al poder político francés de Napoleón Bonaparte.

Se le reconoce a Bonaparte como el personaje clave que marcó el inicio del siglo XIX y la posterior evolución de la Europa contemporánea, siendo uno de sus más célebres aportes

⁷⁹⁷ Livio Cedeño, V. Op. cit., pág. 107

⁷⁹⁸ La Revolución francesa fue un conflicto social y político, con diversos periodos de violencia, que convulsionó Francia y, por extensión de sus implicaciones, a otras naciones de Europa que enfrentaban a partidarios y opositores del sistema conocido como el Antiguo Régimen. Se inició con la autoproclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional en 1789 y finalizó con el golpe de estado de Napoleón Bonaparte en 1799. https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_francesa.

la introducción al sistema legal francés de los denominados Códigos de Napoleón o Códigos Napoleónicos entre 1804 y 1810, los cuales se convirtieron en modelos jurídicos, siendo el de mayor celebridad el Código Civil, matizado por tres grandes ejes: Libertad Individual, Libertad de Trabajo y Libertad de Conciencia.⁷⁹⁹ Dentro de la referida codificación también se cuenta el denominado Código de Instrucción Criminal, aprobado al igual que el Código Civil en 1804, y el cual precedió al Código Penal, el cual fue alumbrado por la legislación francesa en 1810.⁸⁰⁰

Estos apuntes son trascendentes para el estudio que nos compete, toda vez que en ese proceso evolutivo francés, se encuentra la génesis del Código de Procedimiento Criminal Dominicano, el cual fue traducido de la versión haitiana, de lo que damos constancia en párrafos precedentes; y sin lugar a dudas, también se nutrieron de la parte social y concepción del Estado, los independentistas.

Como tenemos dicho, el Código de Procedimiento Criminal Dominicano, aunque de manera indirecta, procedente del napoleónico de 1804, se quedó fuera de la evolución experimentada por éste, el cual fue superado ideológicamente por los movimientos sociales producidos en la misma Francia, que aireaban un contexto libertario y de respeto a los derechos humanos distinto al existente en el período de la codificación procesal penal; sin perjuicio, de que las ideas ilustradas⁸⁰¹ encontraron mayores niveles de aplicación en el campo social que en el ámbito legal.

En efecto, los principios de carácter legal quedaron plasmados en los códigos, y para el caso que nos ocupa, en el Código de Procedimiento Criminal Dominicano, el cual a su vez asumimos de la versión haitiana del Código de Instrucción Criminal Francés de 1804. Como a simple vista puede ser observado, el legislador de la recién nacida república ni siquiera tomó la iniciativa de trabajar la traducción directamente de la fuente original, circunstancia que de entrada añade un lastre a la iniciativa normativa. De un modo u otro,

⁷⁹⁹ EEW, Véase: https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia

⁸⁰⁰ EEW, Véase: [https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Napole%C3%B3n_\(desambiguaci%C3%B3n\)](https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Napole%C3%B3n_(desambiguaci%C3%B3n))

⁸⁰¹ La Ilustración fue un movimiento cultural e intelectual europeo, cuyo florecimiento se dio cita esencialmente en Francia e Inglaterra, que se desarrolló desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución francesa, aunque en algunos países se prolongó durante los primeros años del siglo XIX. Fue denominado así por su declarada finalidad de disipar las tinieblas de la humanidad mediante las luces de la razón. El siglo XVIII es conocido, por este motivo, como el Siglo de las Luces. <https://es.wikipedia.org/wiki/Ilustraci%C3%B3n>

las iniciativas y principios recogidos en nuestra pieza normativa, que en su momento bien pudieron ser incluso avanzados para la época, quedaron petrificados sobre el papel y el tiempo, yendo a la saga de las evoluciones sociales y políticas que continuaron desarrollándose; sin perjuicio de que su aplicación sirvió de plataforma legal represiva para sostener los regímenes caudillistas y de corte tiránicos que se han sucedidos en la media isla.

Retomamos el punto de partida histórico evolutivo para señalar que en contraposición al nacimiento de la normativa procesal que, como hemos repetido, fue el resultado de una traducción adaptada, la iniciativa constitucional que además de ser el resultado de un esfuerzo “propio”,⁸⁰² tomó en consideración las corrientes de pensamientos más avanzadas para la época, incluso las evoluciones producidas posterior a la revolución francesa.

En la tarea de siembra del germen libertario y polinización de las ideas ilustradas que campeaban los foros europeos y norteamericano, como fuentes de influencias directas, juega un papel determinante Juan Pablo Duarte Diez, hijo de migrante español, a quien la historia política nacional señala como el ideólogo principal del movimiento independentista La Trinitaria,⁸⁰³ que el 27 de febrero de 1844 marcó como día de la independencia nacional, y para quien se ha reservado el título de Padre de la Patria, honor compartido con Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez.

Los extraordinarios aportes de Duarte al movimiento libertario no son frutos de la casualidad. Su visión del mundo y perspectiva de la libertad le llegan de la mano de su

⁸⁰² Decimos propio en el sentido de que buscó ser una pieza no adaptada. Pero somos de la idea de que al final del camino, tanto en lo personal como en lo social, somos el resultado de la socialización del conocimiento y las experiencias compartidas, por lo que si tomamos este razonamiento de manera literal, no existe la pretendida propiedad, pero bien pudiera ser predicada si la asumimos como una recopilación desarrollada y ordenada desde una óptica particular.

⁸⁰³ La Trinitaria fue una sociedad secreta, creada el 16 de julio de 1838 por Juan Pablo Duarte y otros dominicanos con el objetivo de realizar acciones tendentes a independizar la parte Este de La Española de la ocupación haitiana y formar el Estado independiente que llamarían República Dominicana. El nombre La Trinitaria le fue puesto en honor a la Santísima Trinidad. También hace referencia el nombre al método de reclutamiento de esta organización masónica, en el cual cada miembro tenía como misión reclutar a otros dos miembros adicionales, y estos a su vez no eran dados a conocer la identidad de los demás. Esta técnica fue utilizada por la organización francmasónica de los Illuminati para apoderarse de las sociedades masónicas francesas e incitar la revolución de dicho país, y fue importada por Duarte tras su estancia en Europa. Fuente EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/La_Trinitaria

genética paterna, pues descende de un próspero comerciante viajero, procedente de Vejer de la Frontera, Cádiz, España, a través de quien, sin lugar a dudas, recibe una perspectiva distinta a la de un isleño común, la cual fue agigantada por el permanente contacto con las fuentes de producción de ideas y procesos sociales de la época, a través de los viajes; de hecho, se tiene constancia de sus andanzas por los exclusivos escenarios que para la época ofrecían los Estados Unidos de Norteamérica, España, Francia, Londres, entre otras importantes capitales.

Sobre estas travesías encontramos un resumen en las teclas de Jaclin Campos, quien a la víspera del ciento noventa y nueve aniversario del nacimiento del patricio, compartió un interesante art. titulado “Celebración: Duarte el Viajero”, recogido en las páginas del centenario Listín Diario en el que, entre otros señalamientos, nos deja saber:

“Juan Pablo Duarte salió por primera vez del país con destino a España siendo un adolescente. Antes de llegar a Europa, adonde iría a estudiar, pasó un breve tiempo en Estados Unidos.

Aunque se piensa que entró a Norteamérica por Nueva York, otra versión indica que lo hizo por Providence, Rhode Island, el 2 de julio de 1829, y que de ahí pasó a la ciudad conocida hoy como la Gran Manzana.

En Nueva York estudió inglés, idioma al que le había introducido Mr. Groot en Santo Domingo. Además, informa Rosa Duarte en sus “Apuntes”, empezó a estudiar Geografía Universal con Mr. W. Davis, quien le daba clases a domicilio. Inglaterra, específicamente Southampton, desde donde pasaría a Londres, fue su puerta de entrada a Europa, continente en el que estudiaría filosofía, historia, derecho, ciencias políticas y geografía, cita en “Episodios Duartianos” Pedro Troncoso Sánchez.

Su periplo por el Viejo Continente continuó en Francia, adonde llegó por Le Havre para luego tocar París. En tierra gala perfeccionó su francés, lengua que había estudiado en Santo Domingo de la mano de Monsieur Bruat.

En Barcelona. En los dos años que estuvo en Barcelona, Duarte fue testigo de la lucha catalana por alcanzar la autonomía dentro de un régimen federativo y constitucional, dice Pedro Troncoso Sánchez en el artículo “Datos nuevos para la historia de la República”, publicado por el Instituto Duartiano.

En “Duarte Romántico”, Emilio Rodríguez Demorizi destaca de su estadía en Barcelona el impacto que tuvo en el joven Duarte la ebullición del romanticismo.

Por otro lado, Leonor de Ayala G. Duarte determinó que el patricio pudo haber estudiado en el Seminario Conciliar de Barcelona, donde se formaban los sacerdotes (“Juan Pablo Duarte y Díez, fundador de la República. Datos inéditos para la historia de Europa y América”).

Duarte regresó a Santo Domingo a principios de la década de 1830. De Barcelona llegó a Puerto Rico -a propósito, en la isla vecina habían vivido sus padres antes del nacimiento de Duarte y allí vio la luz su hermano Vicente Celestino-, de Puerto Rico a Saint Thomas y de esta isla al lar nativo.⁸⁰⁴

Como hemos apuntado, el marco de referencia mundial relativo a las ideas de carácter social y libertarias más avanzadas de la época y, evidentemente aportadas por Duarte a la gesta patriótica, jugaron un papel, más que decisivo, determinante en el contenido político, social y jurídico en la primera carta Magna dominicana. Encontramos en esta circunstancia una de las razones por la que la constitución de 1844 es portadora de un articulado, sobre todo en los aspectos políticos sociales y jurídicos, a la altura del pensamiento que para la época bullía en las grandes capitales del mundo.

Es evidente que tales preceptos, aunque constitucionales, no contaban con un terreno fértil para su reconocimiento y desarrollo, sobre todo, tratándose de una sociedad que apenas estaba haciendo reconocimiento de su identidad, y con un lastre de cuatrocientos años de exterminios, esclavitud, sumisión..., de mano de los conquistadores.

⁸⁰⁴ Listín Diario Digital, véase: <http://www.listindiario.com/la-vida/2012/1/25/219367/El-Duarte-viajero>

Esos rasgos socio históricos pesaron más en la balanza de la puesta en práctica de la vida social pos independencia, que las formulaciones ilustradas contenidas en la Constitución. Lastre histórico que arrastra la sociedad dominicana aún en la época contemporánea, en que la Carta Magna no cuenta con los niveles de respeto debidos a una legislación de su envergadura, circunstancia demostrable con las cuarenta modificaciones realizadas en un lapso de cientos setenta y dos años, la última tan reciente como 13 de junio 2015,⁸⁰⁵ para un promedio de modificaciones cada cincuenta y un meses, la gran mayoría de las cuales para satisfacer intereses de índole político.

Esta facilidad rutinaria con que la clase política ha intervenido tradicional e impunemente el texto constitucional, sin dudas que deja cada vez más maltrecha la credibilidad de la Ley de leyes dominicana. Dentro de esa misma tesitura, se encuentra en los anales históricos un discurso que data del año 1966, dirigido a la nación por el entonces Presidente de la República, Dr. Joaquín Balaguer, la tristemente célebre frase: “*La Constitución es un pedazo de papel*”.⁸⁰⁶ Expresión sobre la que años más adelante reflexionó Tony Rafal: “*Pero nadie mejor que el presidente Balaguer para describir el Estado fallido dominicano en medio del cual gobernaba, cuando manifestó que la Constitución de la República era solamente “un pedazo de papel”. Después de esa afirmación, no había en el país ningún amparo jurídico político capaz de asegurarnos la defensa de la vida humana y el cumplimiento de las leyes sustantivas de la nación.*”⁸⁰⁷

La flexibilidad de reincidir en las modificaciones constitucionales es propia de sociedades con debilidades institucionales endémicas, en las que los mecanismos de control de los poderes del Estado son inexistentes en la práctica, aunque textos ilustres, adobados de rico verbo y vocablos sonoros, establezcan “el deber ser”.

⁸⁰⁵ En el Capítulo II, ítem 2.1.3 en que se desarrolla “El Constitucionalismo. Enfoque Histórico”, tras reseñar detalladamente las modificaciones que ha sufrido la CRD, señalamos explícitamente cuales fueron los puntos objetos de modificaciones

⁸⁰⁶ En honor al rigor científico de nuestra ponencia debemos advertir que la referida frase ha adquirido la categoría de mito, tanto en el ámbito intelectual como popular, haciendo permanente referencia a la vulnerabilidad e inaplicabilidad del texto constitucional, aunque en el fondo de la misma lo que existe es una descontextualización maliciosa con inocultable interés político. La expresión contextualizada dice: “La Constitución no es más que un pedazo de papel siempre que no hayan hombres dispuestos a defenderla. Lo que vale en cada ocasión no son las instituciones, sino los hombres”. Véase: https://es.wikiquote.org/wiki/Joaqu%C3%ADn_Balaguer

⁸⁰⁷ Rafal, Tony Art. Dig. “La Constitución era un pedazo de papel”, véase: <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2013/5/20/277713/print>

No se deja de aspirar a que en el futuro sean observados mayores niveles de conciencia a la hora de introducir reformas a la Constitución, a los fines de que paulatinamente se vaya dando un crecimiento en la conciencia social, relativa a la revalorización de la Carta Sustantiva. Se percibe como un ejemplo a emular, el tratamiento dispensado al texto Constitucional norteamericano(enmiendas), el cual, pese a ser promulgado cincuenta y siete años antes que el dominicano, ha sido enmendado en apenas veintisiete ocasiones, de las cuales diez corresponden a la misma sección, por lo que enumeradas de conformidad a sus convocatorias, pueden ser citadas válidamente diecisiete enmiendas en doscientos veintinueve años, cada una de las cuales ha tenido un objetivo específico de conquista social. Las diez primeras, denominadas “Carta de Derechos” versaron sobre: Libertad de culto, de expresión, de prensa, petición, y de reunión; Derecho a poseer armas; Alojamiento de soldados en casa privada en tiempos de paz; Interdicción de registros e incautaciones irrazonables, es necesaria una orden de registro para buscar personas o bienes; Debido proceso, autoincriminación; Derechos del acusado; Derecho a un juicio ante jurado en los casos civiles; Fianzas y multas excesivas; castigos crueles e inusuales; Derechos no numerados que tienen las personas; y, Poderes reservados para los estados o para el pueblo (15 de diciembre de 1791). Inmunidad de los estados ante demandas judiciales extranjeras (8 de enero de 1798). Revisión del proceso de las elecciones presidenciales (15 de junio de 1804). Abolición de la esclavitud (6 de diciembre de 1865). Ciudadanía, debido proceso estatal, igual protección (9 de julio de 1868). Sufragio racial (3 de febrero de 1870). Impuestos federales sobre los ingresos (3 de febrero de 1913). Elecciones directas para el Senado de los Estados Unidos (8 de abril de 1913). Ley seca (16 de enero de 1919). Sufragio femenino (18 de agosto de 1920). Inicio del período del Congreso, 3 de enero y del Presidente, 20 de enero (23 de enero de 1933). Revocación de la Decimoctava Enmienda; se permite que cada estado o localidad establezca leyes secas (5 de diciembre de 1933). Limitación del Presidente a dos períodos (27 de febrero de 1951). Representación de Washington D. C. en el colegio electoral (29 de marzo de 1961). Prohibición de los impuestos de capitación (23 de enero de 1964). Incapacidades presidenciales (23 de febrero de 1967). Se baja el mínimo para el sufragio universal a la edad de 18 años (1 de julio de 1971). La varianza de compensación del congreso (7 de mayo de 1992).⁸⁰⁸

⁸⁰⁸ EEW vease:https://es.wikipedia.org/wiki/Enmiendas_a_la_Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos

Como se tiene visto, cada una de las enmiendas aprobadas por el legislador norteamericano es portadora de las conquistas sociales alcanzadas en su momento, carecen de la reincidencia propia de otras culturas, las cuales son reiterativas en modificar, una y otra vez, lo modificado, cual Sísifo⁸⁰⁹ resignado en volver permanentemente sobre la misma tarea. De hecho, la Constitución norteamericana tiene el mérito de ser el texto de su género de mayor antigüedad que se encuentra todavía vigente en el mundo. Sin dudas que el respeto a las leyes y, muy especialmente, a la Ley Sustantiva, ha hecho de Norteamérica una potencia mundial, y a la inversa, la inobservancia de los cánones legales ha sumido, en buena medida, en la pobreza y el atraso nuestras sociedades.

De todos modos, será de supremo interés, analizar en su momento las observaciones planteadas en el párrafo precedente, en torno a dos puntos fundamentales; el primero, la correlación existente el respeto a la Ley Sustantiva y el desarrollo socio político de un Estado; el segundo, la misma correlación y su relación con el bienestar social. Esta inquietud nos asalta, toda vez que profundizando en las reformas constitucionales experimentadas en Estados de probados progresos de avances políticos y bienestar social, hemos podido constatar, que una cantidad importante de ellos, registran numerosas reformas a sus cartas sustantivas.

De hecho, vemos como Estados como Alemania, una de las sociedades de mayor progreso económico y estabilidad socio política en la latitud europea, ha experimentado, nada más y nada menos que sesenta reformas constitucionales, seguida por Irlanda (27), Francia (24), Bélgica (13), Italia (12) y Portugal (12) han modificado sus constituciones en diversas ocasiones a lo largo de las últimas décadas. De los países europeos el mínimo de reforma lo exhibe España, con apenas dos modificaciones, circunstancia que a la Constitución española le ha valido el sobrenombre de “la más virgen de Europa, ni se mira ni se toca”.⁸¹⁰

⁸⁰⁹ Personaje de la mitología griega, famoso por haber provocado en fado de los dioses y haber recibido como castigo la condena de perder la vista y empujar perpetuamente un peñasco gigante montaña arriba hasta la cima, sólo para que volviese a caer rodando hasta el valle, desde donde debía recogerlo y empujarlo nuevamente hasta la cumbre, repitiendo una y otra vez, a perpetuidad, el frustrante proceso.

⁸¹⁰ Cfr. Navarro, Emilio Art. Dig. “La Constitución española, la más virgen de Europa: ni se mira ni se toca”, “lainformacion.com”, 05 de diciembre del 2013, véase: http://noticias.lainformacion.com/espana/la-constitucion-espanola-la-mas-virgen-de-europa-ni-se-mira-ni-se-toca_QiR3JG0tenMNaTNlrRqb24/

Caso aparte en Europa lo representa Inglaterra. El régimen jurídico capital del Reino Unido es totalmente diferente a la mayoría de las constituciones y ordenamientos de Europa. Reino Unido tiene una serie de leyes y principios que rigen la forma en que este territorio debe ser gobernado y no una Constitución convencional como las conocidas en otros puntos del mundo. Esa circunstancia le diferencia de la mayoría de las constituciones en el sentido de que no existe un documento constitucional único que contenga las normas fundamentales que regirán al Estado. Sobre el particular se puede hablar de constitución no escrita pero sí de facto, o lo que los propios ingleses definen como common law, que refiere el sistema jurídico aplicado en la Inglaterra medieval, caracterizado por fundamentarse más en la jurisprudencia que en las leyes. Acota Navarro sobre el ordenamiento inglés:

*“Lo que hace diferente a la “Constitución” del Reino Unido es que existe de manera escrita, pero en forma de actos del Parlamento (leyes), jurisprudencia y tratados. No obstante, hay otra serie de fuentes que no tienen carácter escrito, como las convenciones constitucionales del Parlamento y las prerrogativas reales.”*⁸¹¹

Con el solo interés de construir una idea de la parsimonia con que se operan los cambios legales en el sistema inglés, baste referir que la última reforma operada en su órgano rector fue introducida en la Cámara de los Lores⁸¹² el 24 de Febrero de 2004. Dicho proyecto

⁸¹¹ Navarro, Emilio Art. cit.

⁸¹² La Cámara de los Lores, en inglés, House of Lords; su nombre completo es The Right Honourable the Lords Spiritual and Temporal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled, Los Muy Honorables Lores espirituales y temporales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte reunidos en el Parlamento, es la Cámara Alta del Parlamento del Reino Unido. El Parlamento también incluye al Soberano, y a la Cámara Baja, llamada la Cámara de los Comunes. Ambas Cámaras celebran sus sesiones en el Palacio de Westminster.

Al contrario de lo que ocurre en la Cámara de los Comunes, los miembros de la Cámara de los Lores no se eligen mediante elecciones, dividiéndose según su derecho a formar parte de la Cámara en Lores Espirituales y Lores Temporales. Los Lores Espirituales son 26 obispos elegidos por su prestigio y dilatada carrera eclesiástica dentro de la Iglesia Anglicana. Los Lores Temporales conforman el resto, siendo la mayoría miembros con derecho vitalicio no hereditario, nombrados por la Reina con el asesoramiento del Primer Ministro. Y esto es así porque, antiguamente, el derecho a formar parte de la Cámara de los Lores como Lores Temporales era exclusivamente hereditario; pero actualmente, y tras sucesivas reformas, los miembros

recibió el visto bueno de la Reina Isabel II el 24 de marzo de 2005, y los cambios comenzaron a operarse en abril del 2006.

En la América Iberoamericana las Constituciones han constituido un blanco fácil de modificaciones, de hecho, el record mundial está en esta región del mundo, liderado por México, país que a la fecha registra 446 enmiendas, en la región el segundo lugar lo ocupa Rep. Dom., país que a la fecha cuenta con 40, solo superada a nivel mundial por Alemania (60); lo que significa que Rep. Dom. ocupa el tercer lugar del podio reformativo constitucional.

Después de este encapsulado recorrido histórico que hemos compartido en los párrafos precedentes, el cual nos da una idea de la evolución constitucional dominicana desde un contexto y marco mundial. En el caso específico de la Rep. Dom. ha sido una constante que la motorización de los cambios estén generados por intereses de orden político, siendo así desde los primeros días de la proclama independentista, ingresando de manera circunstancial, los de orden socio jurídicos, por lo que no es de extrañar que en términos prácticos la Constitución de San Cristóbal⁸¹³ terminara siendo un articulado de brillantes postulados, y en términos prácticos, en el ámbito de aplicación judicial, asumiera el escenario las partes oscuras, y las que no, “mal interpretadas”, del Código de Procedimiento Criminal, con la complicidad y complacencia de las estructura estatal y sectores de poder, quienes en diferentes etapas y variadas medidas, en su recorrido histórico han usado ese instrumento legal como mecanismo de control social en favor de sus particulares intereses.

De hecho, el propio articulado procesal que adversó el texto constitucional, traslucía la composición social dominicana de entonces, conformada esencialmente por un entorno rural, es por lo que las posiciones rurales, pese a sus escasos o nulos conocimientos sobre las materias judiciales, jugaban un papel activo en la investigación de procesos de carácter penal y administración de justicia; circunstancia de la que, entre otros, nos informa el

por herencia de esta Cámara son sólo una pequeña porción. Desde marzo de 2010, la Cámara de los Lores cuenta con 733 miembros, 83 más que la Cámara de los Comunes, que cuenta con 650. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara_de_los_Lores

⁸¹³ Llamada así asumiendo el nombre de la ciudad de su proclama.

“Art. 50.- Los inspectores de agricultura y los alcaldes pedáneos, en sus jurisdicciones respectivas, recibirán del mismo modo las denuncias, y formaran los actos indicados en el artículo precedente, conformándose a las mismas reglas.”⁸¹⁴

Definitivamente los preceptos constitucionales, aun los que predicaban el respeto por el debido proceso, aún con señalamientos meridianamente explícitos, pasaron a ser letra muerta en la práctica penal dominicana, por lo que sería sobreabundante señalar que no existía el interés ni la voluntad de tazar la legalidad de la prueba, circunstancias por la que, a nuestro juicio, no cuenta la jurisprudencia dominicana con la existencia de ninguna sent. que reconozca a un ciudadano el derecho al debido proceso de ley; razón por la que recibimos esa figura jurídica en esta segunda etapa jurídico penal⁸¹⁵ de manos, en un primer momento de una ley adjetiva, que a su vez responde a una corriente jurídica internacional, en el paso de la cual se encuentra la Republica Dominicana, como lo hemos visto en párrafos antecedentes y, en un segundo momento, asumida por la Constitución del 2010; la que sin dudas representa la de mayor trascendencia en materia de garantías legales al imputado de la comisión de un delito en materia penal, acorde con las conquistas que sobre el particular rigen las bases legales garantistas de prácticamente la totalidad de las legislaciones penales del mundo civilizado.

4.2 El Código Procesal Penal Dominicano

“CONSIDERANDO: Que el actual Código de Procedimiento Penal es el producto de la traducción, localización y adecuación del Código de Instrucción Criminal Francés, ordenada mediante resolución congressional promulgada por el Presidente Meriño el 4 de julio del año 1882, y que tuvo como resultado la publicación ordenada por decreto No.2250 de fecha 27 de junio de 1884;

⁸¹⁴ El art. precedente: Art. 49.- En el caso de flagrante delito, o en el de requerimiento de un cabeza de casa, los oficiales de policía, auxiliares del fiscal, extenderán las actas, recibirán las declaraciones a los testigos, harán las visitas y los demás actos, que son, en los susodichos casos, de la competencia del fiscal, todo en la forma y según las reglas establecidas en el capítulo DE LOS FISCALES. Esta circunstancia nos revela que los referidos personajes realizaban las funciones de fiscales, evidentemente ante la carencia de personal capacitado y formado en conocimientos jurídicos penales, pero sin embargo incidían de una manera determinante en el levantamiento de las pruebas que en su momento iban a ser piezas esenciales para el fundamento de una condena.

⁸¹⁵ La primera etapa inicia con la promulgación en 1884 del CPCr traducido y adaptado de CPCr francés; y la segunda etapa en 2004, con la entrada en vigencia plena del CPPD a partir del 27 de septiembre de 2004

CONSIDERANDO: Que en su conjunto las normas del Código de Instrucción Criminal favorecen la aparición de prácticas inquisitivas, arbitrarias, altamente formalizadas y reñidas con la programación constitucional de un debido proceso;

CONSIDERANDO: Que la reforma procesal penal constituye una necesidad impostergable, por lo que la adopción de un nuevo Código Procesal Penal inspirado en los principios y normas constitucionales. viene a permitir la realización de la aspiración ciudadana de una justicia que provee protección efectiva frente al fenómeno criminal y la violencia social, aproxime la justicia a los ciudadanos, tutele efectivamente los derechos humanos, al tiempo de humanizar y dignificar la ejecución penal;

CONSIDERANDO: Que el objeto de la reforma procesal penal propuesta, después de un intenso proceso de discusión y análisis, caracterizado por una amplia participación y consenso nacionales, consiste en dotar al sistema de justicia penal dominicano de herramientas normativas modernas y cónsonas con las aspiraciones ciudadanas de contar con una impartición de justicia pronta, certera y cumplida;

CONSIDERANDO: Que este conjunto de normas viene a disciplinar la forma como se acusa, se defiende, se juzga y se ejecuta lo juzgado, de una manera sencilla, con celeridad y respeto de las garantías constitucionales, con el firme propósito de contribuir a que los procesos dejen de ser una sucesión de trámites interminables o vía crucis, en cuyos laberintos quedan atrapados y desamparados víctimas e imputados, sin que la comunidad vea satisfecha sus aspiraciones de paz y sosiego que derivan de la solución efectiva de los conflictos generados por las conductas socialmente lesivas;

CONSIDERANDO: Que hemos considerado oportuno clarificar las funciones respectivas de los órganos y sujetos procesales, de modo que las tareas de investigación, acusación y prueba queden a cargo de los representantes del ministerio público, la defensa técnica a cargo de los abogados, y el conocimiento y fallo de los asuntos, a los jueces, conforme las pruebas sometidas al debate;

CONSIDERANDO: Que el país aspira y merece iniciar todo el proceso de cambios en el sistema de justicia penal con un cuerpo normativo sistematizado que permita hacer una transición pausada, pero decidida, hacia nuevos estadios de ejercicio de las funciones estatales y sociales de gestión de los conflictos penalmente relevantes, lo cual incluye obviamente esfuerzos complementarios en los ámbitos concernientes a la investigación criminal, el ministerio público, la defensa pública y el sistema penitenciario;

CONSIDERANDO: Que por todo lo expresado más arriba, resulta de alto interés nacional y conveniente adoptar un nuevo Código Procesal Penal.”

Son los considerandos que sirven de preámbulo y justificación al CPPD. Ha sido íntegro y textualmente transcrito, porque cada uno de ellos, sin excepción, refleja y pone de manifiesto realidades de carácter social y legal insoslayables, las cuales debían ser encaradas sin demoras, con atraso de décadas, por la “comunidad legal”⁸¹⁶ social dominicano. De los referidos hacemos énfasis especial en el que señala que la antigua legislación era favorable a la “aparición de prácticas inquisitivas, arbitrarias, altamente formalizadas y reñidas con la programación constitucional de un debido proceso”, mediante lo cual se evidencia y se reconoce oficialmente, la existencia de la dicotomía y desafecto de antaño, existente entre la legislación procesal penal y los textos constitucionales, los cuales inician un proceso de armonía con la puesta en vigencia de CPPD, proceso que se perfila augurioso, toda vez que inicia la nueva ley reconociendo las anacrónicas debilidades históricas que le antecedieron.

Este reconocimiento, sin otra alternativa, nos hace recordar el escenario de exposición de nuestra tesina de grado, especialmente cuando señalamos la inexistencia de un debido proceso en el régimen de postdata, circunstancia sobre la que recibimos el señalamiento del profesor Dr. F. Esquiaga, relativo a las previsiones del debido proceso existentes en el texto constitucional. Hoy compartimos con claridad meridiana la existencia de dos derechos, uno en los textos, especialmente el constitucional, y el de la práctica, auspiciado por la legislación de 1884. De hecho, en la exposición de motivos del Código Tipo Iberoamericano, el cual veremos en su momento, se critica a los “viejos sistemas”, la discrepancia entre la Constitución y la Norma Procesal.

Tras la larga noche de oscuridad y espanto, de un periodo de ciento veinte años, que en materia de aplicación de procedimientos penales vivió la Rep. Dom., caracterizado por Irrespeto de las garantías procesales, detención, pesquisas y allanamientos ilegales, torturas y malos tratos policiales y jurisdiccionales, incumplimiento de plazos judiciales,

⁸¹⁶ Cuando hablamos de comunidad legal, nos referimos al conjunto de actores que inciden en el quehacer jurídico, ya sean legisladores, jueces, abogados, fiscales; en fin, todas aquellas personas que de un modo u otro ostentan incidencias en la elaboración y aplicación de las leyes penales.

toda una cultura de violaciones e ilegalidad; hace apenas poco más de una década, en el que se inicia un período de transformación procesal, con el que aparentemente de forma decidida, también se alumbró un proceso gradual de respeto a los derechos humanos y al debido proceso, consagrados, en menor o mayor medida, tanto en los textos constitucionales que han regido nuestra vida republicana, como en los tratados internacionales de los que ha sido signataria Rep. Dom.

En efecto, en fecha 19 de julio del 2002 fue promulgada por el entonces Presidente Constitucional de la República, Rafael Hipólito Mejía Domínguez, la Ley 76-02 sobre Código de Procedimiento Penal de la República Dominicana, en la que literal ii. del art. 449, textualmente se lee: “ii. *Derogación y Abrogación. Queda abrogado el Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana, promulgado por Decreto del 27 de junio de 1884, con todas sus modificaciones y disposiciones complementarias.*” Este acontecimiento marcó un hito trascendente en la historia jurídico penal de la República Dominicana, toda vez que en el acto quedaron atrás ciento veinte años marcados por procesos interminables, dependientes de la personal convicción que el juez pudiere forjarse sobre la persona del imputado, ya fuere por procedencia social, aspectos faciales, postura en “el banquillo de los acusados”..., independientemente de que los medios probatorios pudieren favorecerlo; y, por vías de consecuencias, violatorios del debido proceso legal.

4.2.1 El Código Procesal Penal Tipo Iberoamericano

La iniciativa de transformación del proceso penal mediante la incorporación de una nueva y moderna legislación no fue, desafortunadamente,⁸¹⁷ una iniciativa nacida de ningún estamento o sector social dominicano. Constituye el fruto de una corriente socio jurídica

⁸¹⁷ Referimos el término “desafortunadamente”, sin menoscabo de la iniciativa que por fortuna desarraigó del país un proceso penal arcaico y obsoleto, que desde décadas anteriores a su abrogación representaba una vergüenza continental. Pero sí lo decimos por la falta de iniciativa local de promover una corriente jurídica que alumbrara una legislación procesal nacida propiamente del ingenio dominicano, para lo cual, entendemos, hay sobrada capacidad; la cual, quizás, se ha visto eclipsada por la falta de iniciativas propias, no solamente en el orden jurídico, sino casi en la totalidad de la vida social, quizás reviviendo cada vez el denominado “complejo de Guacanagarix. Estos señalamientos, sin desestimar la colaboración de instituciones y personajes internacionales, siempre oportunas en el mejoramiento de los procesos sociales.

que persigue el desarrollo de una unificación legislativa a nivel de Iberoamérica,⁸¹⁸ tarea mediante la cual se ha implementado el denominado Código Procesal Penal modelo o tipo Iberoamericano, el cual responde a una iniciativa del jurista español Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, quien se estableció en América tras un proceso de exilio en el período del franquismo, usando como plataforma para el desarrollo de sus ideas, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal,⁸¹⁹ cónclave de reflexión jurídica alumbrado en Montevideo, en la postrimería de los años cincuenta.

Entre las motivaciones que inspiraron esta valiosa pieza de administración de justicia, la cual, sin lugar a dudas, ha venido a llenar un vacío en la mayoría de países latinoamericanos, se enumeran, en primer lugar, la uniformidad legislativa latinoamericana como una vieja aspiración de muchos juristas de nuestro continente, la cual se entreteje con el sueño de algunos de los próceres fundadores de algunos de nuestros países o de nuestras sociedades políticas.⁸²⁰

⁸¹⁸ Iberoamérica es un término formado a partir de las palabras Iberia y América para designar el conjunto de territorios de América donde se hablan lenguas iberorromances. Iberoamérica constituye una de las regiones lingüísticas más grandes y culturalmente más cohesionadas del mundo. EEW, véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Iberoam%C3%A9rica>

⁸¹⁹ El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se fundó en Montevideo, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en 1957, en homenaje a la Memoria de Eduardo J. Couture.

En la sesión de clausura de dichas Jornadas el profesor brasileño Russomano propuso la creación de un Instituto Americano de Derecho Procesal, que desde 1970 lleva el nombre de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Fue su primer secretario general (1957) el profesor Adolfo Gelsi Bidart, y pocos años después fue elegido presidente el profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo (1960). Lo sucedieron en la presidencia del Instituto figuras como Hernando Devis Echandía, Enrique Véscovi, Augusto Mario Morello, José Carlos Barbosa Moreira, Roberto O. Berizonce, Jairo Parra Quijano y Raúl Tavolari Oliveros. Actualmente ejerce la presidencia el profesor Ángel Landoni Sosa.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay resolvió en el 2010 otorgarle personería jurídica.

El Instituto ha celebrado XXII Jornadas científicas y cuenta con cerca de cuatrocientos miembros, incorporados luego de un proceso de selección en el cual se evalúan los méritos académicos y la trayectoria de los postulantes.

Entre las obras más significativas se mencionan los Códigos Modelo para el proceso civil y para el penal (1998), que han influido decididamente en la actividad de reforma de la justicia emprendida por un gran número de países de América Latina, así como la elaboración de un Código Modelo de Procesos Colectivos aprobado en el 2004.

⁸²⁰ Dentro de esos prohombres resalta la figura del venezolano Simón Bolívar, quien a la víspera del siglo XIX se surgió como una de las figuras más destacadas de la emancipación americana frente al Imperio español y contribuyó de manera decisiva a la independencia de las actuales Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela. Se erigió como figura señera que abogó por la unificación política de América Latina.

En segundo lugar, se conjuga un interés socio jurídico, en virtud de que la mayoría de los pueblos latinoamericanos comparten similares circunstancias como consecuencia de la vigencia de sistemas de tipos inquisitivos o mixtos, poseyendo culturas y estilos de aplicación jurídica similares. Un tercer eje estuvo motivado por el interés de integración política y económica, visualizado como medios viables para la superación en conjunto de los graves conflictos sociales que afectan nuestras naciones.⁸²¹

La cuestión que inspiró la iniciativa del Código Tipo o Modelo Iberoamericano, fue el reconocimiento de que, en sentido general, la realidad socio jurídica latinoamericana, ha estado conformada por un sistema procesal penal ineficaz y rezagado en el tiempo ante los avances de carácter social que ha venido alcanzando esta región del mundo, circunstancia con vocación de retrasar los avances y multiplicar los conflictos sociales. Esa era la raíz del asunto, pues en nuestros países la justicia era considerada de inoperante o ineficaz, con marcadas frustraciones sociales y personales, las primeras por insatisfacciones de ver cristalizadas sus aspiraciones de justicia, y la segunda por los atropellos y vejaciones sufridos en el tránsito; por lo que es entendido por los redactores⁸²² del Código Tipo que una ley procesal penal inspirada en la justicia debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia, y el derecho individual a la libertad personal.

En consecuencia, el patrón que aspira superar el código modelo o tipo de administración de justicia en materia procesal penal, es la práctica de un derecho descontextualizado, común en la mayoría de países iberoamericanos, caracterizado, en líneas generales, por la privación del imputado y su defensa de la oportunidad de rebatir la pertinencia, materialidad y legalidad de los elementos recolectados por el juez que tenía a su cargo la investigación, además de que relegaba a la víctima o damnificado de su derecho a intervención activa en una etapa tan vital como la de recolección y aportación de pruebas.

⁸²¹ Cfr. Veras, Sarah Art. Dig. “Las raíces del código procesal penal de república dominicana”. Véase: <http://pgr.gOp.do/Portal/Contents/Articulos/Noticias/20100927-Las-Raices-Codigo-Procesal-Penal-Republica-Dominicana-articulo-magistrada-Sarah-Veras-juez-presidenta-Segundo-Tribunal-Colegiado-Juzgado-Prim.ashx>

⁸²² Se cuentan entre los principales redactores del Código Tipo Iberoamericano: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler, Jorge Clariá Olmedo, Julio Maier y Alberto Binder.

Las prácticas a superar en cada país han sido variables y dependientes sus procesos sociales, políticos y jurídicos característicos, distancia salvada, con ligeras variantes de una sociedad a otra, en Rep. Dom., por ejemplo, encontramos entre las prácticas de mayor recurrencia en los procesos del superado modelo inquisitivo fue la vulneración de los derechos más elementales de los ciudadanos sometidos al proceso penal. En tal sentido, se destacan los arrestos y allanamientos irracionales, sin orden judicial motivada y escrita, en franca vulneración a las previsiones constitucionales; de igual modo, recepción de las declaraciones del acusado sin la asistencia de su abogado, corrientemente fruto de torturas y vejaciones físicas, y las que posteriormente eran utilizada como medios de pruebas válidos, y gracias a las cuales se dictaron infinidad de sentencias “En nombre de la Republica...”. De igual modo, la práctica de la prisión preventiva como una sanción anticipada, no como una medida con carácter cautelar. La exposición directa de los ciudadanos ante los medios de comunicación sindicándolos como “delincuentes”, desde el momento en que eran apresados por “efectivos” policiales, antes incluso, de ser puestos a disposición de la fiscalía, en franca vulneración al principio constitucional de presunción de inocencia y, en último término, el cumplimiento sin la debida vigilancia y control de las sanciones impuestas; atropellos todos ejecutados siempre que “el acusado”⁸²³ llegara con vida ante las lentes televisivas, o a la conclusión del proceso.

Retomamos el discurso mediante el cual se urdió el código procesal penal iberoamericano tipo o modelo, para señalar que múltiples fueron las alternativas y disyuntivas sobre las que vacilaron los auspiciadores de esta iniciativa, quienes a la postre se dejaron persuadir por el modelo encontrado en el acopio legal del Código de la Provincia Argentina de Córdoba, el cual fue redactado por los maestros argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, quienes también fueron colaboradores importantes en el Iberoamericano, y sirvió de base principal para la redacción de este código.

El código cordobés, alumbrado en esa provincia argentina en 1939, encuentra entre sus principales fuentes los códigos italianos de 1913 y 1930. Al inicio de la implementación en Argentina, este código tuvo sus detractores, pues se enfatizaba que el mismo tenía

⁸²³ Acusado era el término bajo el cual se denominaba, al amparo de Código de Procedimiento Criminal, al inculpado de la comisión de un ilícito penal. La nueva normativa procesal penal sustituyó el termino por el de imputado.

como modelo principal el Código italiano de 1930, denominado Rocco⁸²⁴ por el régimen fascista de la época que promovió su implementación.

Algunos autores del litoral Iberoamericano, entre los que se inscribe Javier Llobet Rodríguez, son de consideración de que el Código de Córdoba no tuvo como fuente principal el Código Rocco, en cuanto a su contenido dispositivo, sino que siguió el Código Italiano de 1913, caracterizado por ser democrático y liberal.

Luego de la exitosa vigencia de esta normativa en Córdoba, traspasó sus fronteras para servir de modelo a varias legislaciones procesales penales latinoamericanas, entre las que se señalan: el Código Costarricense (1973), Código Guatemalteco (1992), Código Salvadoreño (1996), Código Hondureño (2000), Código Nicaragüense (2001), Código de Republica Dominicana (2002), Código de Colombia (2005).

4.2.2 Inicio del Reconocimiento Legal del Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita

Con la promulgación de la Ley 76-02 sobre Código de Procedimiento Penal Dominicano, se inicia una nueva etapa, hasta el momento inédita, en la historia jurídico penal dominicana, con el mismo, fruto de las corrientes continentales, se inicia la apertura del telón de la diafanidad, brevedad, tutela efectiva y, entre otros valores no menos trascendentes, el respecto de la dignidad y los derechos del imputado a lo largo del proceso penal.

Sin lugar a dudas, el Código Procesal Penal ha producido un impacto importante en el proceso penal dominicano, toda vez que el mismo constituyó, desde el inicio de su puesta en vigencia, un verdadero y profundo cambio del sistema de justicia penal, en el que no solamente se incluye el procedimiento, sino también una nueva redefinición y enfoque de los actores, por lo que se puede apreciar una clara demarcación legal y específica en la que

⁸²⁴ Alfredo Rocco (1875-1935) fue un político y jurista italiano. Nacido en Nápoles, como economista y político Rocco desarrolló el concepto y los principios de la teoría económica y política del corporativismo, que luego pasaría a formar parte integrante de la ideología del Partido Nacional Fascista de Benito Mussolini. Desempeñó el cargo de Ministro de Justicia durante ocho años, desde 1925 hasta 1932, firmando el Código Penal, conocido como "Codice Rocco", todavía vigente en Italia aunque ha sido objeto de varias reformas, y el Código de Procedimiento Penal de 1930. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Rocco

se reglamentan los roles de las partes, ya se trate de la parte acusadora, la parte investigadora, la defensa técnica y, evidentemente, para la parte juzgadora. Los cambios también produjeron reformas trascendentales sobre el proceso en sí, fortaleciendo con sus fundamentos el juicio oral, público y contradictorio del proceso penal y la función jurisdiccional del juzgador; el levantamiento de pruebas de los ilícitos penales, pasó a ser legalmente regulada. El imputado ganó un espacio sin precedentes, literalmente rayando en lo impensable, para prácticamente la totalidad de la composición social dominicana, encontrando en el art. 95, relativo a los derechos del imputado⁸²⁵ una serie de prerrogativas y derechos que solo éramos capaces de entenderlo en un film de Hollywood. De igual modo se introdujeron figuras tan novedosas como la relativa a los medios alternativos de resolución de conflictos penales, el estableciendo la libertad como regla, la

825 Art. 95. Derecho.- Todo imputado tiene, desde que se solicite la aplicación de una medida de coerción o la realización de un anticipo de prueba, derecho a: 1) Ser informado del hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen Código Procesal Penal de la República Dominicana de los contenidos de prueba existentes y las disposiciones legales que se juzguen aplicables; 2) Recibir durante el arresto un trato digno y, en consecuencia, a que no se le apliquen métodos que entrañen violencia innecesaria o el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza; 3) Conocer la identidad de quien realiza el arresto, la autoridad que lo ordena y bajo cuya guarda permanece; 4) Comunicarse de modo inmediato con una persona de su elección y con su abogado para notificarles sobre su arresto y a que le proporcionen los medios razonables para ejercer este derecho;

5) Ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un defensor de su elección, y a que si no puede pagar los servicios de un defensor particular el Estado le proporcione uno; 6) No auto incriminarse, en consecuencia, puede guardar silencio en todo momento sin que esto le perjudique o sea utilizado en su contra. En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad; 7) Ser presentado ante el juez o el ministerio público sin demora y siempre dentro de los plazos que establece este código; 8) No ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro; 9) Reunirse con su defensor en estricta confidencialidad.

La precedente enumeración de derechos no es limitativa. El ministerio público y los demás funcionarios y agentes encargados de hacer cumplir la ley, así como los jueces, tienen la Código Procesal Penal de la República Dominicana obligación de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible sobre sus derechos, procurar su salvaguarda y efectividad.

El funcionario o agente que vulnere, permita o instigue el atentado o violación de cualquiera de estos derechos es responsable y sancionado de acuerdo a lo establecido por la ley.

Son nulos los actos realizados en violación de estos derechos y los que sean su consecuencia.

garantía de la tutela judicial de los intereses difusos, el estableciendo de controles de la duración del proceso, simplicidad de los procedimientos, creación de medidas alternativas a la prisión preventiva,⁸²⁶ entre otros avances inesperados e inconcebibles.⁸²⁷

Podemos afirmar, sin temor alguno a equivoco, que la sociedad dominicana no estaba social ni jurídicamente preparada para recibir en su seno la pieza procesal referenciada, circunstancia que se evidencia en los inmisericordes ataques que permanentemente desde los medios de comunicación social, televisivos, escritos, radiales, etc., con eco profundo en la sociedad llana, sobre el CPPD, llegando a entender la colectividad, en un momento determinado, que en el CPPD estaba el origen de todos los males que, en el largo recorrido de la historia, se han dado cita sobre el territorio dominicano, siendo los principales blancos de ataques el carácter garantista de la nueva normativa; y no era para menos, es la postura propia de una sociedad anclada en los paradigmas de la tradición y con arraigada resistencia a los cambios, era consabido que el sistema no era el ideal, pero era el conocido; y como ha sido puesto de manifiesto precedentemente, la Rep. Dom. viene de un extraordinariamente largo recorrido de justicia penal extremadamente represiva, en el

⁸²⁶ Se destaca este punto como de trascendental importancia, toda vez que la cultura jurídico penal solo se entendía desde la perspectiva de la prisión como primer paso a la solución del conflicto penal. La nueva legislación ofrece un menú de opciones, mediante la cual el juez de la instrucción tiene las opciones de decidir para la aplicación de una medida cautelar de coerción, a los fines de evitar la sustracción del imputado al proceso. Es bajo esa tesitura que la normativa prevé en el “Art. 226.- Medidas. A. solicitud del ministerio público o del querellante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción: 1) La presentación de una garantía económica suficiente; 2) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; 3) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez; 4) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 5) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; 6) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga; 7) La prisión preventiva.

⁸²⁷ Es preciso recordar que apenas salíamos a la luz tras varios siglos de oscurantismos jurídico penal, y en el mejor de los casos, de 120 años de juicios fundados sobre un modelo inquisitivo, con el agravante de las distorsiones apadrinadas por intereses de todas índoles que en su momento buscaban la satisfacción de determinados objetivos, desde económicos, políticos, hasta el de la satisfacción del morbo colectivo.

que era impensable el inicio de un proceso penal sin que mediara prisión. De hecho, el indicativo del inicio de un proceso penal “serio” era la prisión del acusado.

Como puede ser observado, en el párrafo en que relatamos los avances introducidos al proceso penal por la Ley 76-02, guardamos silencio en los relativos al MP; y no es que no lo haya habido, sino que tenemos tareas importantes que solventar en lo que respecta a la actividad y dirección de la investigación, debida al MP. En efecto, la normativa procesal establece con claridad meridiana el rol debido tanto al MP como a la “policía judicial”,⁸²⁸ poniendo a cargo del primero, la dirección de la investigación del hecho sujeto de castigo, así se lee en el texto legal:

“Art. 88.- Funciones. El ministerio público dirige la investigación y practica u ordena practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la ocurrencia del hecho punible y su responsable.”⁸²⁹

Y en coherencia a la referida previsión, establece en la Sección III, que inicia con el título “Intervención de la Policía Judicial”, en el que a seguidas reza en el 273:

“Art. 273.- Conocimiento directo. Los funcionarios de la policía que tengan conocimiento directo de una infracción de acción pública deben de dar noticia al ministerio público, sin demora innecesaria y siempre dentro del plazo máximo de las veinticuatro horas siguientes a su intervención.”

Como se desprende de esta última cita, el carácter de la policía judicial, es auxiliar, y como se puede observar, la prescripción legal es meridianamente clara, sin aristas que permitan siquiera una interpretación en sentido diferente; de hecho, para delimitar la

⁸²⁸ La denominada policía judicial es inexistente en la práctica, más bien existen policías que son asignados al área judicial, pero no personal formado policial y judicialmente, con la autoridad policial y conocimientos jurídicos técnicos que les permitan asumir con apego ad literam, el rol asignado por la ley.

⁸²⁹ CPPD, Art.88

jerarquía y accionar de estos actores, y desterrar cualesquier resquicio que eventualmente pudiere filtrarse en el curso de los hechos, apunta el legislador, in extenso, en el art. 274:

“Art. 274.- Diligencias preliminares. Los funcionarios de la policía practican las diligencias preliminares dirigidas a obtener y asegurar los elementos de prueba, evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, recibir las declaraciones de las personas presentes e impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores. Si la infracción es de acción privada, sólo debe proceder cuando recibe la orden del juez o del ministerio público. Pero si es una infracción dependiente de instancia privada, actúa por la denuncia de la persona autorizada a presentarla, sin perjuicio de las acciones inmediatas para preservar la prueba o impedir que el hecho tenga consecuencias ulteriores.”⁸³⁰

Sin embargo, pese a la marcada y reiterada claridad del articulado relativo a los roles asignados a los funcionarios referidos, en la práctica, el funcionario que marca la pauta de la investigación, sobre todo en la etapa inicial, y en la mayoría de casos, aún sin la participación del MP, es la PN, ni siquiera la policía judicial. Erigiéndose el cuerpo del orden en un organismo que incide, aún más allá del aspecto judicial, en prácticamente todas las esferas sociales de orden público, “respetando”, prácticamente con exclusividad, la figura del Presidente de la República.

En lo que respecta a la administración de justicia en materia penal, constituye esta circunstancia uno de los lastres que arrastra la recién entrenada normativa procesal, no en sí misma, como se ha demostrado en la lectura de los textos legales, sino en la práctica,⁸³¹ y deja mucho que desear, toda vez que todavía, a estas alturas de evolución jurídico social, no se conciba en Rep. Dom. el desarrollo de investigación de un proceso penal sin la

⁸³⁰ CPPD, Art. 274

⁸³¹ Caemos sobre el particular, una vez más, en la dicotomía que por más de un siglo arrastramos entre la Constitución y la normativa procesal, la existencia de marcada incongruencia entre las disposiciones legales y la praxis.

participación protagónica de la policía, cuerpo armado que ha jugado un papel preponderante, protagónico e histórico en la violación de los derechos humanos en territorio dominicano; su incidencia ha sido tradicionalmente tan decisiva, que ni siquiera la implementación del nuevo texto legal, pese a colocarla en un segundo plano, ha podido menguar su protagonismo. De hecho, las referidas prácticas constituyen una derogación práctica, prematura, de los referidos arts. 88, 273 y 274 del CPPD.

Fuera de la referida circunstancia de orden práctico, y otros “menores” ajustes de los que en su momento trataremos con el rigor que exige el presente discurso, coincidimos con el sentir de la mayoría de juristas, académicos e instituciones que tutelan la vida socio judicial dominicana, en sentido general, la promulgación y practica que a la fecha data de una década, ha sido de carácter positivo, con la capacidad de llevar el proceso penal dominicano al siguiente nivel.

En efecto, uno de los puntos de mayor trascendencia que aporta la recién estrenada legislación procesal, lo constituye el reconocimiento de la legalidad de la prueba. No todos los medios que vinculen al imputado con la comisión de un ilícito, aún sean verídicos, poseen la vocación de elemento probatorio a cargo. La validez debe estar en estricta compañía de la legalidad, que es la figura que el derecho moderno se denomina “legalidad de la prueba”, como hemos visto en capítulos anteriores, en caso de los medios probatorios no contar con los requisitos impuestos por la ley y el debido proceso, se tornan en ilegal y, consecuentemente, inaprovechable para la fundamentación de una sent. condenatoria válida, a la luz del proceso penal recién entrado en vigencia.

A diferencia del génesis que ha tenido en otros países y culturas de administración de justicia, donde la exclusión probatoria recibió el aliento inicial de la jurisprudencia, en Rep. Dom., es la normativa procesal el instrumento legal que ha establecido imperativamente este principio. Específicamente la legislación vigente a partir del 2004. Aunque todas nuestras constituciones han dado constancia de previsiones claras y específicas sobre el respeto de los derechos humanos y el debido proceso, y las normativas siempre han sido “claras” en el reconocimiento del rango constitucional de los tratados internacionales; no menos cierto es el hecho de que por razones culturales, ya analizadas precedentemente, la norma adjetiva ha sido de mayor trascendencia e implementación, que la sustantiva, dando paso a esquemas y prácticas violatorias de los más elementales

derechos reconocidos internacionalmente a los ciudadanos encausados en procesos penales.

Encontramos por primera vez en la legislación dominicana el principio de legalidad probatoria, de manera explícita y como imperativo legal, en el texto de uno de los denominados “principios fundamentales” que rigen la normativa procesal; así leemos en la redacción del art. 26 del CPPD, el cual establece:

“Art. 26. Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.”⁸³²

Las letras del referido art. iniciaron un proceso de cambio de paradigma que permeó no solamente los procedimientos tradicionales para la obtención de los medios probatorios a cargo, sino que de manera irreversible, re-configuró todo el proceso penal; y no es para menos, si no existe discusión en torno al valor trascendente de la prueba en materia penal, podemos afirmar que, sustrayendo la figura del imputado, es la estrella del proceso, por lo que es de suponer que toda circunstancia que de algún modo incida sobre la misma, también será portadora de cambios en el proceso.

En efecto, desde el momento de la promulgación de la codificación, antes de que haya caso debe haber legalidad, y aunque en apariencia se perciba tautológico, no hay caso sin legalidad. Es la razón por la que desde el momento que una autoridad se proponga el enjuiciamiento de un ciudadano, previamente debe tomar en consideración el entorno del proceso, a los fines de proveerse de las herramientas legales necesarias que le permitan abordar el proceso dentro del marco normativo previsto por la ley, so pena de nulidad del proceso o descargo de responsabilidad penal por ilegalidad probatoria.

⁸³² En iguales términos se expresa el art. 166 del CPPD, al manifestar: “Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código”.

Como puede ser apreciado, partiendo del análisis del citado art., es posible extraer dos conclusiones precisas; la primera, que la invalidez de la prueba irregularmente obtenida e incorporada, puede ser invocada en todo estado de causa, circunstancia que le otorga una vigencia decisiva durante todo el curso del proceso, lo que permite efectivamente desalentar la infracción del mismo.

Sobre este particular, es preciso dejar constancia de que ha ganado espacio una corriente doctrinal que sustenta que la invocación de la ilegalidad probatoria trasciende la decisión sustentada en pruebas ilícitas. Encontramos en Jauchen uno de sus defensores, quien expresa sobre el particular:

“La sentencia que se sustente en prueba ilegal o irregular es nula, y en consecuencia, susceptible de ser casada o anulada, mediante el acogimiento de los recursos de casación o de nulidad, según sea la legislación aplicable. Asimismo es viable el recurso extraordinario por violación al debido proceso legal.”⁸³³

Esta concepción de Jauchen sobre la prueba ilegal argüida en el proceso es compartida por la SCJ, instancia que mediante resolución, apuntó sobre el particular:

“El principio de legalidad de la prueba es consustancial a las garantías judiciales, entendidas estas como procedimiento o medios para asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Este principio de la legalidad de la prueba es parte del derecho al debido proceso de ley, por lo que los medios de pruebas son los que pueden justiciar la imputación de un hecho punible, y, en consecuencia, que se pueda determinar la restricción de la libertad personal del acusado.”⁸³⁴

En el párrafo de la citada resolución se plasma con claridad meridiana la perspectiva de la máxima instancia de juicio, en su momento, relativo al peso específico de esta tipología de

⁸³³ Jauchen, E. Op. cit. págs. 616 -617

⁸³⁴ SCJ, Resol. No.1920-2003, de fecha 13-11-2003

prueba en el proceso penal. Dos elementos resaltan como importantes a la luz del análisis del párrafo resolutorio. El primero, que la fuente de la que asume el juzgador dominicano la teoría de prueba ilícita o ilegal, es la concepción europea, la cual aboga por el desecho de la prueba obtenida mediante medios ilegales, para de ese modo garantizar el resguardo y protección de los derechos fundamentales, debidos a toda persona; en contraposición a la concepción norteamericana, la cual iza la bandera de la ilegalidad, pero bajo el interés de que el Estado no debe ser beneficiario del uso y abuso de su disponibilidad de recursos en perjuicio de los particulares, disuadir a los detentadores del poder de investigación de que abusen contra los ciudadanos, no tanto así proteger los derechos de los ciudadanos, que sí es prioridad en la concepción europea.

Ya en el interior del articulado normativo, vuelve a referirse el tema de la legalidad, sobre los arts. 166 y 167, en el LIBRO IV, titulado: MEDIOS DE PRUEBA, e inmediatamente en las denominada Normas Generales, apunta el:

“Art. 166.- Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código.”⁸³⁵

Las previsiones de este art. 166 son escuetas y tímidas, si las comparamos con los enunciados dispuestos en las letras del art. 26, el cual es más amplio y contundente al abordar el tema; sin embargo, el legislador robustece y complementa de inmediato su contenido con las previsiones del 167, el cual se constituye en el art. procesal que con mayor fidelidad y contundencia valida la regla de Exclusión probatoria en el proceso pena dominicano, el referido expresa:

“Art. 167.- Exclusión probatoria. No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales

⁸³⁵ CPPD., Art 166

y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado. Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.”⁸³⁶

Sobre este art 167 se aprecia un contenido de mayor profundidad sobre el abordaje del tema. En primer lugar, se reitera el origen de la fuente que inspira la inclusión de esta figura procesal en el derecho dominicano, que como tenemos dicho, es la concepción europea, toda vez que la motivación de castigar la ilegalidad, no es otra que la de impedir “...las formas, y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado...”. Aunque sin lugar a dudas, y gracias a la internacionalización del derecho, no deja de mostrar las influencias de la práctica norteamericana, en lo relativo a la prueba derivada, “teoría del árbol envenenado” o ponzoñoso. Esta línea de pensamiento que, como hemos visto en capítulos anteriores, deja fuera de la ponderación del juzgador las pruebas recogidas que sean dependencia directa de la argüida de ilegal, encuentra causa común en la legislación dominicana cuando esta señala: “*Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean consecuencia directa de ellas...*”, exceptuando el caso que se pueda recabar mediante medios lícitos, aunque sean arrojados los mismos resultados.

Del análisis de este art. se extrae la conclusión de que la figura jurídica que en la práctica procesal dominicana se denomina prueba ilegal, presenta una dualidad de influencia que se debate entre la cultura europea y la norteamericana, aunque con mayor influencia de la concepción europea, circunstancia que valoramos como positiva, toda vez que debe ser propio de las legislaciones escoger lo mejor de cada sistema y cultura jurídica, y así como las practicas criminales se ha internacionalizado, es preciso que también las legislaciones han de estar abiertas a figuras, prácticas y sistemas que contribuyan a la cada vez más dificultosa tarea de castigar las infracciones sin lesionar los derechos de los individuos, sean estos derechos de cualesquier rango.

⁸³⁶ CPPD, Art.167

Un tema de relevante interés en cualquier sistema procesal, y que debemos resolver en el presente trabajo, es el de la libertad probatoria. Es inconcebible, al umbral del presente siglo un sistema legal en que sea restringida la libertad probatoria en provecho o perjuicio de una cualesquiera de las partes involucrada en el duelo penal. El sistema americano, europeo, dominicano, y otros tantos, así lo hacen, prevén la exclusión de pruebas. Sobre el particular, es preciso señalar, que la exclusión probatoria, en el caso que nos ocupa, promovida por la ilegalidad de su obtención, constituye una excepción al principio general de libertad probatoria, el cual es un elemento de vital importancia dentro del debido proceso, mal pudiéramos imaginar un proceso penal en el que los medios probatorios estuvieren limitados por cualesquier circunstancia, tal caso representaría un deleznable a agravio en perjuicio de una cualesquiera de las partes a que se le limitara el derecho de accionar positivamente a la producción de pruebas en beneficio de su causa. De hecho, el principio de libertad probatoria está consagrado en la normativa procesal dominicana. Así se lee en el art 170 textualmente:

“Art. 170. Libertad probatoria. Los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa.”⁸³⁷

En efecto, la expresión asumida en la parte in fine, “...salvo prohibición expresa”, nos pone en la perspectiva de reconocer la limitación o exclusión de la prueba ilegal, consagrada expresamente en el art 167, como una excepción al principio de libertad probatoria, con la pretensión de salvaguardar la integridad de los derechos debidos a las partes y el respeto al debido proceso. Sobre el particular refiere el magistrado Camacho Hidalgo:

“La regla general sigue siendo la amplia libertad para probar un hecho delictivo, pero que, para acceder a algunos medios probatorios es necesario que se cumplan formalidades exigibles a pena de nulidad y, en otros casos que sea bajo la autorización y supervisión del juez de la instrucción. Siempre que el medio probatorio para

⁸³⁷ CPPD, Art. 170

fundamentar el ilícito cometido sea obtenido cumpliendo con las exigencias, formalidades, plazos y por los medios pertinentes, no se puede excluir ningún medio así aportado. Es necesario tomar en cuenta que las reglas para la formalización de las evidencias y pruebas le son imperativamente exigibles al Estado que es quien persigue los hechos de acción pública y que es este quien utiliza todos los medios con los que cuentan las agencias gubernamentales para la investigación, persecución, detención y sometimiento, por lo que resulta necesario someter ese poder al control de un juez para evitar que la fuerza coercitiva del poder del Estado sea utilizada en detrimento de quien es perseguido.”⁸³⁸

Es evidente que al razonar en los términos descrito, el influjo de pensamiento del magistrado esta basamentado en la perspectiva de la doctrina norteamericana, misma que con su accionar persigue limitar el poder estatal en perjuicio de los individuos encartados en procesos penales de acción pública.

Aunque en interés de que la presencia de una prueba ilegal llegue a incidir en la toma de decisión final del juzgador, en perjuicio del encartado, el principio fundamental que en la normativa dominicana aborda la temática, es meridianamente explícito al señalar que la ilegalidad “*puede ser invocado en todo estado de causa*”, y una vez acogida la invocación el juzgador asume el deber legal de pronunciar “*la nulidad del acto y sus consecuencias...*”, se precisa señalar que el escenario natural para el manejo contundente de la exclusión probatoria, lo constituye la denominada Audiencia Preliminar, que es la tapa procesal prevista para resolver todas las cuestiones que atenten en perjuicio de la sanidad del proceso, antes de la llegada del proceso a la etapa del juicio.

La resolución de las circunstancias con vocación de contaminar el proceso en esta etapa, es de vital importancia inclusive para salvaguardar los recónditos e inexplorables prejuicios psicológicos que pudieren asaltar al juzgado de fondo; pues si bien es cierto que

⁸³⁸ Camacho Hidalgo, I. Op. cit., págs. 258-259

enfrenta el juzgador la prohibición expresa de valorar las pruebas obtenidas de manera ilegal, tampoco deja de estar fuera la condición humana del juzgador, la cual bien pudiera permear el proceso, en casos específicos en que el juzgador estuviera experiencia previa y prejuicios determinado; bien pudiera decretarse la exclusión material, más no la psicológica.

La referida afirmación bien pudiera ser refutada argumentando la adopción en el sistema procesal dominicano, al momento de valorar los elementos de pruebas que les son expuestos, del modelo de sana crítica racional, o simplemente crítica racional, consistente en la obligatoriedad del juzgador de exponer los motivos por el que arriba a una determinada decisión. Sin embargo, sobre el particular compartimos la opinión de Binder, que por su trascendencia práctica exponemos íntegramente, y sobre el particular apunta el maestro:

“La solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación ‘automática’ de la Ley. Por el contrario, a partir del conjunto del sistema normativo, los jueces deben construir o hallar la norma concreta que solucione el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de varias normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad para concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual. La otra actividad principal consiste en la valoración de la prueba, es decir, la actividad intelectual consistente en enlazar la información disponible con las diferentes hipótesis. Esta actividad de enlace se ha realizado a lo largo de la historia, de diversos modos. Han existido sistema que dejan ese enlace a la libertad del juez y otros que, al contrario, establecen nexos obligatorios entre la prueba y la conclusión a la que se debe arribar. Cada uno de estos sistemas trasunta, en el fondo, una mayor o menor confianza en el juez”. “Existiendo dos grandes modelos para establecer un sistema de libre valoración de la

*prueba. Uno de ellos es el llamado sistema 'de íntima convicción' o 'de libre convicción', en el que no se le exige al juez que manifieste y explique el modo o el camino por el cual ha construido su convicción. En el otro sistema, denominado 'de sana crítica' o simplemente 'crítica racional' se requiere que el juez explique fundamentalmente su decisión". "En síntesis, La deliberación es el conjunto de operaciones intelectuales o espirituales del tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables mediante la valoración de la prueba."*⁸³⁹

Si ha encontrado algún punto de coincidencia con las consideraciones de Binder, entonces mostrará acuerdo en que, aunque el plazo para la invocación de la ilegalidad es abierto para todo el curso del proceso "... puede ser invocado en todo estrado de causa", lo cual es saludable, establecerlo en el momento procesal inicial y oportuno, tampoco es ocioso, y puede significar una medida crucial para el desenlace del mismo.

La dinamicidad del quehacer jurídico, expuesta por Binder, trasciende el aspecto legal, y se interna en los aspectos de orden psicológicos, toda vez que se precisa "...enlazar la información disponible con las diferentes hipótesis". En tal sentido, una simple percepción bien puede marcar la diferencia entre una sent. condenatoria, y una absolutoria.

Aún nos impacta el recuerdo de la confesión de un juez penal de corte, corriendo el 2004, en el marco de una conferencia ante un público integrado, casi en su totalidad, por abogados y estudiantes de derecho, relacionada con la implementación del CPPD, en la que describía las bondades de la nueva normativa ante los atropellos y abusos "legalizados" por la legislación procesal derogada, y con arrepentimiento refería: "Recuerdo en una ocasión en que como MP presentamos al juez, previo a audiencia, el expediente de un acusado que debía ser condenado, a lo que el juez apuntó: "Entonces hay

⁸³⁹ Binder, A. Op. cit., pág. 462-463

*que engordar*⁸⁴⁰ *el expediente*”, y la consecuente respuesta: No se preocupe magistrado, esa es nuestra tarea...”. Personalmente nos impactó la sinceridad gráfica de la confesión, la cual, a raíz de la nueva perspectiva de conocimientos, reconocía el autor como proceder equivocado; sin embargo, representa la anécdota en cuestión una prueba irrefutable de que la creencia de un momento, puede permear la decisión de un momento, aunque con el paso del tiempo haya que confesar el arrepentimiento.

Cuando Adolf Eichmann, nazi refugiado en Argentina, al ser capturado el 13 de mayo de 1960, inquirió a sus captores: “¿por qué quieren juzgar la conducta de un hombre de veinte años cuando tiene setenta?”, y en efecto, son dos etapas distintas, en la que sufre metamorfosis la percepción de las cosas. De igual modo, y en espacio de tiempo más breve, se puede modificar la percepción subconsciente del juzgador, aún sin advertirlo, con el manejo en la etapa de juicio de una información probatoria infectada de ilegalidad, circunstancia que bien pudiera afectar el desenlace del proceso.

Otro elemento de análisis importante que se extrae de la lectura comparada del art. 167, es el relativo a la previsión de que “*no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas...*”. En efecto, la práctica del derecho dominicano, tradicionalista, con innegable y larga data de apego a las formas, con marcada y mayor tendencia al formalismo irracional que a la creatividad, evidentemente no podía dejar escapar una oportunidad para implantar sus requisitos en el proceso. Y no es que en todos los casos sea una práctica insana, en el que nos ocupa, por ejemplo, adquiere sentido y razón de ser. Una actividad de tan importante trascendencia en el proceso, como sin lugar a dudas lo es la actividad probatoria, mal pudiere prolongarse indefinidamente en el curso del proceso, le haría más mal que bien, a los principios de celeridad e inmediación (Art. 307 CPPD) y estuviese el juicio atado a procesos e incidentes interminables, de no haber sido reguladas las formas y mecanismos procesales mediante los que válidamente pueden acreditarse las pruebas, ya sean a cargo o descargo.

⁸⁴⁰ Se trata de una expresión coloquial dominicana que en el contexto significa aumentar el volumen del expediente, aún fuera con papeles irrelevantes.

Una sola oportunidad existe en el proceso penal dominicano para acreditar válidamente una pretensión probatoria a cargo, y se realiza mediante la actividad procesal denominada acusación. En efecto, se lee textualmente en las previsiones del art. 294 CPPD:

“Acusación. Cuando el ministerio publico estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al imputado, presenta la acusación requiriendo la apertura de juicio.

La acusación debe contener:

- 1. Los datos que sirvan para identificar al imputado;*
- 2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado, con indicación específica de su participación;*
- 3. La fundamentación de la acusación, con la descripción de los elementos que la motivan;*
- 4. La calificación jurídica del hecho punible y su fundamentación;*
- 5. El ofrecimiento de las pruebas que se pretende presentar en juicio, que incluye lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba, con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad.”⁸⁴¹*

La doctrina dominicana define la acusación como “*el acto que remite el Procurador Fiscal al Juez de la Instrucción, requiriendo la apertura a juicio*”.⁸⁴² En términos similares se refiere a esta actividad el profesor Maier, cuando entre otros considerandos, nos refiere: “*La acusación significa, en verdad, el comienzo del ejercicio de la acción penal pública.*”⁸⁴³ En efecto, puede ser definida la acusación como la actividad procesal que concluye la etapa preparatoria y marca el ingreso del proceso a la etapa jurisdiccional.

⁸⁴¹ CPPD, Art. 294

⁸⁴² Del Castillo Morales, Luis R. y otros autores “Derecho Procesal Penal”, t. I, Editor Capel Dominicana, S.A., 2004, pág. 174

⁸⁴³ Maier, J. Op. cit., pàg.243

La producción de este procedimiento solo es posible después de haber sido agotada las diligencias correspondientes a la investigación e instrucción del caso a cargo del MP.

Como hemos observado, las previsiones del art. 294 establecen límites formales a la acreditación probatoria, los cuales consisten en la oportunidad procesal en que deben ser acreditadas dentro del curso del proceso. En efecto, el momento procesal en el cual se presenta la acusación, es de importancia vital para la sobrevivencia de la prueba en el juicio dominicano, toda vez que no es suficiente el simple ofrecimiento de “la verdad” del acusador o prueba a cargo, el mismo debe de contener, taxativamente, “*la indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad*”. Esta condición impuesta para la acreditación válida, reviste una importancia trascendental para la preservación del debido proceso, toda vez que destierra del mismo, en primer lugar, las circunstancias de indefensión a que pueda verse sometido uno de los sujetos procesales, al verse enfrentado a una proposición probatoria sin tener idea de que rumbo probatorio le dará su oponente. En segundo lugar, nivela las armas, toda vez que limita, y en la mayoría de los casos anula, la aparición del factor sorpresa dentro del proceso.

Estas previsiones de manejo del elemento prueba, revisten el proceso de un carácter técnico, en el que si bien la argumentación juega un papel importante, le fue despojada la condición protagónica de que disfrutaba en el modelo procesal superado.

El camino recorrido para la imposición de una pena en el proceso penal instaurado mediante la promulgación de la Ley 76-02 es largo, tortuoso y minado de tecnicismos legales, por lo que requiere condiciones especiales para el acusador, éste debe ser previsor, perspicaz, frío, entre otras cualidades no menos importantes, pues toda vez que inobserve uno cualesquiera de los requisitos impuestos para la validez de los medios probatorios, puede dar al traste con todo el proceso. Es la razón por la que no desautorizamos en su totalidad a aquellos sectores sociales que vinculan el incremento de las actividades punitivas, a las facilidades de superar el proceso que se asocia a la normativa.

Se manifiesta uno de los requisitos de relevante importancia en la referida parte in fine del numeral 5 del art. 294, cada elemento probatorio tiene el deber de ser preciso en la

descripción del interés probatorio, so pena de ser excluido del proceso, siempre que no se dé el cumplimiento de descripción de las pretensiones probatorias relativas al aporte.

Como hemos dicho, la acusación lleva el expediente al siguiente nivel, al escenario de las tomas de decisiones, pasando de inmediato, a nuestro juicio, a una de las etapas de mayor trascendencia del proceso, la denominada Audiencia Preliminar o Juicio intermedio,⁸⁴⁴ en la que las partes tienen la oportunidad de acreditar ante el juez de la instrucción sus pretensiones probatorias, con la oportunidad de desacreditar las que les sean adversa, incluyendo, de manera protagónica, las que a juicio de la defensa del encartado estén viciadas de ilegalidad. Es un momento de decidida actividad de la defensa, en el que debe procurar, a toda costa, la exclusión de la prueba permeada de ilegalidad, en procura de llevar a la etapa de juicio un fardo probatorio saneado y evitar la contaminación de la sique del juzgador con elementos distractores desfavorables.

Independientemente de constituir el filtro del proceso, la Audiencia preliminar posee la particular característica de determinar con una decisión, la conclusión del proceso, toda vez que si el juez de la instrucción tiene en sus manos una interesante variedad de opciones, cada una de las cuales, con la capacidad de determinar el curso del proceso. Así lo prevé textualmente la normativa:

“Art. 301. Resolución. Inmediatamente después de finalizada la audiencia, el juez resuelve todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

- 1. Admite total o parcialmente la acusación del ministerio público o del querellante, y ordena la apertura a juicio;*
- 2. Rechaza la acusación de ministerio público o del querellante, y dicta auto de no ha lugar a la apertura a juicio;*
- 3. Ordena la suspensión condicional del procedimiento;*
- 4. Resuelve conforme un procedimiento abreviado;*

⁸⁴⁴ El proceso relativo a la audiencia preliminar está contenido en el bloque de arts. contenidos entre el 298 al 304 CPPD

5. *Ordena la corrección de los vicios formales de la acusación del ministerio público o del querellante;*
6. *Impone, renueva, sustituye o hace cesar las medidas de coerción;*
7. *Aprueba los acuerdos a los que lleguen las partes respecto de la acción civil resarcitoria y ordena todo lo necesario para ejecutar lo acordado.*⁸⁴⁵

Como es apreciable, amplio es el poder de resolución del juez de la instrucción respecto a la suerte del proceso. De ahí la importancia trascendental del manejo de argumentos respecto de las pruebas aportadas.

Superada esta etapa procesal, se registra otra oportunidad excepcional para la incorporación de “pruebas nuevas” en el proceso. Resulta excepcional, toda vez que la vía regular de incorporación es mediante el escrito de acusación; sin embargo, el legislador entendió pertinente no cerrar total y absolutamente a las partes la posibilidad de someter al juzgador elementos que hasta ese momento habían resultado ajeno al proceso, pero con vocación de hacerle cambiar la convicción, conforme la percepción de la parte que la invoca. De ese modo encontramos en las previsiones del art. 330 las disposiciones siguientes:

*“Art. 330. Nuevas pruebas. El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.”*⁸⁴⁶

Se entiende por “nuevas pruebas”, todos aquellos elementos que a juicio de las partes puedan favorecer sus pretensiones en el curso del proceso, y que por alguna razón justificable no estuvieron la posibilidad material de incorporarla en las oportunidades anteriores, y está abierta tanto para la parte que persigue resarcir el daño, como para la parte que se le imputa la comisión del ilícito. Fuera de esta oportunidad se cierra

⁸⁴⁵ CPPD, Art. 301

⁸⁴⁶ CPPD., Art. 330

definitivamente la posibilidad de nuevas incorporaciones probatorias, toda vez que la proposición de las pruebas es la etapa inmediatamente anterior al cierre de los debates, y una vez concluidos estos, se produce el retiro del juzgador para la deliberación, tras la cual se emite la sentencia.

En conformidad con el proceso penal puesto en vigencia sobre el último cuatrimestre del año 2004, y específicamente las previsiones contenidas en el art. 72, los tribunales penales, aún de primera instancia pasan a ser colegiados, con la integración para los juicios de tres magistrados, con la excepción de los procesos de acción privada, que pueden ser conocidos de modo unipersonal. Para la toma de decisiones es aplicable el sistema de mayoría de votos, casos en los cuales se presentan dos situaciones posibles: Que uno de los magistrados este en desacuerdo con la decisión asumida por sus pares, caso en el cual se produce el denominado voto disidente.⁸⁴⁷ El otro escenario posible es que haya unanimidad en el acuerdo, ya sea ante una absolución o condena, pero arguyendo motivos distintos, caso para el cual se reserva el denominado voto salvado.⁸⁴⁸ En cualquiera de los casos puede el juez argumentar su voto disidente o salvado, haciendo constar su criterio directamente en el cuerpo de la Sent.

Esta figura de disidencia a lo interno del cuerpo juzgador, abre un espacio de democratización de criterios que sin lugar a dudas favorece la toma de decisiones, sobre todo cuando existe la posibilidad de publicidad por su contenido por su incorporación en el cuerpo de la sentencia.

Dentro del marco de investigación encontramos la redacción de los considerandos de la Sent. No.159-2005, de la Quinta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del D.N., la que por su enfoque directo y practico sobre la temática planteada, reproducimos textualmente una parte importante de su contenido. A saber:

⁸⁴⁷ Se denomina voto disidente a las consideraciones del juez que sostiene un criterio de desacuerdo con la decisión tomada por la mayoría de sus colegas, teniendo la oportunidad de exponer sus consideraciones en el mismo cuerpo de la Sentencia.

⁸⁴⁸ Se denomina voto salvado a las consideraciones del juez que dentro de su deliberación llega a la misma conclusión de absolución o condena, pero por motivos diferentes a los argumentados por sus pares.

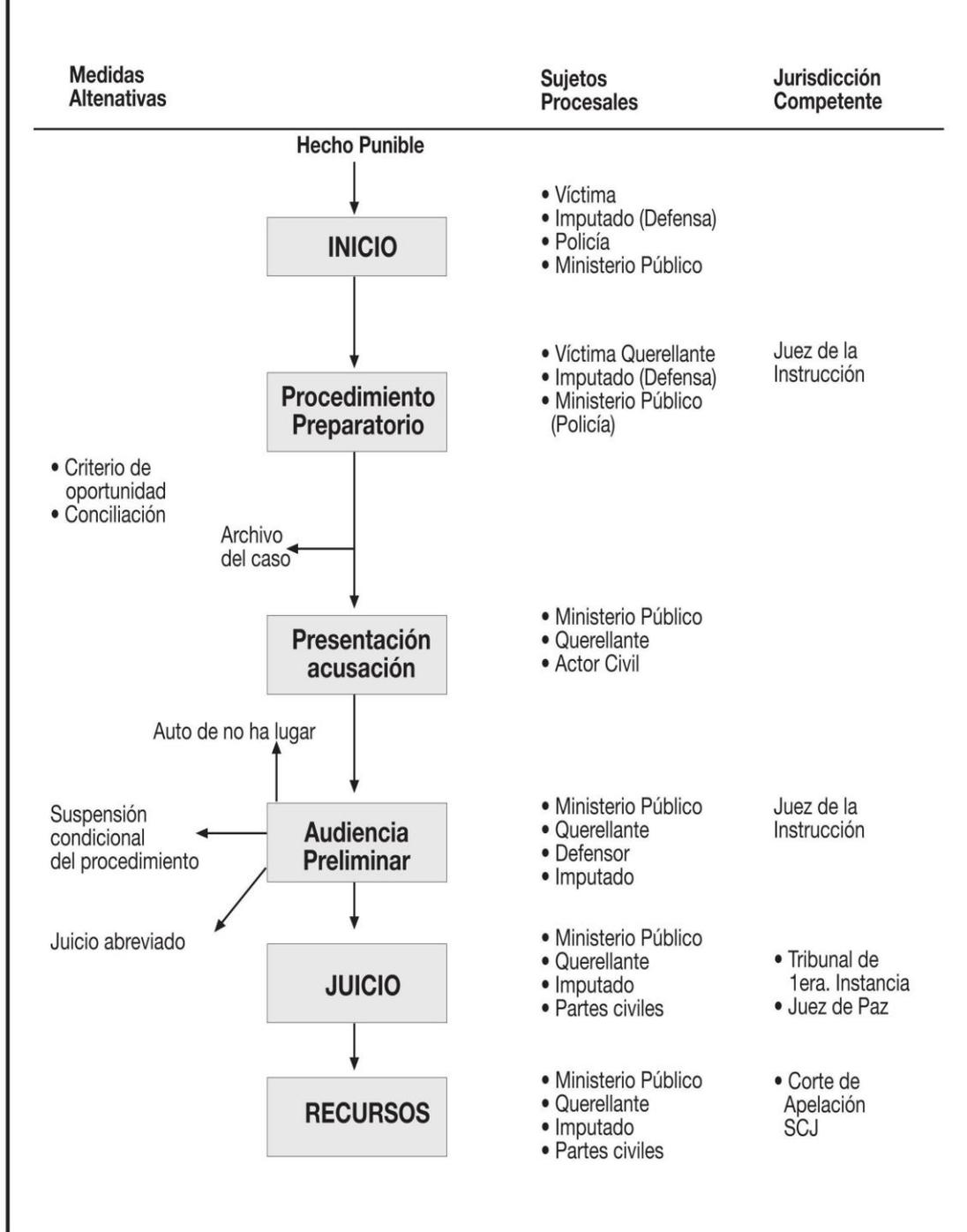
“Considerando: Que de la lectura combinada de los arts. 172 y 333 del Código Procesal Penal se extrae el modo en que los jueces que conforman un tribunal deben valorar los elementos de prueba producidos en el juicio, estableciendo como regla la utilización de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, es decir sobre la sana crítica. En consecuencia, para dictar una sentencia condenatoria debe haberse demostrado que la prueba aportada es suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado.

Considerando: Que dentro de los principios recogidos en el código procesal penal se encuentra la legalidad de la prueba, disponiendo que los elementos de prueba solo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios rectores que lo informan, lo cual puede ser traducido como que los elementos probatorios deben ser siempre conforme al debido proceso de ley.

Considerando: Que el juez está en el deber de tomar en consideración al momento de valorar los elementos probatorios, lo siguiente: 1- Que dicho elementos de prueba haya sido obtenidos por un medio lícito. 2- Al momento de fundar una decisión las pruebas deben ser recogidas con observancia de los derechos y garantías del imputado previstas en el bloque constitucional; 3-Las pruebas deben ser recogidas mediante cualquier medio permitido; 4- Deben tener relación directa o indirecta con el hecho investigado y debe ser útil para el descubrimiento de la verdad; y 5- deben ser valorados conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia”⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ Sent. No.159-2005, de la Quinta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del D.N.

ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO PENAL DOMINICANO



Estructura del proceso penal dominicano.⁸⁵⁰

⁸⁵⁰ Fortunato, José Luis Art. Dig. “El Juez: Formación, Designación y Función (República Dominicana)”, véase: <http://www.monografias.com/trabajos46/el-juez-dominicana/el-juez-dominicana3.shtml>

4.3 La Constitución Dominicana y el Debido Proceso. Versión 2010

A diferencia de otras culturas jurídicas en que la regla de exclusión de la prueba ilegal en los procesos de índole penal inicia en la interpretación de las normas constitucionales, en Rep. Dom., por diferentes razones históricas, ha seguido un proceso inverso.

En primer lugar, como lo hemos analizado precedentemente, la Constitución dominicana, desde su primera versión, proclamada a escasos nueve meses de ser proclamada la nueva República, sobre 1844, ha sido abanderada, y de hecho vanguardista, en lo atinente al respeto de los derechos fundamentales y el debido proceso. En ningún momento de la historia dominicana ha habido debilidad sobre la materia en el texto constitucional.

La primera debilidad que relegó al estado de letra muerta el texto y las previsiones constitucionales, fue la adopción de una legislación procesal penal fundamentada en un modelo inquisitorio y, consecuentemente, con valores procesales distintos a los enarbolados por el texto constitucional; pero que de algún modo se ajustaba a los intereses socio jurídicos de la clase política de la primera república, y que sin lugar a dudas ha permeado el proceso histórico dominicano con alcance hasta nuestros días. Desde aquellos primeros momentos la ley adjetiva alcanzó mayores niveles de aplicación y relevancia que la ley sustantiva.

La segunda debilidad que ha impedido al justiciable en territorio dominicano de esta figura procesal con anterioridad a septiembre del 2004, lo constituye el hecho de que el derecho dominicano es fundamental y esencialmente formalista, circunstancia que impide la aplicación de una norma legal fuera de lo establecido en los textos y, sobre todo, si la novedad es de carácter garantista; otra fuera la historia si la introducción hubiere sido de corte represivo, puede ser con mayor facilidad asimilada por esta cultura social.

Esos dos grandes escollos se habían conjugado para dilatar la incursión de la referida figura procesal en la práctica de justicia penal en Rep. Dom. De hecho, sirve como aval a la tesis planteada, el hecho de que solo ha iniciado la aplicación de la exclusión de la prueba aducida de ilegal en el proceso penal, después de que la misma fuera adoptada por la ley adjetiva; y luego, en un segundo momento, seis años más tarde, se robustece en las disposiciones constitucionales y se inicia un proceso de observación y respeto de la

normativa, un proceso de nivelación teórico práctica entre la Constitución y la normativa procesal. Sin perjuicio de que también es signatario el país de prácticamente todas las Convenciones Internacionales que proclaman la salvaguarda y protección de los derechos humanos, mismas que en el país, al igual que todos los países signatarios, poseen rango constitucional.

De hecho, asumimos la versión promulgada el 26 de enero del 2010 porque, además de ser esencialmente la más reciente, es a partir de la cual se inicia la importantización constitucional de la figura legal objeto del estudio que nos ocupa.

En efecto, la referida Constitución, ubica a la Rep. Dom. al unísono de los textos de igual jerarquía de los países del mundo de mayor tradición democrática. Solo es de esperar que en la ocasión las previsiones del texto se traduzcan en práctica, y ésta en hechos tangibles y concretos tendentes al avance y bienestar social. A los fines de guardar fidelidad al objetivo planteado, nos vamos a avocar exclusivamente al estudio y análisis del contenido constitucional relativos a la consagración y salvaguarda de los derechos individuales, el debido proceso y las circunstancias conexas contenidas en el texto.

Desde prácticamente la apertura de la redacción del texto constitucional, establece el constituyente el fundamento de la Constitución, art. sobre el cual expresamente establece: *“Fundamento de la Constitución. La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos y dominicanas.”*⁸⁵¹

Si para expresar en concreto el sentido científico del vocablo “fundamento” y para tales fines nos auxiliamos del manual de consulta del idioma denominado El pequeño Larousse, el cual refiere que este vocablo proviene del latín “*fundamentum*”, y lo define como “*Principio o base de una cosa, especialmente de una ciencia o arte.*” Otra definición que nos ofrece esta importante obra de consulta, es la que posiciona el término fundamento como “*Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa.*”⁸⁵²

⁸⁵¹ CRD., Art. 5

⁸⁵² El Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse, S.A. de C.V., Colombia, 2007

Si tomamos ad literam⁸⁵³ los significados referidos sobre el vocablo “fundamento” y lo contextualizamos en el marco constitucional, en lo referente al “respeto a la dignidad humana”, podemos colegir que uno de las principales motivaciones, y razón de ser, del Estado dominicano, es el respeto a la dignidad humana, al menos en teoría. De hecho, el planteamiento resulta genial, y portador de una melodía encantadora a los oídos de los países convertidos en potencias, y los organismos internacionales guardianes de los intereses de aquellos; pero en la práctica, es evidente que desde los poderes consagrados por la misma constitución para dirigir el Estado, es notable el desdén por la implementación de políticas y mecanismos concretos y específicos tendentes al resguardo y fortalecimiento del referido principio declaratorio, el cual referimos por ser de importancia capital dentro de la temática que nos ocupa, y el descrito resulta ser el primer art. constitucional que refiere la materia de respeto y dignidad de los derechos humanos.

En esa misma temática elegimos como criterio de estudio y análisis el orden en que han sido plasmados en el texto constitucional los diversos arts. que atañen a los intereses del discurso que nos ocupa. De ese modo encontramos en los subsiguientes arts. 6, 7 y 8 resols. declarativas que comprometen al Estado dominicano al desarrollo de un clima propicio al desarrollo y la promoción humana, las cuales, sin lugar a dudas, resultan ser la plataforma ideal sobre la cual se desarrolla, a la postre, la actividad punitiva del Estado. Se lee en los referidos arts.:

“Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos

⁸⁵³ Expresión latina que traducida al español adquiere el significado “al pie de la letra” o “leído textualmente”, significados sinónimos.

fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.”⁸⁵⁴

El art. 6 declara la naturaleza constitucionalista de la estructura social, política y jurídica de la Rep. Dom., circunstancia que se caracteriza por la supremacía de la Constitución, la limitación de los poderes del Estado, y el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre. Si tomamos como referencia la definición de Estado contenida en Wikipedia, la cual lo refiere como “*un concepto político que se refiere a una forma de organización social, económica, política soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones, que tienen el poder de regular la vida comunitaria nacional, generalmente sólo en un territorio determinado o territorio nacional; aunque no siempre, como en el caso del imperialismo.*”⁸⁵⁵ Y si conectamos esta definición con el estudio y análisis de la historia de la humanidad en sus distintas etapas de desarrollo socio político, bien podemos definir la Constitución como el muro de contención de las apetencias personales y/o grupales de individuos que de algún modo y por variadas motivaciones alcanzan la dirección política de un conglomerado social cohesionados como Estado.

El art. 7 define a Rep. Dom. Como un estado “*Democrático de Derecho*”, esta definición constitucional convoca nuestra atención, toda vez que en apariencia resulta de un ejercicio tautológico del legislador, si coincidimos en la opinión de que la democracia no es otra cosa que el poder del pueblo,⁸⁵⁶ y el derecho, en su condición de ente regulador de la conducta del hombre en sociedad, nos acerca a la convicción de que solamente puede

⁸⁵⁴ CRD., Arts. 6, 7, 8

⁸⁵⁵ EEW, véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Estado>

⁸⁵⁶ La definición de democracia como poder el pueblo, nos llega desde su génesis en la antigua Grecia, en la que el termino raíz, demos, hacía referencia a los ciudadanos libres.

proclamarse la existencia de la democracia si pueden ejercerse los derechos debidos, y los derechos solo pueden ser ejercidos en el marco de un Estado Democrático. En efecto podría esta definición constitucional servir de manjar intelectual a un contorsionista del idioma y servirnos varios tomos de esta combinación terminológica, gracias a las riquezas de sus contenidos.

Si entendemos el Estado Democrático como aquel en el que los ciudadanos participan de modo más o menos directo en el gobierno de la cosa pública o res-publica, conforme al vocablo acuñado en la Roma antigua. En la concepción moderna, se entiende que en un estado democrático, la soberanía corresponde al pueblo (demos) y éste la ejerce, con arreglo a la ley y por medio de sus representantes, desde las distintas instituciones políticas concebidas dentro de ese estado. Y transitando esa misma línea de pensamiento, el estado de derecho sería aquel en que el accionar de los ciudadanos se encuentra sometido al régimen legal, en el que ni siquiera la mayoría ostenta la capacidad de promover actuaciones contrarias a la ley.

Tras el estudio conceptual de la combinación terminológica “estado democrático de derecho”, misma formulación descrita en el art. 1 de la Constitución española, en la que expresamente se hace constar que es un "Estado social y democrático de Derecho", se precisa señalar que una democracia que simultáneamente no fuese un estado de derecho, recorre la ruta de convertirse en dictadura de mayoría, toda vez que conculcaría los derechos de las minorías, que en palabras del historiador italiano Luciano Cánfora se denomina “anarquismo democrático”. De igual modo, el español Torre del Moral, es de opinión que para el sostenimiento de un estado de derecho, es imprescindible la existencia de una plataforma democrática, por lo que asevera:

"Para que un Estado sea de Derecho ha de serlo en los dos sentidos del término Derecho: 1) En su sentido 'objetivo', de norma, exigiendo que rija el imperio de la ley, que el ordenamiento jurídico o legal sea límite y cauce del poder. 2) En su sentido 'subjetivo', exigiendo también que ese ordenamiento jurídico incorpore los derechos y libertades fundamentales de las personas. Y ocurre que solamente hay garantía de que el ordenamiento jurídico incorpore los

*derechos subjetivos [fundamentales] si los sujetos mismos, los ciudadanos, participan en su creación, lo que únicamente sucede en la democracia. Así pues, solamente en una democracia puede realizarse plenamente el Estado de Derecho.*⁸⁵⁷

Además de la declaración de la nación como “ *Estado Social y Democrático de Derecho*”, del cual asumimos el análisis de la segunda parte definitoria, por ser la que se aviene a los intereses de nuestro análisis, en un segundo momento encontramos por segunda ocasión, en apenas tres arts., la reiteración de que la organización de la nación dominicana está fundada “ *en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales,...*”, término que analizamos en su justa dimensión en la ocasión de vista del art. 5.

Entre otros valores descritos en el art. que nos ocupa, como es el caso del “ *trabajo, la soberanía popular*”, y agota la parte in fine para ponderar “ *la separación e independencia de los poderes públicos.*” Esta teoría de división de poderes, acogida por el constitucionalismo dominicano desde el nacimiento del estado republicano, recordemos que desde la Constitución de 1844 se consagró el referido principio en el bloque de arts. comprendidos entre el 40 al 45, nos llega esencialmente por la influencia del pensamiento que antes, durante y después de la revolución francesa ha permeado prácticamente la organización del estado en toda la parte occidental del mundo, y gracias esencialmente a las teorías del Barón de Montesquieu, quien en su obra “ *El Espíritu de las Leyes*”, publicada en Francia en el año 1752 y aceptada universalmente como piedra angular de toda la estructura del poder público.

Este principio constitucional que, como hemos visto, acompaña la vida republicana de esta media isla desde su nacimiento, no vamos a negar que de cierto modo, siendo variable su observación en distintos periodos de la historia política nacional, ha jugado su ideal papel de equilibrio de la vida social; sin embargo, tras el recorrido de poco más de dos siglos, no deja de seguir siendo un ideal el hecho de que en algún momento exista la real posibilidad de que en el territorio de esta media isla exista una real división de poderes que marque un

⁸⁵⁷ Torres del Moral, Antonio “Principios de Derecho Constitucional Español”, Editora Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, pág. 262

activo y decisivo desarrollo social y que permita a cada uno de los poderes ejercer su rol en beneficio de la democracia.

Se compromete el equilibrio el trípode funcional de la división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y judicial, cuando en la práctica se diluye la aspiración colectiva de la existencia de un contrapeso entre los referidos estamentos, que impida la comisión de arbitrariedades sin consecuencias políticas, o el contubernio entre los representantes de turno para asegurarse la impunidad y el mantenimiento del establishment,⁸⁵⁸ en perjuicio de los intereses de la colectividad que dicen representar y, frustrando de paso los propios mandatos constitucionales, los cuales, entre otros, proclaman la “...*obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.*”⁸⁵⁹

Con el único y exclusivo objetivo de que sirva para forjarnos una idea del estado de cosas que se suscitan en territorio dominicano, y que involucren directamente el texto constitucional, la mayoría de los cuales, por su frecuencia, ya no inspiran reseña periodística, han servido de “cura de espanto” de la conciencia nacional, aprovechamos esta primera plana, inspirada más en el momentum político que en el fondo de la cotidiana información:

⁸⁵⁸ The establishment o simplemente establishment es un término inglés usado para referirse al grupo dominante visible o élite que ostenta el poder o la autoridad en una nación.¹ Sugiere un cerrado grupo social que selecciona a sus propios miembros (opuesto a la selección por herencia, méritos o elecciones) y puede ser usado para describir estructuras específicas de élite arraigadas en algunas instituciones, pero su aplicación suele ser informal y es probablemente más utilizado por los medios de comunicación que por los académicos. Se utiliza con mayor frecuencia en el Reino Unido, donde incluye a los dirigentes políticos, los altos funcionarios públicos, los financieros y los industriales más importantes, los directivos de la BBC y los miembros de la corte. El uso del término en este sentido fue acuñado por el periodista británico Henry Fairlie, que en septiembre de 1955, en la revista londinense *The Spectator*, definió a la red de personas prominentes y bien conectadas como *The establishment*, explicando: Por «establishment», no solo quiero definir los centros oficiales de poder —aunque ciertamente son parte de ello-, sino a toda la matriz de relaciones oficiales y sociales dentro de la cual se ejerce el poder. El ejercicio del poder en el Reino Unido, más específicamente, en Inglaterra, no puede entenderse a menos que se reconozca que este se ejerce socialmente. EEW, véase: <https://es.wikipedia.org/wiki/Establishment>

⁸⁵⁹ CRD., Art. 8

“Partidos piden a JCE viole la ley y aplace medida constitucional. El miembro titular de la Junta Central Electoral Edy Olivares reveló ayer que los partidos de la Liberación Dominicana (PLD), Revolucionario Dominicano (PRD), Reformista Social Cristiano (PRSC) y Revolucionario Moderno (PRM) se pusieron de acuerdo para procurar que ese organismo viole el artículo 81 de la Constitución al solicitarle que deje sin efecto la aplicación de la disposición que designa candidatos a diputados de acuerdo a la densidad población de los municipios.

Solicitan se postergue la entrada del artículo 81 para las elecciones del 2020. El periódico HOY tiene copia de las cartas que enviaron los partidos mayoritarios del sistema a la JCE, por separados, con las peticiones y en las que muestran su preocupación y descontento con la resolución aprobada recientemente, Sobre el Proyecto de Resolución en torno a la distribución de diputados representantes del Distrito Nacional y la provincia de Santo Domingo, en base a lo que estipula la Constitución del 2010.

*El miembro de la JCE, Eddy Olivares, calificó la decisión de “una vergüenza para la política dominicana” y exhorta a los partidos retirar cuanto antes las comunicaciones con las solicitudes, “para que semejante información no conste para la historia en los registros de la JCE”.*⁸⁶⁰

Las alternativas del juez electoral en la citada crónica son fundamentalmente dos: La primera, actuar cónsono con sus declaraciones y proceder respetando el orden constitucional; la segunda, someterse a un proceso de “convencimiento” para satisfacer los intereses de los políticos de turno, quienes han jurado o jurarán solemnemente ante un ejemplar de la sagradas escrituras: “cumplir y hacer cumplir” las leyes, so pena de...”.

⁸⁶⁰ Periódico Hoy, versión digital hoy.com.do, 11 agosto 2015:
<http://hoy.com.do/partidos-piden-a-jce-viole-la-ley-y-aplace-medida-constitucional/>

Cuál será la consecuencia de mantener su fidelidad al cumplimiento del orden constitucional?, que el partido que lo propuso para el cargo, en la próxima escogencia de jueces para el tribunal, le retire el apoyo por “mal comportamiento”, y termina desacreditado en su casa.

Dejamos al libre albedrío del lector la interpretación de la cita y el análisis que anteceden. Solo hacemos la salvedad de que el acontecimiento y la consecuencia son reales, y el primero sucedió en 2015 en un país que transita el subdesarrollo en una isla del caribe.

Por fortuna no todo es perdido, cuenta la CRD con un bloque de arts., en el que se consagran los derechos, garantías y deberes fundamentales, piezas fundamentales de las que depende la vigencia de la legalidad probatoria, objeto del estudio que en la ocasión nos compete.

En efecto, se lee en el Título II: De los derechos, garantías y deberes fundamentales, en el que esencialmente se recogen cinco arts., atinentes al estudio que nos compete. El primero de ellos, dedicado a la consagración y defensa del valor humano por excelencia, la vida:

*“Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte.”*⁸⁶¹

El derecho a la vida es un derecho que se reconoce a todo ser humano, y que en esencia persigue la protección de ser privado de la vida por terceros, en la calidad que fuere. Se considera un derecho fundamental de la persona, y es recogido no sólo entre los derechos del hombre sino por una abrumadora mayoría de legislaciones a nivel del mundo, de forma explícita.

Al diferencia de otros postulados constitucionales trascendentes, el derecho a la vida, no fue previsto por el constitucionalismo dominicano desde su alumbramiento, en ese momento, el legislador, pese a enarbolar garantías y derechos novedosos y revolucionarios para la época, no proveyó protección al derecho a la vida, tal vez le pareció obvio; quizás se empeñó e importantizó la parte política de la recién formada república. La realidad es que, por la causa que fuere, el primer constitucionalista obvió el derecho fundamental por excelencia. Esa tendencia de relegar el reconocimiento y protección del derecho a la vida,

⁸⁶¹ CRD., Art. 37

se extendió por los primeros once textos constitucionales, siendo el primero en reconocerlo el texto de 1877, entregada a la nación el 7 de Mayo de 1877, después de haber transcurrido 34 años de la Independencia, en el referido texto se lee:

“Garantías de los dominicanos.

*La nación garantiza a los dominicanos: 1º La inviolabilidad de la vida humana, quedando para siempre abolida para siempre en absoluto la pena capital en la Republica.”*⁸⁶²

En idénticos términos se expresa el constitucionalista de 1878; sin embargo, en la modificación surgida el siguiente año, los términos del art 11, común a la del 77 y 78, experimentó un giro conceptual y condiciona el respeto al derecho a la vida “por causas políticas”. Así se lee en el art. 11 de la Constitución de 1879:

“Garantías de los dominicanos.

*La nación garantiza a los dominicanos: 1º La abolición de la pena de muerte por causas políticas.”*⁸⁶³

Exactamente la misma formulación usada por los constituyentes de 1887, 1896. Al parecer, la inestabilidad política y social imperante en los albores de la vida republicana, motivo a la primera generación de constituyentes a guardar un silencio cómplice o manejar el tema con disimulada ambigüedad, porque si partimos del análisis, aún del primer texto constitucional, especialmente en el capítulo referente al “Derecho público de los dominicanos”, podemos observar que los autores guardaron el cuidado, y no dejaron al azar el tema referente a la protección patrimonial; de hecho, se hizo constar en el art 20 de la constitución de 1844 que “*No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes.*”

En tal sentido nos preguntamos, ¿fue un desliz del hábil constituyente dominicano dejar de lado la previsión de defender y proteger el derecho a la vida?. Sobre el particular, no vamos a emitir juicio de valor, vamos a dejar en la intimidad de aquellos hombres las motivaciones que los condujeron a proteger los derechos del modo como lo hicieron; esta

⁸⁶² CRD 1877, Art.11

⁸⁶³ CRD 1879, Art.11

venia, en atención a las consideraciones de Ortega y Gasset “*Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo*”⁸⁶⁴

Con mayor desenfado abordó el tema el constituyente del 10 de enero de 1942, a mediado del siglo XX, quien sobre el particular, algunos pudieran pensar que intentó sincerizar la praxis, otros que se extralimitó en el uso del lenguaje, o puso en perspectiva la seriedad de defender la soberanía nacional, ya fuere por una o varias de las causas expuestas, lo cierto es que la referida Constitución defiende el derecho a la vida, y a la vez, para casos específicos, abre la posibilidad de dictar la pena de muerte. Así se lee textualmente:

“De los Derechos Individuales.

Se consagran como inherentes a la personalidad humana:

*1.- La inviolabilidad de la vida. No podrá establecerse la pena de muerte, ni otra cualquiera que implique pérdida de la integridad física del individuo. La ley podrá sin embargo establecer la pena de muerte para los que, en tiempo de guerra con nación extranjera, Se hagan culpables de delitos contrarios a la suerte de las armas nacionales, o de traición o espionaje en favor del enemigo.”*⁸⁶⁵

A excepción del referido cuerpo constitucional, votado en el período histórico denominado “La era de Trujillo”⁸⁶⁶ ninguna otra, ni antes ni después ha hecho referencia

⁸⁶⁴ Célebre frase de José Ortega y Gasset aparecida en su obra “Meditaciones del Quijote”, en la que el autor insiste en lo que está en torno al hombre, todo lo que lo rodea, no sólo lo inmediato, sino lo remoto; no sólo lo físico, sino lo histórico, lo espiritual. El hombre, según Ortega, es el problema de la vida, y entiende por vida algo concreto, incomparable, único: «la vida es lo individual»; es decir, yo en el mundo; y ese mundo no es propiamente una cosa o una suma de ellas, sino un escenario, porque la vida es tragedia o drama, algo que el hombre hace y le pasa con las cosas. Vivir es tratar con el mundo, dirigirse a él, actuar en él, ocuparse de él. En otros términos, la realidad circundante «forma la otra mitad de mi persona». Y la reimpresión de lo circundante es el destino radical y concreto de la persona humana. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Ortega_y_Gasset

⁸⁶⁵ CRD. 1942, Art. 6

⁸⁶⁶ Esta etapa republicana se refiere a Rafael Leónidas Trujillo, militar y político dominicano, quien ejerció un gobierno dictatorial de 31 años, y cuya etapa se conoce como la «Era de Trujillo», considerados como una de las tiranías más sangrientas de América Latina. Su gobierno se caracterizó por el anticomunismo, la represión a toda oposición y el culto a la personalidad. Las libertades civiles

directa a la aplicación de la pena de muerte. Muy por el contrario, la defensa del derecho a la vida ha asumido la concepción como una etapa de respeto, circunstancia que en la actualidad ha provocado encendidos debates entre sectores liberales, que propugnan por el derecho al aborto; y sectores tradicionales, encabezados por la jerarquía de la iglesia católica, quienes defienden la tesis de respeto a la concepción.

En aval a las consideraciones establecidas en el párrafo precedente, se pronuncian las previsiones del art 38, en el que textualmente se expresa:

“Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.”⁸⁶⁷

En apariencia, el tema de la dignidad humana, vista desde la perspectiva de la constitución, es esencial y determinante, toda vez que es el término de mayores apariciones en el articulado atinente al respeto de los derechos humanos, ya con anterioridad habíamos realizado los correspondientes señalamientos a raíz de los arts. 5, 7 y 8. Por fortuna en la presente labor nos convoca la ciencia jurídica, y se dice por estos lares: “En derecho lo que abunda no daña”; o en otro sentido, la sabiduría popular pudiere interponer el dicho: “Dime de que hable el predicador y te diré de que adolece”. Sírvase del que más le guste.

Es de capital importancia para la praxis y cotidianidad del ejercicio del derecho penal en Rep. Dom., el contenido del art. 40, toda vez que en el mismo se recoge el acopio principal de los derechos debidos a todo ciudadano sometido a un proceso de carácter

fueron inexistentes y se cometieron constantes violaciones a los derechos humanos. Sumergió el país en un estado de pánico y «respeto», donde una muerte podía ser encubierta como un «accidente» y cualquier persona sindicada como desafecta podía ser encarcelada, torturada o sencillamente desaparecida. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Rafael_Le%C3%B3nidas_Trujillo

⁸⁶⁷ CRD., Art. 38

penal en el territorio dominicano. En el mismo observamos el detalle de las garantías debidas al encartado:

“Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

- 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;*
- 2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;*
- 3) Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;*
- 4) Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;*
- 5) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;*
- 6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las 21 leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;*
- 7) Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada una orden de libertad por la autoridad competente;*
- 8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;*

- 9) *Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;*
- 10) *No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;*
- 11) *Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente;*
- 12) *Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;*
- 13) *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;*
- 14) *Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro;*
- 15) *A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica;*
- 16) *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados;*
- 17) *En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad.”⁸⁶⁸*

Al término de la lectura se habrá coincidido en el descrito peso específico del art 40 para el curso del proceso, y porque habíamos referido que representa la esencia constitucional

⁸⁶⁸ CRD., Art. 40

del debido proceso de ley, toda vez que asume el papel de descriptivo de los derechos legales que con mayor frecuencia se ventilan en la tabla de los estrados.

No menos importantes son las previsiones sobre el derecho constitucional a la integridad personal, sobre el particular apunta el art 42:

“Derecho a la integridad personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas. En consecuencia:

1) Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o 23 procedimientos vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica;

2) Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantizará mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer;

3) Nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas. Tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida.”⁸⁶⁹

En el art. 44 se recogen aspectos novedosos valorados por la nueva generación de derechos, como son los derechos al honor, al buen nombre, “a la propia imagen”; conjugados con derechos constitucionales de “antaoño”, reconocidos aún en las primeras manifestaciones constitucionales republicanas, como es el derecho a la intimidad y al fuero domiciliario. Así lo expresa el constituyente:

⁸⁶⁹ CRD., Art. 42

“Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:

1) El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;

2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;

3) Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por 25 juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;

4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley.”⁸⁷⁰

Como puede ser observado en los textos constitucionales recogidos, relativos al respecto de la dignidad humana y el debido proceso de ley, combinación dinámica que abre paso a la figura de legalidad probatoria, Rep. Dom., en los últimos cinco años, ha abierto su espacio jurídico, avalado por los mandatos constitucionales, a las corrientes más avanzadas del constitucionalismo moderno. Y en aval de los referidos derechos, reserva la Constitución un espacio a los fines de garantizar la protección de los derechos fundamentales:

“Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.”⁸⁷¹

Además de garantizar constitucionalmente el respeto por los derechos fundamentales del individuo, también tutela Constitución dominicana el debido proceso:

“Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto

⁸⁷⁰ CRD., Art. 44

⁸⁷¹ CRD., Art. 68

del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*
- 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*
- 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*⁸⁷²

Es de rigor hacer constar que entre los principios tutelados descritos, hay uno en especial, cuyo cumplimiento resulta quimérico, o sencillamente impráctico para la sociedad contemporánea, su contenido es posible que resulte simpático al órgano vestibulococlear, pero de imposible cumplimiento práctico; nos referimos al dispuesto en el numeral 1, que proclama el “*derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita*”, unos con mejores posibilidades de realización que otro, cuando se habla de “*accesible*”, se hace referencia a un adjetivo cuyo contenido refiere

⁸⁷² CRD., Art. 69

algo de fácil acceso, las posibilidades de poder acercarse con facilidad, sin embargo, las limitaciones de conocimientos y en un número indefinido de casos, las limitaciones de recursos económicos, dan al traste con el ideal planteado; similares circunstancias se conjugan en el caso de la oportunidad, punto sobre el que hay que señalar que muchos procesos son reincidentes cumpliendo años en los archivos fiscales, y el término oportunidad en el contexto que nos ocupa, refiere diligencia y respeto de los plazos procesales debidos.

Resultaría irrisorio tocar el tema de la gratuidad pues, sencillamente, no existe. Y es una realidad conocida por el constituyente.

Ponderamos el contenido de los demás principios, los cuales, en su mayoría, ya eran parte del ordenamiento constitucional y, con sus altas y bajas, de regular cumplimiento en los tribunales dominicanos, los cuales con el paso del tiempo, paulatinamente, se van ajustando al cumplimiento de los principios y normas constitucionales y legales, los cuales corren dentro de las vicisitudes humanas que se hacen presente en prácticamente todas las sociedades del mundo.

No podemos dejar pasar por alto, bajo ninguna circunstancia, el contenido del numeral 8, el cual refiere directamente la estrella del discurso que nos ocupa, el atinente a la legalidad de la prueba, y reza textualmente: *“Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley”*.

Dónde radica el peso específico del referido numeral?. En Rep. Dom. recién pasa a tener rango constitucional la legalidad probatoria, a partir de la promulgación de la Constitución del 2010, encarnado justa y precisamente en el numeral citado.

Previo a este señalamiento, ninguna Carta Magna dominicana, sobre la que se registran treinta y ocho modificaciones, no había recogido el concepto de legalidad probatoria, al menos no de manera explícita. Como formulas genéricas que pudieren avvicinarse al tema en el texto constitucional, podremos citar, en primer lugar, la contenida en las primeras líneas del art. 8 de la derog. Constitución, en el que *“Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana...”*; y en la letra j del mismo art., se consagraba que *“Nadie podrá ser juzgado... sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa”*.

Las referidas circunstancias hacen especialmente significativas las letras del referido núm. 8 del art. 69, toda vez que inscribe a la Rep. Dom. en el concierto de naciones que inician el proceso de respeto legal para la obtención e incorporación de las pruebas en materia penal. Por tales motivos, hacemos uso y aprovechamiento de este escenario académico, para dar la formal bienvenida al constitucionalismo dominicano, a la figura de la legalidad de la prueba, la cual goza del reconocimiento y aplicación en un número indeterminado de constituciones y culturas jurídicas contemporáneas.

En la parte conclusiva, relativa a las garantías y los derechos fundamentales, deja el constituyente constancia escrita, de manera llana y meridiana claridad, del lineamiento de aplicación e interpretación de las referidas figuras:

“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;*
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;*
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;*
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.”⁸⁷³*

⁸⁷³ CRD., Art. 74

Retomamos el discurso señalando que, el concepto de prueba ilícita solo es posible desarrollarlo y entenderlo dentro del marco del denominado debido proceso, el que se entiende como un conjunto inacabado de factores que tienden hacia un objetivo común, que es el de garantizar el ejercicio pleno de la justicia en el proceso penal. Tal conjunto inacabado está formado por ingredientes de muy variada estirpe, que al tenor del Título II, de la Constitución, contentivo “De los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales”, título que el Capítulo II recoge “De las Garantías a los Derechos Fundamentales”, y en ese tenor consagra en el “Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales. *La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.*” Y apostilla en el “Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. *Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: ...*” concluyendo de manera expresa en el numeral “8) *Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*”

Los pre citados arts. constituyen parte de los postulados expresos de “protección efectiva de los derechos de la persona humana” diseminados en la constitución dominicana, remozada y acorde con las corrientes garantistas que refrescan el mundo occidental; y entre otro principios recogidos por la Carta Magna, pueden ser válidamente citados, los de legalidad, contradicción, publicidad, lealtad procesal, juridicidad, transparencia, imparcialidad, *presunción de inocencia, única persecución, y la de ultima inclusión: la legalidad de la prueba.*

Y es debido a esta multiplicidad de postulados que el debido proceso se manifiesta en dos grandes facetas, por un lado, la forma: al propugnar por el respeto a las formas propias de cada juicio, lo cual se refiere al trámite, al procedimiento y las actuaciones que se desarrollan en sede jurisdiccional, tal y como lo hemos desarrollado en capítulos precedentes; y por otra parte, el debido proceso también se refiere al contenido, que se relaciona con el conjunto de garantías que acompañan al justiciable a lo largo del proceso judicial, desde la imputación del hecho hasta la mediación de la sentencia con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

***El Mundo se ha hecho más complejo,
y no terminamos de estar a la altura de esa complejidad***

Innerarity: *“Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global”*

Capítulo V:

La Prueba en la Era Digital

5.1 La Prueba Digital, el Desafío de la Justicia Penal Post Moderna

El inexorable tic tac del reloj sigue su indetenible curso, nos arrastra el paso de la historia, y con el devenir de los cambios, nuevas realidades y modalidades se hacen presente en los distintos conglomerados sociales y en la humanidad. Hoy, con fortuna, nos ha tocado vivir un tramo importante de la historia del derecho, el paso de una cultura análoga, al mundo de la información o era digital, que ha convertido al mundo en una verdadera “aldea global”⁸⁷⁴ y, constituye una tarea ineludible de los sistemas de justicia, mantener una convivencia viable en la aldea.

De hecho, baste solo observar que desde los albores del siglo XX, iniciando con las transmisiones radiofónicas, el mundo se insertó en un súper jet de cambios y transformaciones, que se acelera conforme pasa el tiempo, y en el curso de poco menos de un siglo, se han operados cambios en el planeta que superan con creces los últimos diecinueve siglos que le antecedieron, en prácticamente todas las áreas del quehacer humano. Así encontramos que desde la aurora de este siglo XXI marcado por los avances de TICs.

Ello ha quedado evidenciado por el exponencial avance de la tecnología en las últimas dos décadas. Mientras que a lo largo de todo el Siglo XX se han dado avances como: 1.- La Radio (1920), 2.- el Cine (1940), 3.- la Televisión analógica (1950-1960), 4.- Los inicios de la Televisión por cable (1970), 5.- La computadoras personales (PC) u ordenadores personales (1980), 6.- Internet, la World Wide Web y el correo electrónico (e-

⁸⁷⁴ El término aldea global busca describir las consecuencias socioculturales de la comunicación, inmediata y mundial de todo tipo de información, lo que posibilitan y estimulan los medios electrónicos de comunicación. Sugiere que, en especial, ver y oír permanentemente personas y hechos -como si se estuviera en el momento y lugar donde ocurren- revive las condiciones de vida de una pequeña aldea: percibimos como cotidianos hechos y personas que tal vez sean muy distantes en el espacio o incluso el tiempo, y olvidamos que esa información es parcial y fue elegida entre una infinidad de contenidos.

El término fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan. El concepto aparece varias veces en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964) y probablemente se haya popularizado a partir de estos. En 1968, McLuhan lo utilizó en el título de su libro *Guerra y paz en la Aldea Global*.

EEW, véase: Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Aldea_global

mail) (1990) y el consumo digital a través de eBay, Amazon (1990); tan sólo en la primera década del Siglo XXI (2001-2011) se han acelerado vertiginosamente los avances en TICs,:

- 1.- La Web 2.0: constituida por Blogs, Fotologs, Wikis, redes sociales
- 2.- Juegos multiusuario y mundos virtuales
- 3.- Mensajes de texto (SMS) y demás servicios de mensajería instantánea.
- 4.- Redes sociales de alto impacto como Facebook, Twitter, Tumblr, Pinterest, Instagram.
- 5.- Telefonía inteligente (Smartphone),
- 6.- Televisión digital (Smart TV),
- 7.- Proliferación de aplicaciones: WhapsApp, Snapchat, Line, Viber, Foursquare,
- 8.- La moneda digital (Bitcoin),
- 9.- La Web Profunda (Deep Web),
- 10.- Nanotecnología aplicada,
- 10.- La computación cuántica,
- 11.- Los chips Neuromórficos, Chips con ADN o Chips Húmedos,
- 12.- Internet de las cosas,
- 13.- Impresión 3 D,
- 14.- La realidad aumentada (RA),
- 15.- Tecnología para vestir.⁸⁷⁵

Y la justicia, en su rol preventivo, investigador y sancionador, ha ido ajustándose a los cambios transformadores para estar a la altura de las circunstancias?. Los hombres y mujeres de leyes estamos abocados al desafío de los retos que imponen las circunstancias, el cual bien pudiere estar relacionado con la adecuación del concepto y praxis de los elementos probatorios en materia procesal penal para adaptarlo a la vertiginosa revolución social que ha significado para el mundo el desarrollo de la tecnología digital. Se precisa de la re-invencción de las ciencias jurídicas, en todas sus facetas.

Nuevos desafíos apuntan al ideal de justicia debido al conglomerado social, ente en permanente movimientos, cambios y transformaciones que demanda actualidad y adecuación de los sistemas para la consecución de los objetivos, en el caso que nos ocupa, eficiencia y resultados en los procesos judiciales; son las razones por las que se precisa tomar en consideración las reflexiones de Piñar Mañas y el equipo de redactores que le acompañan en el título “Redes Sociales y Privacidad del Menor”, en donde puntualmente señalan:

“Esta situación ofrece perspectivas muy positivas desde muchos campos –basta pensar en todas las posibilidades que se abren desde el punto de vista de la educación- pero

⁸⁷⁵ Sueiro, Carlos Christian “La Prueba Digital y el Nuevo Código Procesal Penal”.

Véase: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/05/Penal-Doctrina-2015-05-29.pdf>

también nos coloca frente a temas muy complicados de gestionar, como son la protección de la privacidad, ya que en este mundo virtual, las medidas legales de protección no evolucionan al mismo ritmo que la tecnología, y además estas pueden variar de un país a otro, creando un cierto grado de incertidumbre sobre “quién” es competente y de “qué”, en muchos casos.”⁸⁷⁶

En estos últimos señalamientos apuntados por los referidos autores, es donde real y específicamente radica el punto neurálgico del desafío que enfrenta el quehacer jurídico penal en el entorno cibernético, aspecto sobre el cual desarrollamos algunas perspectivas en el desarrollo del presente capítulo.

5.2 Digitalización de la Justicia

Sobre este ítem vamos a enfocar la temática desde la realidad de Rep. Dom., básicamente por tres razones fundamentales; la primera, por la circunstancia de localidad, entendiendo por tal, el medio social en que se circunscriben las actividades privadas y profesionales del autor; la segunda, deriva de la primera, el conocimiento, siendo nuestro medio habitual de desempeño, nos otorga la facilidad de poner sin rodeos el dedo sobre la llaga; la tercera, consecuente de las anteriores, el compromiso social, el cual nos pone en perspectiva de realizar en favor de este conglomerado, los aportes académicos y humano a nuestro alcance. Sin perjuicio de que somos de consideración de que cabe la posibilidad de que las realidades que estaremos detallando sean etapas superadas por las sociedades de la élite intelectual que prima facie estará en contacto con este material, por lo que es probable que los planteamientos de que haremos acopio en el mismo ya no sean percibidos como problemática social o desafíos por superar.

Partiendo de las razones referidas se precisa significar que el primer desafío que enfrenta el sistema penal y procesal penal dominicano es el de la digitalización, particular sobre el cual coincidimos con Aba Catoira, quien es de criterio que:

⁸⁷⁶ Piñar Mañas, José Luis y otros autores “Redes Sociales y Privacidad del Menor”, Fundación Solventia, Madrid, 2011, pág. 7

“La revolución que ha supuesto la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación le presenta una especial incidencia en la Administración Pública y, dentro de ella, en la administración de Justicia, una de las áreas principales de implantación de la e-Administración. Si queremos que la tecnología esté al servicio de la Administración de Justicia, las TICs han de aplicarse para mejorar los sistemas de información, para agilizar el trabajo, para facilitar la formación, la conservación y reproducción de los expedientes, mejorar la comunicación entre profesionales, las investigaciones judiciales o la práctica de la prueba.”⁸⁷⁷

Coincidimos con el planteamiento de la profesora en la perspectiva de que el primer paso que en este proceso de cambios deben adelantar los sistemas judiciales es el de la digitalización, que no es otra cosa que disponer al servicio del personal que sirve de soporte para la administración de justicia, las herramientas indispensables para el desempeño de sus funciones, relativas a la materia de que se trata.

Resulta, en la sociedad actual, prácticamente insostenible “...agilizar el trabajo, ... la conservación y reproducción de los expedientes, ...las investigaciones judiciales o la práctica de la prueba” sin la disponibilidad de una PC. Bien sé que puede, y va a causar asombros, sin embargo, sería irresponsable dejar de señalar que un porcentaje importante de los despachos que soportan la justicia procesal penal dominicana carecen de una PC.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ Aba Catoira, Ana Art. Dig. “La Tecnologización de la Prueba en el Proceso Penal. la Videoconferencia: Objeciones y Ventajas (Realidad y Futuro de la Administración de Justicia. La Aplicación de las Tics)”, Profesora Titular Derecho Constitucional. Universidad de la Coruña., 2009.
Véase: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7504/1/AD_13_art_1.pdf

⁸⁷⁸ Es preciso reconocer que la justicia procesal penal dominicana se soporta sobre el trípode: Judicatura, representada por la administración judicial central encabezada por la SCJ; Órgano de investigación principal (MP); Órgano de investigación auxiliar (PN). De los tres, cuentan con equipamientos adecuados el personal de la Judicatura, con sede en los distintos tribunales, integrado por el personal de apoyo, compuesto por: secretarías, auxiliares y ayudantes de jueces. Medianamente equipado, el personal representado por el MP, quienes cuentan con equipos adecuados en las sedes principales, pero se va degradando en la medida que se alejan de estas, siendo otra realidad la que se vive en el desempeño de las denominadas Fiscalías Barriales, ubicadas en diferentes sectores con el fin de facilitar el acercamiento de la justicia a los ciudadanos, y evitar el congestionamiento que se produciría en pocos puntos, en esta parte no vamos a entrar en otros detalles que

El punto crítico en materia digital lo encontramos en el tercer estamento, decimos tercero en importancia, pero primero en el contacto con el delito y el presunto delincuente; la PN está localizada en asientos sectoriales que se denominan “destacamentos”, y es con normalidad en donde inicia la persecución penal, al menos la denominada delincuencia común, lo que obliga una constante actividad de ingreso y salida de detenidos, pese a esas circunstancias, la gran mayoría de destacamentos de la Rep. Dom. carecen de PC para el desempeño de su labor policiaco judicial, y en los que existe, con frecuencia no cuentan con papel o impresoras, por falta de suministros) una herramienta básica y elemental para colocar el carro de la justicia en el carril correcto, porque la digitalización inicia por la computarización; solo de ese modo podrá ser posible un levantamiento adecuado de datos que sirvan de soporte para una sana y eficiente administración de justicia. El manejo de la justicia digitalizada es una necesidad impostergable para todo sistema de justicia que aspire al menos a rendir un servicio de mediana transparencia y eficiencia.⁸⁷⁹

Es este particular ponderamos los esfuerzos y resultados que es al momento de redactar estas líneas, está exhibiendo el sistema judicial guatemalteco, en el que sin lugar a dudas existe una firme voluntad de sanear los estamentos de administración social, del que no escapa la administración de justicia. De hecho, en el curso de este mismo mes, septiembre 2015, se produjo la destitución del presidente y vice presidenta acusados de corrupción administrativa, ambos guardando prisión preventiva e incautación de bienes. No podemos negar que en principios nos hicimos la idea de que bien puede o pudo haberse tratado de una persecución política propia de las luchas por el control del poder, tesis no descartable; pero nos hace dimensionar la reflexión el hecho de informarnos de que acusada de soborno para la liberación de presos, también hay una jueza guardando prisión preventiva por el mismo caso, que si bien se puede iniciar a percibir rastros de seriedad en las persecuciones, no se despeja del todo la idea de la lucha de poder. Sin embargo, toma trascendencia la idea de transparencia judicial guatemalteca, al tomar información de que

no sea el digital, y dejaremos de lado las facilidades de transporte para perseguir el delito, el suministro de materiales, etc., etc.

⁸⁷⁹ El ideal de trascender lo que denominamos “mediana transparencia y eficiencia” no va a ser encontrado en las herramientas tecnológicas, estas representan un medio que facilita la consecución del objetivo, el complemento para el logro de una justicia transparente y eficiente, es decir, acorde con los lineamientos de justicia social, solo podemos encontrar lo en el recurso humano, piedra angular en la búsqueda y consecución de este ideal.

otros dos magistrad@s (sic), por casos distintos, guardan prisión preventiva, a la espera de juicio, por actos de corrupción asociados a sus funciones jurisdiccionales,⁸⁸⁰ aunque hemos partido de un enfoque local, se trata de una exigencia y necesidad global; de hecho, citado por Aba Catoira,⁸⁸¹ en estos términos se expresa Pérez Gil:

*“...no se trata de informatizar la Justicia por informatizarla, sino de situarla en mejor situación para dar respuesta a la misión constitucional que le viene asignada: la satisfacción irrevocable de intereses socialmente relevantes. De ahí que lo verdaderamente trascendente será organizar la oficina judicial, rentabilizar esfuerzos compartiendo recursos, coordinar tareas mecanizando las reiterativas, etc. Aspiramos en definitiva a evitar la brecha digital, situada aquí entre lo habitual en la sociedad en la que vivimos y la forma de trabajo en los juzgados”.*⁸⁸²

5.3 La Transnacionalidad del Delito

No existe discusión en torno a los impensables avances de los que resulta beneficiada la humanidad en los albores de este siglo XXI, con las infinitas posibilidades de interacción que en la actualidad nos ofrece la TICs; circunstancia que simultáneamente no deja de ser inquietante y preocupante, toda vez que resulta de imposible cumplimiento evaluar a la misma velocidad sus consecuencias en el campo del delito.

La cantidad de información que permanentemente se entre mezcla, sobre todo y todos, supera con creces cualquier concepto que sobre cualquier punto se hubiere planteado la sociedad moderna. Los avances tecnológicos se suceden y corren a velocidad vertiginosa, han sido de utilidad para la interconexión mundial de todas las áreas del quehacer humano: el comercio, los conocimientos, el ocio, cercanía interpersonal... el crimen no es la excepción.

⁸⁸⁰ Véase la crónica: <http://www.listindiario.com/las-mundiales/2015/09/23/389251/jueza-capturada-en-guatemala-vinculada-a-la-linea-pasara-noche-en-prision>

⁸⁸¹ Aba Catoira, Ana Art. cit. pág. 12

⁸⁸² Pérez Gil, Julio: “Digitalización de la Justicia y reformas procesales: Un balance de Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías”, Universidad de Burgos, 2005, pág. 512

5.3.1 Orígenes

Según Rodríguez García⁸⁸³ es sobre la postrimería del del siglo XIX y principios del XX, cuando inicia la ebullición de la creación de un Derecho Penal Internacional, conformado por normativas que regularan los asuntos de aplicación de la ley penal en el espacio, en atención, fundamentalmente, a los actos delictivos cometidos por extranjeros, incluidos los representantes diplomáticos, así como la adecuación de las legislaciones nacionales en materia de extradición, colaboración para el trámite de informaciones sensibles e ir adecuando y limando las confrontaciones limítrofes.

Igor Karpents cita autores como N. Korkunov, ruso de la época prerrevolucionaria, quien fuera uno de los primeros autores en motivar y fundamentar la necesidad del Derecho Penal Internacional en el artículo titulado: “Experiencia en la construcción del Derecho Penal Internacional”; F. Martens,⁸⁸⁴ quien escribió una importante obra atinente a la materia, referenciada en la cita del autor.

Aquellas consideraciones incipientes, por supuesto que no alcanzaban a trazar límites precisos entre la responsabilidad política internacional de los Estados y la responsabilidad penal internacional de personas aisladas, formulándose en esa etapa inicial los principios de la responsabilidad penal internacional con poca exactitud.

El acontecer jurídico internacional contemporáneo es diferente. A verdad Zúñiga Rodríguez.⁸⁸⁵ *“Hoy en día, con la globalización, los conceptos de Estado, soberanía y territorio, se diluyen en un mundo líquido... y todos los acuerdos de la modernidad se*

⁸⁸³ Rodríguez García, Mariano Art. Dig. “Los Delitos Transnacionales” Véase: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8101#_ftn1

⁸⁸⁴ Fiódor Martens, 27 de agosto de 1845 - 20 de junio de 1909, fue un diplomático ruso y jurista quien realizó importantes contribuciones a la ciencia del Derecho Internacional. Representó a Rusia en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907, donde redactó la Cláusula Martens, y participó en los primeros casos de arbitraje internacional, notablemente en el diferendo entre Francia y Reino Unido sobre Terranova. Su contribución a la internacionalización del Derecho Penal Internacional lo realizó a través de la obra “Derecho Internacional de las Naciones Civilizadas”, fue escrito originalmente en ruso, aunque una edición alemana vio la luz en 1885, y una edición francesa en 1887. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Fi%C3%B3dor_Martens

⁸⁸⁵ La citada es Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, y forma parte del equipo interinstitucional con la Universidad de Palermo, Italia, de estudio sobre “Criminalidad Organizada Transnacional”

derrumban, principalmente los principios de territorialidad, y del monopolio de la ley penal, frente a los diversos tráfico ilícitos, el terrorismo, y en general, las redes internacionales de la criminalidad... El ciberespacio, aunado a la desregularización financiera⁸⁸⁶ han facilitado el intercambio de servicios lícitos e ilícitos, convergiendo todas las ganancias ilícitas en una economía ilícita que crece de manera exponencial y es caldo de cultivo tanto de la criminalidad organizada, como del terrorismo y las diversas formas de corrupción privada y pública.”⁸⁸⁷

Continúa la elucubración de la ponente señalando que la real y efectiva amenaza a los Estados democráticos, y sobre estos, el conglomerado mundial, son las poderosas organizaciones criminales que se interconectan entre sí, desde cualquier punto del planeta, es considerado por la Organización de Naciones Unidas como uno de los peligros de mayor inminencia que amenazan la Comunidad Internacional después de caído el telón de la guerra fría, por lo que sin rodeos acota: *“Nos encontramos ante un serio problema: fenómenos criminales que trascienden las fronteras de los Estados con una capacidad criminógena nunca antes vista y leyes penales ancladas en principios decimonónicos, como el principio de territorialidad que expresa el celo de los Estados que se pretenden soberanos, cuando en realidad han cedido la mayoría de sus competencias a organismos supranacionales, sino a leyes del mercado financiero”*.⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ Sobre este particular debemos señalarle a la profesora Zúñiga que las transacciones económicas a nivel internacional, aunque de manera extra-oficial, han venido siendo paulatinamente vigiladas a partir del 9/11, básicamente para neutralizar o dar seguimiento a personas u organizaciones que pudieren estar financiando actividades terroristas. De igual modo, aprobada en 2010 y entrada en vigor en 2014 es la Ley estadounidense de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (FATCA), mediante la cual, según su difusión mercadológica, persigue combatir la evasión de impuestos por parte de los contribuyentes estadounidenses con cuentas financieras en el extranjero, obligando a las entidades financieras no estadounidenses a identificar a los contribuyentes americanos que posean directa o indirectamente cuentas financieras en el extranjero y a proporcionar información sobre el particular; sin embargo, si el modus aplicandi de la referida normativa se maneja en los mismos términos que el modelo seguido en Rep. Dom., en donde todo el que apertura una cuenta bancaria debe someterse al escrutinio de la normativa norteamericana, bien puede significar un medio para recabar informaciones de migración financiera, no solo de carácter internacional, sino también en los ámbitos locales.

⁸⁸⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura Art. Dig. “La Transnacionalidad de los Delitos: Problemas y Propuestas”, Art. sobre Ponencia presentada al Congreso de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 9 abril, 2015. Véase: <http://crimtrans.usal.es/?q=node/137>

⁸⁸⁸ Zúñiga Rodríguez, L. Art. cit.

Sin desperdicios el enfoque franco y desnudo de la maestra, quien sin dejar de lado el punto de vista principal no deja de hacer justa mención de la subordinación de los Estados modernos a la insaciable voracidad de las transnacionales mercantiles, que bajo otros esquemas también dejan su huella de criminalidad, con productos comestibles, fármacos, entretenimiento, etc., sin los debidos estándares de calidad y salubridad, son ofertados sin descaro, sobre todo a los países tercermundista.

Se precisa apuntar, que básicamente el contenido de este discurso se ha centrado en el enfoque del crimen organizado, en sus diversas modalidades, no nos hemos ni siquiera detenido a tocar la superficie del crimen cibernético, el cual posee la real capacidad de producir mayores daños en términos físico, morales y legales... que los producido por las bombas atómicas que detonaron sobre las japonesas ciudades de Hiroshima y Nagasaki; con potencial efectivo y real de impactar los cinco continentes en fracción de segundos.

Estas son las circunstancias que constituyen una inminente e irrechazable invitación a los Estados, a despojarse del arcaico concepto de nacionalidad y territorialidad de la ley penal y procesal penal, para enfrentar de manera eficiente, y al unísono, en el seno del concierto de naciones, la ardua tarea que representa la transnacionalidad de la actividad criminal.⁸⁸⁹

⁸⁸⁹ Sobre la transnacionalidad delictiva existe el marco que Rodríguez García denomina: “Los Delitos Transnacionales y la Ley penal en el espacio”, escenario en el que textualmente expone: “A partir de la fundación de los estados nacionales, ha debido delimitarse consecuentemente la extensión de cada país, y por lo tanto la ubicación entre los límites estatales de la fronteras o espacios divisorios, que más que estructuras físicas, tienen una repercusión legal en diversos ámbitos como la ciudadanía, los derechos constitucionales y la aplicación de la Ley Nacional. Es precisamente la implementación de esta normativa la que genera criterios contrarios acerca de su vigencia, ya sea dentro del marco nacional o fuera de él.

En fin se han seguido tres criterios doctrinales, dentro de los que encontramos el de la Territorialidad Absoluta, el de la Extraterritorialidad Absoluta y el de la Territorialidad Relativa.

Si analizamos el primer supuesto, el que defiende la idea de que los estados deben defenderse únicamente de los delitos cometidos en su territorio, sin considerar la nacionalidad de ninguno de los sujetos involucrados (Dígase el autor y la víctima), vemos que es un criterio demasiado estrecho si lo tratamos de relacionar con los delitos transnacionales, lo cual se puede demostrar claramente con un ejemplo: Varios sujetos de diversas nacionalidades, conformando un grupo criminal, atacan indistintamente bienes jurídicos ubicados en distintas regiones del mundo a través de diversas acciones delictivas, pasando posteriormente mediante otro actuar ilícito a resguardar el botín en otro país ajeno a las actividades comunes de ellos, siendo aprehendidos por las autoridades de esta última región.

Si los órganos de administración de justicia se vieran guiados por una normativa basada en el criterio de la territorialidad absoluta solamente podrían atacar el actuar criminal en ese país dejando impune parcialmente a los delincuentes y rompiendo el vínculo entre gravedad de las acciones u omisiones socialmente peligrosas y la pena a sufrir por ellas.

En cambio si aceptamos la extraterritorialidad, considero que estaríamos más que resolviendo un problema, creando otro adicional, pues si bien cumple con el principio de jurisdicción universal, provoca fricciones por lo general entre los estados afectados por estos delitos, en el sentido que como tienen normativas diversas que

5.3.2 Naturaleza y Fines de la Delincuencia Transnacional

El Crimen Organizado Transnacional es poseedor de una naturaleza líquida, la que sin mayores dificultades le ha permitido adaptarse con éxito a las diferentes medidas que han implementado los cuerpos de seguridad nacionales, cuando estas han existido, esencialmente por la carencia de políticas globales tendentes a enfrentar y frenar sus tentáculos.

Sin embargo, aun uniendo esfuerzos y voluntades, no se trata de una tarea fácil enfrentar esta categoría delictiva, los recursos y tecnología de que disponen superan, sin dudas, los de muchos Estados tercer mundistas, es por lo que Rodríguez García es de parecer que resulta en extremo “difícil enmarcar la naturaleza que presenta este fenómeno criminal transnacional, en parte no solo por las nuevas dimensiones que aún ahora está tomando en el campo de la informática, las telecomunicaciones y las manipulaciones genéticas para asimilarse a las nuevas regulaciones que se impongan, sino que también por el poderío que han adquirido estas organizaciones ilegales que han amasado según estimados de las Naciones Unidas, miles de millones de dólares a nivel mundial.”⁸⁹⁰

Si tomamos como punto de referencia el constante anuncio de decomisos de los que dan cuenta las autoridades a nivel mundial, no sería aventurado confirmar que estos últimos años están caracterizados por un determinado aumento de las actividades delictivas transnacionales, con mayor presencia en las áreas de tráfico de drogas, lavado de capitales, tráfico y comercialización de órganos humanos, tráfico de personas, el desplazamiento ilegal de inmigrantes, prostitución, entre otras actividades.

Existen serias y verdaderas dificultades para la persecución y sometimiento de las organizaciones delictivas transnacionales, en primer lugar, conforme hemos referido, no

afectan la colaboración policial, permitiendo que escapen de la justicia los criminales que se hallen en situaciones que merecen la represión penal. Y lo digo en mi entender por las dos posiciones que asume esta extraterritorialidad, la de asumir por la personalidad de los comisores o por la de la protección.

Existiendo al final una tercera posición que es la de la Territorialidad Relativa, que propugna una posición mixta entre las dos que se mostraron inicialmente, aplicando en principio para estos delitos la persecución por los hechos cometidos en el territorio nacional, pero con posibilidades de perseguir los delitos fuera del territorio ante determinados supuestos determinados en la ley nacional y los tratados internacionales. Criterio que me parece el más acertado pues trata de soslayar las contradicciones que pudiera haber entre las leyes de diversos países y las normativas contenidas en convenios firmados al respecto.” Rodríguez García, M. Art. cit.

⁸⁹⁰ Cfr. Rodríguez García, M. Art. cit.

necesariamente desarrollan sus actividades en marcos territoriales, gracias a las facilidades otorgadas por las herramientas tecnológicas, circunstancia que sin mayores inconvenientes les permite operar en y desde el ciberespacio; actividad que de entrada plantea no pequeños desafíos a la persecución; en primer lugar, el de la determinación de la fuente delictiva para la determinación de la competencia, caso para el cual será preciso resolver el tema de la competencia, y habrá que indefectiblemente definir ¿Cuál de los Estados es competente para la persecución del delito, en el que se produjo la primera acción, o en el que se produjeron los resultados?. En este caso, conforme el criterio doctrinal de Quirós Pérez, habrá que recurrir a la teoría de “*Territorialidad Relativa*” la cual, en contraposición a la “*Territorialidad Absoluta*” posee la flexibilidad de perseguir el crimen en un ámbito extraterritorial, pudiendo la autoridad perfectamente asumir la persecución por la personalidad del comisor, o por el del bien jurídico protegido.⁸⁹¹ Hasta aquí, viento en popa, no hay mayores complicaciones.

De inmediato se plantea una segunda dificultad, consistente en identificar el lugar de origen del hecho delictivo y, concomitantemente, la identidad del presunto delincuente, o lo que se reconoce en la normativa dominicana como principio de la personalidad de la persecución, toda vez que, errar en ese punto conllevaría indefectiblemente errar en el resultado.

En un tercer momento, si fuere resuelto el anterior, se enfrenta la cuestión de colaboración entre el estado receptor y el emisor de la actividad delictiva. Por ejemplo, 1) ¿Cuál será el trámite que deberá agotar el perseguidor dominicano ante una actividad delictiva originada en Zimbabwe?; 2) ¿Bajo qué medios individualiza, caracteriza al responsable de la comisión del ilícito?; resuelta las referidas circunstancias, 3) ¿Qué hacer en caso de que en su país de origen la actividad no esté tipificada como delito?. Ante las referidas dificultades, sin mayores dificultades, podrán los delincuentes trasladarse y/o ubicar socios en puntos remotos del planeta desde donde se imposibilite su persecución. Son algunos de los pequeños detalles que dejamos sobre la mesa para en su momento resolver.

⁸⁹¹ Cfr. Quirós Pérez, Renén “Manual de Derecho Penal” Editora Félix Varela, La Habana 2002, pág. 55

5.3.3 Amenaza de la Movilidad

En efecto, los clanes de mafia organizada que tradicionalmente se limitaban a la amplitud territorial de Sicilia, New York o Hong Kong hoy, gracias a las facilidades brindadas por la tecnología, desarrollan sus tentáculos en cualquier punto de interés del planeta; en unos casos a través de operaciones directas, en otros bajo modelos de crecimiento tipo franquicia comercial.

En efecto, el crimen organizado inicio su proceso de anidamiento en América en los albores del siglo XX, coincidiendo con las masas de migrantes que desde diversas regiones de Italia, sobre todo Nápoles y Sicilia, que entre 1900 y 1914 se radicaron en la costa este de los Estados Unidos, principalmente en los estados New York y New Jersey. Ya hacia mediado de siglo se contaba con solidas estructuras mafiosas dirigida por cinco familias,⁸⁹² cada una de las cuales dominaba un renglón del underground: prostitución, juegos ilegales, drogas, trata humana y alcohol; desde donde paulatinamente fueron migrando a áreas legales productivas, en la que destaca principalmente la construcción, atribuyéndosele a esta comunidad una porción importante del desarrollo horizontal de la Gran Manzana.

Desarrollados como poderosos clanes locales, réplica de la Cosa Nostra italiana, hasta finales de la década de los años 90, fueron ampliando sus tentáculos a otros puntos del planeta aprovechando el auge de la tecnología, hasta convertirse en “un gran holding mafioso de ámbito internacional,” según la criminóloga Letizia Paoli.⁸⁹³

5.3.4 Clonación de Modelos

En no pocas ocasiones llama la atención el estilo de vida extravagante exhibida por aquellos que producen dinero en abundancia y con aparente poco esfuerzo, despertando los apetitos, básicamente, de la población juvenil que ven, en principio, en la delincuencia juvenil una salida para superar los embates de la pobreza y limitaciones que con

⁸⁹² Bonanno: Vincent Badalamenti; Colombo: Carmine "Junior" Persico; Gambino: Domenico Cefalu; Genovese: Daniel "Danny el León" Leo; Lucchese: Antonio "Tonino" Lorandini

⁸⁹³ Fuente EEW. Véase: 1)https://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_italiana_en_Estados_Unidos; 2)https://es.wikipedia.org/wiki/Cinco_Familias; 3)[https://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_\(mafia_siciliana\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_(mafia_siciliana))

frecuencia padecen los adolescente y jóvenes de los denominados cordones de miseria que frecuentemente rodean nuestras ciudades;⁸⁹⁴ para otros representa un escenario para demostrar el ego propio de la edad juvenil. Un ejemplo que ilustra a la perfección este sueño juvenil de insertarse en actividades delictivas para hacerse rodear de placeres y bienes materiales, se concreta en la historia de un joven mexicano que sin tomar acción en el crimen organizado, alardeaba en Facebook que era uno de ellos, y que despachaba directamente con el jefe de uno de los más sangrientos carteles mexicanos. Al momento de esta redacción guardaba prisión en una cárcel de alta seguridad mexicana.⁸⁹⁵

Otros, sin embargo, pasan de la aspiración a efectivamente involucrarse en organizaciones establecidas, motu proprio, otros por vía de los diversos modelos de reclutamientos alternados por las estructuras criminales; sin perjuicio de que algunas células evolucionan hasta la independencia e inician procesos de clonación de modelos delictivos ya establecidos en otros puntos geográficos.⁸⁹⁶

Es indiscutible que en la difusión de esas actividades, y posibilitar vínculos, aunque sean de carácter gnoseológicos, juega un papel de primera importancia los avances alcanzados por las TICs. En Rep. Dom. Todavía el desarrollo de bandas juveniles no llega al grado de representar una amenaza social, aunque esporádicamente hacen acto de presencia en el escenario pretensiones de organizaciones que apenas desarrollan sus primeras actividades

⁸⁹⁴ Es la opción masculina, la femenina, frecuentemente, tiende al ejercicio de la prostitución.

⁸⁹⁵ EFE México. “Encarcelan a mexicano que decía ser narco en Facebook e instigaba a violencia”. Véase: <http://www.listindiario.com/las-mundiales/2015/10/07/391087/encarcelan-a-mexicano-que-decia-ser-narco-en-facebook-e-instigaba-a-violencia>

⁸⁹⁶ Sobre este particular juega un papel de mucha incidencia la denominada banda Lating King, la cual esta foliada como una banda de origen latinoamericano, dedicada fundamentalmente a actividades delictivas como extorsión, narcotráfico, robo, etc. Empezaron en el área de Chicago y Nueva York y se calcula que cuenta con una membresía que supera los 100.000 miembros, solo en Norteamérica. En este mismo renglón se destaca la organización denominada Mara Salvatrucha, generalmente abreviado como MS, Mara, y MS-13, es una organización internacional de pandillas criminales asociadas que se originaron en Los Ángeles y se han expandido a otras regiones de Estados Unidos, Canadá, México, El Norte de América Central² (Guatemala, El Salvador, Honduras) y España.^{3 4} La mayoría de las pandillas están integradas por centroamericanos (salvadoreños, guatemaltecos y hondureños) y se encuentran activas en zonas urbanas y suburbanas. Tienen células (clicas) localizadas principalmente en Centroamérica. Los países más afectados por Mara Salvatrucha son Guatemala, Belice, El Salvador, Honduras, en menor medida Canadá, Estados Unidos y México.⁵ Sin embargo, los únicos países Centroamericanos que han logrado mantener alejado este movimiento son Nicaragua, Costa Rica¹ y Panamá. En Suramérica se han reportado algunos brotes en Perú, Chile y Argentina⁶, aunque han fracasado en sus intentos de establecerse. Fuente EEW.

Véase:1) LK: https://es.wikipedia.org/wiki/Latin_Kings; 2) MS: https://es.wikipedia.org/wiki/Mara_Salvatrucha

son detectadas y desarticuladas, cobrando mayor trascendencia aquellas en las que se involucran policías y militares, que si concretan participaciones activas en el delito común. El crimen organizado se desenvuelve en una esfera media alta y tiene mayor incidencia en las operaciones de narcotráfico internacional, en operaciones relacionadas con el paso de sustancias narcóticas rumbo al norte del continente americano, y actividades de distribución interna de microtráfico,⁸⁹⁷ en el que juegan un papel importante los carteles de mexicanos y colombianos, por intermedio de representantes locales.

5.4. Convenios sobre Crimen Transnacional y Cibercriminalidad

5.4.1 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Con los acontecimientos que con frecuencia se suceden en el mundo, ha crecido la conciencia, no solamente entre los Estados, sino también entre los particulares, de que la delincuencia organizada es un problema que atañe al mundo en su totalidad, que vincula y compromete todos los Estados en el orden de su persecución y garantizar la armonía debida a los ciudadanos del planeta, ya que su actuación y consecuencias se presentan, no sólo dentro de los linderos nacionales de algún país, sino en varios de ellos a la vez o consecutivamente; de ahí el concepto de delincuencia organizada transnacional. A nivel de ordenamiento jurídico, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional señala los lineamientos que los Estados Parte deben considerar para hacer adecuaciones y, consecuentemente, coherente su derecho interno con las disposiciones de la Convención, con el objetivo primordial de combatir eficiente y contundentemente la actividad de organizaciones criminales que expanden su actividad sobre países diversos países.

En efecto, en diciembre del 2000 se suscribió en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, constituyó el primer paso de la comunidad internacional en aras de abordar un problema mundial con una

⁸⁹⁷ El microtráfico es una actividad ilegal y globalizada que radica en la distribución y venta de pequeñas cantidades de sustancias narcóticas de procedencia ilegal. Se identifica como una problemática social que va de mano con la pobreza, el desempleo y la falta de oportunidades llevan a jóvenes a involucrarse a el mundo de la delincuencia callejera.

reacción mundial. *“Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas. Uno de los contrastes más marcados que existen en el mundo actual es el abismo entre lo civil y lo incivil. Cuando digo “lo civil” quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo “lo civil” también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad.”*

Constituye este discurso una cara de la moneda, la otra cara es presentada en el párrafo siguiente cuando expresa: *“Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denominó la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles.”*

Ambos párrafos son una referencia parcial del prefacio de la publicación de los resultados de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, suscrito por Koffi A. Annan, a la sazón Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas.

Resalta la ONU en la parte introductoria de la Convención algunos elementos motivacionales del conclave mundialista, dignos de recibir mención. En primer lugar, se expresa profunda preocupación “*por las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada*” por lo que apremia “*la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente esas actividades en los planos nacional, regional e internacional*”, dado los “*crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo...*”; circunstancias ante las cuales está resuelta la ONU a “*impedir que las personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional hallen refugio propugnando que se las enjuicie dondequiera que cometan tales delitos y fomentando la cooperación a nivel internacional*”, razón por la cual “*la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo...*”⁸⁹⁸

Se establece en el art. 1 el propósito de la Convención, haciendo constar que es el de promover la cooperación internacional para “*prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional*”; y definiéndose en el segundo el “*grupo delictivo organizado*” como “*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

Entendemos que existe una debilidad neurálgica en lo relativo a la referida definición, toda vez que para la configuración de lo que denomina “*grupo delictivo organizado*”, requiere un concierto de participación de tres personas; si bien es cierto que la definición literal de grupo evoca una participación mínima similar, somos de parecer que no existe la misma proporción en términos delictivos. Al constituir, de conformidad a la letra de la definición, un agravante la participación mínima de tres “*actores*”, bien pudieren concertar dos y por

⁸⁹⁸ CNUCDOT, Introducción

el número no alcanzarían la definición de “grupo” al no calificar el número; o bien, desarrollar un esquema delictivo celular en par, estrategia con la cual también se vulneraría la previsión convencional; o bien tratarse de un solitario que opera desde un punto y deja sentir su actividad en varios.

Es por lo que entendemos que para que reporte los beneficios deseados, debe ser una definición con más amplitud, que se contemple el término “organización” desde la participación, aunque sea de un sólo individuo que posea la capacidad de incidir e influenciar en otros, y desde un punto atravesar varias fronteras, ya sea a través de mandatos o haciendo uso de las bondades de la tecnología; o, en su defecto, agravar las penas del delincuente individual con esas capacidades.

Alienta la referida tesis el contenido del art. 3, mismo que define el ámbito de aplicación de la CNUCDOT, y señalar que “*el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.*” Es, por lo que sostenemos que poco importa el número de confederados a la actividad delictiva, para los fines que ocupa la atención de esta institución global lo relevante debe ser el impacto o daño proporcionado, no el número de afiliados que lo provocaren.

El contenido del art. 6 deja traslucir que se trata de un documento normativo, el cual sirve de guía o modelo para ser adoptado a posteriori por los Estados particulares, es por lo que sin mayores inconvenientes expresa: “*Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente...*”, siendo complementada esta disposición con el literal *b* del mismo artículo, en el que textualmente se refiere: “*Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta.*”

De igual modo se enuncian medidas para combatir el blanqueo de dinero,⁸⁹⁹ la persecución de la corrupción administrativa,⁹⁰⁰ se determina la responsabilidad de las personas jurídicas,⁹⁰¹ cooperación internacional para la extradición,⁹⁰² e invita a la “asistencia judicial recíproca” e investigaciones conjuntas,⁹⁰³ entre otras materias importantes.

La referida convención, conocida también como Convención de Palermo, Representa el primer esfuerzo global que persigue enfrentar la delincuencia transnacional, y constituye un tratado multilateral con el interés de enfrentar el crimen organizado transnacional, independiente de las previsiones anotadas, cuenta con tres importantes Protocolos⁹⁰⁴ complementarios, conocidos también como los Protocolos de Palermo.

5.4.1.1 Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños

Con las disposiciones de este protocolo, aprobado mediante Resol. 55/25 en fecha 15 noviembre 2000 por la Asamblea General de la ONU, persiguen los estados “*prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos, instrumento sin el cual “las personas vulnerables a la trata no estarán suficientemente protegidas”.*

Este protocolo está integrado por veinte artículos, en el curso de los cuales, en primer lugar, se describen los objetivos, para de inmediato ofrecer el marco conceptual y definir trata de personas como: “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a*

⁸⁹⁹ CNUCDOT., Art. 7

⁹⁰⁰ CNUCDOT., Arts.8-9

⁹⁰¹ CNUCDOT., Arts.10-15

⁹⁰² CNUCDOT., Arts. 16-17

⁹⁰³ CNUCDOT., Arts.18 núms.

⁹⁰⁴ Se denomina protocolo al conjunto de reglas de formalidad que rigen los actos y ceremonias diplomáticos y oficiales. Peq. Larousse

*la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...*⁹⁰⁵

En el art. 5 invita a los Estados Parte a la adopción de las medidas legislativas y de otra índole que sean pertinentes a los fines de tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el art. 3, cuando medie la intención delictiva del agente. Estableciéndose en los artículos subsiguientes esquemas de protección para las víctimas de esta actividad delictiva.

A partir del art. 9 se establecen medidas de prevención, cooperación, intercambio de información y capacitación entre los Estados.

En el 2010 con edición fechada en Costa Rica, publicó bajo la coordinación de Felipe De La Torre un interesante material sobre la materia al cual titularon “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas”, en el que en su parte introductoria recoge de manera magistral el espíritu de este protocolo, cuando expresa:

*“La trata de personas, en general, y de niños, niñas, adolescentes y mujeres, en particular, es un flagelo internacional que requiere de una agenda global, regional y nacional para combatirlo. Su complejidad y las diferentes modalidades de la trata de personas, la vulnerabilidad de sus víctimas y su carácter transnacional obligan a los Estados a asumir un papel activo e integrador que involucre a todos sus actores: organizaciones intergubernamentales, gubernamentales, y no gubernamentales, mesas o coaliciones nacionales contra la trata de personas en un frente de lucha común donde la capacitación, en distintos niveles, enfoques y metodologías, se convierte en una tarea medular para mejorar la eficacia en el combate de la trata de personas.”*⁹⁰⁶

⁹⁰⁵ PNUPRSTP., Art. 3.a

⁹⁰⁶ De La Torre, Felipe “Manual Sobre la Investigación del Delito de Trata De Personas. Guía de Autoaprendizaje”, UNODC, Costa Rica, 2010, pág. 21

5.4.1.2 Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire

El segundo documento protocolizado de la CNUCDOT, lo constituye el PCTIM, iniciativa apadrinada por la ONU mediante la Resol. de la Asamblea General No. 55/25 de fecha 15 noviembre 2000, en la cual los Estados firmantes se plantean por finalidad: *“prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.”*⁹⁰⁷

Entiende el protocolo por “tráfico ilícito de migrantes” toda interposición de actividad tendente a la *“facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.”*⁹⁰⁸

Como puede ser apreciado, el delito de tráfico ilícito de migrantes es una especie delictiva extraordinariamente similar a la de trata de personas, de hecho bien pudo la ONU en el marco de la referida Convención, otorgarle un trato común en uno solo de los protocolos, haciendo las debidas reseñas y diferenciaciones; sin embargo, al no resultar de ese modo, nos corresponde como parte de la responsabilidad de desarrollo del presente trabajo, apuntar al lector que la diferencia fundamental radica en que la trata de personas se configura con la práctica de comercio ilegal de seres humanos con propósitos de esclavitud reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, extracción de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud; y se diferencia del tráfico ilícito en que este es la disposición de facilitar el traslado internacional de personas a países que no constituyen su suelo patrio ni ostentan ciudadanía legal.

Como puede observarse, ambos delitos refieren a problemáticas similares aunque distintas, es por lo que refiere el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres):⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ PCTIM., Art. 2

⁹⁰⁸ PCTIM., Art. 3

⁹⁰⁹ Inmujeres es una entidad del gobierno federal mexicano que coordina el cumplimiento de la política nacional en materia de igualdad sustantiva y coadyuva con la erradicación de la violencia contra las mujeres.” pág. Web: <http://www.inmujeres.gOp.mx/inmujeres/index.php/programas/prevencion-de-la-trata-de-personas/trata-de-personas-y-traffic-ilicito-de-migrantes>

“Con frecuencia el término trata de personas es confundido con el de tráfico. Buena parte de esta confusión se debe a que la mayoría de los textos que comenzaron a desarrollarse sobre el tema estaban escritos en inglés, en donde se le nombra “trafficking in persons” o “human trafficking”, por lo que al realizarse la traducción literal al español “tráfico”, ambos términos se mezclaron.”⁹¹⁰

Y nos aporta la institución Azteca este importante cuadro sinóptico en el que se reflejan similitudes y diferencias entre ambos conceptos:

	Trata de personas	Tráfico Ilícito de Migrantes
Definición	“Captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona... para su explotación.” (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas)	“La facilitación de un cruce de fronteras sin cumplir los requisitos legales o administrativos con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro de orden material.” (Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes)
Contacto	Generalmente la víctima es contactada por la/el tratante.	La persona migrante contacta a la/el traficante.
Consentimiento	El consentimiento está viciado, porque se consigue a través de diferentes medios, como el engaño, el fraude o el abuso de una situación de vulnerabilidad.	La persona migrante consiente el cruce de fronteras sin la documentación requerida.
Rutas	Puede ser interna o internacional.	Implica necesariamente un cruce de fronteras.
Pagos	En la mayoría de los casos el/la tratante sufraga los gastos derivados del transporte y/o traslado de la víctima.	Hay un intercambio monetario entre la persona migrante y la/el traficante (pollero).
Delito	Atenta contra la víctima y sus derechos, por lo que es un delito que afecta a la persona en un primer lugar, y a la legislación de los Estados en un segundo término.	Atenta contra la legislación de los Estados.
Ganancia	El beneficio económico o de otra índole se obtiene de la explotación de una persona.	El beneficio económico o de otra índole se obtiene de la facilitación del ingreso ilegal de una persona a otro país.

Fuente⁹¹¹

⁹¹⁰ Inmujeres. PW., cit.

⁹¹¹ Ídem 909

5.4.1.3 Protocolo de las Naciones Unidas contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego

Se enarbola como finalidad de este protocolo “*promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.*”⁹¹²

Especifica el protocolo que debe entenderse por arma de fuego “*toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno.*”; definiendo el concepto de piezas y componentes como “*todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento, incluidos el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre y todo dispositivo concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego*”; y complementa el termino municiones señalando que se trata de “*el cartucho completo o sus componentes, entre ellos las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en las armas de fuego, siempre que esos componentes estén de por sí sujetos a autorización en el respectivo Estado Parte.*”⁹¹³

Partiendo de las referidas definiciones, continúa a lo largo de veintiún artículos, sentando las bases esenciales de la que sugiere partan las legislaciones nacionales para la persecución y penalización del delito en cuestión, apelando en todo momento a la cooperación “*en los planos bilateral, regional e internacional a fin de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.*”⁹¹⁴

Indiscutiblemente que la CNUCDOT abre un espacio de cooperación importante entre el concierto de naciones, a los fines de la persecución del delito internacional, al menos en

⁹¹² PNUCFTIAF., Art. 2

⁹¹³ PNUCFTIAF., Art. 3.a.b.c

⁹¹⁴ PNUCFTIAF., Art. 13

ese momento se dio un paso inicial. A quince años de su emisión, aún no se perciben claro los resultados; aunque reconocemos que las señaladas son prácticas milenarias que en muchos casos son parte del legado cultural de sociedades, grupos sociales y/o familias, y el interés de persecución legal internacional son procesos lentos que requieren de voluntad de los Estados, en primer lugar de legislar sobre los asuntos y, en segundo lugar, de decisión política para actuar conforme la letra de la ley; y en el ínterin, la delincuencia internacional continua movilizando cantidades impresionantes de recursos, métodos y tecnología, también de seres humanos... Es un reto de las legislaciones particulares continuar enlazando y fortaleciendo las disposiciones de esta convención, en un mundo que es de todos, y no es de nadie.

5.4.2 Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia desarrollado en 2001 en la capital de Hungría, representa un esfuerzo regional de los países europeos tendente a enfrentar en común los delitos que usan los medios electrónicos para la concreción de sus actividades. De ese modo se motiva el convenio arguyendo los representantes estar *“Convencidos de que el presente Convenio es necesario para prevenir los actos que pongan en peligro la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, garantizando la tipificación como delito de dichos actos, tal como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar eficazmente contra dichos delitos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones materiales que permitan una cooperación internacional rápida y fiable”*; tomando seriamente en consideración para el logro de estos objetivos *“el debido equilibrio entre los intereses de la acción penal y el respeto de los derechos humanos fundamentales consagrados en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) y otros tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos, que reafirman el derecho a defender la propia opinión sin interferencia, el derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, así como el respeto de la vida privada.”*⁹¹⁵

⁹¹⁵ CCB., Preámb.

El párrafo antecedente constituye, en esencia, el marco sobre el que discurre el referido convenio. Al igual que la CNUCDOT, constituye una manifestación de voluntad de los países en conclave⁹¹⁶ más que un instrumento con carácter de aplicación obligatoria, razón por la que se concibe como pautas generales a seguir en los casos de interés sobre la materia en cuestión. Sin embargo, sus motivaciones expresan con claridad meridiana, no solamente el sentimiento de enfrentar con determinación el monstruo de la delincuencia a través de las redes, sino, y sobre todo, la participación activa, decidida y rápida que debe ser asumida por los Estados, único medio para ver cristalizado el objetivo:

“Convencidos de la necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común con objeto de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, en particular mediante la adopción de una legislación adecuada y la mejora de la cooperación internacional;

Conscientes de los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continuas de las redes informáticas;

Preocupados por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos y de que las pruebas relativas a dichos delitos sean almacenadas y transmitidas por medio de dichas redes;

Reconociendo la necesidad de cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia, así como la necesidad de proteger los intereses legítimos en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información;

Estimando que la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia requiere una cooperación internacional reforzada, rápida y eficaz en materia penal;

⁹¹⁶ “Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del presente Convenio”, Preámb.

Convencidos de que el presente Convenio es necesario para prevenir los actos que pongan en peligro la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, garantizando la tipificación como delito de dichos actos, tal como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar eficazmente contra dichos delitos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones materiales que permitan una cooperación internacional rápida y fiable.”

En efecto, “*cooperación internacional rápida y fiable*” es lo que se precisa en las relaciones inter estatales para poder sostener una lucha seria, frontal y coherente contra la delincuencia, no solo la presada por los medios cibernéticos, sino la delincuencia en todas sus vertientes y modalidades; toda vez que, en sentido general, continúan aislados en la lucha contra el crimen, pese a los esfuerzos, en la práctica las aplicaciones jurídicas continúan siendo territoriales y dependientes del énfasis de cada Estado en la persecución de un delito determinado; son las razones por las que las motivaciones expresadas para la convocatoria de Budapest destaca por su especificidad.

El Convenio dedica cuarenta y ocho artículos masters a sentar los conceptos y parámetros fundamentales a ser tomados en consideración por las legislaciones locales al momento de adoptar “*las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio patrimonial a otra persona mediante: a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; b. cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención, dolosa o delictiva, de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.*”⁹¹⁷ que es la terminología usada por el Convenio para definir el fraude informático.

⁹¹⁷ CCB., Art. 8

Además de la ciberdelincuencia per se, otorgó la Convención especial atención a los tipos penales de pornografía infantil⁹¹⁸ y los delitos relacionados con infracciones de propiedad intelectual,⁹¹⁹ circunstancias en las cuales se prevé castigo para la tentativa y la complicidad,⁹²⁰ otorgándole facultad operativa a la interpol⁹²¹ para los casos en que se requiera acción rápida, y exista la convicción de que por esa vía el trámite resultare de mayor efectividad para la preservación de los medios probatorios, que elevando solicitud por ante las “*autoridades centrales*”,⁹²² las cuales constituyen la vía regular para la tramitación de los referidos procesos.

A pesar de haber constituido una iniciativa del Consejo de Europa la suscripción y aplicación local de la convención fue abierta al concierto de las naciones, cuando expresamente se previó: “*A partir de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá, previa consulta con los Estados contratantes del Convenio y habiendo obtenido su consentimiento unánime, invitar a adherirse al presente Convenio a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo de Europa y que no haya participado en su elaboración...*”;⁹²³ en efecto, a la fecha 54 Estados ha firmado el Convenio, 42 lo han ratificado y 17 lo han reglamentando en su derecho interno. Rep. Dom. se encuentra en el número de los países firmado y ratificado.

5.4.2.1 Red 24/7

Un aspecto novedoso introducido a la Convención de Budapest es la unidad que el mismo documento denomina Red 24/7, la cual consiste en:

“1.Cada Parte designará un punto de contacto localizable las 24 horas del día, siete días a la semana, con el fin de garantizar una asistencia inmediata para investigaciones relativas a delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para obtener las pruebas en formato

⁹¹⁸ CCB., Art. 9

⁹¹⁹ CCB., Art. 10

⁹²⁰ CCB., Art. 11

⁹²¹ CCB., Art. 27.9.b

⁹²² CCB., Art. 27.2.a

⁹²³ CCB., Art. 37

electrónico de un delito. Esta asistencia comprenderá toda acción que facilite las medidas que figuran a continuación, o su aplicación directa si lo permite el derecho y la práctica internos:

a. asesoramiento técnico;

b. conservación de datos, de conformidad con los artículos 29 y 30; y

c. obtención de pruebas, suministro de información de carácter jurídico y localización de sospechosos.

2. a. El punto de contacto de una Parte dispondrá de los medios para comunicarse con el punto de contacto de otra Parte siguiendo un procedimiento acelerado.

b. Si el punto de contacto designado por una Parte no depende de la autoridad o autoridades de dicha Parte responsables de la asistencia mutua internacional o de la extradición, dicho punto de contacto se asegurará de poder actuar coordinadamente con esta o estas autoridades por medio de un procedimiento acelerado.

3. Cada Parte garantizará la disponibilidad de personal formado y equipado con objeto de facilitar el funcionamiento de la red.”⁹²⁴

La novedad de esta iniciativa, en primer lugar, es la creación de un órgano multinacional de respuesta rápida, dejando de lado los requisitos burocráticos que suelen entorpecer los procesos de cooperación internacional en materia de enfrentamiento del delito. En segundo lugar, la delincuencia no duerme, y si hablamos de Ciberdelincuencia la capacidad de acción es, por la milla, mucho más dramática, por lo que medidas y acciones de esta naturaleza es lo que permite visualizar un compromiso serio hacia la consecución de la meta planteada.

Con esta iniciativa el conclave parece estar enviando un claro mensaje a delincuentes y Estados: *Si la delincuencia no duerme, la justicia tampoco.* Con el espíritu de esta unidad,

⁹²⁴ CCB., Art. 35

que es el de prontitud, y desburocratización de los procesos judiciales para agilizar su disponibilidad en la persecución del crimen, existe en el CPPN una previsión que debe ser extendida a todos los sistemas de justicia que real y efectivamente tengan real y genuino interés en efficientizar la actividad judicial en contra del crimen organizado; es la que otorga la posibilidad legal al juez para que *“En casos graves y urgentes, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo, con constancia fehaciente sobre el modo de comunicación utilizado y de la identificación del receptor. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos referidos en el segundo párrafo sean correctos. Podrá usarse la firma digital.”* Pudiendo también emitir orden válida de registro de moradas, lugares, personas, etc., por la vía telefónica, con el único requisito de que *“Dentro de las veinticuatro (24) horas deberá dejar constancia por escrito de la orden emitida.”*⁹²⁵

Este arreglo legal es extremadamente vital para la efectividad del MP y las agencias comprometidas con la persecución del crimen, toda vez que se trata de una medida que les facilita la labor de perseguir con eficacia las actividades delictivas, las cuales por lo regular se desarrollan mediante la adopción de movimiento rápidos y sigilosos, en perjuicio del ritmo judicial que es burocrático y lento, irónicamente, en beneficio de aquel. Son las razones por las que somos de opinión que la implementación de esa medida representará una “Red 24/7” en contra del crimen, no solamente el que usa la plataforma cibernética, sino cualquier modalidad delictiva.⁹²⁶

5.5 Las Redes Sociales

Redes sociales constituye uno de los conceptos que concitan mayor interés de uso y aplicación a nivel mundial. En sentido amplio, podemos señalar como red social a la

⁹²⁵ CPPN., Art. 137

⁹²⁶ Aunque creemos que la implementación de esta previsión legal es positiva para estrechar la capacidad de acción de la justicia frente a todo tipo de delincuencia, también somos de opinión de que para ser implementada en el sistema punitivo dominicano se precisa de un compás de espera hasta que se opere una adaptación de la persecución del crimen al respeto de los derechos humanos, dada la larga tradición de irrespeto inspirada y desarrollada por los gobiernos dictatoriales y totalitarios que se han sucedido a los largo de la historia, sin perjuicio de que aún en nuestros días los diferendos entre autoridades policiales y “delincuentes” se resuelven a través de los referidos intercambios de disparos, sin dar la oportunidad al presunto infractor a que el sistema judicial penal sentencie sobre su culpabilidad o inocencia

plataforma virtual en la que interactúan personas y entidades a nivel mundial, interconectadas entre sí, con la posibilidad de compartir o acceder a informaciones generales o de intereses comunes, de manera abierta o mediante canales específicos.

En termino similares define las redes sociales del Dr. Manrique Celada cuando apunta: *“Una red social es una estructura formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común.”*⁹²⁷

Se atribuye el acuñamiento del término a los antropólogos británicos John Barnes y Elizabeth Bott, para quienes resultaba imprescindible considerar lazos externos a los familiares, residenciales o de pertenencia a algún grupo social. Haciendo uso de la herramienta científica de la observación, podemos afirmar que las redes sociales han tenido un desarrollo espontáneo, toda vez que las primeras iniciativas no poseían mayores pretensiones que mantener en contacto pequeños grupos predefinidos; sin embargo, la naturaleza gregaria del ser humano exige de fluidas interacciones sociales, circunstancia que indefectiblemente ha contribuido al crecimiento exponencial que hemos asistido en el curso de la última década.

En efecto, en referencia a las redes sociales nos apunta Diaz-Llauró,⁹²⁸ referenciando a Eduard Punset, “El alma está en el cerebro”, *“Los estudios han demostrado que las relaciones sociales son uno de los mejores índices de predicción de la felicidad humana en todo el mundo. Hay una correlación muy clara y fuerte entre las relaciones sociales y la felicidad.”* y citando a la psicóloga Nuria Peyri *“Las redes sociales ayudan a combatir el stress y la soledad ya que tienen una relación directa con la inteligencia emocional.”* Sin lugar a dudas que las redes sociales han venido a llenar un vacío existencial del individuo, en el que no solamente se satisface la necesidad de interacción con los seres amados, también socializar con amigos, conocidos, relacionados; sin perjuicio de que en el universo no existe nada aislado, todo está en permanente y constante interacción con algo, circunstancia capital para la sobrevivencia de la especie humana, y el espacio virtual,

⁹²⁷ Manrique Celada, Manuel Art. Dig. “Redes sociales y Patología. La Anatomía Patológica en las redes sociales de internet”. Véase: https://www.seap.es/documents/228448/530967/03_Manrique.pdf

⁹²⁸ Definición, historia y objetivo de una red social. Véase: <http://www.inqualitas.net/articulos/17114-definicion-historia-y-objetivo-de-una-red-social>

impersonal, propio y de todos, propicia un impresionante espacio en el que pueden salir a pastar, sin dificultad alguna, la vanidad, el exhibicionismo, el ego...⁹²⁹

5.5.1 El Mito de las Redes Sociales

Incontables son las historias, motivos y necesidades relativas al origen de las actuales e omnipresentes redes sociales. Lo que sí resulta incuestionable es la *“facilidad con que las nuevas generaciones se mueven por las llamadas tres pantallas casi sin necesidad de aprendizaje y de una manera intuitiva, les plantea tal cantidad de posibilidades de comunicación, información y acceso al ocio, incorporadas de una forma natural a su vida habitual, que no son conscientes de los riesgos y peligros que les rodean ...”*,⁹³⁰ lo que significa la socialización a través de las redes, cada vez más, está pasando de ser un medio de interacción a una verdadera necesidad humana; a tal punto que muchos suelen llamar a los nacidos en los últimos cinco años, la generación.com.

Resulta una tarea complicada tratar de determinar con precisión el rastro que ha seguido la evolución y desarrollo de las denominadas redes sociales; sobre todo, dada la circunstancia de que la mayoría estuvieron orígenes espontáneos, toda vez que sus primeros objetivos consistían en intercomunicar pequeños grupos de amigos, estudiantes o una facultad o campus universitario; otras proporcionar comunicación empresarial efectiva o integrar personal cuyas áreas de trabajo estaban en puntos distintos. Son las razones por las que ofreceremos a continuación un marco histórico contextualizado destacando cronológicamente de los hechos más relevantes del fenómeno que suponen las redes sociales basadas en Internet.

1971. Se envía el primer e-mail entre dos ordenadores situados uno al lado del otro. El mensaje fue enviado como un correo electrónico de prueba por Ray Tomlinson a finales

⁹²⁹ Sobre el desarrollo de las redes sociales, corre la teoría de “Los seis grados de separación”, según la cual, cualquier individuo puede estar conectado con cualquier otra persona en el planeta a través de una cadena de conocidos con no más de cinco intermediarios, con un total de seis conexiones. La teoría fue inicialmente propuesta en 1929 por el escritor húngaro Frigyes Karinthy en una novela corta titulada Chains. El concepto está basado en la idea de que el número de conocidos crece exponencialmente con el número de enlaces de la cadena, y sólo un pequeño número de enlaces son necesarios para que el conjunto de conocidos se convierta en la población humana entera.

⁹³⁰ Piñar Mañas, J. Op. cit., pág. 7

del referido año, que por aquel entonces era ingeniero de computación. Se envió entre dos ordenadores que se encontraban en la misma sala.⁹³¹

1978. Ward Christensen y Randy Suess crean el BBS (Bulletin Board Systems) para informar a sus amigos sobre reuniones, publicar noticias y compartir información.

1994. Se lanza GeoCities, un servicio que permite a los usuarios crear sus propios sitios web y alojarlos en determinados lugares según su contenido.

1995. La Web alcanza el millón de sitios web, y The Globe ofrece a los usuarios la posibilidad de personalizar sus experiencias on-line, mediante la publicación de su propio contenido y conectando con otros individuos de intereses similares. En este mismo año, Randy Conrads crea Classmates, una red social para contactar con antiguos compañeros de estudios. Classmates es para muchos el primer servicio de red social, principalmente, porque se ve en ella el germen de Facebook y otras redes sociales que nacieron, posteriormente, como punto de encuentro para alumnos y ex-alumnos.

1997. Lanzamiento de AOL Instant Messenger, que ofrece a los usuarios el chat, al tiempo que comienza el blogging y se lanza Google. También se inaugura Sixdegrees, red social

⁹³¹ Ocurrió en Cambridge, Massachusetts, y dicho correo viajó por la red ARPANET, que fue la precursora de Internet. Ray trabajaba para Bolt, Beranek and Newman (actualmente BBN Technologies), la compañía escogida por el Departamento de Defensa de Estados Unidos para construir ARPANET, y a finales del verano de 1971, estaba experimentando con dos programas llamados SNDMSG y READMAIL.

Estos programas ideados en la década de los 60, posibilitaban a los usuarios dejar mensajes en el mismo ordenador para que lo vieran posteriormente otras personas. SNDMSG permitía componer, escribir una dirección y enviar mensajes a buzones de correo de otras personas empleando el mismo ordenador.

Tomando un concepto similar al de estos programas, Ray elaboró un tercer software denominado CYPNET, que permitía a los usuarios mandar y recibir ficheros entre diferentes ordenadores. Eso sí, el contenido del primer correo electrónico resultó ser un poco anodino, ya que fue algo así como “QWERTYUIOP”, el verdadero texto se desconoce.

Aunque Ray Tomlinson realizó una gran proeza al mandar el primer e-mail de la historia, ha sido más conocido por introducir el signo “@” (arroba) como identificativo de los correos electrónicos. Dicho signo diferenciaba los correos enviados entre ordenadores, de los que se dejaban en el mismo ordenador. Así, se escribía el símbolo “@” y el nombre del servidor junto al nombre del usuario. Escogió dicho signo ya que el símbolo “@” (at) se empleaba para indicar precios por unidad; ejemplo, 5 objetos @ 2.25\$, que serían 5 objetos a 2.25 dólares cada uno. Fuente: <http://www.blogodisea.com/cuando-envio-primer-correo-electronico.html>

que permite la creación de perfiles personales y listado de amigos, algunos establecen con ella el inicio de las redes sociales por reflejar mejor sus funciones características. Sólo durará hasta el año 2000.

1998. Nace Friends Reunited, una red social británica similar a Classmates. Asimismo, se realiza el lanzamiento de Blogger.

2000. Estalla la “Burbuja de Internet”. En este año se llega a la cifra de setenta millones de ordenadores conectados a la Red.

2002. Se lanza el portal Friendster, que alcanza los tres millones de usuarios en sólo tres meses.

2003. Nacen MySpace, LinkedIn y Facebook, aunque la fecha de esta última no está clara puesto que llevaba gestándose varios años. Creada por el conocido Mark Zuckerberg, Facebook se concibe inicialmente como plataforma para conectar a los estudiantes de la Universidad de Harvard. A partir de este momento nacen muchas otras redes sociales como Hi5 y Netlog, entre otras.

2004. Se lanzan Digg, como portal de noticias sociales; Bebo, con el acrónimo de "Blog Early, Blog Often"; y Orkut, gestionada por Google.

2005. Youtube comienza como servicio de alojamiento de vídeos, y MySpace se convierte en la red social más importante de Estados Unidos.

2006. Se inaugura la red social de microblogging Twitter. Google cuenta con 400 millones de búsquedas por día, y Facebook sigue recibiendo ofertas multimillonarias para comprar su empresa. En España se lanza Tuenti, una red social enfocada al público más joven. Este mismo año, también comienza su actividad Badoo.

2008. Facebook se convierte en la red social más utilizada del mundo con más de 200 millones de usuarios, adelantando a MySpace. Nace Tumblr como red social de microblogging para competir con Twitter.

2009. Facebook alcanza los 400 millones de miembros, y MySpace retrocede hasta los 57 millones. El éxito de Facebook es imparable.

2010. Google lanza Google Buzz, su propia red social integrada con Gmail, en su primera semana sus usuarios publicaron nueve millones de entradas. También se inaugura otra nueva red social, Pinterest. Los usuarios de Internet en este año se estiman en 1,97 billones, casi el 30% de la población mundial. Las cifras son asombrosas: Tumblr cuenta con dos millones de publicaciones al día; Facebook crece hasta los 550 millones de usuarios; Twitter computa diariamente 65 millones de tweets, mensajes o publicaciones de texto breve; LinkedIn llega a los 90 millones de usuarios profesionales, y YouTube recibe dos billones de visitas diarias.

2011. MySpace y Bebo se rediseñan para competir con Facebook y Twitter. LinkedIn se convierte en la segunda red social más popular en Estados Unidos con 33,9 millones de visitas al mes. En este año se lanza Google+, otra nueva apuesta de Google por las redes sociales. La recién creada Pinterest alcanza los diez millones de visitantes mensuales. Twitter multiplica sus cifras rápidamente y en sólo un año aumenta los tweets recibidos hasta los 33 billones.

2015. Actualmente, Facebook ha superado los 1,400 millones de usuarios, YouTube sobre los 1,000 millones, WhapsApp con más de 800 millones; Twitter, en la sexta posición de las redes sociales, acumula 500 millones; y Google+, en la novena posición, registra 343 millones.⁹³²

La realidad a que nos expone la referida ponencia cronológica es el inocultable terreno que día tras día, inexorablemente cada vez mayor, están teniendo las redes en este inicio del siglo XXI, quienes algunos nombran desde ya como “la era digital”; y no es para menos, gracias a estas herramientas estamos asistiendo a la caída de las fronteras.

Quien a la fecha albergue alguna duda respecto del crecimiento exponencial que exponencialmente se está registrando en el mundo, conforme pasan las horas, bástele conocer el ranking actualizado de usuarios/habitantes de redes sociales y países. Es

⁹³² Fuentes: 1) <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/es/internet/web-20/1043-redes-sociales?start=2>

abrumadoramente mayor la ciberinteracción que interrelación física entre los individuos. Bienvenidos al siglo XXI, espacio temporal en que los países y redes sociales más populosos del mundo se distribuyen del modo siguiente:

Símbolo	Red Social / País	Usuarios/Habitantes
	Facebook	1,490,700,000
	China	1,355,692,576
	India	1,236,344,631
	You Tube	1,076,142,000
	Tencent	829,634,026
	WhapsApp	800,313,264
	Qzone	629,741,000
	Twitter	500,221,323
	SinaWeibo	500,093,724
	WeChat	440,322,035

Abrahán De Jesús

Datos al 21 octubre 2015.⁹³³

En efecto, estamos ante un fenómeno de categoría universal, en el que las denominadas redes compiten en el orden poblacional, social, económico, la delincuencia no es la excepción, con los países territoriales más poderosos del mundo; no por coincidencia casi la totalidad de las actividades que se desarrollan en todos los ámbitos del quehacer interpersonal, pasan, de un modo u otro, por el cedazo de lo que denominamos redes sociales, termino de integración conceptual de una serie indeterminada de actividades desarrolladas en la denominada World Wide Web⁹³⁴

⁹³³ Fuentes: 1) Redes: <http://www.webempresa20.com/blog/las-30-redes-sociales-mas-utilizadas.html>
2) Países: <http://desdelavegardubsolis.blogspot.com/2015/01/conozca-los-10-paises-mas-poblados-del.html>

⁹³⁴ En informática, la World Wide Web: WWW o red informática mundial¹ es un sistema de distribución de documentos de hipertexto o hipermedios interconectados y accesibles vía Internet. Con un navegador web, un usuario visualiza sitios web compuestos de páginas web que pueden contener texto, imágenes, vídeos u otros contenidos multimedia, y navega a través de esas páginas usando hiperenlaces. Fuente, EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web

Sobre el avance de la tecnología en la aplicación digital, nos señala categóricamente el profesor Jódar Marín:

“La convergencia tecnológica propiciada por la llamada Revolución Digital constituye un conjunto de tecnologías cuyas aplicaciones abren un amplio abanico de posibilidades a la comunicación humana. La aproximación entre Tecnología y Medios de Comunicación de Masas establece un nuevo modelo económico, productivo y social que supone la aparición de industrias, perfiles profesionales y modelos económicos hasta ahora desconocidos. Se presenta, pues, un panorama espectacular donde se multiplican las posibilidades comunicativas y se produce una fragmentación y segmentación de los contenidos. Esta nueva escena comunicativa implica un nuevo perfil de usuario más activo así como una estructura productiva con nuevos perfiles profesionales. El valor de la digitalización, por tanto, no sólo reside en un contexto de reorganización integral de productos y contenidos, sino de las formas de trabajo y de la propia estructura empresarial.”⁹³⁵

Cuál es el punto a destacar, además de los mencionados, el efecto mitológico que las ciencias sociales y mercadológicas han imprimido sobre la actividad web, posicionado con efectividad la terminología “redes sociales”, significando con ello la generalidad de las actividades generadas on line. En efecto, coincidente con esta apreciación es el autor B.J. Mendelson, quien en su título “La Trampa de las Redes Sociales” dedica capítulos a analizar en qué consisten y qué en realidad son las redes sociales, arribando a una

⁹³⁵ Jódar Marín, Juan Ángel “La Era Digital: Nuevos Medios, Nuevos Usuarios y Nuevos Profesionales”, Revista Digital Razón y Palabra. Véase:

http://www.razonypalabra.org.mx/N/N71/VARIA/29%20JODAR_REVISADO.pdf

exclusiva conclusión : “redes sociales... son internet. Son el término moderno que se utiliza para denominarlas. Es el nuevo termino.”⁹³⁶

5.5.2 La Privacidad en las Redes Sociales

No pocas son las interrogantes que se expresan en torno a la privacidad en el espacio cibernético, infinitas son las apreciaciones y respuestas; sin embargo, compartimos y entendemos que la respuesta más directa y adecuada a la realidad es la que proporciona Piñar Mañas y su equipo de autores, quienes a su vez citan a Italo Calvino, y son coincidentes en expresar: “...en las redes sociales la privacidad es el caballero inexistente...”, y afirman los autores:

“Internet es una de las mayores revoluciones de la historia. Revolución que, además, alcanza o puede alcanzar a todos, que resulta imparable y que se nutre a sí misma, de modo que se produce una retroalimentación constante entre la Red y sus consecuencias. Los datos nos desbordan. Nada es ya imaginable ni predecible. Hablamos de cientos de millones de usuarios de Internet; de miles de millones de correos electrónicos enviados cada día; de cientos de millones de usuarios de redes sociales; de miles de millones de datos recogidos en las redes sociales; de redes sociales que serían el tercer país del mundo por “habitantes”, tras China y la India;⁹³⁷ de redes sociales que en tres años pasan de cero a doscientos millones de usuarios...”⁹³⁸

⁹³⁶ Mendelson, B.J. “La Trampa de las Redes Sociales”, Ediciones Urano, Barcelona 2013, pág. 31

⁹³⁷ Lamentamos la interrupción de esta importante cita, pero es necesario recordarle al lector, y al propio Piñar Mañas para cuando decida actualizar esta edición, que ya no estamos en 2011, nos encontramos en octubre, al punto de cierre del 2015, y ya una red social sobrepasó en cantidad de usuarios la cantidad de habitantes de China, y la India está siendo seriamente asediada para ser desplazada del combinado tercer lugar. De hecho, las estadísticas del 2011 daban cuenta que en el ranking combinado de los primeros países y redes sociales de mayor número de usuarios/habitantes, un país lideraba el ranking en que habían otros tres países; al 2015, una red social lidera el ranking, y el crecimiento de las redes dejó fuera dos países. Véase el ítem El Mito de las Redes Sociales.

⁹³⁸ Piñar Mañas, J. Op. cit., pág. 15

En efecto, el concepto de privacidad se diluye en las redes, se torna etéreo, es como diseminar un puñado de fina arena de frente al viento, se vuelve contra ti y te lastima las pupilas, la respiración... y todo lo que abra en intento de reclamo; y representa la pérdida de un derecho de manera espontánea, es decir, es una decisión que se toma “libre” y “espontáneamente”, y enmarcamos entre comillas porque la libertad y apariencia son meros conceptos relativos que en el fondo no son la expresión auténtica del usuario, es el precio que debe pagar por “estar en la onda”, es algo así como o lo tomas o lo deja, por lo que en fondo la libertad y espontaneidad no están presente en la toma de decisión. Por decirlo en términos jurídicos, la libertad de elección no interviene, es como si se tratara de un contrato de adhesión, en el que el contratante dominante impone sus cláusulas y el dominado se adhiere o no contrata.

Encontramos en la enciclopedia electrónica Wikipedia que define el contrato de adhesión como aquel que es redactado por una sola de las partes y el aceptante simplemente se adhiere o no al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad, no pudiéndose objetar parte del mismo;⁹³⁹ ocupándose a continuación de hacer saber que esa práctica desarrollada esencialmente en el orden comercial y generado por empresas monopólicas, arrastró una problemática socio-económica importante ocasionada por los referidos contratos de adhesión, la cual se explica del siguiente modo: *“Pese a que en el derecho contractual clásico existe la creencia de que los contratantes poseen plena libertad contractual para estipular sus cláusulas, la tendencia moderna ha inclinado a las grandes empresas a redactar de antemano los contratos para con sus futuros clientes, por medio de los contratos de adhesión, por lo que a los consumidores no les queda más opción que rechazar el contrato o firmarlo tal como está, sin que exista la posibilidad de revisión del contrato. Esto ha traído como consecuencia múltiples denuncias por abuso de parte de la banca y las grandes empresas y el sobreendeudamiento de los consumidores. Los contratos de adhesión provocaron a la larga crisis económicas en Latinoamérica en las décadas de 1990 y 2000 producto de la inexperiencia de los consumidores en el uso responsable de tarjetas de crédito, cheques y préstamos de dinero que por medio de los contratos de adhesión se les ofrecían a los consumidores.”*⁹⁴⁰

⁹³⁹ Cfr. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_adhesi%C3%B3n

⁹⁴⁰ EEW, Art. precitado

Nos auxiliamos de esta herramienta por ser la analogía de mayor alcance y similitud que hemos encontrado para explicar los procesos de adquisición de servicios digitales, “gratis” a cambio de un intangible que denominamos privacidad. Entra el sitio web al espacio cibernético, y llega al usuario ya sea mediante invitación de un amigo o anuncio publicitario, poco importa la vía, el hecho es que para acceder a la membresía necesariamente debe acceder con sus datos, todos los que especifica y obligatoriamente exige el sitio web, los cuales de no ser completados sencillamente no progresa la solicitud, estamos descartando la colocación de información falsa, por lo que el usuario está a merced de las políticas de los administradores del sitio, el cual es manejado por robots y programas que analizan, descodifican, archivan y clasifican todas las informaciones suministradas por el usuario...; sin perjuicio de que los sitios web etiquetados “gratis” se nutren de las informaciones “privadas” de los usuarios para venderlas y venderles, es una actividad eminentemente mercantil, muestra de lo cual nos sería de utilidad googliar⁹⁴¹ las ganancias anuales de las empresas de redes sociales, cifras de ingresos que superan por mucho el ingreso de la mayoría de países del planeta, y sin lugar a dudas podemos afirmar que ese es el precio de la privacidad.

Podemos afirmar que, sin perjuicio de los procesos de compilación de información a que son sometidos los usuarios por los operadores de las plataformas sociales, y todas aquellas que impliquen recolección de datos, más que una pérdida de la privacidad se trata de una negación de la privacidad, toda vez que los usuarios no miden el alcance del espacio y entorno donde se toman fotos, elaboran videos, y otras actividades para compartir a través de sus cuentas sociales. Lugares de usos frecuentes por los usuarios para el levantamiento de imágenes fijas y móviles son los baños, habitaciones y lugares íntimos de las residencias; a través de las plataformas sociales también tenemos noticia gratuita y libremente aportada sobre qué almorzó un contacto, con quién, dónde, a qué hora... en fin, bienvenidos a la era de publicidad personal, en la que no existe espacio para la privacidad...

Esto significa que estamos ante una doble pérdida, la primera la entregamos como cuota de ingreso a la plataforma; y la segunda, aquella que personal y voluntariamente se entrega en la diaria interacción.

⁹⁴¹ Es el término informático que refiere búsqueda de información en el espacio cibernético.

En este juego mercantil y exhibicionista no posee un escenario protagónico la dinámica penal, pero sí de su consecuencia, y entra en juego cuando se inicia la intervención y uso de los datos privados y compartidos que circulan en el espacio cibernético, los cuales son usados para las más diversas e inimaginables actividades criminales. Así por ejemplo se pueden intervenir los datos aportados para ingresar a cuentas bancarias, robo de identidad, difusión de imágenes que afectan la integridad moral de las personas, daños a reputaciones, saber los objetos de valor en hogares, negocios, oficinas e instituciones, conocer los hábitos y entorno de las víctimas, etc., etc., etc., en fin entregamos nuestra privacidad y permanentemente estamos a merced de nuestros “seguidores”.

Como hemos podido constatar, el mundo actual corre por las redes, el planeta gira en torno al sol, y la sociedad del planeta en torno al internet. La eficiencia de la comunicación que combina data, voz e imagen, conjugada con los relativos bajos costos de uso, han creado una masificación impensable del uso de redes sociales, las cuales decretaron la pérdida de la privacidad, quizás para siempre.

Vaticinamos que, al igual que como ocurrió en la América Hispana, con la festinación de los contratos de adhesión, masivos y con el ingrediente de la “*inexperiencia de los consumidores*” trastornó la tranquilidad de muchas familias e individuos; de igual modo, la abrupta masificación que se ha venido experimentando en la última década en torno al espacio cibernético, en el que no existen regulaciones para el manejo de datos personales, en el que la privacidad es solo un concepto. Sin perjuicio de que conforme pasan las horas el espacio web se va transformando en un mercado, en el que se pueden adquirir bienes y servicios de toda naturaleza, siendo el medio de pago más socorrido el dinero plástico, las tarjetas de créditos, mismas que resguardan información sensible del usuario, que en caso de vulneración pueden significar pérdidas económicas importantes, y corren por la web de manera imprudente e indiscriminada, bajo el mismo esquema de adhesión de “*lo tomas o lo dejas*”, del que todavía los usuarios no son conscientes a ciencia cierta de los peligros a que son expuestos, de manera personal y familiar.⁹⁴² Sobre este particular no es ocioso tomar en consideración las advertencias señaladas por la enciclopedia electrónica al presentar el análisis relativo a los delitos informáticos, y sobre el particular apunta: “*La criminalidad informática tiene un alcance mayor y puede incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, falsificación y la malversación de caudales públicos en los cuales ordenadores y redes han*

⁹⁴² Para conocer las múltiples y creativas modalidades que son usadas por los ciberdelincuentes, hacienda uso de las informaciones privadas aportadas por los usuarios, y reiterativamente compartidas en imágenes y comentarios, recomendamos visitar la página: <http://www.delitosinformaticos.com>

*sido utilizados como medio. Con el desarrollo de la programación y de Internet, los delitos informáticos se han vuelto más frecuentes y sofisticados...*⁹⁴³

5.5.3 Las Redes Sociales como Medios de Prueba: Whatsapp, Twitter, Facebook

Parte integrante del entorno natural de cualquier ser humano del siglo XXI son las redes, así como lo eran las cavernas en la edad de la piedra, o los hornos de fundición en la edad de los metales; fenómeno que ha tomado por asalto las sociedades del mundo, generando situaciones desconocidas, pero que han venido asimilándose y convirtiéndose en habituales a una velocidad vertiginosa que coloca la humanidad, una vez más, en el dilema del dinosaurio, “*te adaptas o pereces*”: relaciones multibanda en tiempo real entre personas en los cinco continentes; redes con cientos, miles y millones de contactos; intercambio de información de todo tipo y en múltiples soportes; recuperación de viejos contactos dados como perdidos por el paso del tiempo y la lejanía física; posibilidad de generar reacciones sociales multitudinarias en apenas minutos; posibilidad de participar de eventos de otro modo inalcanzables; ser testigo en tiempo real de un acontecimiento en cualquier lugar del planeta; posibilidad de influir de modo activo y efectivo en el desarrollo de acontecimientos políticos, sociales y económicos... efecto de las redes sociales que se multiplican y nos asombran cada día.⁹⁴⁴

Es un secreto a voces que “prácticamente” todos los cuerpos policiales del mundo hacen uso de las redes sociales para observar la marcha de los acontecimientos, realizar “levantamientos” de pruebas, rastrear y ubicar personas, etc., con quizás la única complicación de cómo hacer valer una prueba de esa naturaleza en proceso penal.

En efecto, nuestras normativas procesales determinan con claridad cuáles son los medios de prueba válidos para ser usados como convicción y las formas de incorporación. Lo que en cierto grado se le ha dificultado es la forma de aportar en juicio los ahora indispensables mensajes de Whatsapp, una imagen posteada en Facebook o un comentario colgado en Twitter, con las debidas garantías. Es el punto neurálgico en el cual radica el desafío inminente del proceso penal continental.

En lo que la legislación se incorpora al debate, los particulares, e incluso perseguidores públicos, hacen uso de la creatividad en intento de fundamentar sus pretensiones en proceso penal, ante el vacío legal, para el uso válido de los recursos electrónicos.

⁹⁴³ EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Delito_inform%C3%A1tico

⁹⁴⁴ Cfr. Piñar Mañas, J. Op. cit., pág. 16

Comprobaciones notariales, print screen, impresiones directas, uso de instrumentos electrónicos en sala penal, entre otras alternativas. Con el agravante y desventaja implícita relativa a la autenticidad, pues la misma tecnología ofrece gratuitamente una serie de software's⁹⁴⁵ que permiten la manipulación de contenidos sin mayores dificultades, circunstancia que evidentemente puede operar en perjuicio de la veracidad del proceso, pudiendo ser víctima cualquiera de las partes, toda vez que no son recursos estáticos de los cuales se pueda predicar su autenticidad física más allá de toda duda razonable, salvo la intervención de mecanismos o expertos que permitan aval de credibilidad al respecto.⁹⁴⁶

⁹⁴⁵ Photoshop, por ejemplo.

⁹⁴⁶ España ha iniciado a resolver la cuestión vía la jurisprudencia. Así encontramos que el Tribunal Supremo, mediante sentencia No.300/2015, fechada en mayo 19 del 2015, determinó un proceso en el cual “se analiza un supuesto en el que para fundamentar una sentencia condenatoria aceptan unos mensajes de Tuenti aportados por la víctima con los que se pretendía probar la existencia de una conversación entre la denunciante y un amigo en la cual confesaba que su padraastro había abusado de ella. En el caso analizado, la defensa del acusado impugnó por la vía del recurso la autenticidad de la referida conversación pero, aun así, los mensajes fueron aceptados. Todo ello porque:

- La Acusación Particular facilitó las claves personales de la denunciante en Tuenti y solicitó que, si había alguna duda técnica o probatoria, se oficiara a “Tuenti España”, indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa hiciese petición alguna al respecto.
- Las dos personas que participaron en la conversación a través de la red social testificaron en el acto del juicio y ratificaron su contenido.

El Tribunal Supremo consideró en esta ocasión que la transcripción de la conversación no era propiamente un documento casacional, sino que se encontraba ante “una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa”. No obstante, a colación del caso, aprovecha para puntualizar que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. En estos términos, la resolución recoge que “la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria” así como que “será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.”

A efectos prácticos, se garantiza la fiabilidad de la prueba integrada por mensajes vertidos en redes sociales haciendo, en cierto modo, un paralelismo con la regulación de la validez probatoria de los documentos privados, recogida en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo tenor literal reza que “cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”.

De esta manera, puede concluirse que a pesar de no estar recogido de forma expresa en nuestra legislación, los mensajes intercambiados a través de las redes sociales pueden incorporarse al proceso de forma válida como medio de prueba documental. Eso sí, en el caso de ser impugnados, la carga de la prueba en cuanto a la autoría y autenticidad de su contenido corre a cuenta de quien los aporta y dichos extremos pueden confirmarse, al igual que ocurre con los documentos privados, con la oportuna pericial.” Roig & Bergés & Martínez “Blog de Actualidad Jurídico-Penal”. Véase: <http://blog.rbmpenalistas.com/>

En artículo electrónico titulado “¿Es válida en un juicio la información de las redes sociales?”⁹⁴⁷ Recuenco, especialista en derecho familiar refiere que “...*la asociación de abogados matrimonialistas estadounidenses declaraba que en Estados Unidos, casi siete de cada diez procesos de divorcio, utilizaban pruebas obtenidas a través de redes sociales. Fotos de uno de los cónyuges consumiendo drogas o alcohol, temas de infidelidad, etc. Todo eso lo utilizan los abogados para desacreditar al otro cónyuge e incluso para retirar la custodia de sus hijos.*”, y ante la cuestionante de parejas españolas con inquietudes respecto de la validez de esos medios probatorios en procesos civiles de divorcio, su respuesta resulta afirmativa, pero lo condiciona a que sea de “modo cauteloso”, entendiendo por tal:

“En primer lugar es necesario que la información sea pública y la captura de la imagen, archivo, o declaración escrita, sea de acceso público por quién la recoge. Cosa distinta es, si la persona que la ha conseguido, no tenía acceso a la cuenta de quién se captura y utiliza formas de obtenerla de dudosa legalidad. Ahí podríamos hablar de prueba obtenida sin el consentimiento de su propietario y por tanto podríamos estar ante una prueba ilícita. Pero peor todavía es que obtener información de carácter privado, puede ser constitutivo de un ilícito penal o bien de una infracción de la Ley de Protección de datos, que tampoco es ninguna broma por el coste económico que puede implicar una multa de este tipo.”⁹⁴⁸

En términos similares se refiere Ken Altshuler,⁹⁴⁹ quien según reportaje de 20minutos.es, para la retención de pruebas de interés conyugal, abandonó la tradicional usanza del investigador privado por la de Facebook, y se expresa en estos términos: "Facebook es una

⁹⁴⁷ Recuenco, Silvia Art. Dig., “¿Es válida en un juicio la información de las redes sociales?”, véase: <http://www.educaydisfruta.com/magazine/imprevistos/redes-sociales-padres/>

⁹⁴⁸ Recuenco, S. Art. cit.

⁹⁴⁹ Abogado experto en divorcios, Carolina del Norte, EE.UU

gran fuente de evidencia ", "Son pruebas sólidas, porque él es el autor. ¿Cómo se puede negar eso?". Y acota el reportaje: *“Las redes sociales han creado pruebas de valor incalculable para el mundo jurídico, sobre todo en los casos de divorcio. Álbumes de fotos, páginas de perfiles, comentarios en el muro, actualizaciones de estado o tweets se han convertido en minas de oro para las pruebas y pistas en los juicios.”*⁹⁵⁰

Y en efecto, esa alegada “mina de oro” está siendo sustancialmente desaprovechada por la normativa procesal penal; y aunque se expresan los juristas en tono civil/familiar, entendemos que al igual que en proceso penal, deben tener un valor secundario, en categoría de prueba indiciaria, recibiendo en el proceso un trato genérico y que bien puede ser útil para crear un elemento de convicción psicológico en el juzgador. Habrá que ir estudiando los expedientes por separado de aquellos caso que el juzgador le otorgue valor de prueba directa y la defensa lo impugne por ante los tribunales superiores. Los resultados irán marcando la tendencia procesal sobre la materia.

De conformidad a los planteamientos articulistas, el derecho civil, en su condición de supletorio⁹⁵¹ por excelencia está marcando la ruta que en algún momento será norma de cumplimiento legal aún para los proceso penales.

Compartimos el criterio de Recuenco, relativo a los criterios a tomar en consideración al momento de establecer criterios de valides jurisdiccional para pruebas cibernéticas, muy especialmente los requisitos de publicidad y el de resguardo de la intimidad del individuo, incluyendo las penalidades planteadas por la articulista; toda vez que los referidos bien pueden ser conceptos validados por la normativa procesal penal para su aplicación. Y lo propio pudiere ser de utilidad para el tratamiento de la información con utilidad procesal penal que pudiere circular por los demás medios componentes de las denominadas redes sociales, alguna de las cuales, aunque no son portadoras de imágenes, si lo son de expresiones sonoras, textos, imágenes en movimiento y otros recursos propios de la tecnología.

⁹⁵⁰ Ver más en: <http://www.20minutos.es/noticia/734632/0/redes-sociales/pruebas/juicios/#xtor=AD-15&xts=467263>

⁹⁵¹ El Derecho supletorio por excelencia es el Derecho civil, que es el que regula aspectos básicos del Derecho. Sin embargo, es muy normal que ese derecho supletorio no sea el único, sobre todo en ramas del derecho especiales.

Valido el escenario para poner de manifiesto la imperiosa necesidad de legislar, a la brevedad posible, en torno a la complementación o adecuación de nuestras normativas procesales en lo atinente a la realidad electrónica, digital o cibernética, la cual incide de manera determinante en el mundo contemporáneo. Dejamos constancia, además, de que el tema de las redes sociales apenas es la punta del iceberg, la cara entre brumas de las realidades que operan y se conjugan en el ciberespacio.⁹⁵²

5.5.4 El Caso Petra Laszlo

Prueba irrefutable de que, como pronosticó McLuhan, el mundo es una aldea, lo representa el caso de la húngara Petra Laszlo, periodista que en un remoto lugar de la frontera de Hungría con Serbia, en un cruce de migrantes procedentes de Siria, tras éstos romper un cerco policial e intentar huir del lugar, la comunicadora le echó zancadillas a varios de los escapistas, haciendo derribar al hoy conocido Osama Abdul Mohsen y su pequeño hijo.

La escena fue recogida a través de una grabación en vivo por el también periodista, el alemán Stephan Richter quien la publicó en la redes, se convirtió en viral y, lo demás es historia: Petra

⁹⁵² Otros elementos “visibles” a tomar seriamente en consideración son los denominados spyware o espías cibernéticos, los cuales tienen la capacidad de alojarse en los equipos informáticos desde donde inician procesos de extracción de informaciones con fines desconocidos, circunstancias que bien pueden dar al traste con situaciones de carácter penal. A seguida el ranking de los diez spyware más dañinos y difundidos en la web: 1- CoolWebSearch (CWS): Toma el control del Explorer de manera que la página de inicio y las búsquedas del navegador se dirigen a los sitios web de quien controla el programa (generalmente, páginas pornográficas).- 2- Gator (o Gain): es un adware que abre ventanas de publicidad en el Explorer. Se aloja secretamente al instalar otras aplicaciones gratuitas, como el Kazaa.- 3- Internet Optimizer: sus autores se adueñan de las páginas de error del navegador (las que aparecen cuando se trata de entrar a una dirección inexistente) y las redireccionan a las que ellos controlan.- 4- PurityScan: se baja voluntariamente de la dirección www.purityscan.com y promete borrar imágenes pornográficas que se encuentran en el rígido cuando en realidad llena de ventanas publicitarias el navegador.- 5- n-CASE: como el Gator, se instala secretamente con otras aplicaciones y abre numerosas ventanas emergentes cuando conoce los hábitos de navegación del usuario.- 6- Transponder o vx2: viene incluido en ciertas aplicaciones gratuitas. Se incrusta en el Explorer para monitorear los sitios visitados, los nombres de usuario y datos de formularios; emplea esa información para enviar publicidad personalizada.- 7- ISTbar/AUpdate: esta barra que se instala en el Explorer supuestamente hace búsquedas en sitios pornográficos, pero en realidad secuestra el navegador para direccionarlo a ciertas páginas web.- 8- KeenValue: es otro adware que despliega ventanas emergentes publicitarias.- 9- Perfect Keylogger: audita y graba todos los sitios web visitados, las contraseñas y otra información que se escribe en el teclado, algo que claramente permite robar información confidencial del usuario.- 10- TIBS Dialer: este marcador telefónico automático conecta la computadora, sin que el usuario se dé cuenta, con sitios y servicios pornográficos que no son gratuitos. Datos levantados en septiembre 2015.

Fuente:<http://www.infobae.com/2005/01/19/162978-conozca-los-10-programas-espias-mas-peligrosos>

Laszlo, la villana de la historia, no le ha valido la disculpa presentada después de múltiples presiones, y sigue siendo uno de los nombres más buscados en la web.

Hollywood no hubiera realizado un guion con detalles tan específicos y contundentes como los hechos ocurridos. Fue natural, no hubo montajes, un drama humano que enlaza a la perfección el maridaje de la información servida a través de medios electrónico con el derecho procesal penal. En resumidas cuentas, después de separar la paja del grano, solo nos quedan dos realidades: información y derecho penal.

El punto de la información no precisa de motivación, ya está servida. En el aspecto penal, tenemos dos circunstancias directas. La primera, en intento de enjugar la vergüenza social que pudiere representar para los húngaros que una de los de ellos tomara una acción de esa naturaleza y quizás para dejar claro al mundo que se trató de una decisión y acción personal que en nada incumbe a sus compatriotas, grupos sociales de aquel país han anunciado que tomaran acciones penales en su contra, pudiendo enfrentar penas de hasta cinco años de prisión; con el agravante en su contra de que las imágenes están en la web, conocida por todos, es un hecho irreversible y difícil de generar argumentación en su contra. Gracias a las redes...

Por el otro lado, surge otra historia. Al correr la imagen del sirio por las redes de la información, se ha desencadenado la versión de que era miembro del grupo islamista “*Frente al Nusra*”, vinculado con Al Qaeda, circunstancia que coloca el emigrante en el centro de otra vorágine legal; y de hecho desde varias páginas de Facebook se han publicado fotos suyas, algunas de las cuales dan constancia de que en algún momento fue entrenador de futbol, otras como presunto terrorista; con el agravante en su contra de que las imágenes están en la web, conocida por todos, son hechos irreversibles y difícil de generar argumentación en su contra. Gracias a las redes...

Como una vez más se ha podido evidenciar, la vida de una persona, su intimidad, su publicidad, lo bueno y lo malo, por iniciativa propia o de otro, por la razón que se le antoje... pero no escapa a la realidad de las redes.

La presunta comprobación de identidad del sirio y su pasado, ¿serian la reivindicación de la periodista? Sigamos las redes, ellas nos enterarán...

5.6 La Prueba Digital en los Procesos Penales

En principio, los sistemas procesales penales occidentales,⁹⁵³ dirigen la presentación y validación de pruebas fundamentadas en materiales y objetos físico, representando un verdadero desafío la inclusión de elementos virtuales que bien pudieran sufrir transformaciones si quisieran llevarse a aquel plano, y al sufrir transformaciones su valor bien pudiere degradarse y pasar a engrosar las denominadas pruebas referenciales.

A pesar del tiempo transcurrido y la masificación que ha experimentado el uso de los medios digitales o electrónicos, nuestros sistemas procesales penales aún lucen tambaleantes y no terminan de definir la ruta para la incorporación de esta herramienta de incuestionable utilidad, sin perjuicio de que “ella misma” exige ser reglamentada.

La doctrina se ha avanzado sobre la cuestión y, a través de ponencias varias, y desde varios continentes,⁹⁵⁴ se han venido desarrollando el reclamo para que el legislador adecúe las normativas procesales penales en consideración a la materia. En este contexto resulta de interés el estudio desarrollado sobre la temática por Marín González y García Sánchez, relativo a la problemática de aplicación enfrentada de la prueba digital en Norteamérica.

Sobre el particular consideran los autores que al no contar la prueba digital con una regulación particular, los jueces se han visto precisados a aplicar las normas previstas para las pruebas físicas; solución que ha resultado inútil, sin perjuicio de que ha sido una vía para la solución de situaciones jurídicas, y deviene su carencia del hecho de que no todas las reglas y procedimientos previstos para las pruebas físicas, se pueden aplicar sin más a la valoración de una prueba digital.⁹⁵⁵

⁹⁵³ Nos referimos a los occidentales por ser los conocidos y los de referencia inmediata.

⁹⁵⁴ Autores y juristas varios han venido motivando la inclusión oficial a los procesos penales de las pruebas digitales o electrónicas, entre ellos: Pujol Capilla, Purificación “La Nueva Prueba Documental en la Era Digital. Su Valoración en Juicio”, España; Aba Catoira, Ana “La Tecnologización de la Prueba en el Proceso Penal. la Videoconferencia: Objeciones y Ventajas, Realidad y Futuro de la Administración de Justicia. La Aplicación de las Tics”, España; Pérez Gil, Julio: “Digitalización de la Justicia y reformas procesales: Un balance” en Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías.”, España; Sueiro, Carlos Christian “La Prueba Digital y el Nuevo Código Procesal Penal”, Argentina, entre otros.

⁹⁵⁵ Cfr. Marín González, Juan Carlos y García Sánchez, Guillermo J. “Problemas que Enfrenta la Prueba Digital en los Estados Unidos de Norteamérica”, Revista de Estudios de la Justicia N° 21, Chile, 2014, pag.75

“En principio la presentación de una prueba en el sistema judicial de los Estados Unidos se rige por las Reglas Federales de Evidencia (Federal Rules of Evidence). Si bien cada uno de los cincuenta estados que conforman la Unión Americana tiene sus propias normas sobre la materia, las reglas federales han servido de modelo para la mayoría de ellos. El estatus de la prueba electrónica (o relacionada con la informática) no es distinto del resto de las pruebas que se pueden presentar en un proceso judicial. Los principios y reglas generales que emanan del Reglamento Federal no se han modificado frente a los nuevos desafíos que presentan los sistemas electrónicos en esta materia. En este sentido, toda prueba debe ser relevante, auténtica y confiable... En Estados Unidos han sido los jueces quienes interpretando estos principios han adaptado las reglas a las nuevas circunstancias. Al igual que ocurre con otras pruebas, los componentes u objetos informáticos deben enfrentar un proceso de autenticación (authentication), que puede involucrar la presencia de dos o más testigos los que deben identificar los objetos y explicar la forma en la que se relacionan con el proceso en cuestión.”⁹⁵⁶

Estas afirmaciones evidencian una carencia crónica de la normatividad de la prueba electrónica o digital,⁹⁵⁷ la cual posee, conforme señalamos en su oportunidad, características y matices distintos a los de la “prueba física”, y si la dificultad se ha planteado en el sistema de aplicación judicial penal norteamericano, caracterizado por la liberalidad que le otorga el sistema “common law”, imaginemos las dificultades de orden

⁹⁵⁶ Marín González, J. y García Sánchez, G. Art. Cit., págs. 76-77

⁹⁵⁷ Conforme al estudio levantado por los autores precedentemente citados, es oportuno hacer constar que para hacer valer la prueba electrónica o digital en los Estados EE.UU. es preciso observar una serie de requisitos para su válida autenticación, en efecto, su proponente debe probar: “1) Que el contenido del documento es completo y no ha sido alterado; 2) Que proviene de la fuente que se alega; 3) Para los casos de evidencia relativa a la existencia de relaciones contractuales, se debe probar que los individuos tenían la intención de estar vinculados a la sustancia contenida en la comunicación. De igual modo las decisiones de los tribunales en Estados Unidos han desarrollado una serie de estándares y principios para evaluar estas etapas. De conformidad con las FRE toda prueba debe tener una relevancia lógica con el presupuesto que se intenta probar. La prueba puede, en todo caso, ser excluida si su eventual daño al proceso (por ejemplo, la dilación del mismo o la confusión que podría generar en el jurado) supera sustancialmente (substantially overweighs) su valor probatorio.” Marín y García, Op. cit. págs.77-78

procesal y legal que tendrán que enfrentar los sistemas latinoamericanos, caracterizados por el formalismo y apego a la letra de la ley.

En tal sentido, similar a lo ocurrido al Código Procesal Penal Tipo Iberoamericano, urge una “Adecuación de tipos penales Electrónicos”, y que cada legislación la adapte a sus usos y costumbres; toda vez que estamos percibiendo una problemática en doble significación, la primera, el trato de infracciones comunes o domésticas, que bien se puede referir a conflictos entre particulares, o institucionales dentro de un mismo país; o bien de delitos internacionales con repercusión en varios países simultáneamente, o bien, en esa misma dirección, la actuación del crimen organizado haciendo uno de la herramienta electrónica para la consecución de sus fines.

5.6.1 La Prueba Documental Electrónica

La prueba documental enfrenta un grato desafío de adecuación en esta era digital, en la cual se ha operado una nueva y extraordinaria dimensión en el concepto documental.

“La irrisión tecnológica ha desdibujado el concepto, como ocurre con el “soporte electrónico”, elemento que permite almacenar información para su tratamiento electrónico, tales como un disco rígido, disco compacto, diskette, etc. Por lo que puede considerarse equivalente al soporte papel, en tanto medio capaz de contener o almacenar información, para su posterior reproducción. Con la ley de firma digital se consagra legislativamente el documento digital y electrónico que modifica sustancialmente el concepto de documento contenido en el Código Civil, asociado a la forma escrita y realizado en soporte papel; cualquier realidad digital no tenía el carácter de documento, que ahora sí lo tiene.”⁹⁵⁸

En efecto, el mundo moderno corre por las redes. En la práctica no existe actividad humana sin incidencia electrónica, el derecho procesal penal no escapa a esa realidad. En tal sentido, si tomamos en consideración la definición de prueba documental que en un

⁹⁵⁸ Cafferata Nores, J. Op. cit., pág. 199; citando a Molina Quiroga, Eduardo “Valor probatorio del correo electrónico”, y Weingarten, Celia “Informatización y firma digital: Historia Clínica”.

momento nos sirvió de soporte en el desarrollo del tema, en el sentido de que se trata del “pensamiento plasmado en el medio material y tangible... pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas...”⁹⁵⁹ debemos indefectible darle ingreso a las manifestaciones electrónicas como parte integrante de las pruebas documentales.

Se inscribe, además el desarrollo de esta herramienta tecnológica, dentro del ámbito del principio de libertad probatoria recogido por la práctica procesal penal contemporánea, el cual, expresado en los términos de la normativa dominicana, se lee: “*Libertad probatoria. Los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa.*”⁹⁶⁰

5.6.2 La Autenticidad del Documento Electrónico

Al tratarse de materia electrónica no siempre habrá medios que resulten ciertos y regulares para la determinación de la autenticidad de una comunicación dirigida por esa vía de comunicación. De hecho, con cierto nivel de frecuencia vemos como “ciber piratas” desarrollan andanzas en la web dejando secuela de verdaderos daños y secuela de destrucción, llegando a atacar sitios informáticos de lata seguridad, y en muchos casos, real y efectivamente, sometiendo Estados e instituciones poderosas de los más variados sectores, en verdaderos aprietos. De todos modos, se plantean algunas alternativas:

Por ya no tratarse de hacer la prueba de la existencia del acto, sino de establecer la identidad de la impresión y la autenticidad del mensaje o registro electrónico, el problema se reduce a cuestiones de hecho que por su propia naturaleza podrán ser fijados libremente, sea por testigos, peritajes o por la “firma electrónica”. Sobre el testimonio, conviene en la demostración del origen o la fuente del documento. Sería el caso, por decir algo, de que el accionante se sirviera de las declaraciones del empleado o la secretaria del

⁹⁵⁹ Cfr. Jesús Moreira, M. Art. cit.

⁹⁶⁰ CPPD., Art. 170

autor del mensaje, siempre que aquel o aquella hubieran tenido acceso al contenido del documento y a la identidad de la persona a quien se le remitiría.⁹⁶¹

Por las razones que esgrimimos en el párrafo que apertura el ítems entendemos simplista la pretendida solución, aunque podemos otorgarle el beneficio de la duda, en el sentido de que exista la posibilidad de que el autor del hecho o información que genere la necesidad de intervención judicial no cuente con los niveles de profesionalidad de aquellos, verdaderos y consumados delincuentes cibernéticos.

No obstante, si en algún momento hubiere la necesidad, como en efecto entendemos que la habrá, de realizar una experticia sobre un documento o contenido electrónico, sería de poca utilidad buscar apoyo en “*las declaraciones del empleado o la secretaria del autor del mensaje*”, toda vez que de pleno existe una carencia testimonial, y pecaría de ingenuo quien razone que un “*empleado o la secretaria*” pondrían en juego su trabajo y lealtad con el jefe por una “simple cuestión judicial”; con el agravante que, en el sistema del cual somos partícipe, existe un altísima probabilidad de que se diluya en el camino, sin perjuicio de hacer mención de la máxima judicial “*actori incumbit probatio*”.

Otra circunstancia a tomar en consideración es que la materia en cuestión es de naturaleza especializada, no todo sujeto que interactúa con una máquina digital⁹⁶² tiene manejo y dominio de la parte compleja que exige la extracción de una huella digital, o certificar a ojo de buen visor la autenticidad de un documento, y con poca probabilidad identificar al autor; toda vez que, y se han presentado casos, que un sujeto hace uso de una máquina digital propiedad de un tercero y envía contenido a la web simulando ser el propietario. Existiendo circunstancias incluso, en la que se puede presumir la falsa autoría de un contenido, sobre un individuo propietario de una señal wi-fi, por el solo hecho de haber sido usada su señal por un desaprensivo.

Si el hecho estuviere su origen o destino, único o múltiple, en Rep. Dom., alentaría a la víctima a acercarse a la unidad fiscal correspondiente, y que sea mediante los

⁹⁶¹ Cfr. ENJ “Valoración de la Prueba II” Escuela Nacional de la Judicatura “Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes”, Santo Domingo 2002, pág. 48

⁹⁶² PC, laptop, etc.

levantamientos periciales correspondientes, que se configure eficiente y legalmente la comisión de los hechos alegados y la vinculación del presunto autor, y dejemos al “*empleado o la secretaria*” en su apacible labor.

Son estas algunas de las menudas circunstancias que rodean y se dan cita en torno al complejo y complicado mundo cibernético para hacerla valer como prueba en el sistema procesal penal.

5.6.3 Admisibilidad de los Documentos Electrónicos o Evidencia Digital

Sobre el desarrollo de este punto se parte de la naturaleza que procrea este elemento probatorio, que es el virtual, *prima facie*, fuera del mundo físico per se, es un efecto pecera, en la que se ve la transparencia del agua, el pez, las burbujas, pero todos sus componentes están en su realidad, en su elemento, y aunque cercanos son ajenos al sujeto que los observa.

En tal sentido, y parafraseando el ejemplo que nos acomoda la introducción, debemos partir de la consideración de que el original de un mensaje o correo electrónico o de cualquier registro telemático es el que circula en la red, en el ciber espacio, y que sólo puede ser leído a través del computador, y desde la dirección electrónica que lo emite, por lado, y la que lo recibe, por el otro,; es decir, se trata de una comunicación en la esfera de lo privado y con la participación exclusiva de los sujetos que los intercomunicados decidan integrar en la comunicación,⁹⁶³ a los cuales pueden tener acceso solamente a través de su correo personal.

La cuestión a resolver será, que se ofrecerá como prueba y se presentará a los debates?; será el documento archivado en un disquete o su impresión?. Sobre el particular, unos entienden que, “*como medio de prueba atípico o innominado,*⁹⁶⁴ *la parte promovente del documento electrónico deberá afirmar y establecer las circunstancias que convenzan al Juez de que la impresión o el registro contenido en el disquete es una representación*

⁹⁶³ Partimos en este caso, y para los fines propuestos, de que la comunicación se tramita mediante correo electrónico privado, no mediante otro medio de comunicación abierta o “redes sociales”.

⁹⁶⁴ Con el nombre de “medios atípicos o innominados” suelen ser identificados todos aquellos medios de prueba que no han sido expresamente previstos ni sancionados por el legislador.

genuina de su original”, circunstancia que compele al proponente “a probar su autenticidad, vale decir el origen, la identidad, la autoría del instrumentum y que el sistema de computación, así como la máquina receptora, estuvieron operando correctamente en el momento del envío y/o recepción del registro.”⁹⁶⁵

Con una u otra alternativa nos enfrentamos con un verdadero desafío en el proceso penal dominicano, toda vez que en toda la legislación penal, incluyendo las previsiones que sobre la materia son señaladas en la CRD, no existe previsión alguna para el tratamiento de la prueba digital o electrónica.⁹⁶⁶ Es un vacío que más temprano que tarde deberá ser adecuada y debidamente salvado por el legislador, a menos que se ingresen a la práctica procesal penal, de manera análoga y en calidad de derecho supletorio, las previsiones legales contenidas en la Ley 126-02, de naturaleza civil.

5.6.4 El Recurso de la Firma Electrónica

De conformidad con la página electrónica Wikipedia, firma electrónica “ es un concepto jurídico, equivalente electrónico al de la firma manuscrita, donde una persona acepta el contenido de un mensaje electrónico a través de cualquier medio electrónico válido.”⁹⁶⁷

Sobre esta novedosa herramienta tecnológica que paulatinamente va ganando espacio en el que hacer cibernético, resultan de gran importancia los señalamientos del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel):

⁹⁶⁵ Cfr. Seminario “Valoración de la Prueba II” Escuela Nacional de la Judicatura “Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes”, Santo Domingo 2002, pag.48

⁹⁶⁶ Distinto tratamiento recibe esta tecnología para la materia civil, toda vez que mediante la Ley No. 126-02 sobre el Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales,. Se le confiere valor probatorio en materia civil, de conformidad con las previsiones del Art. 9, en el que textualmente se lee: “Admisibilidad y fuerza probatoria de 10s documentos digitales y mensajes de datos. Los documentos digitales y mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y tendrán la misma fuerza probatoria otorgada a 10s actos bajo firma privada en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.” Y la validez estará sujeta a las previsiones del Art. 10, en el que se detalla el criterio para valorar probatoriamente un documento digital o un mensaje de datos, siendo estos los requisitos: “Al valorar la fuerza probatoria de un documento digital o mensaje de datos se tendrá presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el documento digital o mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su creador o iniciador y cualquier otro factor pertinente.” Ley No. 126-02, Arts. 9, 10

⁹⁶⁷ Wikipedia. Véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Firma_electr%C3%B3nica

“En la década de los noventa, los negocios virtuales a través del Internet crecían de manera espeluznante, los cibernautas cada vez más se motivaban a dar sus tarjetas de crédito para obtener productos y servicios a través de la red. Pero no todos lo que utilizaban la llamada red de redes, lo hacían con fines sanos, aparecieron en escena los famosos Hackers (Curiosos en ocasiones sin intenciones malignas) y los más peligrosos los “Crakers”; aquellos que tenían por costumbre, robar identidades, números de tarjetas de crédito o algo muy pernicioso, destruir, alterar y desviar la información que se transmite a través de la red.

Ante estas actuaciones, las cuales introducían un elemento de inseguridad en las transacciones comerciales, se apodero la Comisión de Derecho Mercantil de la ONU, a los fines de que se investigara sobre la forma de obtener una herramienta tecnológica que trajera confianza y seguridad en la transmisión y recepción de la información. Posteriormente, después de profundos desarrollos tecnológicos implementados por técnicos calificados al servicio de la UIT (Unión Internacional de la Telecomunicaciones, entidad dependiente de la ONU, nace entonces LA FIRMA DIGITAL, la cual como luego explicaremos, nos garantiza que la transacción se haga dentro de un entorno de seguridad y confianza entre las partes que interactúan.”⁹⁶⁸

En efecto, el recurso de la firma electrónica o digital resulta en extremo interesante y novedoso, sobre todo porque le imprime al documento un aura de autenticidad, y aporta la certeza de que el autor fue, real y efectivamente, el interventor del documento facilitando la identificación de las partes contratantes y comprometiendo su responsabilidad sobre el contenido del negocio.

⁹⁶⁸ Indotel. Servicio virtual. Véase: <http://www.indotel.gOp.do/index.php/sector-de-las-telecomunicaciones/comercio-electronico/descripcion-firma-digital>

La denominada firma electrónica representa un avance revolucionario de seguridad en el ciberespacio el cual, por su propia naturaleza, todo el quehacer es impersonal y remoto, escaseando los elementos que pueden revestir de seguridad la referida interacción. Entendemos interesante el ejemplo conceptual aportado sobre el particular:

“Un ejemplo de la seguridad que se logra con el empleo de firmas electrónicas podría ser el siguiente: Si estamos hablando con nuestro banco -en la internet por supuesto- y deseamos probar nuestra identidad, sólo tenemos que guardar el mensaje con la clave privada (firma) de que disponemos; entonces, el banco puede abrir el texto con la otra clave pública que se nos ha asignado, tomada del certificado digital, situación que probará que somos la única persona que ha podido cifrar ese mensaje. De tal forma la firma digital permite demostrar la autoría y la voluntad de contratar. Aunque parezca inverosímil, existe una mayor seguridad jurídica alrededor de la forma electrónica como sistema de certificación y de imputación o referencia a la persona declarante que con respecto a la firma autógrafa, pues, al estar creada la primera bajo estrictas medidas de seguridad, es mucho más confiable que la segunda, que cualquiera puede falsificar.”⁹⁶⁹

Cobra especial interés el instrumento de la firma digital en el campo del derecho, toda vez que, con mayor frecuencia los países⁹⁷⁰ armonizan sus legislaciones a los fines de darle un

⁹⁶⁹ ENJ Op. cit., pág. 48

⁹⁷⁰ El Régimen Legal de las Firmas Digitales en la Republica Dominicana se encuentra sustentado por la Ley No. 126-02, sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en ingles), así como por su Reglamento de Aplicación aprobado por el Decreto No. 335-03.

De acuerdo con el Artículo 2 literal i) de la Ley No. 126-02 se define como Firma Digital: “el valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y el texto del mensaje, y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transmisión.

El artículo 6 de dicha ley expresa que “cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, se entenderá satisfecho dicho requerimiento en relación con un Documento Digital o un Mensaje de Datos, si éste ha sido firmado digitalmente y la firma digital cumple con los requisitos de validez establecidos en la presente ley.

Al mismo tiempo, equipara la Firma Digital a la firma manuscrita siempre que cumpla con todos los requisitos establecidos por el Artículo 31 de la ley, es decir: Sea única a la persona que la usa; Este bajo el control exclusivo de la persona que la usa; Este ligada a la información, documento digital o mensaje, de tal manera que si estos son cambiados, la firma digital es invalidada, y Este conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Poder Ejecutivo.

carácter probatorio a los documentos y mensajes de datos (emails) que han sido firmados digitalmente, considerando y equiparando esta firma con la firma manuscrita, del cual lógicamente se infiere que un acto o documento firmado digitalmente adquiere la categoría legal de un acto firmado bajo firma privada, pudiendo ser de utilidad legal en las mismas condiciones que una documentación material.

Entre las características que desde la perspectiva legal imprimen importancia a la firma digital, podemos señalar:

1. Identidad cierta. Lo que implica identificar a las partes que interactúan sin ninguna duda.
2. Integridad. Aporta la certeza de que el mensaje recibido por el receptor es exactamente el mismo mensaje enviado por el emisor, sin que haya sufrido alteración alguna durante el proceso de transmisión.
3. No repudiación o rechazo de origen. Característica que apunta a que el emisor del mensaje no tenga la posibilidad negar, bajo ninguna circunstancia, la paternidad de la transmisión.⁹⁷¹

Reunidas estas características, y analizando el sentido y razón de ser de esta herramienta, sin lugar a dudas que representa un medio útil para la acreditación en proceso penal, sin perjuicio del uso en otras materias, de medios probatorios en cualquier dirección, a cargo o descargo.

5.6.5 El Cloud Computing, la Morada de la Era Digital

Desde antiguo se ha establecido en términos jurídicos la sacralidad jurídica del domicilio, inviolable, impenetrable, respetable... Llegándose a considerar el domicilio como una extensión de la vida del hombre, en tanto éste es inviolable en su corporalidad, por lo que también su residencia y el hogar, merecen la misma garantía que los proteja, es por lo que se decía entre los ingleses: “la casa de cada hombre es su fortaleza, no porque la defiendan un foso o una muralla, pues bien puede ser una cabaña de paja; el viento puede rugir alrededor y la lluvia penetrar en ella, pero el Rey no”⁹⁷²

⁹⁷¹ Cfr. Indotel, Art. cit.

⁹⁷² Washington Abalos, Raúl “Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1993, pág. 294

En la era digital, sin perjuicio del tradicional, otro concepto, conjuntamente con aquel, asume la categoría del domicilio o morada, es el personal cloud, que es la versión personal del cloud computing,⁹⁷³ los cuales constituyen la colección de datos y contenidos digitales propiedad de un individuo, y son normalmente almacenados en servidores remotos, ubicados en cualquier punto del planeta, con regularidad ignorado por el individuo, al que tiene acceso a través de un user name o nombre de usuario y un password o clave de seguridad desde cualquier plataforma con acceso a internet, es por lo que la terminología digital le ha asignado el nombre de cloud o nube.

Este “espacio” puede consistir en un servicio pagado o gratuito, siendo la primera aquella usada por individuos culturizados en el ambiente cibernético, conocen su entorno, y esto le facilita la interacción y el conocimiento con niveles de profundidad del servicio contratado; la inmensa mayoría de usuario accede al cloud de manera inconsciente, sin tener idea de que es ni cómo funciona. Es así que cada vez que una persona apertura un servicio de email, Facebook, Instagram, You Tube, etc., está accediendo a un cloud privado, aún no haya tenido costo el acceso al servicio.

Esta condición de privacidad le transfiere al individuo todas y cada una de las prerrogativas de privacidad e intimidad que la Constitución, Tratados Internacionales y leyes adjetivas otorgan al domicilio, por lo que ninguna autoridad o particular tienen el derecho de violentar su entrada a los fines de verificar, extraer o dañar contenido. Aun en

⁹⁷³ El término cloud computing hace referencia a una concepción tecnológica y a un modelo de negocio que reúne ideas tan diversas como el almacenamiento de información, las comunicaciones entre ordenadores, la provisión de servicios o las metodologías de desarrollo de aplicaciones, todo ello bajo el mismo concepto: todo ocurre en la nube.

Tratando de engranar todas estas cuestiones con vistas a la definición de qué es el cloud computing, quizá debiéramos detenernos un instante y definir el concepto de nube o, para ser más exactos, de internet. Internet, definida de una manera deliberadamente simple, es un conjunto de ordenadores, distribuidos por el mundo y unidos por una tupida malla de comunicaciones, que ofrece espacios de información a todo el que tenga acceso. El acceso a la información que nos ofrecen los ordenadores que componen Internet es “transparente”, es decir, no es relevante para el usuario el lugar en el que está alojada físicamente la información. De ahí que Internet se represente de una manera universal, como una nube a la que se accede en busca de información y servicios.

No todo lo que ocurre en Internet es cloud computing; Internet es un universo que, básicamente, ofrece dos cosas: publicación de información y oferta de servicios. Se puede afirmar que la mera publicación de información no forma parte del modelo de cloud computing, así que, con esto, obtenemos una primera frontera que separa lo que está dentro de nuestro ejercicio de definición de aquello que no lo está. Fuente: <http://www.ticbeat.com/cloud/que-es-cloud-computing-definicion-concepto-para-neofitos/>

los casos judiciales, las autoridades interesadas deben observar el procedimiento requerido para domicilio físico, ya se trate de espacio rentado, plataforma social, e mail, dispositivo electrónico, o cualquier plataforma cibernética sin importar si índole, constituyen el domicilio virtual del individuo.

Sobre el particular son válidas las previsiones del art. 180 CPPD, en el que textualmente se lee:

“Registro de moradas y lugares privados. El registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares, sólo puede realizarse, a solicitud del ministerio público, por orden de allanamiento expedida mediante resolución judicial motivada...”⁹⁷⁴

De hecho podemos leer la expresión *“destinado a la habitación o a otros fines particulares”* como la manifestación legal de respeto sobre todos aquellos recursos del individuo que requieren niveles de privacidad y respeto, por parte de particulares y autoridades.

5.6.6 Herramientas Digitales en el Proceso Penal Dominicano

El sistema procesal penal dominicano aún no termina de asimilar los recursos tecnológicos disponibles para la adecuación y modernización de la administración de justicia, en sintonía con los avances experimentados en prácticamente todas las áreas del quehacer humano. El quehacer judicial permanece en la zaga. Los procesos, al igual que los últimos cinco siglos, siguen siendo cien por ciento presenciales y no se visualiza en el horizonte inmediato la posibilidad de introducir los cambios requeridos por la modernidad que nos brindan los avances tecnológicos.

Otros sistemas judiciales han asimilado los cambios con mayor presteza y han iniciado los procesos de adecuación e innovación en los procesos penales. Digno de encomio es el sistema procesal español, el cual dentro de los ajustes procesales, en la actualidad prevé la

⁹⁷⁴ CPPD., Art. 180

posibilidad de que cualquiera de los actores del proceso, ya se trate del imputado, testigo, perito, etc., puedan desarrollar válidamente su comparecencia por la vía no presencial, haciendo uso de la herramienta denominada video conferencia. Así lo señala su normativa procesal, en el art. destinado a la “Declaraciones a distancia”:

“El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier procedimiento penal como encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa.

En estos casos, el Secretario Judicial del Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.”⁹⁷⁵

El proceso de inclusión tecnológica en el proceso argentino no luce tan acelerado como el español, pero sí se trasluce que están transitando el sendero hacia la inclusión de herramientas tecnológica, cuando su normativa contempla para “Declaración de menores de edad, víctimas de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o personas con capacidad restringida”, que se pueda admitir válidamente “la exhibición del registro audiovisual de declaraciones previas de la víctima en ese u otro proceso judicial. Si las

⁹⁷⁵ LECr., Art. 121

partes requiriesen la comparecencia a los efectos de controlar la prueba, el juez les requerirá los motivos y el interés concreto, así como los puntos sobre los que pretendan examinar al testigo, y admitirá el interrogatorio sólo sobre aquéllos que hagan al efectivo cumplimiento del derecho de defensa;” y en el punto siguiente prevé que “la declaración se registrará en un video fílmico.”⁹⁷⁶

Otra interesante herramienta inclusiva, asumida por la legislación procesal argentina, es la relativa a las órdenes judiciales para la autorización de allanamientos de moradas, lugares, registro de personas, etc., para los casos denominados “*graves y urgentes*” la comunicación podrá ser válidamente tramitada “*por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo, con constancia fehaciente sobre el modo de comunicación utilizado y de la identificación del receptor. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos referidos... sean correctos. Podrá usarse la firma digital*”, sin perjuicio de que también ante urgencia apremiante, podrá ser usada la vía telefónica exigiendo el juez al MP los requisitos del art. 136,⁹⁷⁷ autorizando la medida si fueren reunidos, y bajo el solemne compromiso de dejar constancia por escrito de la orden emitida dentro de las veinticuatro horas siguientes.⁹⁷⁸

Encontramos pasos agigantados en la incorporación de tecnología digital en el proceso español. Constituye un paso extraordinario la legalización de realización de comparecencias por la vía digital, aunque este limitado a “*razones de utilidad, seguridad o de orden público*”, lo que significa que, en principio, no es opción para los procesos ordinarios; sin embargo, representa un paso importante de apertura actualizada.

⁹⁷⁶ CPPN., Art. 158.h.g

⁹⁷⁷ Trámite de la autorización. Siempre que por este Código se requiera autorización para la realización de una medida de prueba, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá requerirla por escrito o en forma oral, expresando: a. la determinación concreta del lugar o los lugares que deberán ser registrados; b. la finalidad del registro, mencionando los objetos a secuestrar o las personas a detener; c. el nombre del representante del Ministerio Público Fiscal responsable del control o de la ejecución de la medida, los motivos que fundan su necesidad y cuáles son las evidencias disponibles que, prima facie, la justifican; d. en su caso, los motivos que fundamentan la necesidad de efectuar la diligencia fuera del horario diurno; e. la firma del representante del Ministerio Público Fiscal que requiere la autorización. El juez podrá convocar a audiencia unilateral previo a tomar la decisión. CPPN., Art. 136

⁹⁷⁸ CPPN., Art. 137

En América Latina el de mayor apertura tecnológica es del argentino, en las áreas y procedimientos señalados, los demás, incluyendo el dominicano, continúan “*chapados a la antigua*”, con escasos o nulos elementos tecnológicos integrados como herramienta procesal, circunstancia que coloca la justicia hispanoamericana a la saga de los procesos que están sacudiendo al mundo. La justicia, con su venda sobre los ojos, ni se entera. El caso de Rep. Dom. es particularmente dramático, a lo largo de 449 arts. contenidos en la normativa procesal penal, no hace mención, en absoluto, ni siquiera en una ocasión, de las palabras: *tecnología*, ni *digital*; circunstancia por la cual, cualquier aplicación sobre el particular terminológico se desarrolla por el denominado efecto reflejo, no por una contemplación o referencia directa de la previsión legal respecto del proceso penal.

La explosión tecnológica ofrece perspectiva positiva desde muchos prismas, basta pensar en todas las posibilidades que se abren desde el punto de vista de la administración de justicia procesal penal; sin perjuicio, de que también nos coloca frente a temas complicados de gestionar, como es el manejo de procedimientos y etapas procesales que por siglos se han desarrollado de un modo determinado, en base a esquemas rígidos y de escasa o nula movilidad en el tiempo, por ejemplo, audición de testigos, interrogatorios y contra interrogatorios, audiencia de conocimiento del fondo, encuentro face to face de las partes en litis, etc., etc., etc.; son circunstancias, sobre las que existe un pesado fardo de tradición, sobre el que pende una ineludible necesidad de introducción de herramienta que permitan al proceso penal continental ponerse a tono con los avances tecnológicos que simultáneamente aportan y reclaman cambios en la administración de justicia. Sobre el particular estaremos profundizando en el ítem relativo a “La Justicia del Futuro”.

5.7 El principio de Exclusión Probatoria respecto de la Prueba Digital

En atención al resguardo de los derechos fundamentales debido a todo individuo y reconocidos por las declaraciones internacionales relativas a derechos humanos, existe en el del derecho procesal penal, el denominado principio de exclusión de la prueba ilícita, el cual predica como eje fundamental la exclusión del proceso penal de todas aquellas pruebas que violen garantías fundamentales ocurridas en el curso de la etapa de instrucción en ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal.⁹⁷⁹

⁹⁷⁹ Cfr. Horvitz Lennon, M. Op. cit., pág. 168

Si partimos de esta definición para definir los parámetros que hubieren de regir la relación entre la prueba digital y su legalidad, se precisa en primer término desglosar el concepto. Estamos refiriendo que una prueba se torna ilegal cuando en ocasión de una investigación de violan derechos fundamentales, por parte de los órganos oficiales de la persecución penal.

Siendo el referido desglose el marco fundamental que regirá la relación causa efecto, sostenemos la opinión de que deben resultar escasas las pruebas digitales, electrónicas o cibernéticas excluidas de los procesos penales, atendiendo a una razón fundamental: la inmensa mayoría de las informaciones que circulan en el ciberespacio, ya se trate de imágenes fijas, en movimiento, voz, data, etc., son colgadas o posteadas voluntariamente por su poseedor,⁹⁸⁰ no interviene la mano de “*los órganos de persecución penal*”, en esa dirección estamos frente a una circunstancia de escasa posibilidad de exclusión de la prueba por la ocurrencia de esos motivos.

Lo que básicamente harían “*los órganos de persecución penal*” es sentarse a esperar la ocasión en que se cuelgue una información terminada que sea de interés relevante en el curso de un proceso penal o que sea el motivo para darle inicio.

Mal pudiera alegar el imputado algún nivel de violación de derecho fundamental, aun no siendo la persona que compartió la información que lo condujo a sede penal, toda vez que quien intervino en el posteo fue un particular, en principio ajeno y desvinculado de sistemas persecutores. Por los puntos analizados, no visualizamos posibilidad alguna que pueda ser motivo válido de exclusión de prueba, salvo caso de casuística, que deberá ser analizado en su particularidad.

El punto en el que sí pudiera ser retenida una violación a derecho fundamental, sería el caso en que el “*órganos de persecución penal*” irrumpiera en la intimidad del espacio *cloud* y procediere a violar el mecanismo personal de contraseñas para acceder a informaciones que pudieren comprometer la responsabilidad penal del propietario. En este caso poco importa que

⁹⁸⁰ No referimos directamente por el imputado, toda vez que no siempre será el violador de la norma penal quien tome la iniciativa de revelar el hecho total o parcialmente, o relatos, imágenes o rastros que conduzcan al culpable; pero necesariamente será el propio sujeto o un tercero con posesión consciente o inconsciente del material incriminatorio o indiciario.

el hardware⁹⁸¹ esté en el domicilio del “investigado”, o que la autoridad ejecute el procedimiento desde el domicilio propio, las cuentas *cloud* representan una extensión de los espacios privados e íntimos del individuo, por lo que poco importa la ubicación física desde donde se intente o ejecute la entrada. En consecuencia el primer requisito que pende sobre la responsabilidad de la autoridad para evitar que su esfuerzo probatorio resulte inútil, es el respeto por la intimidad de los espacio *cloud*, hardware, equipos electrónicos, tabletas, smartphone, o cualquier otro equipo que permita acceso a los archivos de almacenamientos electrónicos, digitales, ciberespacio, etc, incluyendo estos, propiedad del imputado.

Este segundo requisito es la publicidad, y este bien puede ser de utilidad para desincentivar la violación del primero. La prueba que se pretende hacer valer en proceso penal debe haber sido publica, es decir, circulando en uno o varios sitios de internet, sean redes sociales o no, sin importar la fuente de salida de la información, es decir, será indiferente que haya sido el imputado; el único requisito en esa dirección es que no haya habido ningún tipo de intervención del “*órganos de persecución penal*”. Esta circunstancia, aún fuere mediante motivación verbal, tornaría la prueba en ilegal y, consecuentemente, inaprovechable para acreditar la prueba extraída del ciberespacio.

5.8 El Derecho al Olvido Virtual: El punto de colisión entre Libertad de Expresión, Derecho a ser Informado y el Derecho al Honor Personal

La búsqueda en internet se ha convertido en una de las actividades más rutinarias del hombre digital,⁹⁸² se busca con frecuencia hasta lo que por rutina sabemos dónde está. En efecto, google reporta una cantidad de 1,000 millones de búsquedas diarias.⁹⁸³

⁹⁸¹ Constituye todas las partes físicas de un sistema informático.

⁹⁸² Acuñamos esta expresión para hacer referencia a la ciberdependencia de la actual generación.

⁹⁸³ Cada segundo, en el mundo se realizan de forma simultánea 11.600 búsquedas en Google. 694.445 búsquedas cada minuto. 42 millones de búsquedas a la hora. Más de 1.000 millones de búsquedas a diario. Y un total de 365.000 millones de búsquedas al año.

Para alcanzar este volumen de búsquedas, cada persona en el mundo, 6.000 millones de personas, debería hacer 60 preguntas al buscador al año, 5 preguntas cada mes.

Como sólo tiene acceso a internet un tercio de la población mundial, 2.000 millones de personas, la cuota de preguntas al buscador debe multiplicarse por tres. Cada persona hace 180 preguntas al año, 15 preguntas al mes. 1 pregunta cada dos días.

Con tanto volumen de búsquedas es lógico suponer que muchas búsquedas sean repetitivas, coincidentes. Que muchas personas estén buscando las mismas cosas en el mismo momento.

En el mundo actual ya no somos lo que comemos, somos lo que buscamos. Fuentes:

1) <http://visibilidad-trafico-conversion.com/2011/07/14/1000-millones-de-busquedas-diarias-en-google/>; 2) <http://www.google.es/intl/es/press/zeitgeist2010/>

Este quehacer en la mayoría de las ocasiones nos divierte, nos entretiene, y nos hace saber que somos parte de un mundo global en el que el lugar más remoto está a la distancia de un clip. Ahora bien, no hay nada tan malo que no tenga algo bueno, ni tan bueno que no porte algo malo.

En no pocas ocasiones una persona introduce su nombre en un buscador y encuentra noticias negativas referenciando su nombre, ya sean de carácter policial, judicial, social, personal, etc. Ahí no radica el problema, de hecho ningún ser humano, en la era digital, está exento de que su reputación virtual se vea afectada por un acontecimiento de cualquier índole. El problema radica en la vía de ingreso y la permanencia en el tiempo de la información dañina en las redes cibernéticas.

Atendiendo a las vías de ingreso, estas pueden ser muy variadas, bien puede tratarse de una relación interpersonal de negocios, sentimental, de amistad, en la que haya surgido algún percance y una de las partes decidiera dar constancia vía la web de una faceta negativa, según su particular criterio, de la personalidad de su ex relacionado. Otra puede tratarse de una crónica tipo comentario o policial, de la conducta observada por una persona relativa a una circunstancia determinada. Puede ser otra fuente, la judicial, una persona que haya sido sometida a un proceso judicial, resultando condenada, de lo cual se hace eco por la vía digital... Fácil ingreso, salida imposible.

Una cualquiera de las referidas vías, u otras, puede ser el canal de ingreso. En lo atinente a la actividad judicial se asume que una vez la sentencia adquiere la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada y el convicto cumple a cabalidad legal los términos de la sentencia, se presume un re-nacimiento social, libre de persecución y de circunstancias legales y sociales que le retrotraigan situaciones superadas. Internet no debe ser la excepción.

Cuando las situaciones de las que se dan aviso a través de la web son de carácter personal o extra judiciales, ya el afectado deberá decidir la ruta a seguir para salvar la situación indeseable.

En ambos casos, al ciudadano le asiste el sagrado derecho de no resultar afectado más allá del tiempo justo en el que haya reparado el daño social provocado o enmendado y

resarcido la conducta inapropiada frente a sus relacionados. Es a lo que se denomina el derecho al olvido, derecho que bien puede ser definido como: Un hecho o circunstancia que comprometieron un momento o etapa de la vida de un ciudadano no tiene por qué perseguirlo negativa y eternamente en el indeleble universo del ciberespacio.

Encontramos en la enciclopedia virtual múltiples prismas desde los cuales se enfoca el concepto de derecho al olvido. Nos detenemos en el análisis de dos de ellos; el general, que aborda el criterio conceptual de que el derecho al olvido es un derecho relacionado con el Habeas Data y la protección de datos personales, y lo define como *“el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales. Como cabe apreciar, este derecho puede en ocasiones colisionar con la libertad de expresión.”*⁹⁸⁴ El Segundo abordaje en que nos enfocamos es el relativo al manejo de datos personales vía la web, sobre el que se refiere: *“La progresiva universalización de Internet, que combina una enorme capacidad de almacenaje con motores de búsqueda que permiten localizar cualquier dato en cuestión de segundos, y con extrema facilidad, puede significar el fin del olvido. La perennidad de la información implica nuevos desafíos para el Derecho, básicamente determinar si una persona puede lograr borrar el pasado. Usualmente estos reclamos se dirigen contra el medio original, medio de prensa, sitio de internet, blog, etc., que publica el dato o la noticia y también contra el buscador.”*⁹⁸⁵

Como puede ser apreciado, estamos ante un problema de grandes envergadura, uno de los desafíos de interés capital de la era digital, en el que confluyen, colisionando entre sí, tres importantes derechos: el derecho de libertad de expresión, el derecho a la información, y el derecho al honor personal; último éste que arrastra el analizado: derecho al olvido.

5.8.1 España Vs. Google

Un célebre enfrentamiento por el derecho al olvido enfrentó a España y Google, el país reclamó por ante el TJUE una normativa para la aplicación del derecho al olvido en los buscadores de internet.

⁹⁸⁴ EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_al_olvido

⁹⁸⁵ EEW, Art. cit.

El ingreso del proceso al tribunal superior se produjo después de reiteradas asistencias a la Audiencia Nacional, ante la demanda de la AEPD para el retiro de la indexación de determinados contenidos mantenidos en la red, bajo la consideración de que ésta genera perjuicios muy graves a los ciudadanos afectados.

La empresa californiana se ha negado a quitar esos enlaces, alegando circunstancias de "libertad de expresión", y argumentar que no debe ser el buscador quien controle la información que circula en internet, sino las fuentes que la originan. Argumento al que replica la Agencia en los términos siguientes: "*Cuando existe una prevalencia de la libertad de expresión, cuando la información está vigente, nosotros nunca pedimos la eliminación en el medio de comunicación; por eso, no estamos de acuerdo con que se hable de censura*".⁹⁸⁶

5.8.1.1 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A efecto de la disputa planteada precedentemente, en fechado en Luxemburgo el día contado 13 mayo 2014, el TJUE, mediante Sentencia C-131/12, zanjó el diferendo del modo siguiente, síntesis:

“...en lo que respecta al alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda, el Tribunal de Justicia considera que, en determinadas condiciones, éste está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a esta persona. El Tribunal de Justicia precisa que esa obligación puede existir también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de esas páginas web y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita...” Esa información afecta potencialmente a una multitud de aspectos de la vida

⁹⁸⁶ Elmundo.es, edición digital 27/02/2013

privada y que, sin dicho motor de búsqueda, tales aspectos no se habrían interconectado, o sólo habrían podido interconectarse con grandes dificultades... Por otra parte, el efecto de esta injerencia en los derechos de la persona se multiplica a causa del importante papel que desempeñan en la sociedad moderna Internet y los motores de búsqueda, los cuales confieren ubicuidad a la información contenida en las listas de resultados. Dada su gravedad potencial, el Tribunal de Justicia considera que esta injerencia no puede justificarse por el mero interés económico del gestor del motor de búsqueda en el tratamiento de los datos...’’⁹⁸⁷

En esta oportunidad se propició un fallo en favor de la intimidad, el honor personal y el derecho al olvido sobre aquellas informaciones que han rebasado el espacio de tiempo razonable, ya de índole personal o judicial para que el afectado disfrute del derecho de rehacer su vida una vez superado los procesos que acarrearón el suministro de la información.

5.8.2 La Conferencia de Varsovia

Otro hito importante en la conquista de la intimidad y el derecho a exigir el retiro de información que lesione el honor personal lo configuran las “Resoluciones de la XXXV Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de datos y Privacidad”, redactadas en Varsovia, Polonia, 2013. Inicia la declaración reconociendo expresamente:

“Hoy en día, las aplicaciones móviles (apps) están en todas partes. En nuestros “smartphones” y tabletas, en coches, en casa: un número creciente de artículos tienen interfaces de usuario conectados a Internet. Actualmente, más de 6 millones de aplicaciones están disponibles tanto en el

⁹⁸⁷ El texto íntegro de la decisión del TJUE puede ser consultado: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=418445>

sector público como en el privado. Este número está creciendo en 30.000 al día. Las aplicaciones están facilitando nuestro y haciéndolo más divertido. A la vez, las aplicaciones también recogen grandes cantidades de datos de carácter personal. Esto permite una monitorización digital continua, a menudo sin que los usuarios sean conscientes de que esto sucede, y sin saber para qué se utilizan sus datos personales. Los creadores de aplicaciones no son conscientes de las implicaciones de privacidad de su trabajo y no están familiarizados con conceptos como la privacidad por diseño y por defecto. Los principales sistemas operativos y plataformas, ofrecen algunas opciones de privacidad, pero no permiten el control total por parte de los usuarios, de proteger sus datos personales y verificar qué información se recopila y con qué propósito.”⁹⁸⁸

Reconocen los convencionistas la frenética carrera a la que ha ingresado el mundo con la burbuja indetenible de las aplicaciones, las que para acceder a sus facilidades exigen el ingreso de datos personales, circunstancia que refuerza las reflexiones vertidas con anterioridad respecto de la privacidad en esta era digital, la que en conclusión apuntábamos como inexistente, circunstancia grave a la opinión del cónclave, por lo que propugnan para *“que los usuarios estén, ahora y en el futuro, a cargo de sus propios datos. Deben ser capaces de decidir qué información comparten, con quién y con qué fines. Para ello, la información disponible sobre la captación de datos incluso antes que se inicie, debería ser clara e inteligible, incluso dentro de una aplicación...”* por lo que son de opinión que las aplicaciones que corren en el ciberespacio *“deberían tener la opción de permitir el acceso a información específica como datos de localización o entradas en la libreta de direcciones, caso por caso. Pero lo más importante es que las aplicaciones deberían estar desarrolladas de manera que no haya factor sorpresa, que no haya características ocultas ni recopilación de datos no verificable.”* Pero como también

⁹⁸⁸ CV., Introd. véase la Declaración integra: <http://www.apep.es/wp-2013/10/resoluciones-35-conferencia-autoridades-PD.pdf>

apuntamos en su oportunidad, la web y sus herramientas se han convertido en lentes, la tomas o la dejas.

Esta Conferencia que se desarrolla bi-anual no posee carácter imperativo, ni sus conclusiones son de cumplimiento obligatorio para ningún Estado, pero sí pueden ser de utilidad como marco de referencia para el tratamiento de datos personales y privacidad individual en el marco de la web.

5.8.3 El derecho al Olvido a la luz del Marco Legal Dominicano

En la legislación dominicana no se consigna expresamente la terminología “*derecho al olvido*”, pero sí, y lo que es más importante, el tratamiento de sus efectos. Una serie de disposiciones fundamentalmente de contenido constitucional, prevén y regulan esta importante figura jurídica, la cual toma extrema importancia y relevancia en esta denominada era de la información.

En primer lugar, encontramos frontalmente abordada la cuestión en la previsión constitucional del art. 44 el cual tituló el constituyente “Derecho a la intimidad y el honor personal”, y en que textualmente se lee:

“Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada... Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley...”⁹⁸⁹

Este mandato constitucional constituye el eje fundamental para la protección de los datos individuales de los ciudadanos en el espacio territorial dominicano; sin perjuicio de que también se encuentra reseñado este principio en la figura de protección específica y especializada en la materia, denominada el Hábeas data, mediante la cual expresamente se consagra el “*derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y*

⁹⁸⁹ CRD., Art. 44

*confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.”*⁹⁹⁰

El Hábeas data, un derecho fundamental que facilita a los ciudadanos poder exigir por ante instituciones públicas o privadas el acceso a los datos que sobre sus archivos personales se encuentren en su posesión bajo cualquier calidad, a los fines de apuntar y hacer valer las correcciones correspondientes.

Encontramos en las reflexiones de Bidart Campos una interesante analogía respecto de la figura: *"El hábeas data significa, por analogía con el hábeas corpus, que cada persona "tiene sus datos" (en vez de "tiene su cuerpo"). No hay duda de que el objeto tutelado coincide con la intimidad o privacidad de la persona, ya que todos los datos a ella referidos que no tienen como destino la publicidad o la información innecesaria a terceros necesitan preservarse."*⁹⁹¹

Este derecho, poco conocido en el litoral judicial dominicano, ingresando a su ámbito constitucional a partir de la Constitución del 2010, sin perjuicio de que la figura es parte del contenido de la DUDH⁹⁹² cuyo contenido es recogido casi textualmente por el PIDCP en su art. 17.1.2, y la DUDHC; la verdad que no sería ocioso cuestionarnos en este momento del por qué si se trata de una figura de larga data relativa al reconocimiento de derechos humanos, no es sino hasta 2010 cuando oficialmente ingresa a la legislación local, y la respuesta no sería otra que el reconocimiento de la incidencia que en la actualidad posee el manejo masivo de datos e informaciones personales a través de la red de interconexión mundial.

“El impresionante avance tecnológico, la aparición de la informática, el crecimiento de las comunicaciones han revolucionado a la sociedad y provocan cambios de

⁹⁹⁰ CRD., Art. 70

⁹⁹¹ Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. IV, Editora Ediar, Buenos Aires, 1995, pag.64

⁹⁹² “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” DUDH., Art. 12

hábitos, de necesidades, de prioridades y evaluación de los derechos.

Consciente del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito social y por ende en el derecho, hoy la preocupación es, por un lado, el equilibrio informativo y la circulación de la información, por otro lado, el justo término que proteja el legítimo y reconocido derecho a la información- libertad de expresión y el no menos valioso derecho a la privacidad.”⁹⁹³

Ahora bien, la figura del derecho al olvido, y el ejercicio de su escudo protector, el hábeas data, solo adquieren vida mediante el ejercicio de otro derecho fundamental consagrado en la Carta Sustantiva dominicana como Libertad de expresión e información, el cual consagra el derecho de toda persona a “*expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa*”; derecho emisor que va íntimamente acompañado del derecho receptor que permite a todo individuo “*buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía...*”⁹⁹⁴

En efecto, las previsiones constitucionales nos colocan frente al ejercicio de dos derechos: el de la intimidad y no injerencia personal, por un lado; y por el otro, la tolerancia de la libertad de expresión de los terceros, por cualquier medio, sin previa censura... En ningún momento anterior había existido tanta dificultad para la conciliación de estos derechos, la persona que se sintiere agraviada en su honor posee el sagrado derecho de demandar al agresor de la honra por “difamación”,⁹⁹⁵ el tribunal juzga la suerte del litigio si en el transcurso las partes no concilian, como suele suceder por lo regular en la actividad de este tipo penal; y hasta hace unos cortos años el caso quedaba cerrado y... colorín colorado...

⁹⁹³ Martella, Lilián P. “Hábeas Data: Garantía de una dimensión fundamental de la libertad” Véase: <http://www.santafe-conicet.gov.ar/servicios/comunica/ponencias/habeasdat1.htm>

⁹⁹⁴ CRD., Art.49

⁹⁹⁵ La normativa penal dominicana define la difamación: “Constituye difamación la imputación pública a una persona, física o jurídica, de algo que le afecta en su honor o en su consideración, buen nombre, imagen, dignidad e integridad familiar.” Art. 220 CPD

Entonces, ¿Cuál es la dificultad en la actualidad? El Internet. Sí, no existe otra dificultad fuera del internet, y lo es en el sentido de la permanencia, como hemos referido, los casos previos a la era digital se zanjaban en un café, en una oficina jurídica, en la puerta del tribunal o en el tribunal, cualquiera que resultare su desenlace cerraba el caso, aún con la condición de que la difamación y la injuria⁹⁹⁶ conllevan el requisito de la publicidad; sin embargo, ningún medio de comunicación, publicidad o interacción es tan agresivo como el internet, y dos detalles marcan la diferencia, la permanencia y la mundialización de la información.

Una información en internet puede ser comparada con un material no biodegradable en el mundo físico, permanecerá on line una insospechada cantidad de tiempo, circunstancia inusual anteriormente, en la que el daño pudo haber sido causado por una publicación periódica, y al día siguiente era fiambre, el acontecer diario devoraba las noticias obsoletas para dar paso a la nueva; si la publicidad dañina en perjuicio del individuo se producía a través de las ondas hertzianas era cuestión de segundos para visualizar su evaporación en el espacio, igual suerte que las producidas a través de la TV, pero lo que ingresa al mundo digital es de complicada “*disolución*”. El otro punto neurálgico es la pérdida de localidad, en internet el conflicto pasa de la localidad a la mundialización, ya que se puede acceder a la información desde cualquier punto del planeta, la cuestión pasa de la interpersonalidad a la masificación, y la permanencia sigue siendo una constante, un agravante a la solución del conflicto, por lo que el daño resulta prolongado, afectando al individuo más allá de lo razonable y lo debido; estas circunstancias son las que han obrado en el surgimiento de nuevas figuras garantistas, como la denominada “*derecho al olvido*”, el cual le permite al ciudadano objeto de una información dañina virtual, “*rehacer*” su vida y su reputación, razones por las que simpatizamos con la referida decisión asumida por el TJUE, la cual consideramos de sabia y justa, la cual fue emitida esencial y directamente por el indexador Google, todas las veces que otros indexadores como Yahoo, por ejemplo, atienden los reclamos de los particulares y bloquean los referidos enlaces dañinos.

⁹⁹⁶ “Constituye injuria el hecho de pronunciar públicamente contra otra persona, física o jurídica, una inectiva o cualquier expresión afrentosa o despreciativa, siempre que no contenga la imputación de un hecho preciso.” CPD., Art. 222

Sobre este particular, el constituyente dominicano fue sabio y, a los fines de conciliar los referidos intereses constitucionales, apuntó un colofón al art. 49, e hizo escribir un párrafo que consigna:

“Párrafo.- El disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con la ley y el orden público.”⁹⁹⁷

5.9 La Prueba Digital en la Legislación Procesal Penal Dominicana

Somos conscientes de la amplitud del término “legislación dominicana”, aun delimitando al proceso penal, continua siendo amplio el ámbito interpretativo. La normativa por excelencia constituida por la Carta Magna, por ejemplo, es escasa, por no decir nula, en el reconocimiento de la denominada prueba digital, no le dispensa un tratamiento particularizado; si puede ser extraído de la consagración de la “Tutela judicial efectiva y debido proceso”, mediante el cual se establecen los derechos fundamentales mínimos para la acción en justicia de las partes, pero, insistimos, guarda silencio en torno a la mención directa de prueba digital.

Es el mismo camino recorrido por la normativa procesal, en la cual ni siquiera se refleja la escritura de la palabra digital, y podemos válidamente justificar el uso de este medio probatorio a través del genérico art. 170 en el cual se establece el principio de libertad probatoria y expresamente establece: *“Los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa.”⁹⁹⁸*

Sin embargo, dada la trascendencia e importancia que están teniendo y tendrá hacia el futuro la prueba digital, es menester que expresamente se le denomine y le sea dispensado un trato particularizado.

⁹⁹⁷ CRD., Art. 49

⁹⁹⁸ CPPD., Art. 170

En virtud de que, como hemos expuesto, ni la CRD ni el CCPD hacen referencia a esta modalidad probatoria, podemos afirmar que en Rep. Dom., en lo que respecta a las referidas legislaciones, existe orfandad en relación a la reglamentación de la prueba digital, electrónica o cibernética. En función de lo cual, los procesos en que son presentados los referidos medios probatorios, lo hacen en calidad secundaria, como medios de convicción complementaria, para significar que la existencia de una relación causa efecto entre los hechos perseguidos y las imágenes posteadas en Facebook, el comentario colgado en Twitter, o el MSM de texto o voz que corre por WhapsApp.

Una situación real: En meses recientes unas fotos publicadas en Facebook estremecieron el país: Una madre postió una serie de imágenes en donde se observa con una botella de cerveza suministrándole la bebida a su hija de diez meses de edad. La reacción social no se hizo esperar, y fue tan contundente que obligó la intervención del MP. En pocos días, la prensa nacional exhibía este titular: Facebook: Madre dio a beber cerveza a su hija es sometida a tratamiento psicológico. La joven madre se encuentra detenida en la Unidad del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar,⁹⁹⁹ noticia que en resumen da cuenta del interés de las autoridades por el procesamiento penal de la madre facebookera.

Como podemos apreciar en el caso planteado, se trata de una publicación en redes sociales que sirve de base para que la sociedad y las autoridades tomen conocimiento de un acontecimiento que afecta un bien jurídico determinado,¹⁰⁰⁰ y el MP actúa aun sin la mediatización de una querrela, sino bajo el amparo del rumor público, ni siquiera por la mediación de una denuncia, que es la figura mínima mediante la cual el MP está facultado a intervenir conforme la normativa procesal penal dominicana,¹⁰⁰¹ con la sola

⁹⁹⁹ <http://eldia.com.do/facebook-madre-dio-a-beber-cerveza-a-su-hija-es-sometida-a-tratamiento-psicologico/>

¹⁰⁰⁰ En este caso el bienestar de una menor, hija de la encartada, que bien pudo haber alegado que es una situación intrafamiliar que en nada atañe a terceros, pero las previsiones legales no se encaminan en esa dirección. No vamos a profundizar sobre la cuestión, pues es harina de otro costal.

¹⁰⁰¹ En efecto, el MP intervino por la presión ejercida a través de las redes, obviando incluso las disposiciones relativas a la formalidad exigida para la interposición de la denuncia, que como hemos dicho, se trata de la actividad procesal mínima, excluyendo la flagrancia, para la intervención del MP. Las formalidades exigidas por la normativa para la interposición de denuncia: “Forma y contenido. La denuncia puede ser presentada en forma oral o escrita, personalmente o por mandatario con poder especial. Cuando la denuncia es oral, el funcionario que la recibe debe levantar acta. La denuncia contiene, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los autores y cómplices, perjudicados, testigos y demás elementos probatorios que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. El funcionario que la recibe comprueba y deja constancia de la identidad y domicilio del denunciante.” CPPD., Art. 263

fundamentación de las imágenes posteadas en Facebook; no limitando sus actuaciones a hacer cesar la presunta circunstancia delictiva, sino que después de agotar los procedimientos correspondientes, la madre facebooktera fue presentada en calidad de imputada por ante el juez de la instrucción quien le conoció medida de coerción, dictando en su contra tres meses de prisión preventiva, y en seguimiento a la acción que inició por el posteo de una imagen en Facebook, así lo recogían los diarios: Tres meses de prisión para joven acusada de dar cerveza a hija de 10 meses.¹⁰⁰²

Cuál es el punto que sobre la cuestión queremos resaltar? Vimos un caso de los muchos que se han originado en las redes y han captado la atención de los medios tradicionales, no hablemos de los privados que han servido de soporte a la judicatura, al menos conviccionar, para tomar decisiones, incluso de medida de coerción consistente en prisión preventiva, lo que apunta a la seriedad del caso, con pruebas extraídas exclusivamente del espacio cibernético; sin embargo, no existe en la legislación ni siquiera una referencia remota a la referida prueba, quizás algunos bien pudieren argumentar que el terreno legal está abonado para recibir esa semilla probatoria, y con escasa oposición pudieren señalar el contenido del referido art. 170 CPPD en el que la ley otorga un mandato general para el levantamiento de pruebas de ilícitos penales; argumento al cual replicamos y nos dirigimos a quienes razonan en esa dirección: En primer lugar, que se trata de una formulación genérica a ser utilizada en circunstancias no previstas expresamente, toda vez que para las circunstancias conocidas la ley prevé un protocolo regulatorio para su levantamiento e incorporación; en segundo lugar, que dada la circunstancia de que la actividad electrónica ya no ingresa dentro de la categoría de actividades desconocidas o casuales, sin perjuicio de que se trata de elementos virtuales, es llegado el momento de que el legislador trabaje sobre la cuestión para dispensarle el tratamiento procesal que requiere la materia.

En resumen, queremos significar que aún sin las previsiones expresas de validez, y sin las regulaciones debidas, las pruebas electrónicas están siendo usadas en el proceso penal dominicano, incluso con categoría de pruebas principales,¹⁰⁰³ circunstancia que nos señala

¹⁰⁰² <http://www.elcaribe.com.do/2014/11/19/tres-meses-prision-para-joven-dio-cerveza-hija-10-meses>

¹⁰⁰³ Esta circunstancia afianza afirmación que expresamos en varios momentos del desarrollo de este trabajo, relativa a la influenciabilidad del juez aún de circunstancias expresamente prohibidas por la normativa penal

que la práctica judicial está por encima de la normativa legal. Al final del camino llegamos al mismo punto. Es la razón por la que enarbolamos la convicción de que se debe reglamentar la explotación de la mina de pruebas que representan las redes sociales y el ciberespacio. Ya hemos aportado algunos elementos a tomar en consideración.¹⁰⁰⁴

Sobre el particular coincidimos con las reflexiones de Sueiro, quien desde Argentina reclama:

*“Este requerimiento y solicitud de una reforma a nivel procesal penal en materia de criminalidad informática no resulta antojadiza y caprichosa, sino que deviene indispensable a raíz de las particularidades que presenta la prueba digital, y de la necesidad de cumplir con los requerimientos impuestos a nivel internacional a través del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest”*¹⁰⁰⁵

5.9.1 Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología

El 23 de abril 2007 fue promulgada por el PE, como consecuencia de la adhesión de la Rep. Dom. a la Convención sobre Cibercriminalidad de Budapest, la ley que regula en el territorio nacional los Crímenes y Delitos generados desde y a través de las herramientas tecnológicas. Recrea la normativa legal en su cuarto considerando la tesis que hemos venido enarbolando respecto de la orfandad existente en la legislación dominicana respecto del trato dispensado a esta área del quehacer social:

“CONSIDERANDO: Que estos crímenes y delitos relacionados a las tecnologías de información y

¹⁰⁰⁴ 1.- La publicidad: El elemento de prueba debe haber sido expuesto mediante cualquier medio, herramienta o sitio digital; 2.- La publicidad debe haber sido iniciativa del imputado, siendo igualmente válida si es publicada por un tercero, sin importar la relación desarrollada con aquel; 3.- Que la publicación se haya realizado libre y voluntariamente, es decir, en ausencia de coacción, en caso contrario existiría un vicio del consentimiento que anularía su responsabilidad; 4.- Que las autoridades investigativas no hayan violado los sistemas de claves para el ingreso a los espacios cloud , electrónicos o digitales protegidos, salvo el caso que para tales fines se cuente con una autorización de juez competente....

¹⁰⁰⁵ Sueiro, Carlos Christian Art. cit.

comunicación no están previstos en la legislación penal dominicana, por lo que los autores de tales acciones no pueden ser sancionados sin la creación de una legislación previa, y en consecuencia, resulta necesaria su tipificación, y la adopción de mecanismos suficientes para su lucha efectiva, facilitando la cooperación entre el Estado y el sector privado para la detección, investigación y sanción a nivel nacional de estos nuevos tipos de delitos, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional fiable y rápida”¹⁰⁰⁶

En efecto, marca la entrada en vigencia de esta ley un antes y un después en la persecución de esta categoría de delito, sobre los cuales la actividad judicial era prácticamente inexistente, y los casos que por su magnitud e impacto alcanzaban llegar a una sala de justicia eran juzgado de manera referenciada, es decir, tipificado a través de un delito tradicional que le fuera conexo, o a través del cual se pudiera argumentar la retención de un ilícito penal; es por lo que los redactores reconocen en sus motivaciones que “*los actos delictivos a sancionar han adquirido gran relevancia a nivel internacional, debido a que con el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación se han originado grandes retos de seguridad*”, promoviendo a través de la misma el giro correcto que ameritaba el marco legal dominicano para la prevención, persecución y castigo de los delitos a través del irreversible entorno tecnológico que sin duda alguna ha cambiado el mundo.

La propia ley es que define el “Delito de Alta Tecnología” como: “*Aquellas conductas atentatorias a los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, las leyes, decretos, reglamentos y resoluciones relacionadas con los sistemas de información. Se entenderán comprendidos dentro de esta definición los delitos electrónicos, informáticos, telemáticos, cibernéticos y de telecomunicaciones.*”¹⁰⁰⁷ Y apunta que su objeto consiste en “*la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información y comunicación y su contenido, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos*

¹⁰⁰⁶ LCDAT., Cons. 4to.

¹⁰⁰⁷ LCDAT., Art. 4

*contra éstos o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías en perjuicio de personas física o morales, en los términos previstos en esta ley. La integridad de los sistemas de información y sus componentes, la información o los datos, que se almacenan o transmiten a través de éstos, las transacciones y acuerdos comerciales o de cualquiera otra índole que se llevan a cabo por su medio y la confidencialidad de éstos, son todos bienes jurídicos protegidos.*¹⁰⁰⁸

Uno de los méritos digno de reconocimiento a los redactores de esta normativa, es la toma en consideración e inclusión de las instituciones, y sus respectivos marcos legales, que por su naturaleza desarrollan un rol gubernamental sensible, ya sea en la persecución del crimen organizado o mediante la regulación de actividades legales o sociales colindantes y vulnerables a la actividad delictiva, tal es el caso de haber tomado en consideración e integrado las Leyes: No.65-00 sobre Derecho de Autor, No.136-03 sobre Código del Menor, No. 20-00 de Propiedad Industrial, No.137-03 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, No.50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas, No.96-04 Institucional de la Policía, No.76-02 sobre Código Procesal Penal de la República Dominicana; y del ámbito internacional: La DUDH, la CADH, la Resol. AG/RES.2004 de la Asamblea General de la OEA, y el CCB.

La toma en consideración e inclusión de los referidos marcos legales nacionales, y sus respectivas instituciones, apadrinados por las Convenciones e Instituciones Internacionales ofrecen a esta legislación un blindaje sin precedentes. Al ser inclusiva, obliga a una labor de equipo interinstitucional, en la que cada una de las dependencias tomadas en consideración deben de ser partícipes de las operaciones que corresponden a sus respectivas áreas, sin perjuicio de participación activa en conclave de seguimiento a actividades delictivas que por su naturaleza requieran del concurso y participación de varias de estas entidades simultáneamente. Gracias a la colaboración de algunos amigos, y conocidos en el curso de la realización de este trabajo, tuvimos la privilegiada oportunidad de vivenciar el modus operandi de estos equipos, en el rastreo, persecución y judicialización de esta modalidad delincencial.

¹⁰⁰⁸ LCDAT., Art. 1

En efecto, ordena la normativa la integración expresa de lo que denomina “Comisión Interinstitucional contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología (CICDAT)”, la cual se integra con la presencia de un representante de las siguientes entidades: Procuraduría General de la República, Secretaría de Estado de las Fuerzas Armadas, Secretaría de Estado de Interior y Policía, Policía Nacional, Dirección Nacional de Control de Drogas (DNCD), Departamento Nacional de Investigaciones (DNI), Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI) y el Instituto Tecnológico de las Américas (ITLA); debiendo ser presidida por el Procurador General de la República o por un representante que se designe de la Procuraduría General de la República.¹⁰⁰⁹ A esta comisión la ley asigna de manera principal las funciones que se describen:

- “a) La coordinación y cooperación con autoridades policiales, militares, de investigación y judiciales, en sus esfuerzos comunes para mejorar y dar cabal cumplimiento a las disposiciones de la presente ley;*
- b) La coordinación y cooperación con gobiernos e instituciones nacionales y extranjeras para prevenir y reducir la comisión de actos ilícitos de alta tecnología en la República Dominicana y el resto del mundo, en coordinación con la entidad nacional competente;*
- c) Definir las políticas, establecer las directrices y elaborar propuestas de estrategias y planes para someterlas al Poder Ejecutivo;*
- d) Promover la adopción de los convenios y tratados internacionales en esta materia y velar por la implantación y cumplimiento de los mismos, cuando sean suscritos y ratificados por la República Dominicana; y,*
- e) Coordinar la representación dominicana a través de la entidad nacional competente ante los diferentes*

¹⁰⁰⁹ LCDAT., Arts. 30, 31

organismos internacionales en el área de crímenes y delitos de alta tecnología.”¹⁰¹⁰

Entre otras disposiciones, crea la ley el Departamento de Investigación de Crímenes y Delitos de Alta Tecnología (DICAT), como entidad subordinada a la Dirección Central de Investigaciones Criminales de la Policía Nacional,¹⁰¹¹ fungiendo esta unidad como centro principal y coordinador de las iniciativas nacionales e internacionales, en cumplimiento del mandato legal que le asigna:

- “a) Trabajar en coordinación con la Comisión Interinstitucional contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología creada por esta ley;*
- b) Ser el punto de contacto oficial de República Dominicana en la Red Internacional 24/7 de Asistencia en Crímenes que Involucran Alta Tecnología perteneciente al Subgrupo de Crímenes de Alta Tecnología del Grupo de Expertos en Crimen Organizado Transnacional G8; y,*
- c) Trabajar en coordinación con los demás organismos nacionales e internacionales de investigación de crímenes y delitos de alta tecnología.*”¹⁰¹²

Aunque la propia ley apunta, no se estima que fuere diferente, la aplicación en términos procesales de CPPD,¹⁰¹³ el contenido de esta ley es abierta en torno al ámbito de persecución del delito. Es preciso señalar que rompe con el esquema tradicional de territorialidad enarbolado por la ley penal; sin renunciar a la territorialidad propiamente dicha, se atribuye la capacidad de perseguir la actividad delictiva que sin ser originada en el territorio nacional, produce “efectos en el territorio dominicano”;¹⁰¹⁴ de igual modo, cuando el resultado del delito se produzca en el extranjero, usando medios “*que se encuentran en el territorio nacional*”;¹⁰¹⁵ sin perjuicio de también abrogarse el derecho de

¹⁰¹⁰ LCDAT., Art. 32

¹⁰¹¹ LCDAT., Art. 36

¹⁰¹² LCDAT., Art. 41

¹⁰¹³ LCDAT., Art. 52

¹⁰¹⁴ LCDAT., Art. 2.b

¹⁰¹⁵ LCDAT., Art. 2.c

persecución de aquellas actividades que sin ser generadas en territorio dominicano, ni produciéndose el efecto delictivo en éste, “*se caracterice cualquier tipo de complicidad desde el territorio dominicano*”.¹⁰¹⁶ Ya apuntábamos en su momento, como una de las características distintivas del CCB el permanente llamado a la unidad y colaboración recíproca y permanente entre los países suscritores del convenio, por lo que sin dudas esta multimodalidad de competencia obedece a ese planteado esquema de persecución del crimen.

La ley sanciona actividades tan variadas como: Atentado contra la Vida de la Persona, “*utilizando sistemas de carácter electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones, o sus componentes*”;¹⁰¹⁷ Robo Mediante la Utilización de Alta Tecnología;¹⁰¹⁸ Obtención Ilícita de Fondos;¹⁰¹⁹ Estafa;¹⁰²⁰ Chantaje;¹⁰²¹ también prevé sanciones para el Robo de Identidad,¹⁰²² la Falsedad de Documentos y Firmas;¹⁰²³ Uso de Equipos para Invasión de Privacidad;¹⁰²⁴ Comercio Ilícito de Bienes y Servicios.¹⁰²⁵ Otras actividades tipificadas y penadas son la Difamación,¹⁰²⁶ la Injuria Pública,¹⁰²⁷ los atentados sexuales y pornografía infantil.¹⁰²⁸ También los delitos Relacionados a la Propiedad Intelectual y Afines,¹⁰²⁹ entre otros.

Además de una ley, la 53-07 constituye una especie de Código Penal para tipos Tecnológicos, toda vez que prácticamente tipifica y sanciona las actividades ilícitas relativas a su área de competencia, con la inclusión de multas, basadas en salarios mínimos, y penas privativas de libertad, desde tres meses a treinta años de prisión. Sin embargo la propia ley reflexiona, y fundamentada en el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, expresa:

¹⁰¹⁶ LCDAT., Art. 2.d

¹⁰¹⁷ LCDAT., Artículo 12

¹⁰¹⁸ LCDAT., Artículo 13

¹⁰¹⁹ LCDAT., Artículo 14

¹⁰²⁰ LCDAT., Artículo 15

¹⁰²¹ LCDAT., Artículo 16

¹⁰²² LCDAT., Artículo 17

¹⁰²³ LCDAT., Artículo 18

¹⁰²⁴ LCDAT., Artículo 19

¹⁰²⁵ LCDAT., Artículo 20

¹⁰²⁶ LCDAT., Artículo 21

¹⁰²⁷ LCDAT., Artículo 22

¹⁰²⁸ LCDAT., Artículo 23, 24

¹⁰²⁹ LCDAT., Art. 25

“Las restricciones y prohibiciones deben ser proporcionales a los fines y medios del peligro que se intenta evitar, ponderándose con prudencia las consecuencias sociales de la decisión. Al aplicar las penalidades impuestas por la presente ley, el juez competente deberá considerar la gravedad del hecho cometido y tomar en cuenta que las penas deben tener un efecto social y regenerador, no sólo para el individuo al que se le aplica sino también para la sociedad en su conjunto.”

Y de ese modo, a lo largo de sesenta y siete artículos, coloca el sistema penal tecnológico dominicano, a la altura de modernidad requerida por los tiempos actuales.

5.9.2 Sentencia TC/0200/13

La Sentencia 0200/13 evacuada el 7 noviembre 2013, por el Tribunal Constitucional Dominicano, representa el instrumento de mayor relevancia en torno a la regulación de los mecanismos interinstitucionales, públicos y privados, frente a la protección de los derechos fundamentales debido a los ciudadanos, en el entorno tecnológico.

Se precisó de esta tutela constitucional en ausencia de normativa legal relativa a la materia, en conformidad con el criterio que precedentemente hemos venido sosteniendo, señalando el silencio constitucional y procesal penal respecto de la materia.

Motivó la intervención relativa al control constitucional, el mandato que la recién analizada ley 53-07 hiciera al INDOTEL, respecto de la retención y manejo de las comunicaciones cursadas entre los ciudadanos para fines de manejo como inteligencia para la prevención y persecución de delitos. A tales efectos se lee textualmente en el contenido articulado de la ley:

*“**Proveedores de Servicios.** Sin perjuicio de lo establecido en el literal b) del Artículo 47 de la presente ley, los proveedores de servicio deberán conservar los datos de tráfico, conexión, acceso o cualquier otra información que pueda ser de utilidad a la investigación,*

por un período mínimo de noventa (90) días. El Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) creará un reglamento para el procedimiento de obtención y preservación de datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios, en un plazo de 6 meses a partir de la promulgación de la presente ley. Dicha normativa deberá tomar en cuenta la importancia de preservación de la prueba, no obstante la cantidad de proveedores envueltos en la transmisión o comunicación.”¹⁰³⁰

En respuesta al referido mandato legal, el INDOTEL emitió la Resol. 086-11 denominada “Reglamento para la Obtención y Preservación de Datos e Informaciones por parte de los Proveedores de Servicios”, en Aplicación de las Disposiciones de la Ley No. 53-07, Sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología.”, en la que, entre otras disposiciones, ordenó a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, síntesis:

“Obligación de conservar datos. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley No. 53-07, los Proveedores de Servicios tienen la obligación de conservar los Datos de Tráfico, Conexión y Acceso especificados en el artículo 4 del presente Reglamento, en la medida en que son generados por los usuarios de sus servicios, a fin de que puedan ser utilizados por los Órganos de Investigación en la solución de Crímenes y Delitos de Alta Tecnología.”¹⁰³¹

¹⁰³⁰ LCDAT., Art. 56

¹⁰³¹ Indotel, Resol. 086-11 Art. 3

Esta disposición, entre otras en la misma dirección, contenidas en el referido reglamento, llamaron la atención de las entidades Fundación Prensa y Derecho y el Centro para la Libertad de Expresión de la República Dominicana, quienes conjuntamente interpusieron una acción directa de inconstitucionalidad,¹⁰³² esgrimiendo, en síntesis, como principales argumentos:¹⁰³³

- 1) *“3.1.1 En virtud del artículo 56 de la Ley núm. 53-07, sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) promulgó el “Reglamento para la obtención y preservación de los datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones”, mediante el cual las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones están obligadas a crear una base de datos sobre tráficos, conexiones y acceso de las comunicaciones de los ciudadanos hasta dos años, a la cual deberán dar acceso a las autoridades investigativas sin orden judicial previa. Situación está que atenta contra algunas disposiciones contenidas en la Constitución.”*
- 2) *“3.1.2 ...en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, en su Resolución núm. 086-11, ha excedido desproporcionalmente su mandato legal y ha pretendido desconocer el régimen de garantías que establece la Constitución y las leyes para preservar la intimidad de las comunicaciones de los ciudadanos, pues pretende autorizar a los organismos investigativos a acceder, de manera directa y sin orden judicial previa, a esas comunicaciones, bajo el argumento de que se quiere hacer más efectiva la lucha contra la delincuencia.”*

¹⁰³² La acción directa en inconstitucionalidad, es una de las atribuciones conferidas por la CRD al TCD, conforme se recoge en el contenido del art. 185 núm. 1, y los arts. 38 al 50 de la Ley núm. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales; y consiste en el procedimiento que tiene como finalidad verificar que toda ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza se encuentre conforme con las disposiciones contenidas en la Constitución dominicana vigente.

En función de las referidas atribuciones el TCD determina, a través del juicio de constitucionalidad, si existe una oposición objetiva entre el contenido de la disposición atacada y lo que la Constitución política dispone sobre el particular objeto de la litis.

¹⁰³³ Todos las citas proveídas en el relato de la Litis, están contenidas en el cuerpo del proceso, ver numerales iniciales, todas y cada una de las cuales pueden ser consultadas inextenso en el enlace web: <http://www.tribunalconstitucional.gOp.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200200-13%20C.pdf>

- 3) *“3.1.4 Asimismo, las precitadas disposiciones del reglamento atacado lesionan el principio de razonabilidad, ya que admiten una grave intromisión del Estado en la esfera personal de los ciudadanos, sin someter los requerimientos de los organismos de investigación a un juicio previo de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en ponderación con los derechos fundamentales afectados, lo cual da paso al uso abusivo y arbitrario de esta facultad.”*

Al verificar el TCD las denominadas consideraciones previas, relativas a sintetizar las posiciones de las partes, la competencia del tribunal y la naturaleza del asunto planteado, razona:

- 1) *“9.4.1. Al tener la Resolución núm. 086-11 un alcance general por surtir sus efectos de aplicación de resguardo y accesibilidad de los datos de tráfico y conexión de los sistemas informáticos de los servicios de telecomunicaciones en todos los usuarios de República Dominicana, el mismo constituye un acto administrativo de efectos generales que integra el ordenamiento jurídico, ya que su aplicación y efectos recaen sobre todo el universo de usuarios que están radicados en República Dominicana.*
- 2) *“9.4.2. En ese sentido, al ser la Resolución núm. 086-11 un acto administrativo, de carácter normativo y de alcance general, el mismo está sujeto al control de constitucionalidad, en virtud del precedente fijado en la Sentencia núm. TC/0041/13...”*
- 3) *“9.6.3. Bástenos indicar que el artículo 44.3 de la Constitución de la República Dominicana –cuyo análisis será realizado a profundidad en el contexto de las argumentaciones de esta sentencia– dispone que solo podrán ser interceptadas las comunicaciones realizadas por los particulares a través de correspondencia, documentos o mensajes privados contenidos en formato físico, digital, electrónico o de cualquier otra forma que se generen por medio de procesos telegráficos, telefónicos, cablegráficos, electrónicos, telemáticos o cualquier otro que permita el desarrollo de comunicación entre individuos, y requerirán de una orden de una autoridad judicial competente.”*
- 4) *“9.6.16. En virtud de las consideraciones antes expuestas, se puede colegir que en nuestro ordenamiento jurídico la intervención de las comunicaciones tiene un carácter excepcional, cuya adopción solo puede ser autorizada por una ordenanza de un juez*

competente en asuntos punibles y procedimientos especiales específicos, buscándose poner a cargo de ese juez competente el control y fiscalización de la implementación de esa medida, en aras de mitigar los efectos adversos que la aplicación desproporcionada de la misma pueda ocasionar al derecho del secreto y privacidad de la comunicación.”

Son algunas de las razones, incluyendo la aplicación del test de razonabilidad¹⁰³⁴ ha adoptado por este mismo Tribunal en su Sentencia TC/0044/12, por la que el pleno, casi a unanimidad decidió:

“...SEGUNDO: ACOGER, en cuanto al fondo, la presente acción directa de inconstitucionalidad, y en consecuencia, DECLARAR no conforme con la Constitución de la República los artículos 1.9, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 20 de la Resolución núm. 086-11, que aprueba el “Reglamento para la obtención y preservación de datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones”, por violentar el derecho a la intimidad, en su vertiente de derecho al secreto y privacidad de la comunicación, el principio de reglamentación e interpretación de los derechos fundamentales, el principio de razonabilidad, el principio del debido proceso y el principio de legalidad penal, contenidos en los artículos 40.15, 44.3, 69.7 y 74.2 de la Carta Sustantiva.

¹⁰³⁴ “9.7.1.10 El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. El análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve (...)El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad (...)De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o arbitraria.” Metodología asumida de la Sentencia C-673/01, de fecha 28 de junio de 2001, de la Corte Constitucional de Colombia

TERCERO: DECLARAR la NULIDAD de los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 10, 12, 13, 16, 17 y 20 de la Resolución núm. 086-11, que aprueba el “Reglamento para la obtención y preservación de datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones”, por los motivos antes expuestos.

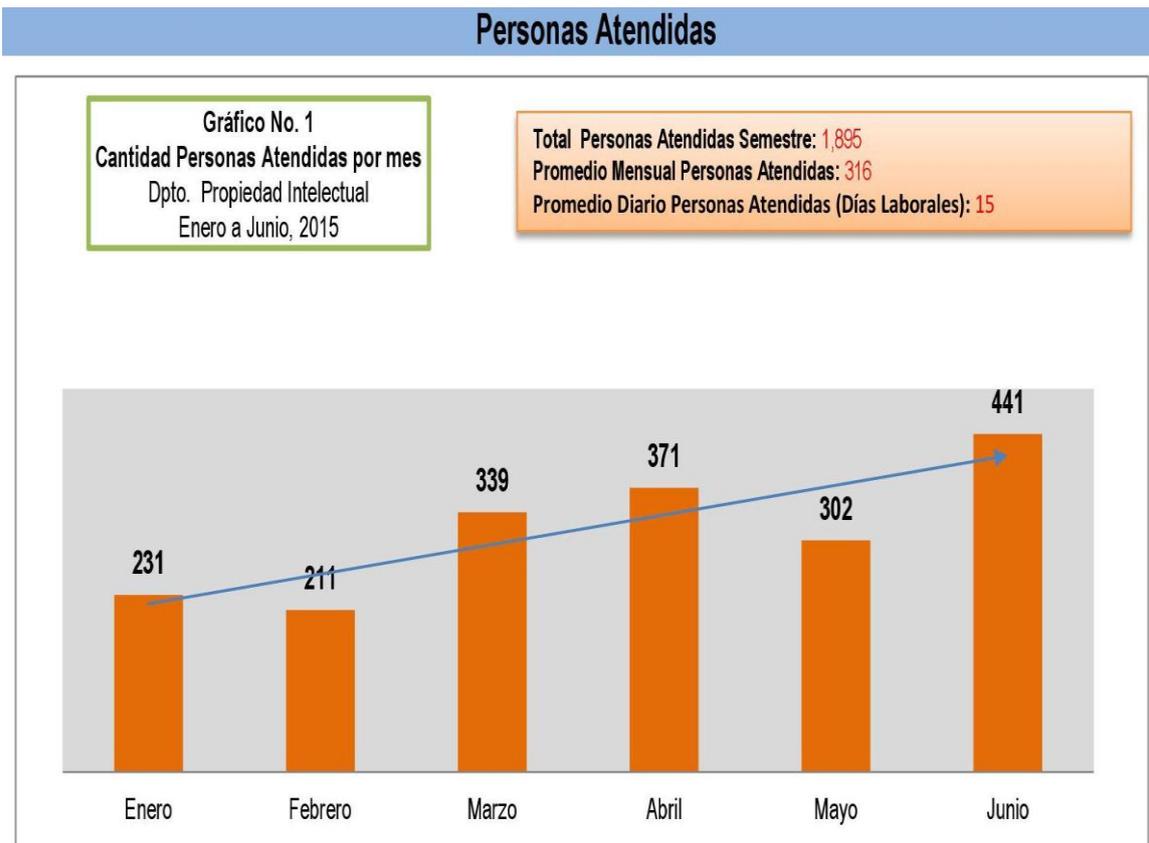
CUARTO: DECLARAR la NULIDAD, por conexidad, de los artículos 1.9, 14 y 15 de la Resolución núm. 086-11, que aprueba el “Reglamento para la obtención y preservación de datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones”, por los motivos antes expuestos...”

De este modo, mediante el pre citado curso de acciones seguido en el proceso de referencia, queda reglamentado parcialmente el manejo debido a la persecución de los delitos cibernéticos en el entorno procesal probatorio dominicano. Referimos parcialmente, porque las pretensiones de los impetrantes y, consecuentemente, la decisión del alto Tribunal, solo estatuyó en lo relativo al derecho de no injerencia y privacidad que asiste al ciudadano, y la reiteración de la obligatoriedad de mediación judicial, en los casos que así lo ameriten, para el acceso a las comunicaciones privadas, aún sean realizadas a través del ciberespacio.

Siguen sueltas cuestiones tan importantes como la reglamentación procesal de las pruebas que no ameriten recurrir al histórico tecnológico del individuo; que proceso seguir, por ejemplo, para hacer valer como prueba una imagen posteada en Facebook, un texto colgado en Twitter, la recepción o envío de un email, en mensaje de imágenes, texto o voz accionado mediante WhapsApp?. El espíritu de la ley 53-07 y, consecuentemente, la Sentencia Constitucional evacuada con respecto a un reglamento emanado en función de un mandato de la referida ley, se corresponde con delitos de Alta Tecnología, para perseguir dar seguimiento al crimen organizado; mientras, los delitos de “baja tecnología”, seguirán bailando en los tribunales a merced del particular criterio del juzgador, y la habilidad del abogado para hacerlo valer o desacreditar.

5.9.3 Los Delitos Tecnológicos: Tendencia Judicial Penal en Rep. Dom. Alcance de los Medios de Prueba

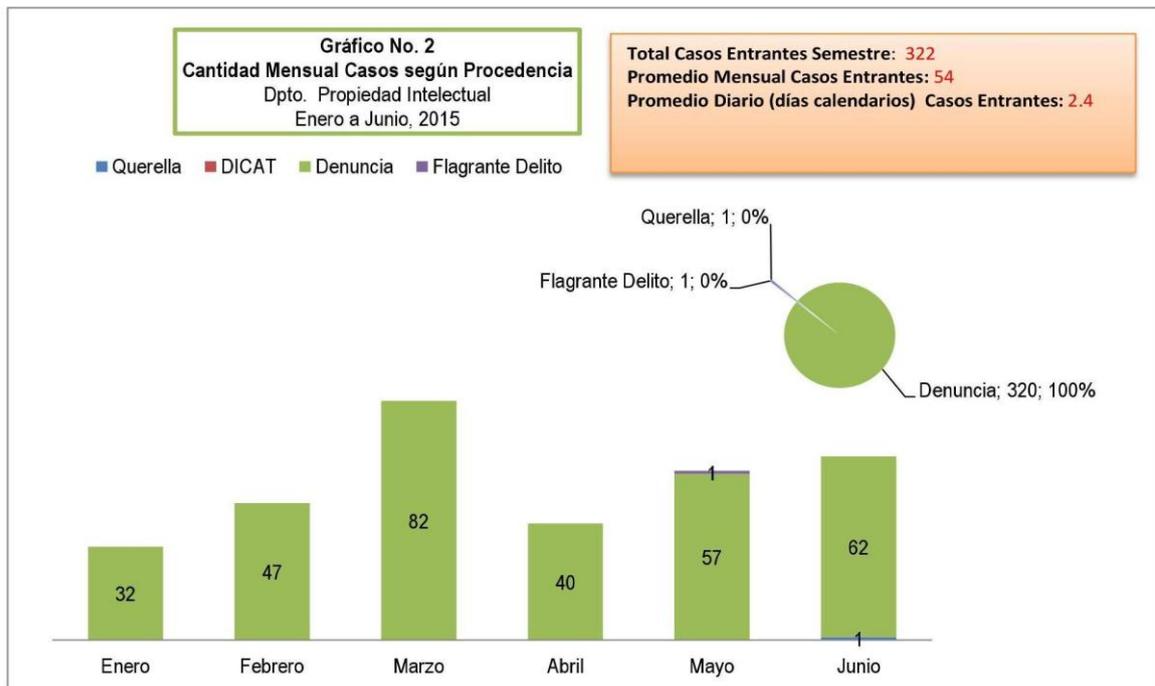
Los delitos tecnológicos, que en su conjunto engloban el uso de las denominadas redes sociales y se operan desde el ciber espacio o zona virtual, paulatinamente se está convirtiendo en la tendencia delictiva de mayor importancia en Rep. Dom., de conformidad con datos recogidos en el semestre enero – junio, 2015 sobre el Departamento de Alta Tecnología de la PFDN. Esto nos dicen los números:¹⁰³⁵



Aunque no es una tendencia radical, toda vez que en algunos meses se presentan menos cantidad de casos respecto del anterior, si se trata de una tendencia tentativa, con proyección a mantener el curso de aumento; lo que se demuestra si hacemos el análisis comparativo del primer trimestre con un total de 771 usuarios atendidos, frente a 1,114 para el segundo semestre, para un incremento de un 37.4%. La actividad señalada ingresó por las siguientes vías:

¹⁰³⁵ Los datos estadísticos nos fueron suministrados por la Dirección de Indicadores de Gestión de la PFDN

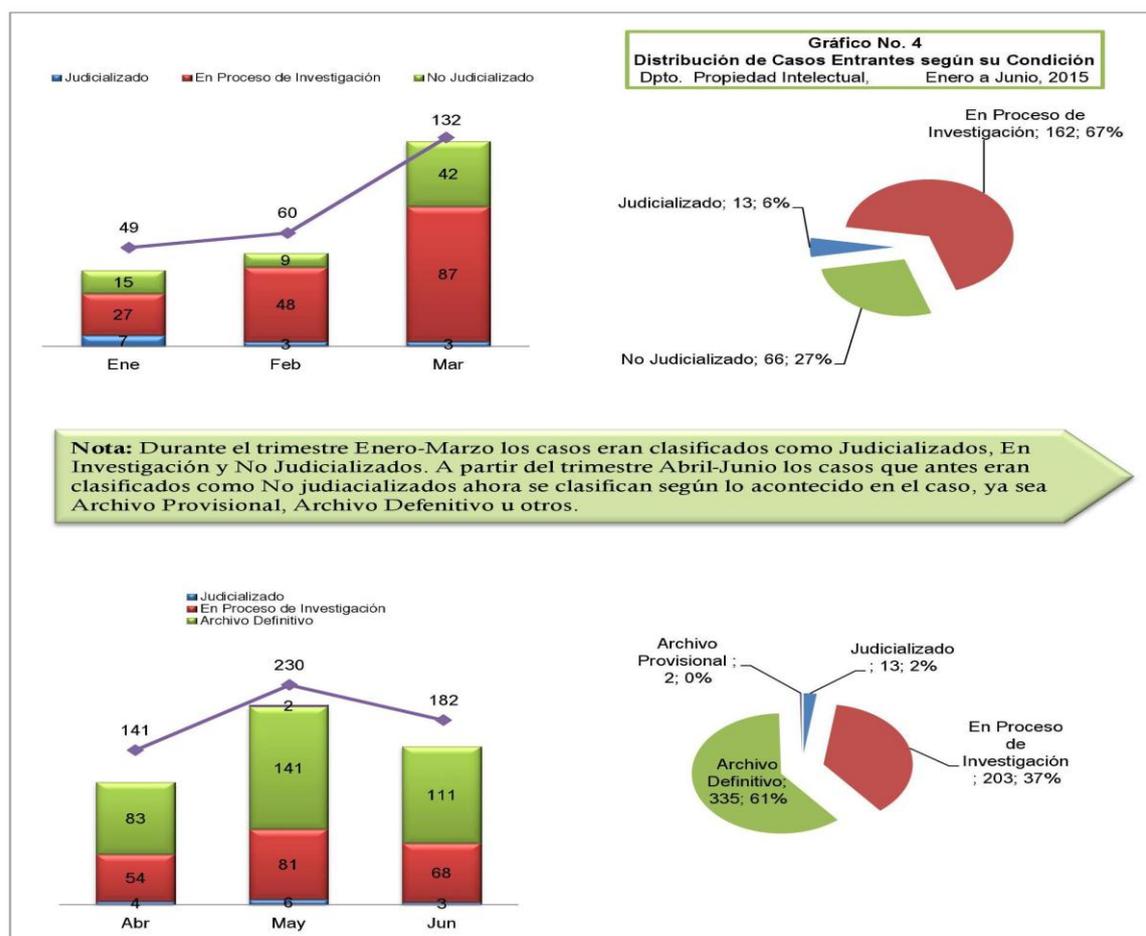
Casos Entrantes



Como puede observarse, un grueso importante de los casos ingresa al sistema vía denuncia, siendo los medios tradicionales de judicialización como la querrella y la flagrancia, prácticamente inexistente en esta etapa, lo que por un lado pone de manifiesto las características de esta actividad delictiva: en primer lugar, el carácter de privacidad de esta modalidad delictiva y, en segundo lugar, muestra su escaso arraigo como actividad perseguida.

Como puede observarse en la gráfica “Condición de los Casos” en el trimestre enero – marzo los casos en proceso de investigación representan las 2/3 parte, circunstancia que se invirtió en el segundo semestre abril – junio, lo cual es fruto de que son procesos que requieren investigación certificada, es decir, intervienen varias instituciones que deben otorgar opinión técnica, conforme el área de infracción, ya que concurren en la aplicación de la ley varias instituciones que resguardan interese jurídicos particulares: propiedad industrial, derecho de autor, NNA, ley de salud, redes sociales, delitos de alta tecnología, etc., siendo el departamento de mayor actividad entorno a esta modalidad delictiva el DICAT.

Condición de los Casos

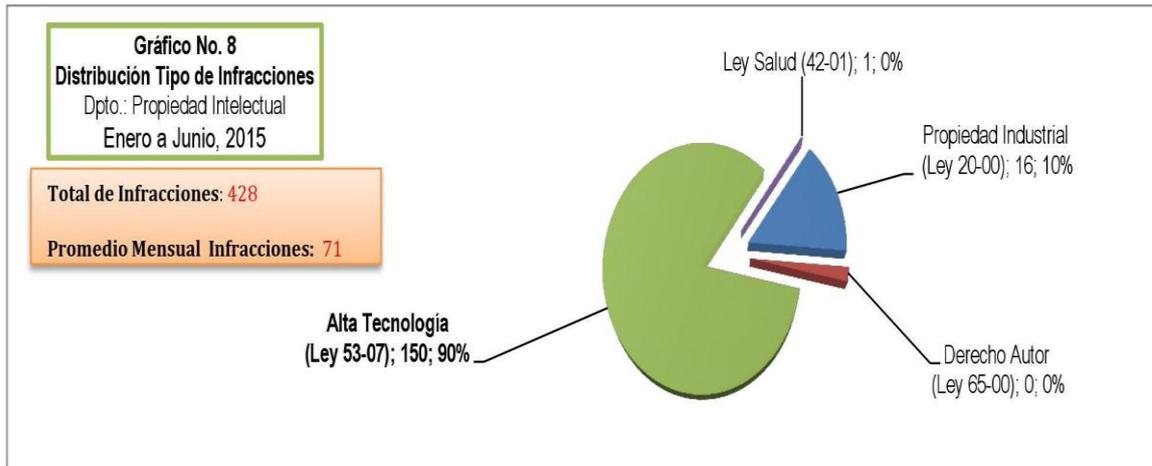


De igual modo observamos en el mismo cuadro analítico, que en el segundo trimestre lideró la actividad consistente en archivos de casos, a la inversa de la representación de “en proceso de investigación”, movimiento que encuentra explicación en el hecho de que al avanzar en la investigación los elementos de pruebas se tornaron o solidas o inocuas, dando paso a la activad de conciliación, toda vez que es una actividad judicial de acción pública a instancia privada,¹⁰³⁶ en donde la conciliación está abierta en todo estado de causa, sin perjuicio de que es promovida activamente por el departamento fiscal, en los casos que no comprometen más allá de lo razonable el bien jurídico protegido.

En lo relativo a los tipos de infracción que el grueso de los delitos corresponde a actividades de Alta Tecnología, en menor grado los ataques a la propiedad industrial, y en la escala mínima el derecho de autor, seguido por las transgresiones a la ley de salud. Véase:

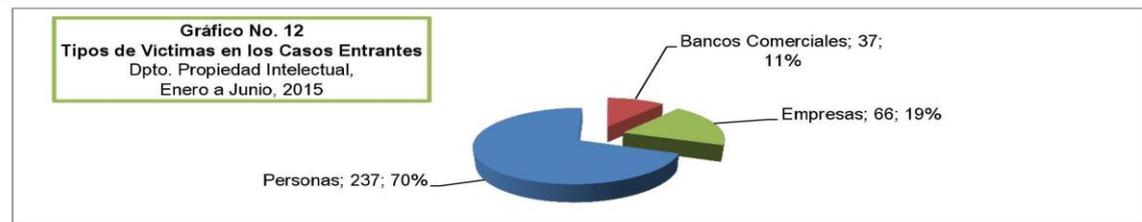
¹⁰³⁶ CCPD., Art. 31

Tipo de Infracciones



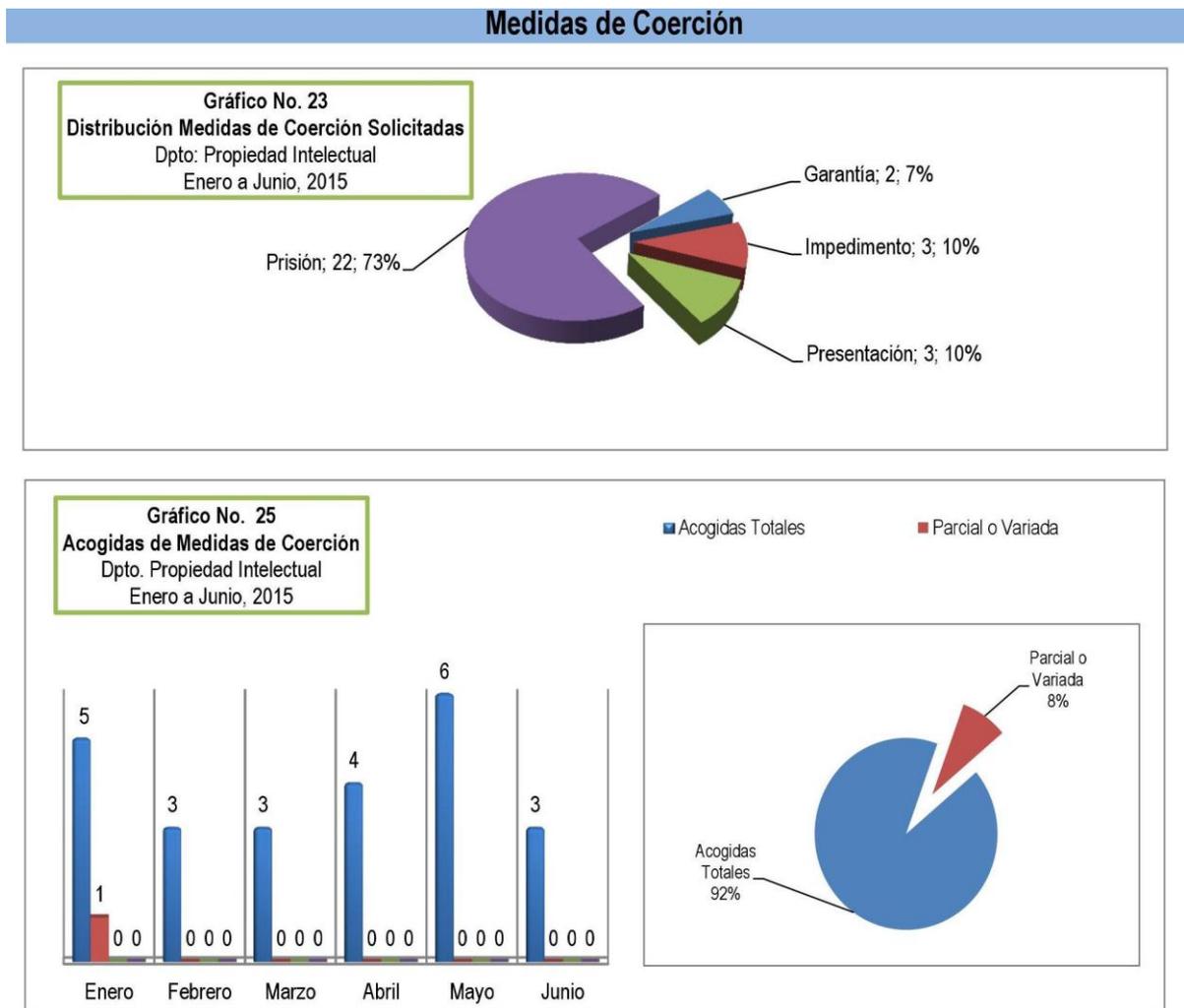
En el análisis general semestral que grafica la relación de víctimas e imputados, encontramos que en el referido período el 70% de las víctimas fueron personal, el 19% empresas, complementados con el 11% en perjuicio de las entidades bancarias. Las víctimas humanas por genero se plantea casi a la par con una insignificancia de un porcentual de un 2%, dato estadístico que nos comunica que resulta indiferente atacar en el ciberespacio a un hombre o una dama; circunstancia que da un giro dramático cuando se determina el actor delictivo, asumiendo el género masculino el 76% de las actividades delictivas registradas en el semestre.

Generales de Víctimas e Imputados



Otro dato de contenido relevante es el referente a la edad de las víctimas, dando cuenta el informe que el grueso importante de víctimas es un perfil adulto joven con edades oscilantes entre los 18/35, constituyendo un relevante 79%. Ese mismo rango de población adulta joven, constituyen, 18/35, la franja de cibernautas con mayor propensión estadística a delinquir, con un categórico 92%.

Datos interesantes se representan en las estadísticas relativas a la etapa inicial de litigación. El análisis semestral da cuenta de una efectividad de un 100% x 100% en medidas de coerción, en esa primera etapa de este año no hubo un solo imputado al que no le fuera retenida una de las medidas de coerción de las previstas en la normativa procesal,¹⁰³⁷ incluyendo un importante 73% de PP, y con una variación de pedimento en un insignificante 8%, conforme se visualiza en la segunda parte del gráfico 25.



¹⁰³⁷ CPPD., Art. 226

Estos números, reflejados en esta última gráfica, dan cuenta de la solidez de la prueba en lo que respecta la prueba digital, cibernética o electrónica; de hecho, la tendencia natural es que se convierta en la prueba por excelencia, toda vez que no depende de variables tan frágiles como un testigo que en un momento determinado puede decidir desistir de su colaboración, o deponer en sentido opuesto o aviesamente inofensivo. De hecho esta modalidad probatoria supera hasta la deseada confesión, toda vez que cabe la posibilidad que el auto inculpado se haya propuesto encubrir otra persona o mentir en su propio perjuicio.

Sin embargo, la prueba digital es, sino indeleble, difícil de eliminar, deja rastros, y una vez completados los procesos de levantamiento, certificación y acreditación, resulta en extremo difícil de combatir.

5.10 La Justicia del Futuro: los Procesos Virtuales

La tendencia del mundo es hacia el derribo de las fronteras, la supresión de las distancias. La ciencia, las relaciones interpersonales, los procesos aprendizaje-enseñanza... todos están cada vez más cerca e integrados, gracias a la tecnología. La administración de justicia no debe quedar al margen de esta irreversible realidad; más bien, debe encaminar pasos de innovación y no esperar ingresar en el último vagón de innovación social. La justicia dominicana debe estar dando los primeros pasos ya para la virtualización de la justicia procesal. Por la naturaleza y enfoque de este trabajo nos estaremos refiriendo a la virtualización del proceso penal, que es sin quizás, el que mayores requisitos amerite por la naturaleza de la materia; sin embargo, debe ser un proceso encaminado para todas las materias de requerimiento procesal del ordenamiento jurídico dominicano.

Visualizamos una sala de procesos virtuales con monitores adecuados en que los jueces ingresan, el juez presidente acciona el mallete y declara “Quedan abiertas las audiencias...”, a continuación de lo cual se inicia el seguimiento del rol, y el No.1 a cargo de un imputado detenido preventivamente en la Penitenciaría Nacional de la Victoria, en el despacho habilitado para tales fines, acompañado de su abogado o no*(Este puede trasladarse o llevar el proceso desde su despacho, previo establecimiento de un canal de comunicación privado y exclusivo entre ambos) comparecen ambos en la(s) pantalla(s) habilitada(s) para tales fines a la izquierda de los magistrados, y a su derecha el(los)

monitor(es) correspondiente al MP, querellante, actor civil y el abogado privado. Un tercer canal habilitado para los testigos; y un monitor que recoja en mosaicos los actores que estén interactuando en cada momento, el cual puede estar abierto a un canal público mediante el cual, y previo registro, los terceros interesados se pueden conectar desde cualquier punto del planeta.

Esta modalidad procesal representa más circunstancias a favor que en contra. La única circunstancia adversa que visualizamos es la pérdida de la interacción física, pero al no tratarse de un programa de lucha en la que se requiere el enfrentamiento físico para medir fortaleza y habilidades, somos de opinión que ese inconveniente queda automáticamente superado.

Las conveniencias son muchas. En primer lugar, se pone la justicia a la altura de los avances tecnológicos, y se implementa en las salas de justicia lo que sucede en la rutina de la ordinaria interacción, que cientos de miles de usuarios se comunican tanto local como internacionalmente a través de aplicaciones que combinan voz e imágenes, como Skype, por ejemplo, entre otras; lo que significa que no es nada nuevo, si es que se le teme a la innovación, son sucesos de la vida cotidiana a los que están habituados los ciudadanos.

En segundo lugar, representa un aporte para la seguridad, toda vez que no habrá que disponer de los dispositivos que requieren los traslados, cuidados y atención de los reclusos; sin perjuicio de altos los costos que debe solventar el Estado para esos fines,¹⁰³⁸ los cuales conjuntamente con la referida seguridad quedarían reducidos a la mínima expresión, y os recursos excedentes bien pudieren ser utilizados en la implementación de programas productivos dentro de los penales, que permitan, además de una adecuada reinserción del recluso a su vuelta a la sociedad, un nivel de ingresos para cumplir compromisos de manutención, ayuda familiar u otras obligaciones de carácter económico. En fin, abre una espiral de beneficios.

¹⁰³⁸ Sobre el particular estimamos que con menos de la mitad de los recursos invertidos por penitenciaría, en el curso de un año, para traslados, cuidado y atención de los prevenidos hacia los tribunales de juicio, se prepara en cada una de ella una excelente sala virtual equipada con los recursos de última generación para la viabilización de este programa.

Al someter a investigación esta iniciativa, encontramos que en Colombia se están desarrollando con éxitos procesos judiciales virtuales en materia penal, contando ese país con unos sesenta y dos centros penitenciarios debidamente equipados para esos fines, y con unos resultados que al decir de los propios medios de comunicación¹⁰³⁹ resultan estupendos.

¹⁰³⁹ El país ya entró en la onda de la justicia virtual. Colombia realiza al mes 400 audiencias por videoconferencia. 62 prisiones ya tienen esta tecnología. Sentado en una sala especialmente habilitada en la cárcel de Cúcuta, Aramis Machado Ortiz, paramilitar del Bloque Fronteras de las Auc, vio y escuchó al magistrado del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá que le negó una solicitud de libertad por supuesta pena cumplida.

Esa audiencia virtual, que se cumplió hace apenas unos días, duró dos horas y le evitó al Inpec los costos y los riesgos que habría implicado el traslado del ex-Auc hasta la capital de la República y el trayecto de vuelta.

La de Machado es una de las 512 audiencias ‘inteligentes’ realizadas en lo que va del año en el país, en las que participaron 1.280 internos desde sus respectivos centros de reclusión.

Con una plataforma tecnológica en cuya implementación han invertido tanto la Rama Judicial como el Inpec, se ha logrado que 62 de las cárceles del país cuenten hoy con salas de videoconferencia que les permiten a los detenidos interactuar, en vivo y en directo, con magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y hasta con sus víctimas.

Al otro lado de la conexión hay 60 centros de servicios judiciales en todo el territorio nacional que cuentan con las cámaras y redes necesarias para impartir justicia a distancia. Cada día, en promedio, se están realizando unas 20 diligencias de este tipo. Los beneficios los siente sobre todo el Inpec, que se ahorra los costos de traslado (corren por su cuenta tanto los del interno como los del personal de custodia) y, sobre todo, el riesgo, porque la lista de guardianes que han muerto o han sido heridos en medio de las remisiones es larga. En los últimos tres años, siete presos de alto perfil se fugaron aprovechando los traslados.

Eso pasó el viernes 5 de julio a las 11:50 de la mañana, cuando 20 hombres de una banda criminal interceptaron en la vía Tarazá–Puerto Valdivia un vehículo del Inpec y se llevaron a cuatro internos. Entre ellos estaba Óscar Mauricio Galvis Agudelo, alias ‘Pantera’, un capo de los nuevos grupos.

‘Pantera’ había sido trasladado a una diligencia judicial a Montería, y su fuga produjo la caída del director y el subdirector de la cárcel de esa ciudad. El 5 de diciembre de ese año fue recapturado por la Policía en Arboletes, y ahora sus audiencias serán virtuales.

En el 2012 se realizaron 1.074 diligencias con la presencia virtual de 4.814 presos, mientras que el año pasado 2.542 reos afrontaron sus procesos a través de 1.437 audiencias teletransmitidas en todo el país.

Paradójicamente, es en las grandes capitales, como Bogotá, donde menos se está haciendo uso de la herramienta. “Aquí rara vez hacemos una audiencia virtual porque los presos están cerca, en la Picota y La Modelo. Además, los jueces de mayor edad prefieren las diligencias presenciales, porque pueden ver y escuchar mejor a los internos”, dice un funcionario de la Rama.

Por lo pronto, el general Saúl Torres, director del Inpec, gestiona ante la Unión Europea la donación de 25 equipos de videoconferencia que se instalarán en igual número de cárceles.

Las audiencias no son la única finalidad de esa tecnología. Actualmente, en todo el país funciona el sistema de ‘visitas virtuales’, una estrategia de comunicación para fortalecer los vínculos familiares entre el interno y sus seres queridos que viven en otras regiones. Desde el 2009 se han realizado 1.053 de estas visitas. El Inpec también sigue en su empeño de poner en funcionamiento el sistema de telemedicina, que reduciría el número de remisiones médicas.

Herramienta clave en casos de ‘paras’ en EE. UU.

El tema de las audiencias virtuales también ha sido una herramienta muy útil para que jueces y magistrados dicten sentencias contra los principales responsables de masacres en el país y que hoy están pagando por sus crímenes en el exterior.

Para el proceso de implementación en Rep. Dom. sugerimos la creación de una Sala Penal Virtual piloto, con sede en uno de los salones del Palacio de Justicia de Ciudad Nueva, interconectado con un Auditorio Virtual habilitado en la Penitenciaría Nacional de la Victoria, los cuales funcionarían como piloto; y el acceso al mismo debe de estar regulado por una Resol. de la SCJ relativo a su implementación, y el uso del mismo, en principio,

El 30 de octubre de 2013, en una diligencia que duró más de cinco horas, un Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá condenó a siete años de prisión a Éver Veloza García, alias ‘HH’, exjefe del Bloque Bananero de las Autodefensas.

Desde una fría sala en una cárcel de Nueva York (Estados Unidos), Veloza García escuchó la condena proferida por un magistrado, en una audiencia virtual realizada en la capital del país y retransmitida en ese penal de la Gran Manzana.

La de Veloza era la primera condena contra los grandes capos de grupos armados ilegales y la número 15 que se profería en ocho años de implementada la norma.

Por medio del sistema virtual, Salvatore Mancuso, la cabeza visible de la desmovilización de las Autodefensas, extraditado a ese país en mayo de 2008, también ha revelado cómo estructuró su maquinaria criminal y qué personalidades políticas y de la Fuerza Pública contribuyeron con su causa paramilitar.

Presupuesto para remisiones

Para el Inpec no cabe duda de que las audiencias virtuales generan un gran ahorro. Una remisión judicial de un solo interno de alta peligrosidad, acompañado de 7 o 10 guardias, puede costar entre 2 y 7 millones de pesos. Este año, en el presupuesto del Inpec están destinados 26.930 millones de pesos para gastos asociados a remisiones de internos. Una cámara de videoconferencia puede costar 25 millones de pesos, y todas las adecuaciones tecnológicas para una sala completa pueden valer alrededor de 80 millones de pesos.

Los riesgos de los traslados. Alerta por la poca seguridad y la corrupción

Según la guardia del Inpec, el país cuenta con 11.200 funcionarios para custodiar a 117.800 internos en las 138 cárceles del país y además realizar los traslados de los presos a las audiencias y citas médicas.

“Con esas condiciones es imposible garantizar la seguridad en los traslados”, señalaron guardianes.

La corrupción, que ha sido clave en algunas de las fugas, es otro de los puntos que se busca enfrentar con las audiencias virtuales.

En 2013, el Inpec evacuó 9.000 casos disciplinarios que estaban a punto de prescribir, hubo 335 sanciones, 86 destituciones, 201 suspensiones y 19 amonestaciones.

‘Pablito’, una fuga bajo sospecha

Una de las fugas más sospechosas que se recuerden en el país fue la de Gustavo Aníbal Giraldo Quinchía, conocido como ‘Pablito’, el jefe militar del ELN, en octubre de 2009.

‘Pablito’, según la inteligencia colombiana, era el más importante jefe de esa guerrilla capturado por las autoridades. Fue rescatado por un comando armado menos de 48 horas después de que hubiera sido trasladado de la cárcel de Cóbbita (Boyacá) hacia Arauca, el departamento donde mandó por años, por una orden de un juez que lo pidió para realizar tres audiencias.

Hombres fuertemente armados se tomaron las afueras del centro carcelario, aprovechando que ‘Pablito’ estaba relativamente cerca de la puerta principal, en la celda de recepciones.

‘Pablito’ era, según las autoridades, el equivalente del ‘Mono Jojoy’ en el ELN. Huyó de inmediato hacia el otro lado de la frontera y desde Venezuela ha estado al frente de la reorganización del grupo guerrillero en Arauca. 1 de junio de 2014.

El Tiempo, edición digital. “El país ya entró en la onda de la justicia virtual” Véase: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/audiencias-judiciales-virtuales/14064698>

deberá ser fruto de acuerdo total entre las partes en litis, consentimiento sobre lo cual debe haber constancia escrita, física o mediante soporte electrónico. La implementación de este proceso virtual permitirá que los procesos penales no sean un obstáculo para la movilidad de las partes, sobre todo testigos y víctimas, las cuales podrán acceder al proceso desde cualquier parte del mundo, evitando de ese modo o el retraso de actividades personales o el retraso del proceso, incluyendo la presunción de “desistimiento de la acción”.¹⁰⁴⁰

Los procesos sociales son indetenibles. Las demandas sociales están latentes, y cada vez más exigen que las instituciones se modernicen y den respuesta pronta, oportuna y transparente a sus necesidades. Y por vía de consecuencia la modernización de la justicia hacia la implementación de herramientas tecnológicas de la información y comunicación construye un puente de intercomunicación con la sociedad en sentido general, como con la propia comunidad jurídica, la cual facilita indefectiblemente la tramitación y agilización de los procesos, haciendo eficiente la organización del trabajo, la productividad de los tribunales, así como optimizar la calidad de la información que es producida en audiencia, entre otras. Es por lo que compartimos las reflexiones de Lillo Lobo, quien citando el título “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI” de Agustí Cerrillo, señala:

“La ...e-justicia, es decir, el uso de las tecnologías de la información y el conocimiento en la Administración de justicia(sic) puede suponer importantes beneficios en el funcionamiento de la Administración de Justicia: los profesionales de la justicia pueden ahorrar tiempo y trabajo; el Gobierno y la Administración de Justicia pueden obtener mayor información y transparencia sobre el funcionamiento de la justicia, y ofrecerla de manera más eficaz y eficiente; los justiciables pueden relacionarse directamente con la justicia, lo que les puede facilitar el acceso a la misma; los usuarios de la justicia pueden suponer una mayor eficiencia en el tratamiento de los casos, un ahorro de tiempo, una disminución de los costes

¹⁰⁴⁰ CPPD., Art. 307

y un mejor acceso a una justicia de mayor calidad. En general, la e-justicia puede facilitar que los ciudadanos la tengan más cerca y que se pueda acercar también a determinados colectivos (inmigrantes, personas con bajo nivel cultural, discapacitados, etc.)”¹⁰⁴¹

¹⁰⁴¹ Lillo Lobos, Ricardo “El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Informe virtual. Véase: <http://www.ijjusticia.org/docs/LOBOS.pdf>

POSTDATA

Justo en el último ítem del contenido estuvimos desarrollando la propuesta relativa a la necesidad de virtualización de los procesos judiciales en Rep. Dom. Tenemos la convicción de que ese el futuro, y un día que no se dé un paso en esa dirección será un día judicialmente perdido.

Dos días después de haber oficialmente cerrado la redacción del contenido, conjuntamente con nuestro equipo asesor, nos llegó, a través de los diarios dominicanos, la siguiente información: “**Sultán de Dubai insta a las autoridades dominicanas a implementar el gobierno electrónico**”.¹⁰⁴² Esta información obligó la inscripción de la presente postdata por ser exactamente el núcleo de nuestra propuesta conclusiva, con la única diferencia que la aplicación que propusimos fue exclusivamente para el área jurisdiccional del Estado.

En efecto, el Sultán Ahmed Bin Sulayem, sugirió al gobierno dominicano “enfocar sus esfuerzos en implementar el gobierno eléctrico para dar impulso al comercio y atraer nuevas inversiones”, en el entendido de que “República Dominicana tiene una gran oportunidad en la actualidad, partiendo de que los países están saliendo de la recesión económica y las personas estarán demandando mayor cantidad de bienes;” sin dejar de poner de manifiesto que “el país cuenta con las infraestructuras necesarias para su desarrollo..., sin embargo se debe abocar a la instauración a un gobierno inteligente, que avance hacia la eliminación del papel y eficientización de los servicios...”

Respecto de la estructura legal es de parecer el Sultán, que para alcanzar un nivel de desarrollo es recomendable observar no tener leyes difíciles, así como no pasar

¹⁰⁴² Esta información fue servida por Listín Diario, versión digital. Se puede acceder a la información íntegra a través del enlace: <http://www.listindiario.com/economia/2015/10/27/393865/sultan-de-dubai-insta-a-las-autoridades-dominicanas-a-implementar-el-gobierno-electronico>

mucho tiempo en regulaciones estrictas, porque pueden cambiar y pueden ser adaptadas para beneficio de los permanentes cambios sociales.

Compartimos a plenitud esta visión aportada por el Sultán, Rep. Dom. debe abocarse a un urgente proceso de modernización en todas las instancias públicas, y no esperar que nos digan de Córdoba, Costa Rica o Chile... que hacer. La virtualización de la justicia, usada como un mecanismo de modernización y agilización de los procesos, puesta al servicio y afianzamiento de las garantías previstas por el debido proceso, puede ser la punta de lanza. Manos a la obra. No hay excusas...

CONCLUSIONES

Ha quedado evidenciado que la cultura jurídica contemporánea, muy especialmente en lo relativo al proceso penal, está encaminada al fortalecimiento del Estado de Derecho, es decir, la subordinación del aparato estatal al orden jurídico establecido, propiciando una relación de respeto a las garantías debidas a los ciudadanos.

En el entendido de que el objetivo de la exclusión probatoria es, precisamente, excluir del proceso la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del individuo, esta juega un papel de especial importancia como punto de equilibrio en el sostenimiento del Estado de Derecho.

En consideración a los planteamientos que anteceden, es posible afirmar que el principio que establece la exclusión de la prueba ilícita, juega un papel de extraordinaria importancia en la nueva etapa del Proceso Penal Dominicano. Se asume esta afirmación en el hecho de que en República Dominicana, desde siempre, ha existido un Estado de Derecho en sentido formal, es decir, válido solamente en los pronunciamientos que sobre el particular eran recogidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, sin embargo, otra era la realidad a la hora de poner en práctica los principios y fundamentos rectores del respeto por los derechos.

En tal sentido, desde la conquista de América, hasta nuestros días, el Estado de Derecho no ha sido más que una quimera, y no ha existido en sentido material, es decir, mediante la adopción de normas, específicas y concretas, que protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos; sin embargo, conforme las nuevas corrientes procesales penales refrescan a América, el sistema procesal penal dominicano ha ido asumiendo en la práctica, de manera acelerada, las herramientas legales suministradas por el debido proceso, circunstancias que definitivamente han incidido en que los procesos penales dominicanos se ajusten a las exigencias de los nuevos tiempos.

Recién se inicia la adopción de medidas en tal sentido, con la entrada en vigencia de la Ley 76-02 o Código Procesal Penal Dominicano, en donde se establece, entre otras consideraciones, que “No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni

utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código” (Art. 167 CPPD).

En tal sentido, con la inclusión de este principio, y los denominados “derechos del imputado” (Art. 95 CPPD), la nueva normativa procesal rompe con una cultura jurídica caracterizada por el irrespeto a las garantías constitucionales debidas al justiciable.

En este momento es posible afirmar que el principio de exclusión probatoria juega un papel extraordinario en el proceso penal, por el hecho de constituir un importante equilibrio entre la responsabilidad punitiva del estado, y el debido respeto a los derechos humanos, consagrados en los tratados internacionales que versan sobre el particular, y que recogen la mayoría de las constituciones modernas, y leyes adjetivas sobre la materia.

Uno de los elementos que hace interesante la implementación de este principio, es que exige al investigador el uso de técnicas legales e inteligentes para la recolección de los elementos probatorios, y combatir el delito común y la delincuencia organizada, ésta que, por lo regular, supera con creces los recursos económicos y tecnológicos usados por las autoridades.

En el marco de la responsabilidad que entraña la investigación de una figura jurídica que reviste tanta trascendencia para mantener el equilibrio de la persecución penal, debemos ponderar algunos elementos que no deben dejarse pasar desapercibido para el fortalecimiento práctico del principio en cuestión.

En primer lugar, se percibe entre los tratadistas una referencia incisiva en que la exclusión probatoria constituye un mecanismo para proteger los derechos constitucionales del individuo. En efecto, este enfoque constitucionalista, refuerza y armoniza los derechos consagrados en los tratados internacionales, las leyes adjetivas, y los procedimientos que han de ser observados dentro del debido proceso. En otro orden, es preciso señalar que la figura de exclusión, representa una

herramienta que, usada de un modo inapropiado, posee vocación de debilitar el proceso de administración de justicia. De ese modo, el investigador, en contubernio con el delincuente, pudiere contaminar los elementos de prueba, convirtiendo su actuación en ilegal, en beneficio de éste, y en perjuicio de la sociedad.

Sobre el particular, deben ser establecidas políticas de formación, capacitación y entrenamientos, dirigidas a todo el personal que componen los cuerpos de investigación; y establecer sanciones claras, precisas y contundentes, en los casos en que se establezca causalidad entre la ilegalidad y la inobservancia de los procedimientos por parte de la autoridad que haya participado en el levantamiento de las pruebas excluidas.

En República Dominicana, el principio de exclusión se introdujo al sistema vía adjetiva, a través de la normativa procesal, y recién fue también asumida por la Carta Sustantiva, a través de la reforma constitucional servida en 2010.

Los aportes que realizamos los fuimos colocando directamente en los ítems correspondientes a las puntualizaciones específicas, razón por la cual están diseminados en el trayecto de la exposición, por lo que nos vamos a abstener de ocupar su valioso tiempo con reflexiones que ya hemos desarrollado.

Solo nos vamos a detener en este punto para la proposición de un aporte que entendemos será de invaluable beneficio para el desarrollo socio jurídico de la Rep. Dom., y consiste en lo siguiente:

De un modo u otro nos hemos acostumbrado a la estaticidad legal, sin mayores apuros pasamos siglos con las mismas normativas legales, sin que esas odiosas circunstancias non inmuten en lo más mínimo, con el manifiesto perjuicio de que los proceso sociales se van colocando por encima de las regulaciones legales, dando inicio a una espiral de anquilosamiento que va haciendo cada vez más pesado la movilidad del aparato judicial. En tal sentido proponemos que se creen comisiones de cinco juristas por cada materia procesal, para que permanentemente se mantengan captando las nuevas adecuaciones y pequeñas transformaciones que se van produciendo a nivel mundial, para irlas compartiendo, asimilando y visualizando los

procesos de adaptación para el sistema dominicano; sin perjuicio de iniciativas de creación de nuevas teorías y modelos que permitan avances y agilidad en los procesos judiciales de las diversas materias.

En ese mismo tenor, todas las leyes deben ser revisadas y actualizadas en periodo no mayor de diez años, a los fines de contar con instrumentos legales que representen efectivamente la evolución que el grupo humano va experimentando en el orden social.

BIBLIOGRAFIA

Agelán Casasnovas, Esther Elisa y Veras Almánzar, Sarah Altagracia. “Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio Latinoamericano”. 1ra. Parte. Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. Santo Domingo, 2008

Amaro Guzmán, Dr. Raymundo “Constitución de la República Dominicana”, Comisión Revisora de las Normas de administración Pública (CORENAP), Santo Domingo, 2000

Antón M., Karl Joseph “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, Editorial Lerner, Argentina, 1986

Armijo Sancho, Gilbert Antonio. “Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2001

Basaglia, Franco “Razón, Locura y Sociedad”, Editorial Siglo XXI, México 1981

Bassat Torres, Nelson “La duda razonable en la prueba penal” (con especial referencia a Puerto Rico), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco

Benthan, Jeremías. “Tratado de las Pruebas Judiciales”. Valletta Ediciones, SRL, Buenos Aires, 2002

Bergalli, Roberto “Una Sociología del Control Penal para América Latina: La Superación de la Criminología en el Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Biblioteca de Ciencias Penales, No. 7, Editorial Civitas, Madrid, 1986

Bergalli, Roberto, Sistema penal y problemas sociales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. IV, Editora Ediar, Buenos Aires, 1995

Bindel, Alberto “Derecho Procesal Penal”. Escuela Nacional de la Judicatura. Editora Amigo del Hogar. Santo Domingo. 2006. Págs. 1-564

Binder, Alberto “Derecho Procesal Penal”, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2006

Birgin, Haidée “Acceso a la Justicia como garantía de Igualdad”, Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1982

Bossi, Fernando Ramón “Estados Unidos vs. Derechos humanos”, Ediciones Emancipación, Venezuela, 2004

Brown, Guillermo “Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Editorial Jurídica Nova Tesis, Argentina, 2002

Cabañas, G. Juan Carlos “La Valoración de las Pruebas y su control en el Proceso Civil, Editorial Grefol, S.A., Madrid, 1992

Cafferata Nores, José I. y Hairabedián, Maximiliano “La Prueba en el Proceso Penal”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008

Cafferata, José I. “Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007

Camacho Hidalgo, Ignacio “Código Procesal Penal Anotado”, Editora Manatí, Santo Domingo, 2006

Camiña, María C., “Principios de Derecho Procesal Penal. Casos y Soluciones”. Editorial Ad- Hoc. Buenos Aires. 2002.

Capitant, Henry. “Vocabulario Jurídico”, 6ta. Reimpresión, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1977

Carnelutti, Francesco “Metodología del Derecho”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972

Carrara, Francisco “Programa de Derecho Criminal”, Editorial Temis, Buenos Aires, 1972

Carrió, Alejandro “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, Editorial Siglo XXI, México, 2007

Clariá Olmedo, Jorge “Tratado de derecho procesal penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1962

Cohn, Haim H, “Police Power ad Individual Freedom, Chicago, Claude R. Sowle, 1962

Cortés Coto, Ronald “La Etapa Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal”, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., Costa Rica, 1998

Cruceta, José Alberto y otros Autores “Ensayos y Monografías sobre el Derecho Procesal Penal Dominicano.”, Editora Buho, Santo Domingo, 2006

De La Torre, Felipe “Manual Sobre la Investigación del Delito de Trata De Personas. Guía de Autoaprendizaje”, UNODC, Costa Rica, 2010

De Santo, Víctor. “Nulidades Procesales”, Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1999

Deck, Ulrich “La sociedad de riesgos global”, Siglo XXI, Madrid, 2002

Del Castillo Morales, Luis R. y otros autores “Derecho Procesal Penal”, Editora Capel Dominicana, S.A., 2004

Dellepaine, Antonio “Nueva teoría general de la prueba, Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939

Devis Echandía, Hernando “Teoría General de la Prueba Judicial”, t. I y II, Editorial Temis, Bogotá, 2002

- Diez Cabiale, J. y Martin Moreles, R. “Las garantías constitucionales de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Editorial Civitas, Madrid, 2001
- Duarte Canaán, Pedro J. “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2005
- Duarte Canaán, Pedro José. “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo. 2005
- Edwards, Carlos Enrique “La Prueba Ilegal en el Proceso Penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000
- ENJ “Valoración de la Prueba II” Escuela Nacional de la Judicatura “Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes”, Santo Domingo 2002
- Estrella Ruiz, Manuel “Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. Indubio Pro reo”, Editora Talleres de Litocom, Tegucigalpa, 2001
- Félix Damián Olivares Grullón y Ramón Emilio Núñez Núñez, “Código Procesal Penal Concordado”, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003
- Ferrajoli, Luigi “Democracia y Garantismo”, Editorial Trotta, Madrid, 2001
- Ferrajoli, Luigi “Derechos y Garantías”, Editorial Trotta, Madrid, 2004
- Fleming, Abel “Garantías del Imputado”, Editorial Temis, Bogotá, 1996
- Floriot, René. “Los Errores Judiciales”. Traducción de Jesús Ruiz. Editorial Noguer, S.A. Barcelona, España. 1972
- Gayraud, Jean François “El G) de las Mafias del Mundo (Geopolítica del Crimen Organizado), AFA Editores, Lima, 1998
- Gorphe, François “De la apreciación de las pruebas”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1950
- Guzmán Brito, Alejandro “Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo". Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (XXV), Ediciones de Valparaíso, Chile, 2003
- Hairabedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002
- Hairabedián, Maximiliano. “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002
- Hendler, Edmundo S. “Las Garantías Penales y Procesales, Enfoque Histórico-Comparado”, Editores del Puerto, SRL, Buenos Aires
- Hernández Basualto, Héctor. “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”. Colección de Investigaciones Jurídicas. 2ª. Reimpresión. Impresora Grafica Issa. Santiago de Chile. 2005

- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2005
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005
- Jakobs, Günther “Fundamento y Teoría de la Imputación”, Editorial Temis, Bogotá, 1992
- Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004
- Jiménez de Asúa, Luís “Lecciones de Derecho Penal”, Editorial Depalma, Argentina, 1986
- Leone, Giovanny “Tratado de Derecho Procesal Penal”, trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1963
- Livio Cedeño, Víctor “Manual de Derecho Procesal Penal Moderno”, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2006
- Machicado, Jorge “El debido proceso penal”, Editorial Apuntes Jurídicos, Bolivia, 2010
- Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011
- Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003
- Manzini, Vincenzo “Tratado de Derecho Procesal Penal”, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1952
- Marcone Moreno, Juan “Tratado de la Prueba Penal”, AFA Editores, Lima, 1991
- Medina Tejada, Daira. “Manual del Litigante Dominicano en Materia Procesal Penal”. Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. Santo Domingo, 2008
- Mendelson, B.J. “La Trampa de las Redes Sociales”, Ediciones Urano, Barcelona 2013, pág. 31
- Midón, Marcelo S. “Tratado de la Prueba”, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 1984
- Miranda Estrampes, Manuel “Concepto de la Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal”, Editora Depalma, Argentina, 2005
- Montañez Pardo, Miguel Angel. “La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia”. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, España. 1999
- Montañez Pardo, Miguel Ángel “La Presunción de Inocencia”, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999

Moras Mom, Jorge. “Manual de Derecho Procesal Penal”, Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004

Muñoz Conde, Francisco “Introducción al derecho Penal”, Ediciones de Valparaíso, Chile, 2002

Olivares Grullón, Félix Damián Y Núñez Núñez, Ramón Emilio. “Código Procesal Penal Dominicano (Ley 76-02)”, Concordado. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Primera Edición. Santo Domingo, 2003

Peña Batlle, Manuel Arturo, y otros autores “Ensayos en Torno a la Constitución de 1844”, Publicaciones ONAP, Santo Domingo, 1981

Pérez Gil, Julio: “Digitalización de la Justicia y reformas procesales: Un balance de Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías”, Universidad de Burgos, 2005

Piñar Mañas, José Luis y otros autores “Redes Sociales y Privacidad del Menor”, Fundación Solventia, Madrid, 2011

Quirós Pérez, Renén “Manual de Derecho Penal” Editora Félix Varela, La Habana 2002

Raful Pérez, Eric “Ensayos y Monografías sobre el Derecho Procesal Penal Dominicano.”, Editora Buho, Santo Domingo, 2006

Rico, José María “Crimen y Justicia en América Latina”, Editorial Siglo XXI, México 1975

Roxin, Claus y Jakobs, Günther “Sobre el Estado de la Teoría del Delito”, Editorial Temis, Bogotá, 1996

Rubianes, Carlos J. “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977

Sagües, Néstor Pedro “Compendio de Derecho Procesal Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011

Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Editorial Lerner, Argentina, 1994

Taruffo, Michel “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2002

Temis, Bogotá, 1982

Thompson, José “Acceso a la Justicia y Equidad”, Editorial Valparaíso, Chile, 2002

Torres del Moral, Antonio “Principios de Derecho Constitucional Español”, Editora Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004

Tschadek, Otto “La Prueba: Estudio de los medios de Prueba y la Apreciación de la Prueba”, Editorial Urbano Castillo, Edgardo “La Prueba Ilícita Penal, Estudio Jurisprudencial”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 2007

Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1981

Walter, Gerhard “Libre apreciación de la prueba”, Editorial Temis, Bogotá, 1985

Washington Abalos, Raúl “Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1993

ARTÍCULOS

“Diferencias y similitudes entre la prueba ilícita y la prueba irregular”. Véase: <https://agendamagna.wordpress.com/2008/09/12/diferencias-y-similitudes-entre-la-prueba-ilicita-y-la-prueba-irregular/>

Aba Catoira, Ana Art. Dig. “La Tecnologización de la Prueba en el Proceso Penal. la Videoconferencia: Objeciones y Ventajas (Realidad y Futuro de la Administración de Justicia. La Aplicación de las Tics)”, Profesora Titular Derecho Constitucional. Universidad de la Coruña., 2009.

Alexy, Roberto Art. Dig. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pags.88-89. Véase: <http://www.redalyc.org/pdf/885/88501716.pdf>

Alexy, Roberto Art. Dig. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pags.88-89. Véase: <http://www.redalyc.org/pdf/885/88501716.pdf>

Álvarez Conde, Enrique y González, Hortensia Art. Dig. “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 7/2006, Real Instituto Elcano, Madrid, 2006, pág. 4. Véase: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/891/891_Alvarezcondegonzalez.pdf

Andrés Ibáñez, Perfecto, Art. “Falacias en la Jurisprudencia Penal”, Dialnet N° 217, 2011

Arburola Valverde, Allan Art. Dig. “La Prueba Ilícita o Espúrea en Materia Penal”

Véase: <http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/prueba-ilicita-espurea-materia-penal.shtml>

Barrientos, Franklin Art. Dig. “La Política Antiterrorista de los Estados Unidos”. Véase: <file:///C:/Users/Abranny/Downloads/Política%20Antiterrorista%20EE.UU%20anep%20culacion%20entre%20constitucionalismo%20y%20derechos.htm#uno>

D'Atena, Antonio Art. Dig. "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos". Véase: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/La%20vin>

Fortunato, José Luis Art. Dig. "El Juez: Formación, Designación y Función (República Dominicana)", véase: <http://www.monografias.com/trabajos46/el-juez-dominicana/el-juez-dominicana3.shtml>

Fr. Gustavo Gutiérrez, O.P. Art. Dig. "Texto del Sermón de Antón Montesino según Bartolomé De Las Casas y Comentario de Gustavo Gutiérrez". Véase: http://www.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf

Giner Alegría, César Augusto Art. "Prueba Prohibida y Prueba Ilícita", Anales del Derecho, Universidad de Murcia, 2008

Jesús Moreira, Manuel Alberto, Art. Dig. "La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios", Véase: <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropol%C3%B3gica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-originaarios>

Jódar Marín, Juan Ángel "La Era Digital: Nuevos Medios, Nuevos Usuarios y Nuevos Profesionales", Revista Digital Razón y Palabra. Véase: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N71/VARIA/29%20JODAR_REVISADO.pdf

Lillo Lobos, Ricardo "El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones". Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Informe virtual.

Manrique Celada, Manuel Art. Dig. "Redes sociales y Patología. La Anatomía Patológica en las redes sociales de internet". Véase: http://www.seap.es/documents/228448/530967/03_Manrique.pdf

Marín González, Juan Carlos y García Sánchez, Guillermo J. "Problemas que Enfrenta la Prueba Digital en los Estados Unidos de Norteamérica", Revista de Estudios de la Justicia N° 21, Chile, 2014, pag.75

Martella, Lilián P. "Hábeas Data: Garantía de una dimensión fundamental de la libertad"

Miranda Estrampes, Manuel Art. "La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones", Revista Catalana de la Seguretat Publica, Mayo 2010

Miranda Morales, Lorenzo Ignacio Art. Dig.: "El Principio de Objetividad en la Investigación Fiscal y el Proceso Penal. Una Reforma Urgente", Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 15, 2010, Universidad San Sebastián, Chile, pag.36. Véase: [file:///C:/Users/Abranny/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeObjetividadEnLaInvestigacionFiscalYEl-3637609%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/Abranny/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeObjetividadEnLaInvestigacionFiscalYEl-3637609%20(7).pdf)

Parra Quijano, Jairo Art. Dig. "Razonamiento Judicial en Materia Probatoria"

Raful, Tony Art. Dig. "La Constitución era un pedazo de papel", véase: <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2013/5/20/277713/print>

Recuenco, Silvia Art. Dig., “¿Es válida en un juicio la información de las redes sociales?”, véase: <http://www.educaydisfruta.com/magazine/imprevistos/redes-sociales-padres/>

Rodríguez García, Mariano Art. Dig. “Los Delitos Transnacionales” Véase: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8101#_ftn1

Sánchez Lizausaba, Dr. Jesús Art. Dig. “La Enfermedad Mental y el Delito”. Véase: http://sanliz.com/content/index.php?option=com_content&task=view&id=9&Itemid=10

Sueiro, Carlos Christian “La Prueba Digital y el Nuevo Código Procesal Penal”. Véase: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/05/ Penal-Doctrina-2015-05-29.pdf>

Troncoso Morales, Juan Andrés. EEW, véase: https://es.wikipedia.org/wiki/Debido_proceso

Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>

Véase: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7504/1/AD_13_art_1.pdf

Véase: <http://www.ijjusticia.org/docs/LOBOS.pdf>

Véase: <http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/prueba-ilicita-espurea-materia-penal2.shtml>

Véase: <http://www.santafe-conicet.gov.ar/servicios/comunica/ponencias/habeasdat1.htm>

Veras, Sarah Art. Dig. “Las Raíces del Código Procesal Penal de República Dominicana”. Véase: <http://pgr.gOp.do/Portal/Contents/Articulos/Noticias/20100927-Las-Raices-Codigo-Procesal-Penal-Republica-Dominicana-articulo-magistrada-Sarah-Veras-juvez-presidenta-Segundo-Tribunal-Colegiado-Juzgado-Prim.ashx>

Zapata García, María Francisca “El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: La intervención oportuna y efectiva del defensor”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005

CONSTITUCIONES

Constitución Política de Colombia 1991

Constitución Política de España, 1978

Constitución Política de la Nación Argentina, 1994

Constitución Política de la Provincia de Córdoba, 1987

Constitución Política de Perú, 1993

Constitución Política de la Republica Dominicana, Varias versiones

LEYES

Ley 27.063 sobre Código Procesal Penal de la Nación, Argentina

Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, Rep. Dom.

Ley 600-2000 sobre Código de Procedimiento Penal de Colombia

Ley 6-1985 Orgánica del Poder Judicial, España,

Ley 76-02 sobre Código Procesal Penal Dominicano

Ley 78-03 sobre Estatuto del Ministerio Público, Rep. Dom.

Ley 8.123 sobre Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina

Ley 957 sobre Código Procesal Penal de Perú

Ley de Enjuiciamiento Criminal, España

DECLARACIONES, CONVENIOS, CONVENCIONES Y PROTOCOLOS

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, 22 de noviembre del 1969

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 9 diciembre 2000

Protocolo de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

Protocolo de las Naciones Unidas contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego

Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de diciembre del 1985

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre del 1965

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 18 de diciembre del 1979

Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest, 23 noviembre 2001

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 7 de abril del 1948

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre del 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre del 1966

RESOLUCIONES

Resolución 086-11 sobre “Reglamento para la Obtención y Preservación de Datos e Informaciones por parte de los Proveedores de Servicios” del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)

Resolución 1920-03, Suprema Corte de Justicia, Rep. Dom.

Lic. Abrahán Francisco De Jesús Santos
Sustentante

Dr. Ignacio Muñagorri Laguía
Tutor

Colofón
Producto Académico Elaborado
en Santo Domingo, D.N., República Dominicana

Monitoreado y Corregido
desde Donostia, San Sebastián, España
Octubre, 2015.-

Eman ta zabal zazu