

# DERECHOS FUNDAMENTALES Y CORRUPCIÓN; UN REPASO A LOS EXCESOS DE LA DEFENSA

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND CORRUPTION; A REVIEW OF THE EXCESSES OF THE DEFENSE

MSc. William E. Alave Laura

Presentado: 28 de abril de 2023, Aceptado: 03 de mayo de 2023

### RESUMEN

La corrupción y los derechos humanos son una fuente de inagotable de estudio y discusión, más aún cuando la dispersión de recursos económicos por causa de la corrupción pública y privada, disminuye drásticamente las esperanzas de vida de sectores empobrecidos; así, una de las causas de su impunidad es la falta de comprensión exacta de los alcances de la defensa y de las garantías judiciales en el curso de las causas penales. En el presente trabajo efectuaremos un repaso a este sobredimensionamiento de la defensa para encontrar un equilibrio entre la defensa y la acusación pública.

### ABSTRACT

Corruption and human rights are an inexhaustible source of study and discussion, even more so when the dispersion of economic resources due to public and private corruption drastically decreases the life expectancy of impoverished sectors; thus, one of the causes of their impunity is the lack of exact understanding of the scope of the defense and judicial guarantees in the course of criminal proceedings. In the present work we will review this oversizing of the defense to find a balance between the defense and the public prosecution.

### 1. LA CORRUPCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la práctica, los abogados que ejercen defensa legal del Estado, lo hacen participando en causas penales en las que se investiga y juzga, actos de corrupción pública; ello así pareciera que el Estado es a la única institución a la que le interesa la persecución de estos delitos y esta visión disminuye las posibilidades argumentativas y de retórica discursiva para persuadir adecuadamente a un Juez o Tribunal.

En frente a esta nuestra postura acusadora y que se presentaría como mezquina de lo público, persiguiendo a alguien desvalido cuyo discurso proviene desde lo privado; pareciera que en esta pugna de derechos y de argumentos, se alzaprima con mayor peso valorativo, los derechos del acusado; es decir que la protección de los mismos tendrían un matiz mas trascendental que el de la voluntad persecutoria del abogado Estatal y ello esta potenciado por el desconocimiento que tenemos respecto a la importancia de juzgar los hechos de corrupción, puesto que se vinculan directamente a la protección de Derechos Humanos.

En efecto, se incrementan nuestras capacidades argumentativas si equilibramos el conflicto adecuadamente, me explico.

En un proceso adversarial en el que se enfrentan:

|                                         |    |                     |
|-----------------------------------------|----|---------------------|
| Derechos Fundamentales<br>del ciudadano | VS | Derechos del Estado |
|-----------------------------------------|----|---------------------|

En esta dialéctica, pareciera, a prima face, que los derechos fundamentales, de personas de carne y hueso, tienen un peso específico superior a los derechos del Estado, como persona ideal o ficticia en la interacción; no obstante, si equilibramos la balanza de la siguiente forma.

|                                         |    |                                                |
|-----------------------------------------|----|------------------------------------------------|
| Derechos Fundamentales<br>del ciudadano | VS | Derechos Fundamentales<br>de varios ciudadanos |
|-----------------------------------------|----|------------------------------------------------|

En esta nueva dialéctica el peso específico cambia radicalmente, puesto que en el ejercicio utilitarista que representa el interés colectivo, sobre el interés individual, existe una prevalencia de este interés general que se impone al interés particular; y ése precisamente debe ser el arsenal argumentativo y de discurso que debe acompañar al Abogado que ejerce como Acusador.

Cabe resaltar en este punto, que la administración de justicia, oscila entre visiones utilitaristas de la justicia y visiones igualitarias; así como del contenido esencial de los derechos; ello así corresponde atender en qué momento la visión de justicia puede experimentar modulaciones y se administran las mismas; aspecto al que volveremos más adelante.

En efecto, no defendemos solamente a un cliente o una institución, tampoco defendemos simplemente los derechos de una persona jurídica; al contrario, en el ejercicio de la defensa del Estado, subyace la defensa directa y de máxima importancia de los Derechos Humanos de una colectividad y esta comprensión no ha sido explotada por los abogados que ejercen la defensa del Estado o el rol de Acusador.

A esta finalidad, conviene acercarnos a lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido respecto a la directa vinculación entre Corrupción y Derechos Humanos, veamos:

“La Comisión indicó en su Resolución 1/18 que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad. Considerando dichas características el fenómeno de la corrupción no es nuevo en la región. Desde hace décadas se registran innumerables casos de corrupción que han impactado distintos gobiernos de las Américas. Además, la corrupción se ha constituido en una práctica permanente que ha afectado las condiciones de vida de la población en el hemisferio.”

Como puede apreciarse, los delitos de corrupción a los que se enfrenta el abogado que defiende al Estado, no adquieren una importancia desde la óptica institucional del Estado, sino desde su fundamento y entronque particular con los Derechos Humanos.

El abogado que es Acusador, defiende los derechos Humanos, de las víctimas de la corrupción o de las víctimas de cualquier delito, que no son ficticias en el ideal institucional en el que se desenvuelve el estado; sino son seres humanos de carne y hueso, en la visión protectiva y de orden convencional que asume esta nueva realidad.

A partir de ello, la pugna de derechos que se presenta en una contienda judicial, no es entre derechos institucionales y derechos fundamentales de los acusados; la verdadera tensión se presenta entre Derechos Fundamentales Individuales y Derechos Fundamentales colectivos, en cuyo escenario el Estado tiene todo para ganar.

Pero profundicemos en esta comprensión de la severa afectación que comporta la corrupción, al núcleo esencial de los derechos fundamentales y que tiene directo impacto en la capacidad discursiva de los abogados que defendemos al Estado, veamos:

La Cumbre de las Américas celebrada en el año 2018, los Estados suscribieron el Compromiso de Lima sobre “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”, en el cual se destaca:

[...] “que la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro Hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo”.

En esta parte, corresponde precisar que en la actualidad, a partir del Post Positivismo y el ingreso de la moral en lo jurídico; existe una crisis de las fuentes del derecho; puesto que si bien anteriormente solo se reconocía como fuente del derecho a la Ley; en la actualidad existe una pluralidad de bases a partir de las cuales el derecho se expresa; como ser la Constitución, la jurisprudencia, los Tratados Internacionales y otros.

No obstante, veamos los avances que ha demostrado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la lucha contra la Corrupción.

En su primera resolución emitida el 12 de septiembre de 2017, referente a la decisión del Gobierno de Guatemala, de declarar persona no grata al Comisionado titular de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y ordenaba su expulsión del país. En dicha resolución la CIDH no solo destacó la labor de la CICIG en su combate a la impunidad y la corrupción, sino que formuló algunas consideraciones generales sobre el tema de corrupción y su impacto en la región.

Así, la CIDH vinculó la impunidad con la corrupción y destacó el deber de los Estado de establecer mecanismos efectivos para erradicarla; relevó el rol que tiene la lucha contra la corrupción en el marco de la OEA; observó con preocupación cómo el flagelo de la corrupción afecta a los países de la región y reafirmó la importancia que tiene para los derechos humanos la lucha contra la corrupción y así garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial los DESCAs. Asimismo, en dicha oportunidad recordó que la Comisión ya había observado que la corrupción no solo afecta la legitimidad de los gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino que además daña el erario nacional con consecuencias negativas para satisfacer los derechos de la población. En consecuencia, consideró que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia del Estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos convencionalmente garantizados. Por último, la CIDH recalcó el efecto negativo que tiene la corrupción para personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en particular para quienes viven en situaciones de pobreza y pobreza extrema.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Si bien el principio de igualdad requiere que el tiempo razonable del proceso y de la consiguiente limitación de derechos en función de medidas

Ahora un apunte importante.

La Lucha Contra la Corrupción, exige la imposición de plazos breves en su investigación y juzgamiento y ello es una exigencia racional y de orden convencional que los abogados que defienden a la Sociedad, deben plantear en todos los casos sometidos a su conocimiento.

En efecto, si bien el Código de Procedimiento Penal, establece términos máximos y mínimos de la investigación como ser los seis meses de la Etapa Preparatoria, con posibilidad de ampliación a 18 meses; y otros; la voluntad de investigación y alcanzar una sentencia, debe ser breve en casos de corrupción; ello exige de las agencias de persecución penal un comportamiento pro activo en el tratamiento de este tipo de procesos; así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la siguiente forma.

En el caso Andrade Salmón vs. Bolivia (2016), relacionado con los procesos penales contra las víctimas del caso por supuestas conductas ilícitas relacionadas con la administración de fondos públicos, la Corte Interamericana se refirió al plazo razonable en procesos relacionados con corrupción. Al respecto, refirió que:

“Si bien el principio de igualdad requiere que el tiempo razonable del proceso y de la consiguiente limitación de derechos en función de medidas cautelares sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona, deben cuidarse especialmente los casos que involucran a funcionarios públicos. La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho”.

Notemos a partir de esta cita de fuente convencional, que el fundamento para exigir la celeridad en los procesos investigativos respecto a delitos de corrupción, descansa en la evidente instrumentalización de la justicia para eliminar políticamente a funcionarios públicos que son activos en la vida democrática; es así que tanto el Ministerio Público, como el Poder Judicial, están impelidos, por el mismo Bloque de Constitucionalidad, ejercer la mayor celeridad en los procesos de corrupción.

- Juicios orales todos los días hasta llegar a sentencia.
- Etapa preparatoria mínima y suficiente, considerando que las verdaderas pruebas, como peritajes, reconstrucciones y otros, se realizan ante el Tribunal de Sentencia.

Es innegable que los delitos de Corrupción requieren un tratamiento especial, que difiere de los procesos ordinarios y esta visión que es un argumento fundamental que potencia las capacidades de Defensa Legal del Estado, no es utilizado por los profesionales en derecho.

---

*cautelares sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona, deben cuidarse especialmente los casos que involucran a funcionarios públicos. La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho”.*

Reiteramos a este punto que la defensa de los intereses del Estado, no es una defensa de derechos institucionales, ni los atributos constitucionales de una persona jurídica; al contrario, el ejercicio de la defensa del Estado es sinónimo de defensa de los Derechos Humanos de un colectivo social por cuya importancia en lo público, adquiere un peso específico superior, frente a los derechos individuales de cualquier ciudadano; a esta conclusión se puede arribar desde el mismo razonamiento que ejercita la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer este vínculo especial entre Corrupción y Derechos Humanos, veamos:

En el caso *Ramírez Escobar contra Guatemala* (2018) relacionado con la adopción irregular de la víctima del caso y su hermano, la Corte Interamericana formuló algunas apreciaciones generales sobre el tema de corrupción que son inéditas en su jurisprudencia, así como el impacto que esta tiene en los derechos humanos. El Tribunal expresó que:<sup>2</sup>

(...) la Corte reitera que estas adopciones se dieron en el marco de un contexto en el cual la debilidad institucional y la flexibilidad normativa facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al negocio de las adopciones irregulares. Como fue resaltado por varios peritos ante esta Corte y por la CICIG, en Guatemala las adopciones no respondían al interés superior del niño, sino que casas de abrigo, notarios y autoridades judiciales respondían en gran medida a intereses económicos. Además, este Tribunal destaca cómo estas redes de adopciones ilegales engranadas dentro de las estructuras del Estado no solo se aprovecharon de las debilidades institucionales y legales del Estado guatemalteco sino también de la situación de vulnerabilidad de las madres y familias viviendo en situación de pobreza en Guatemala.

Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”. En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción.

No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto.

<sup>2</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236 6 diciembre 2019*, pag. 36.

La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos.”<sup>3</sup>

Como se advierte, de la cita internacional propuesta, los delitos de Corrupción, afectan drásticamente los Derechos Humanos, es así que ante un suceso de estas características, los abogados que defienden al Estado, no están preservando un interés institucional, o los derechos de una persona jurídica; al contrario, el abogado que defiende al Estado, frente a hechos de corrupción, se convierte en una Alta Agencia de Protección de los Derechos Humanos; por cuyo matiz particular, sus planteamientos están revestidos de una protección reforzada desde el orden constitucional.

No existieron muchos artículos académicos que hayan profundizado en las estrategias del “Acusador” y ello se debe a que la visión del Estado como una fuerza irresistible e irracional, debía ser contenida como un dique que sostiene las aguas turbulentas del mar. Este dique estaba constituido por el Derecho Penal; sin embargo, ésta tesis que fue defendida incluso por grandes cultores de esta ciencia, como Eugenio Raúl Zaffaroni, merece ser discutida y replanteada en nuestro tiempo. Debemos dejar de ser consumidores de conocimiento, para convertirnos en Productores de Conocimiento.

Como dijera Friedrich Nietzsche, “Una verdad siempre quiere ser discutida, nunca idolatrada”

## 2. MITOS Y VERDADES DEL EJERCICIO DE LA DEFENSA

Es importante desmitificar conceptos jurídicos cuya falta de comprensión semántica desborda en un frenesí de invocaciones y son parte de una retórica discursiva que no aporta en el desarrollo correcto del sistema de administración de justicia. Pero el motivo para hablar de mitos y verdades en el ejercicio de la defensa es que a algunos conceptos de estas garantías judiciales se le atribuyen cualidades o excelencias que no tienen.

En efecto, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “mito” es utilizada para ejemplificar a personas o cosas a quienes se les atribuyen cualidades o excelencias que no tienen;<sup>4</sup> y en el presente caso, los conceptos jurídicos que integran la garantía judicial de la defensa expresan cualidades o excelencias falsas para un correcto desarrollo del sistema de administración de justicia.

Con relación a su falta de comprensión semántica, las relaciones de sentido entre las que interactúan las palabras utilizadas por la defensa, ofrecen ciertas dificultades, como que la defensa es amplia o irrestricta, o que no existe la acusación por indicios, o que se busca la verdad histórica de los hechos; es por este motivo que trataremos, en lo sucesivo de revelar el correcto sentido en que estas palabras deben comprenderse.

3 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 240-242

4 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; palabra “Mito”.  
Del gr. *μῦθος* *mýthos*.

1. m. Narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico.

2. m. Historia ficticia o personaje literario o artístico que encarna algún aspecto universal de la condición humana. El mito de don Juan.

3. m. Persona o cosa rodeada de extraordinaria admiración y estima.

4. m. Persona o cosa a la que se atribuyen cualidades o excelencias que no tiene. Su fortuna económica es un mito.

En principio, el término “Defensa”, no debe ser entendido como propio e inembargable de los acusados; ese es otro ejemplo más del enfoque miope con el que se analizó el derecho en general hasta nuestros días.

En efecto, ejerce defensa, tanto quien acusa como quien defiende, puesto que lo que se postula son visiones de los hechos y del derecho aplicable, es así que cada contendor ejerce defensa de su pretensión.

En esta parte, trataremos de revelar aquellos argumentos de la defensa de los acusados que como regla de actuación procesal es utilizado para neutralizar un ejercicio prolijo de la acusación; ello así estaremos capacitados para identificar cuando una postura argumentativa es deficiente porque no respeta los límites de la facultades acusadora y defensiva.

Estos mitos y verdades que ya son parte de una estrategia de defensa legal en general y del estado acusador en particular son las siguientes:

### 2.1. Mito: “La defensa es amplia e irrestricta”

En realidad, la defensa no es amplia e irrestricta puesto que los absolutos son errores de pensamiento.

Cuando se plantea una idea absolutista como ser “nadie tiene la verdad”, entendemos que ni la misma persona que dice que nadie tiene la verdad; la tiene, lo que plantea es un error de pensamiento por el carácter absoluto de su planteamiento.

Los absolutos son errores dentro del ejercicio lógico del pensamiento, por ello ninguna idea que abarca este sentido puede ser correcta.

Cuando hablamos de amplitud, es decir sin límites, estamos desatando un criterio absolutista que es un error dentro de un sistema. Si la amplitud de la defensa permitiera absolutamente todo, en aras de esta defensa; las reglas de orden procesal no tendrían sentido; porque precisamente el procedimiento es el que impone límites al ejercicio de esta defensa.

La falta de restricciones en el ejercicio de la defensa, son igualmente errores de pensamiento, puesto que una ausencia de control sobre la eficiencia de la defensa, atenta al sistema y atenta contra los derechos del mismo procesado.

En efecto, ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que la defensa debe ser “eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”, así mismo estableció que es una responsabilidad de la autoridad judicial, la tutela y control en el ejercicio de la defensa. Las autoridades judiciales deben efectuar observaciones a la diligencia debida en el ejercicio de la defensa.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Digesto:

La Corte establece en el caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador que “Es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio.” [445] En ese sentido, “[P]ara cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas [e]ntre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.” [446]

Respecto posibles fallas de la defensa pública, la Corte señala que “Toda vez que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero aún así se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado, [...] el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dado la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor.” [447] Además, “[C]omo parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.” [448]

Asimismo, “[P]ara analizar si ha ocurrido una posible vulneración del derecho a la defensa por parte del Estado, tendrá que evaluar si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o puede tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado.” [449] Sin embargo, “[U]na discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no será suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa, sino que deberá comprobarse [...] una negligencia inexcusable o una falla manifiesta.” [450] La Corte advierte que “[L]a responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida [...] por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública.” [451] Además, “Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control.” [452]

La diligencia debida en el ejercicio de la defensa, está íntimamente vinculada a criterios de idoneidad, pertinencia y razonabilidad. Por ejemplo, enfatizamos tres aspectos que constituyen errores en el ejercicio de la defensa:

1º No es idónea la defensa, que incorpora al debate aspectos que no son el objeto de la audiencia. (Ej: Se expone criterios de actividad procesal defectuosa, cuando ya se ingresó a la imposición de la medida cautelar)

2º No es pertinente solicitar muchos actos de investigación, sobre aspectos que no revelan la reconstrucción histórica del hecho. (Se solicitan registros de lugares en delitos de contraste documental)

3º No es razonable efectuar argumentos de defensa incoherentes y que se excluyen entre sí (Cuando la defensa plantea eximentes de responsabilidad penal, pero al mismo tiempo alega que el acusado no ejerció la acción principal)

Como se puede apreciar, la defensa, será amplia e irrestricta en la medida que cumpla aspectos de idoneidad, pertinencia y razonabilidad en su ejercicio; lo contrario, es decir, la comprensión del simple predicado de la defensa, como amplia e irrestricta es contraria a todo sistema y transgrede las bases de los mismos derechos del defendido.

A más de todo ello, es importante resaltar que la posición voluntaria en estado de indefensión, excluye en sí mismo las posibilidades de alegar una lesión a este derecho; a partir de este criterio se castiga la negligencia en el ejercicio de la defensa, lo que es compatible con la teoría de las nulidades que establece como requisito para declarar la nulidad del acto, el criterio de trascendencia; comprendiéndose que no es trascendente el defecto, si el acusado consintió en el mismo.

Con relación a ello y la virtualidad del ejercicio de la defensa; es decir que tiene límites expresos cuando la negligencia del acusado es causa directa del estado de indefensión, el Tribunal Constitucional asumió una postura rígida al respecto, mencionando lo siguiente:

“Si bien la defensa es un derecho, pero también una garantía judicial de orden procesal y rango constitucional, en busca de un proceso justo y equitativo, en igualdad de condiciones; no obstante, debe tenerse en cuenta que también es una obligación procesal, puesto que la autoridad o tribunal que a cargo del proceso ejerce jurisdicción y competencia a nombre del Estado que tiene el poder punitivo y sancionador, a través de las institucionales que la misma Constitución Política del Estado establece, en este caso, el art. 179.I de la CPE refiriéndose a la justicia penal única y a los componentes de la misma, en lo pertinente señala que: “La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales de departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y Jueces agroambientales, la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por ley”;

---

*Por último, el Tribunal afirma que “la asistencia letrada suministrada por el Estado no puede ser confundida con la actividad que en el marco de sus funciones realiza la Defensoría del Pueblo”.*

en consecuencia las partes no pueden pasar por alto ese poder punitivo y a sabiendas desconocer el proceso judicial seguido en su contra, abandonando la causa sin ejercer el derecho y deber procesal de defenderse, con mayor razón en materia penal cuyo proceso tiene por finalidad no sólo establecer la existencia real del hecho que constituye delito y a los que participaron en el mismo, es decir la autoría, sino también determina la culpabilidad y por ende la pena, que no es otra cosa que la restricción legal a un derecho fundamental como es la libertad, salvo una medida de seguridad u otro tipo de pena; de ahí por qué la ley, a objeto de hacer prevalecer la presunción de inocencia, durante todo el proceso le da diversos medios impugnativos a su alcance, hasta que la resolución judicial que defina su situación jurídica, adquiere firmeza. Por tanto, el no hacer uso de esos mecanismos de defensa, importa el incumplimiento de la indicada obligación procesal, por ende si con su actitud pasiva o de abandono del proceso, se ejecutorió la sentencia que considera adversa, no existe indefensión, sino negligencia, lo cual no amerita la otorgación de tutela.”<sup>6</sup>

6 Tribunal Constitucional Plurinacional, SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0984/2010-R, Sucre, 23 de Agosto de 2010.

III.2. Línea jurisprudencial en sentido de que cuando el imputado asume conocimiento del proceso penal y luego abandona la causa -por el motivo que fuere-, no puede en forma posterior aducir indefensión y pretender la nulidad de resoluciones judiciales.

Si bien la defensa es un derecho, pero también una garantía judicial de orden procesal y rango constitucional, en busca de un proceso justo y equitativo, en igualdad de condiciones; no obstante, debe tenerse en cuenta que también es una obligación procesal, puesto que la autoridad o tribunal que a cargo del proceso ejerce jurisdicción y competencia a nombre del Estado que tiene el poder punitivo y sancionador, a través de las instituciones que la misma Constitución Política del Estado establece, en este caso, el art. 179.I de la CPE refiriéndose a la justicia penal única y a los componentes de la misma, en lo pertinente señala que: “La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales de departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y Jueces agroambientales, la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por ley”; en consecuencia las partes no pueden pasar por alto ese poder punitivo y a sabiendas desconocer el proceso judicial seguido en su contra, abandonando la causa sin ejercer el derecho y deber procesal de defenderse, con mayor razón en materia penal cuyo proceso tiene por finalidad no sólo establecer la existencia real del hecho que constituye delito y a los que participaron en el mismo, es decir la autoría, sino también determina la culpabilidad y por ende la pena, que no es otra cosa que la restricción legal a un derecho fundamental como es la libertad, salvo una medida de seguridad u otro tipo de pena; de ahí por qué la ley, a objeto de hacer prevalecer la presunción de inocencia, durante todo el proceso le da diversos medios impugnativos a su alcance, hasta que la resolución judicial que defina su situación jurídica, adquiere firmeza. Por tanto, el no hacer uso de esos mecanismos de defensa, importa el incumplimiento de la indicada obligación procesal, por ende si con su actitud pasiva o de abandono del proceso, se ejecutorió la sentencia que considera adversa, no existe indefensión, sino negligencia, lo cual no amerita la otorgación de tutela.

Con ese razonamiento, el Tribunal Constitucional, a pocos años de la puesta en marcha de la jurisdicción constitucional, sentó este entendimiento, y ante reiterados casos en que en ejecución de sentencia se pidió la nulidad de resoluciones, al constatar que hubo negligencia de las partes, pues tenían conocimiento del proceso, a partir de la SC 0287/2003-R de 11 de marzo, sentó el siguiente entendimiento: “...no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra, que conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad”, habiéndose constatado en dicho caso que: “los recurridos tuvieron pleno conocimiento de todos los actuados a lo largo del proceso, pues en principio cuando se les notificó para que presten su declaración confesoria no se presentaron voluntariamente, pero posteriormente de manera expresa solicitaron audiencia para dicha declaración; sin embargo, no cumplieron con dicho actuado en forma reiterada y hasta el final del proceso, dentro del cual sin embargo presentaron cuestión prejudicial, cuestión previa de falta de tipicidad, incidente de nulidad de notificación, con lo cual se demuestra que no estuvieron en indefensión como alegan...”.

Entendimiento jurisprudencial que fue reiterado en numerosas Sentencias Constitucionales, que hacen cita a la SC 0287/2003-R, convirtiéndose en una sólida línea jurisprudencial, a manera de ejemplificación se mencionan algunas como ser:

La SC 1174/2003-R de 19 de agosto, por la que se concluyó que: “No puede sostenerse, en consecuencia, que el representado de la recurrente haya sido colocado en estado de indefensión dentro del proceso penal de referencia, y menos que se hubiera transgredido la garantía del debido proceso, extremo que de haber sido evidente, debió haber sido reclamado en forma oportuna. Consiguientemente, tampoco puede argüirse conculcación al derecho a la libertad, puesto que no se libró ningún mandamiento en contra de aquél, y aún cuando se lo hubiera expedido, emergería de la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en contra del representado de la recurrente”, por su parte la SC 1735/2004-R, de 27 de octubre, que su vez citó a la SC 0919/2004-R de 15 de junio, basada en la SC 287/2003-R, señaló que: “...este Tribunal Constitucional, al resolver casos análogos, ha determinado que no existe indefensión, cuando la persona con pleno conocimiento de la acción iniciada en su contra no interviene en el proceso, o ha dejado de intervenir en él por un acto de su propia voluntad, ya que en esos casos no existe lesión alguna al derecho a la defensa por parte del juzgador, sino que es el procesado como titular del derecho el que por propia voluntad o por dejadez no ejerce el mismo cuando debe hacerlo; así en la SC 0287/2003-R de 11 de marzo, citando jurisprudencia comparada, ha señalado que “la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia (...) no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra, que conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad”.

Concluyendo en dicha oportunidad en que: “...el recurrente fue notificado con el mandamiento de comparendo 41/2001 (fs. 22), mediante el cual se le citó para que preste su declaración indagatoria en el proceso penal iniciado en su contra, lo que importa que asumió conocimiento de la acusación en su contra y el inicio del proceso, una prueba de ello es que el recurrente se apersonó voluntariamente ante el Juez Instructor mediante memorial de 12 de junio de 2001 (fs. 24), asumiendo defensa prestó su declaración indagatoria (fs. 27) y haciendo uso de los recursos procesales presentó solicitud de revocatoria del Auto Inicial de la Instrucción (fs. 29) que fue rechazada, por lo que presentó recurso de apelación (fs. 38), actuaciones procesales que, de manera inequívoca, constituyen una defensa material y técnica asumida por el imputado, hoy recurrente, lo cual desvirtúa la supuesta indefensión denunciada; cosa diferente es que el recurrente, por decisión propia, dejó de intervenir en el proceso lo que, conforme a la jurisprudencia glosada,

De la cita jurisprudencial propuesta, se desprende que el ejercicio de la defensa, no es amplio e irrestricto, sino que encuentra límites en la razonabilidad, idoneidad y el oportuno ejercicio; siendo una alegación de infracción a este derecho, un despropósito, cuando es el mismo acusado que de forma voluntaria se puso en una postura negligente ante el conocimiento del proceso en su contra.

Como un argumento a mayores, veremos que incluso los abogados defensores de oficio u otros, no están obligados a interponer recursos cuando los mismos no responden a la realidad fáctica y jurídica que provee de pertinencia a la facultad recursiva.

A partir de ello, la defensa debe tener criterios de razonabilidad, siendo un desboque de las voluntades defensivas una agresión al mismo sistema procesal penal; aspecto que debe ser de conocimiento de los abogados que nos encontramos en posición acusadora, puesto que controlamos el ejercicio racional de la defensa.

En ese sentido veamos lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional menciona sobre la pertinencia y eficacia en el uso de los recursos de la defensa:

*no es considerada indefensión, sino una decisión personal de abandonar el proceso que se refleja en la actitud de negligencia del propio imputado o procesado, por lo que no puede pretender hoy se corrija por la vía de la acción tutelar del hábeas corpus”.*

*Jurisprudencia, que no contraviene el actual orden constitucional, al contrario es acorde a los principios de seguridad jurídica previstos en el art. 179.I como sustento de la potestad de administrar justicia emanada del pueblo boliviano y de conformidad a la previsión legal del art. 4.II de la Ley 003, resulta aplicable. Además, en el mismo sentido este Tribunal en la presente gestión a través de la SC 0368/2010-R de 22 de junio, al resolver el caso concreto y denegar la tutela, entre otros fundamentos señaló que: “En la especie, los actos que se denuncian como ilegales y lesivos a la garantía del debido proceso, no tienen incidencia inmediata ni directa sobre el derecho a la libertad de los representados del accionante, por cuanto el mandamiento no está privado de libertad, y de estarlo, sería a raíz del mandamiento de condena emergente de un proceso penal con sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra, no por las supuestas infracciones procesales denunciadas; por otro lado, se constata que los mismos no estuvieron en estado absoluto de indefensión, ni en desconocimiento del proceso, al contrario, asumieron plena defensa en el juicio oral y en la fase recursiva, tanto en apelación como en casación” (las negrillas y el subrayado son nuestros). Es decir, que el conocimiento o no del proceso es un elemento que debe tomarse en cuenta cuando se alega indefensión; de tal manera si se tenía conocimiento del proceso y hubo abandono de la causa, no existe indefensión, lo cual desde hace muchos años constituye una línea jurisprudencial y por tanto vinculante no sólo para las partes, sino también para las autoridades judiciales ordinarias, como también para los Tribunales de garantías constitucionales y este Tribunal Constitucional.*

*Finalmente, con relación a la actividad que deben desempeñar los defensores de oficio o defensores públicos, y la supuesta inactividad que hubiese provocado indefensión a los imputados que ahora se encuentran con sentencia condenatoria ejecutoriada, cabe recordar que la reciente jurisprudencia constitucional sentada en la SC 0309/2010-R de 7 de junio, modulando la SC 0313/2002-R de 20 de marzo -entre otras-, estableció que: “...toda vez que en estos casos el fundamento esencial de esta acción tutelar recae en los actos del defensor de oficio, y si bien el juez es el director del proceso, no obstante por mandato constitucional y legal, el defensor de oficio si bien no es parte procesal principal, en los casos de rebeldía al tener todas las facultades y prerrogativas para ejercer una amplia defensa en todas las etapas procesales, adquiere una calidad particular que difiere de los abogados que actúan con la presencia o aquiescencia del imputado, cuya firma es necesaria e imprescindible para determinados actuados; en el caso de los defensores de oficio, su facultad como se indicó es amplia e irrestricta con los únicos límites que establece la ley. Por tanto, esa responsabilidad asumida no puede ser ignorada y de ahí deviene la responsabilidad que debe asumir este profesional que ejerce una función social.*

*Por otro lado, no es compatible con el orden constitucional que por el sólo hecho de que no apeló la sentencia o no recurrió de casación el Auto de Vista, de manera discrecional se tenga que conceder la tutela, en otras palabras, “no se puede exigir que impugne por el sólo hecho de impugnar”; por cuanto también el orden legal y las normas que regulan el ejercicio de la abogacía exige la conducta ética y la lealtad procesal, de tal manera que cuando la resolución judicial está conforme a derecho y no se dan las causales o situaciones fácticas y jurídicas para que una impugnación o recurso prospere, no se lo puede obligar a que haga un uso abusivo e irrestricto de los recursos; o ante cuestiones evidentes con el afán de contrarrestar argumentos, no se puede inducir al abogado defensor de oficio a fraguar prueba, sobre todo en casos de narcotráfico donde además de cuestiones jurídicas hay aspectos de orden lógico que deben ser valorados, pues en estos casos en su generalidad son producto de la flagrancia; no obstante, el defensor o defensora de oficio debe velar porque el proceso se lleve a cabo sin vicios de nulidad de tal manera que se materialice la justicia.*

*Asimismo, debe tenerse en cuenta, que su inactividad no está sancionada con nulidad, y si bien se ha establecido que la defensa al ser un derecho irrenunciable si no se cumple deviene en nulidad, el análisis que se haga sobre su actuación procesal debe ser integral, de tal manera que como se tiene explicado, si se ha cumplido la designación de manera oportuna, conforme a ley, y se ha cumplido los procedimientos como ser las notificaciones en la forma que establece el orden legal para esos casos, y las resoluciones judiciales son debidamente fundamentadas y por ello no se recurrió de apelación o casación, no es posible disponer la nulidad y corresponde denegar la tutela solicitada.*

*Cabe aclarar que este razonamiento desde ningún punto de vista implica que su designación sea meramente formal o que se permita su inactividad, sino, está dirigida a encontrar la verdadera justicia material y que no se utilice este recurso hoy acción de libertad, como un medio para evadir la acción de la justicia; asimismo, se deja constancia que los abogados o abogadas defensores de oficio, están sujetos a responsabilidad por sus actos, de manera que ante una actuación profesional negligente e irresponsable, recaen consecuencias jurídicas, pues el Estado confió en esa persona para que los conculcados tengan quien defiendan sus derechos. Por ello, y teniendo en cuenta que el actual orden constitucional prevé que la acción de libertad puede ser interpuesta contra particulares, a partir del presente entendimiento, los abogados defensores de oficio, también deben ser demandados en la acción tutelar, siendo suficiente la notificación al profesional que actuó en tal calidad, y si ello no es posible, directamente se notificará al ente encargado del registro de los abogados correspondiente al Distrito donde se tramitó el proceso penal ejecutoriado, y su inasistencia no es o no será causal de nulidad, no obstante, los efectos de la misma le alcanzarán a dicho profesional”.*

## SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0920/2011-R

Sucre, 22 de junio de 2011

De antecedentes, se evidencia que la Sala Penal Segunda mediante providencia de 7 de febrero de 2008, con carácter previo a la emisión del Auto de Vista, dispuso “óigase a la parte apelante de conformidad con el art. 286 segunda parte del Código de Procedimiento Penal de 1973” (fs. 405), providencia que fue notificada al accionante el 11 de ese mismo mes y año, en el domicilio procesal señalado ubicado en la calle Yanacocha 332 of. 4 “B” interior; no obstante, este no se apersonó a efectos de fundamentar el recurso de apelación que habría interpuesto, demostrando con ello una actitud pasiva, un desinterés de su propia causa donde se estaba definiendo su situación jurídica, hizo que se ejecutorie la sentencia que consideraba adversa a sus intereses; no obstante, el supuesto estado de indefensión denunciado, pretende atribuir a la aparente inactividad del defensor de oficio, por el sólo hecho de no recurrir de casación el Auto de Vista, en ese sentido la SC 0984/2010-R de 23 de agosto, señaló: *“no se puede exigir que impugne por el sólo hecho de impugnar”; por cuanto también el orden legal y las normas que regulan el ejercicio de la abogacía exige la conducta ética y la lealtad procesal, de tal manera que cuando la resolución judicial está conforme a derecho y no sedan las causales o situaciones fácticas y jurídicas para que una impugnación o recurso prospere, no se lo puede obligar a que haga un uso abusivo e irrestricto de los recursos; o ante cuestiones evidentes con el afán de contrarrestar argumentos...*”. Asimismo, se evidencia que asumió amplia defensa desde el inicio del proceso, derecho que debió prolongarse hasta el último momento; sin embargo, no lo hizo, demostrando con ello una actitud irresponsable, que conlleva consecuencias jurídicas, *“...cuando el imputado asume conocimiento del proceso penal y luego abandona la causa -por el motivo que fuere-, no puede en forma posterior aducir indefensión y pretender la nulidad de resoluciones judiciales (SC 0984/2010-R).*

Con todo lo expuesto concluimos que el derecho a la defensa, tiene límites claros y debe ser de control de quienes nos hallamos en posición acusadora, puesto que la fluidez del proceso depende de la armoniosa secuencia de actos que nos impone el sistema; siendo una estrategia errada de defensa, el anarquismo procesal impuesto por algunos malos defensores.

### 2.2. Mito: “El imputado no puede ser acusado, sino se ha descubierto la verdad histórica de los hechos”

Éste, que es un argumento propio de la defensa y que lamentablemente impulsa al Ministerio público a agotar tiempo y esfuerzos en desarrollar densos trabajos de investigación; resulta ser un mito procesal, puesto que la verdad histórica de los hechos no puede ser alcanzada por ningún medio.

Los criterios de verdad dentro del Derecho Probatorio y de Razonamiento Probatorio ya no son válidos, puesto que en la dialéctica adversarial, al igual que en la filosofía se entiende que no existen verdades, sino interpretaciones de la verdad.<sup>7</sup>

7 Nietzsche: crítica de la verdad. El lenguaje y la interpretación, Greta Rivara Kamaji Entre los seres humanos, nos dice Nietzsche, los filósofos parecen ser los más motivados por aquel anhelo, puesto que ellos han mostrado una gran hostilidad hacia lo efímero y lo fugaz. Ellos han creído que pueden poseer de las cosas su permanencia y a esa posesión le han llamado verdad y, además, creen que el mundo la necesita y la necesita eterna, como eternos quieren ser ellos y sus conocimientos. Por ello, nos enseña Nietzsche, al inventar el conocimiento, inventamos también el instante más arrogante de nuestra historia y con esto, sin saberlo,

Como diría Greta Rivara, la crítica se concentra, como sabemos, en el carácter dogmático de la noción tradicional de la verdad. Para Nietzsche por ejemplo, ese carácter obedece a la necesidad de creer que la verdad está ahí, pura, lista para ser descubierta por cualquier sistema de racionalidad.

Estos sistemas habían supuesto que la verdad es algo inamovible, un en-sí, que se da a espaldas de la cambiante realidad, pues la verdad se refiere a otra realidad que niega y devalúa la efímera y cambiante vida. En nombre de la verdad, la filosofía, según la evaluación nietzscheana, ha negado la vida.

Como puede apreciarse, no existe un criterio de verdad cierto e inequívoco, sin embargo, la averiguación de esta verdad, condiciona en cierta forma la justicia de la decisión, como bien anotaría Michele Taruffo:

“la averiguación de la verdad de los hechos que han ocurrido en el caso concreto constituye sólo una de las condiciones de justicia de la decisión, que para ser justa presupone también que se haya desarrollado de manera correcta y legítima el proceso del que constituye el resultado final y, obviamente, también que sea interpretada correctamente la norma que el juez utiliza como regla de juicio. Entonces, se trata de una condición de por sí no suficiente, pero de todos modos necesaria para la justicia de la decisión: que los hechos no sean establecidos de manera verdadera, basta para que la decisión sea injusta, aunque el proceso se haya desarrollado correctamente y la norma de derecho haya sido interpretada válidamente. Por así decirlo, ninguna de las tres condiciones indicadas es suficiente para determinar la justicia de la decisión, mientras que tales condiciones son, en su conjunto, necesarias para que la decisión sea justa.”<sup>8</sup>

Pese a todo ello, la verdad es un requisito para la justeza del fallo, sin embargo, la imposibilidad de acceder a una verdad absoluta, nos obliga a movernos dentro de una margen de probabilidades lógicas de comprobación de un hecho histórico.

*nos condenamos porque al ser humano “la verdad lo impulsaría hacia la desesperación y la destrucción, la verdad de estar eternamente condenado a la falsedad”.<sup>3</sup>*

*Hemos visto en el conocimiento nuestra eternidad, mas el conocimiento no alcanza y por ello, paradójicamente, parece destruir. ¿Cómo evalúa Nietzsche aquella destrucción? En primer lugar, haciendo una crítica a la concepción de la verdad en la tradición filosófica y, en segundo, intentando construir otra concepción de la verdad a partir de esa crítica. En este sentido, nos dice Nietzsche, el arte parecería ser más poderoso que cualquier otra forma de conocimiento, pues, sin saberlo, no destruye la vida, la crea.<sup>4</sup>*

*La crítica se concentra, como sabemos, en el carácter dogmático de la noción tradicional de la verdad. Para nuestro autor, ese carácter obedece a la necesidad de creer que la verdad está ahí, pura, lista para ser descubierta por cualquier sistema de racionalidad.*

*Estos sistemas habían supuesto que la verdad es algo inamovible, un en-sí, que se da a espaldas de la cambiante realidad, pues la verdad se refiere a otra realidad que niega y devalúa la efímera y cambiante vida. En nombre de la verdad, la filosofía, según la evaluación nietzscheana, ha negado la vida. Ahora bien, esto no quiere decir que Nietzsche haya renunciado a hablar de la verdad, de verdades. Más bien lleva la verdad a otro terreno, a aquel que cuestiona lo incuestionable, lo que se pretende absoluto. Este terreno es el de la vida, la vida que está por encima del conocimiento y la verdad. Ese terreno es, por tanto, el del instinto, el del impulso de ilusión sobre el cual puede construirse todo conocimiento y toda la verdad. Ese terreno es también el de la historicidad y la temporalidad, ineluctable marca de toda verdad, de todo conocimiento.*

*Es el terreno en el que conocimiento y vida no están separados, en el que la afirmación de la vida no es la negación del conocimiento. Con ello, Nietzsche pretendió enfrentarse a aquella tradición en la cual la sustitución de la vida por el concepto había marcado la dirección en la que eran decididos los significados de las nociones de verdad, de realidad, de conocimiento.*

<sup>8</sup> Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre, los hechos / Michele Taruffo. -- México : Tribunal, Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

*Además, son bastantes numerosas las opiniones según las cuales el proceso no podría alcanzar la comprobación de la verdad —aunque esto fuese teóricamente posible— debido a las normas que regulan su funcionamiento y que, en diferentes modos, pueden limitar la adquisición de las fuentes del conocimiento (las pruebas) que harían falta para descubrir la verdad de los hechos.*

*Finalmente, hay que recordar también aquellos enfoques que no se ocupan directamente del problema de la averiguación de la verdad de los hechos, ya que no tienen en cuenta el contenido ni la calidad de la decisión que finaliza el proceso. Se trata de perspectivas teóricas de diferentes tipos que, sin embargo, tienen en común la característica de centrar su atención exclusivamente en la función legitimadora que desarrolla el rito (o el teatro) procesual. El núcleo central de estas concepciones está constituido por la idea de que la aceptación social de las decisiones judiciales es condicionada —esencial o solamente— por los aspectos rituales del proceso, los cuales enviarían a la sociedad mensajes positivos acerca de la posibilidad de que la justicia de verdad se imparta en los tribunales. En estas perspectivas, la eventualidad de que la decisión se base en una averiguación verdadera o falsa de los hechos de la causa es totalmente irrelevante, así como es irrelevante cualquier otro elemento de contenido de la decisión.*

*Como se desprende de estas rápidas referencias, los veriphobics (o enemigos de la verdad) son muchos y de clases distintas, sobre todo en lo que se refiere a las formas de concebir el proceso y sus funciones, mas la situación no tiene que parecer impresionante. Finalmente, es mucho más fácil o a la page compartir alguna forma de escepticismo más o menos justificado que encarar directamente el problema de la justicia de las decisiones judiciales. Esto, sin embargo, es justamente el elemento que permite formular una crítica global a las concepciones que se acaban de mencionar: si a ellas no les interesa el problema del fundamento factual de la decisión judicial, o niegan que este problema tenga sentido y pueda ser afrontado tanto en el plano filosófico general como en el de las concepciones de la justicia y del proceso, entonces se puede decir que no tienen ningún interés para quienes se ocupan del problema de cómo se pueden resolver los litigios por medio de decisiones justas.*

Es decir, ya que no podemos acceder a la verdad absoluta, la reconstrucción de un hecho histórico, como es el proceso de investigación penal, tendrá éxito, por el margen de probabilidades de comprobación de lo sucedido, adquiridas por el Ministerio Público y la autoridad judicial.

Siempre habrá margen al error, no obstante, debemos minimizar las posibilidades de este error y alcanzar una probabilidad positiva alta de comprobación de la hipótesis planteada; es así que nos movemos dentro de un margen de probabilidades lógicas de comprobación de lo sucedido y ello satisface en cierta forma la obligación de acceso a la verdad exigido por el legislador y por la doctrina penal, para superar el estado de inocencia del acusado.

### **2.3. Mito: “La Presunción de Inocencia impide que pueda condenarse por indicios.”**

Un apunte previo; en la actualidad la diferencia entre prueba directa y prueba de indicios esta en verdadera decadencia, puesto que toda información que ingresa en conocimiento del juzgador, tiene el carácter de indicio, puesto que la conclusión es asumida sobre la base de un acto inferencial; es decir que no existen pruebas directas, ya que el conocimiento final del juzgador siempre se desarrollara a partir de un juicio derivado y no directo de lo sucedido.

Este nuevo giro en la concepción de lo que se considera indicio permite asumir que una condena puede ser impuesta sobre la base de indicios, es así que la importancia radica en los niveles de corroboración que asume el juzgador sobre la base de la información aportada por las pruebas; ello es así puesto que ciertas clases de pruebas “indiciarías”, tienen mayor peso que algunas pruebas directas, como estudios periciales y otros; es así que en la actualidad ha desaparecido la diferencia entre pruebas directas e indicios.

Pese a todo ello, recordemos lo que la Presunción de Inocencia es, ante la mirada del orden convencional vigente, veamos:

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador que:

“El principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad”, mientras que la sentencia en el caso Zegarra Marín Vs. Perú señala que “cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.”<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Digesto:

Según la Corte en el caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, “El principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales, y que dichas garantías deben observarse en los procedimientos en que se determinen o se afecten derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” [370]

Y la Corte precisa en el caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala que “El alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención debe respetarse tanto en materia penal como en todas en donde se vean afectados los derechos de las personas. Lo anterior incluye el principio de presunción de inocencia, por lo que es posible analizar el respeto a dicho principio en procedimientos sancionatorios administrativos.” [371]

Se desprende también del caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador que “El principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad”, [372] mientras que la sentencia en el caso Zegarra Marín Vs. Perú señala que “cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.” [373]

La Corte expresa en los dos casos mencionados que “El principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una

De la cita propuesta se entiende que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es posible condenar a una persona, si no se cuenta con prueba plena de su responsabilidad en un hecho; a partir de cuyo razonamiento entenderíamos que no es posible sancionar a una persona por la simple existencia de indicios en su contra.

El indicio es una presunción que consiste en estimar la existencia de un hecho en virtud de la demostración de otro. Para Dellepiane, "Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho probado o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos vía inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido."<sup>10</sup>

No obstante, estas definiciones, corresponde establecer claramente la diferencia entre "indicio y sospecha", puesto que son momentos o situaciones inferenciales distintas, siendo la segunda una situación en estado bruto que no permite iniciar causa o establecer a priori la posible responsabilidad de una persona sobre un hecho delictivo, veamos:

Sospechar, según la Real Academia de la Lengua, es "Aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad". Cuando en el lugar de comisión del hecho delictuoso se encuentra un objeto que se cree o se reputa como del sindicado, pero sobre el cual no existe prueba plena, se está en presencia de una sospecha, la que puede servir al funcionario instructor de base para sus investigaciones, pero en manera alguna puede tenerse como fundamento para concluir respecto a la presencia de ese individuo en el lugar del hallazgo del objeto. Para que esta sospecha se torne en indicio, es necesaria la prueba de que lo hallado sí le pertenecía.<sup>11</sup>

*idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa."* [374] La Corte estableció en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador que "una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada". [375] Por ello, "La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada." [376] Además, "[L]a presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar [con un criterio] más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado.

También debe considerarse que se desprende del Caso Loayza Tamayo Vs. Perú que un Estado puede "infringir" el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a [una persona] la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada. Asimismo, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta norma implica para la Corte una "obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...] En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos." [379]

Por ende, "para que se respete la presunción de inocencia, al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención". [380]

La Corte precisa que si bien "en el marco del proceso penal en sí mismo, los señalamientos de culpabilidad por parte de [...] fiscales y procuradores no constituyen una violación a la presunción de inocencia, las declaraciones de estos funcionarios a la prensa, sin calificaciones o reservas, infringen la presunción de inocencia en la medida en que fomenta que el público crea en la culpabilidad de la persona y prejuzga la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente"; por ende, la Corte "advierte que la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal". [381] Lo anterior también "implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa". [382]

Por ende, al presumir la culpabilidad, requiriendo que sea la víctima la que demuestre su inculpabilidad, se viola el derecho de presunción de inocencia. [383]

En este sentido, "la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado". [384]

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, también se desprende de la jurisprudencia interamericana que "el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal", por lo que si "obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla". [385] Por ende, este artículo 8.2 "exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella". [386]

En este sentido, siendo "la medida más severa que se puede imponer al imputado", "se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal". [387] Por ejemplo, las ordenes de prisión preventiva que no contengan fundamento jurídico razonado y objetivo son arbitrarias y violatorias del derecho a la presunción de inocencia.

<sup>10</sup> Indicios y Presunciones, Gustavo Pelaez Vargas pagina 51

<sup>11</sup> Idem

Siguiendo la línea del mismo autor, Pelaez Vargas:

“la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (*lato sensu*) que requiere verificarse”. .

El indicio y la sospecha, parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica y jurídica; en cambio la sospecha, carece de tal demostración, se funda en suposición, conjetura, apariencias.

Establecida esta diferencia entre indicio y sospecha, veamos la cualidad del indicio de aportarnos información para establecer la conclusión del acaecimiento de un hecho en particular, es así que la prueba de indicios es en realidad un silogismo que nos permite arribar a una conclusión sobre la base de una premisa de la experiencia que, como enlace, nos habilita atribuir a cierta circunstancia una causación en particular.

Consta de una premisa mayor conformada por un hecho de general experiencia, una premisa menor que es el hecho indicador, y la conclusión constituida por la inferencia que se hace. Ocurre así cuando se dice que generalmente quien huye fue porque realizó algo malo (premisa mayor, hecho de general experiencia), Pedro huye (premisa menor, hecho indicador), luego Pedro realizó algo malo (conclusión o inferencia).

Veamos la importancia del hecho indicador. De la definición dada por nuestro legislador del indicio, y de su concepción como silogismo, surge la gran importancia del hecho indicador. En el ejemplo anterior, la demostración de que Pedro huye permite conjeturar sobre su conducta, y otros hechos indicadores permitirán dirigir el conocimiento a la forma de la realización del hecho delictuoso, o a la existencia de éste.

En presencia de una charca de sangre se halla la posibilidad de un homicidio o lesiones; la puerta o ventana perforada, podrá indicar la manera como penetraron al domicilio, y negar la presencia en el lugar del delito puede señalar al autor.<sup>12</sup>

Para el caso de los delitos de corrupción, se establece el mismo criterio puesto que ante un indicio o hecho indicador, que se presenta como una premisa menor, corresponde una premisa mayor, no constituida por la experiencia sino por una regla normativa cuya aplicación es general y de cuya concurrencia se puede arribar a una conclusión sobre la comisión del hecho delictivo.

Un ejemplo de ello sería que la premisa normativa, de acuerdo a las Normas Básicas de Administración de Bienes y servicios, exige un trabajo de comparación de precios, para la escogencia objetiva; una premisa menor consistente en el indicio de no haberse efectuado la comparación de precios y la existencia de una oferta en el mercado de menor valor e idéntica calidad.

La conclusión es la comisión de los delitos de Incumplimiento de Deberes y Conducta antieconómica; de cuyo ejemplo se desprende que en la mayoría de los casos la inferencia reviste cierta claridad para entablar la primera sindicación correcta en la comisión de un hecho delictivo.

Ahora bien, corresponde hacer la pregunta de mayor suspenso.

¿Es posible fundar una condena en indicios?

<sup>12</sup> *Idem*

Es posible y de hecho es importante saber que dada la dificultad de acceder a la verdad plena sobre un hecho, la importancia del valor probatorio del indicio es superlativo. Una gran número de sentencias condenatorias se basan en las inferencias lógicas, en los silogismos que parten del indicio de hechos como premisa fáctica y las normas de administración pública como premisa normativa para establecer la responsabilidad; pero veamos a continuación cual la importancia del indicio en una sentencia condenatoria y como debemos acreditar la suficiencia del mismo para no transgredir el derecho a la presunción de inocencia; todo ello en la experiencia española, veamos:

- Tribunal Constitucional de España
- SENTENCIA 175/2012, de 15 de octubre de 2012

4. La segunda de las invocaciones de la demanda exige partir de la reiterada doctrina constitucional según la cual “la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes’ (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo ‘la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad’ (SSTC 137/2005, de 23 de mayo.

Como puede apreciarse, la prueba de indicios comporta una inferencia que en la forma de silogismo nos permite arribar a una conclusión; dado que ante la imposibilidad de acceso a la verdad plena nos movemos en un mundo de probabilidades lógicas de explicación de los hechos; la cualidad indiciaria ha cobrado una mayor importancia, puesto que la regla de inferencia y el enlace correspondiente son trascendentales para establecer la responsabilidad penal en un hecho delictivo.

#### **2.4. Mito: “El Ministerio Público debe agotar todos los actos de investigaciones en la Etapa Preparatoria” (Nuestra propuesta de mejoramiento del sistema de justicia)**

Con relación a este punto es importante resaltar que existe un agotamiento preocupante, tanto en los representantes fiscales, como en los funcionarios policiales en la investigación del ilícito y ello potencia en cierta medida el sempiterno problema de la “retardación de justicia”.

Una justicia que tarda no es justicia, sin embargo, nos avergonzamos de tener precisamente ello, un sistema de justicia que tarda y mucho, lo que representa una severa agresión no solo a los derechos de las personas privadas de libertad, de las víctimas y otros; sino a los intereses de un Estado que se ve, ciertamente en la constante amenaza de ser objeto de demanda por lesiones a los derechos humanos en el retraso de la administración de justicia.

La falta de comprensión del sistema ha permitido que los acusadores públicos y particulares ingresen en una vorágine de recolección probatoria en una fase procesal que no exige un cierre hermético del círculo de prueba; y de hecho ese es el principal conflicto que ha motivado un retraso alarmante en la atención de causas penales.

Es necesario que desde esta palestra de la administración pública exijamos el retorno a una adecuada dialéctica adversarial que respete profundamente los postulados básicos del derecho probatorio y del razonamiento probatorio para una fluidez en el sistema de justicia; por ello mismo es que advertimos que de una falta de comprensión en el sistema, nace la más dura experiencia del ser humano al enfrentarse a la toga del juzgador y es que reconoce cuando empieza su problema, pero no cuándo terminará.

Recordemos a este punto lo que ya desde antiguo se tiene entendido por prueba y la necesidad de agotar estos medios en la etapa preparatoria o en el juicio oral, de acuerdo a su ubicación intra sistémica, es así que el Libro "La Prueba en el Proceso Penal y su Regla de Exclusión", ya advertí estas cualidades que son necesarias en nuestra propuesta de corrección del sistema de justicia, veamos:

### 3. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA ANTICIPADA.

La diferencia entre prueba preconstituida y prueba anticipada fue desarrollada profundamente por el Tribunal Constitucional Español, diferencia que procura situar correctamente el momento procesal en la obtención de ciertas clases de pruebas, ello para dosificar las exigencias formales que limitan su validez en juicio.

Así, debemos entender por prueba preconstituida, aquella prueba que es obtenida en la fase preliminar de la investigación, en nuestro caso el Artículo 300 CPP, modificado por la Ley 007, concede el plazo de veinte días, susceptible de ampliación de acuerdo al Artículo 301 inc. 2) del mismo código.

Los procedimientos de obtención de la prueba, en esta fase del proceso, se consideran de urgencia por el perecimiento de sus fuentes, así, un examen médico, un examen de alcoholemia, toxicológicos o un estudio sobre condiciones in situ o climatológicas, pueden desaparecer con el transcurso del tiempo, por ello, la necesidad de su consecución o registro, permite que se reduzcan las exigencias formales de su ejecución, siempre que esté justificada esta omisión.

Debemos diferenciar entre operaciones técnicas y operaciones científicas, así, las primeras, efectuadas por la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, como el registro del lugar del hecho, las requisas personales, inspecciones oculares, levantamiento de cadáveres y otros que son de especialidad técnica y criminalística de los gabinetes policiales, pueden ser introducidos a juicio por su lectura, asumiendo la verdadera categoría de pruebas preconstituidas puesto que se realizan sobre objetos y circunstancias percederas, cercanas al evento delictivo.

Otros sistemas procesales como el español, le dotan a estas diligencias preliminares ejecutadas por los gabinetes policiales de una presunción de veracidad (*juris tantum*), en cuando no sea demostrada la irrealidad de la constatación efectuada<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Tribunal Supremo Español, STS de 22 de abril de 1987 (Colex-Data 87P522)

La reciente S. de esta Sala de 22-4-86, afronta el tema del valor de los atestados policiales como medio de prueba y declara, en doctrina que ahora se ratifica que < a las diligencias policiales se les niega toda eficacia probatoria, afirmando que de acuerdo con lo dispuesto en la LECRIM en los arts. 282 y sig, los atestados instruidos por miembros de la Policía Judicial solo tienen una función preventiva y el valor de denuncias – art. 297 de dicha Ley -, lo cual parece plausible, pero se olvida que los preceptos antedichos han quedado obsoletos desde 1882 en que fueron promulgados y que esa apreciación peyorativa se halla muy distante de la actual Policía científica, sin que se explique el menosprecio o desdén respecto a diligencias de

En la experiencia boliviana, La FELCC, como brazo auxiliar del Ministerio Público deberá cumplir, en sus operaciones técnicas los requisitos formales exigidos para la ejecución de cada diligencia en particular y aquellos que se imponen para la elaboración del acta correspondiente. La inobservancia de los mismos constituiría una causal de exclusión probatoria del acta, pues solo el cumplimiento de estas formas permite su introducción a juicio por su lectura, Art. 333 CPP.

Respecto a las operaciones periciales se debe realizar ciertas consideraciones, puesto que, a partir del Artículo 204 y siguientes del CPP, se tiene ordenado un verdadero procedimiento preparatorio, de ejecución y conclusión del estudio pericial, que en sintonía con el elenco de derechos que profesa la actual constitución, facultan la intervención del imputado en todas sus fases; sin embargo, estas exigencias propias del principio de contradicción, pueden limitar la eficacia probatoria de sus medios u objetos de estudio, cuando los mismos son perecederos o de imposible reproducción.

En estos casos, se entenderá por prueba anticipada, aquel estudio pericial cuya emergencia en su realización, impide la practica probatoria ante una autoridad judicial, se reitera por el perecimiento inminente de la información que sostiene el objeto de estudio; en estos casos, para equilibrar el derecho a la defensa del imputado y el derecho de investigación y castigo del Estado, será exigible la comunicación inmediata de los antecedentes y del resultado al procesado, para que pueda convocar al perito a juicio, interrogarlo y asumir defensa sobre el dictamen<sup>14</sup>.

El conflicto respecto a la validez probatoria de estas prácticas periciales en la fase preliminar de la investigación, no resulta extraño a los diferentes sistemas procesales, pues incluso en España, el Tribunal Supremo de ese país, experimentó zarandeos en la unificación de este criterio, alegando unas veces que tienen valor probatorio si son ratificados ante la autoridad judicial y concediendo a estas prácticas valor probatorio, aunque no hayan sido ratificados frente a la autoridad judicial<sup>15</sup>.

Volviendo a nuestra experiencia, como ejemplo de proporcionalidad, un examen médico sobre lesiones que constituye un estudio pericial pues opera dentro del capítulo destinado a la pericia, Artículo 206 CPP, si bien esta revestido de exigencias legales para su validez, como ser la previa notificación al procesado para que observe los puntos de pericia o solicite la intervención de consultores en el acto; la inminencia en su perecimiento limita que se condicione el acto al cumplimiento de estos requisitos, no obstante, para su validez e introducción a juicio por la lectura del dictamen, es necesario que en lo posible, se haya procurado su contradicción o conocimiento oportuno por parte del procesado, inmediatamente después de haberse practicado la pericia.

*carácter objetivo, como lo son la aprehensión in situ de los presuntos malhechores, la ocupación también in situ de los efectos o instrumentos del delito, la aprehensión de drogas, etc> Y así, una reiterada doctrina jurisprudencial a partir de la S. 20-1-86, continuada por muchas otras posteriores, ha dado entrada a la figura de los llamados delitos cuasiflagrantes o testimoniales, en los que se presenta como rasgo esencial la inseparable percepción directa de los funcionarios de la Policía Judicial y la presunción iuris tantum de credibilidad de los mismos que resulta del propio art. 297 de la misma Ley; por lo que es obvio que no acreditada la irrealdad de la constatación en el atestado del hallazgo de la sustancia toxica, tal dato esencial ha de estimarse debidamente probado.*

14 Tribunal Supremo Español, SSTs de 14 de julio de 1986 (Colex Data 86P931) y de 23 de enero de 1987 (Colex Data 87P100).  
...cuando se trate de dictámenes o de informes prestados por los Gabinetes de los que actualmente dispone la policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balística y otros análogos, tendrán al menos el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican, en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral, y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes.

15 El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Volumen II, Victor Moreno Catena, Edita Tirant La Blanch, Valencia 2000, Pag. 846.

En esta categoría, por las limitaciones propias que exige cada objeto de prueba, sus posibilidades de exclusión en juicio oral o nulidad en la etapa preparatoria se reducen, a convocar al perito a juicio para interrogarlo, es decir, a la posibilidad de exigir su ratificación en juicio, se entiende, solo en casos de urgencia por el evidente perecimiento del elemento de prueba.

Cuando las probabilidades de extinción de la información que sostiene el objeto de estudio, no impiden activar el trámite de anticipo jurisdiccional de prueba, Artículo 307 CPP, el mismo debiera ser incitado por el acusador público; pues el procedimiento previsto para este anticipo garantiza la aplicación de todos principios probatorios; inmediación, contradicción, publicidad, oralidad.

De no obligarse a esta práctica, cuando el medio de prueba así lo permite, se estaría restando eficacia sistémica al instituto de anticipo jurisdiccional de prueba, pues el mismo está diseñado específicamente para proteger las fuentes de prueba, cuando las mismas puedan desaparecer en el tiempo, y coetáneamente a su protección se garantiza la concurrencia de los principios probatorios.

#### **4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPARADA RESPECTO A LA DIFERENCIA ENTRE ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA.**

Es importante hacer referencia a esta distinción de cuya naturaleza sistemática, fue advertida la primera modulación constitucional que impedía considerar pruebas a los actos de investigación realizados en la Etapa Preparatoria, en efecto, el antecedente jurisprudencial citado en acápites anteriores, refleja el razonamiento ejercitado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en sentido de ser consideradas pruebas, solo aquellos medios de conocimiento que pretendan ser judicializados en la fase de juicio oral, pues están destinadas a dilucidar la finalidad pragmática del proceso que es la culpabilidad del eventual juzgado.

Los actos de investigación se dirigen a formar la convicción de las partes sobre los hechos objeto del proceso y, como mucho, la del juez encargado de acordar el sobreseimiento o la remisión del asunto a juicio, es decir, se dirigen a fundamentar el juicio de acusación.

Sin embargo la finalidad de los actos de prueba va mas allá, en cuanto tienden a lograr la convicción del juez sobre la realidad de los hechos afirmados por las partes con vistas a servir de fundamento fáctico a la sentencia o juicio de culpabilidad<sup>16</sup>.

En resumen, la diferencia que apunta la doctrina académica y jurisprudencial española entre actos de investigación y actos de prueba radica en su finalidad, preparatoria o declarativa, es decir, los actos de investigación tienen por finalidad preparar un posible juicio, es medio para clarificar la eventual proposición acusatoria de las partes, no obstante, las pruebas en sentido estricto son aquellas que dirimirán la culpabilidad del acusado y obran en la mente del juzgador.

Efectivamente.

Pruebas en sentido estricto, son aquellas que dirimirán la culpabilidad el acusado y obran en la mente del acusador y reitero con énfasis estos aspectos puesto que es precisamente estos conceptos propios del Derecho Probatorio los que se han olvidado en la actualidad.

<sup>16</sup> El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Volumen III, Víctor Moreno Catena, Edita Tirant La Blanch, Valencia 2000, Pag. 2118.

El Ministerio Público y la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen; intentan agotar en la Etapa Preparatoria todos los actos de prueba; en total desconocimiento de los conceptos de prueba preconstituida y prueba en sentido estricto; creando con ello un proceso paralelo de corte inquisitivo ante el Ministerio Público, transgrediendo radicalmente con ello las bases del sistema acusatorio mixto adversarial.

Notemos que, cuando el Ministerio Público y la FELCC, ingresa en esta vorágine de investigación y agotamiento probatorio en la Etapa Preparatoria, lo que en realidad efectúa es un retorno al sistema inquisitivo en el que el Representante Fiscal se convierte en una especie de Juez de primera instancia que a la vez de establecer la existencia o no del delito, es el que investiga y concentra en sí mismo estas actividades antípodas no compatibles con el sistema acusatorio.

Lo lamentable es que, tanto la defensa como la acusación particular, ingresan en esta misma ficción, pues es ante el Ministerio Público ante quien debemos probar, en primera instancia nuestra inocencia o la culpabilidad del acusado, para luego de ello recién ingresar al juicio propiamente dicho; en síntesis, existe un proceso paralelo de corte inquisitivo ante el Ministerio Público que deconstruye toda la ingeniería procesal establecida para el sistema acusatorio mixto; negando a sí mismo el concepto de prueba en sentido estricto y la importancia de que estas se desarrollen en frente del juzgador, cumpliendo así el principio básico de inmediación judicial de la evidencia.

En la Etapa Preparatoria, no preparamos el juicio oral, al contrario, lo terminamos, puesto que concentramos en esta fase todos los esfuerzos de probanza llamados a realizarse, en sentido correcto, ante el Juez o Tribunal de Sentencia.

Es por esta razón que tenemos años de investigación en Etapa Preparatoria, lo que a su vez origina un gran número de detenidos preventivos sin condena, un bajo número de sentencias judiciales y un sistema de justicia colapsado y lleno de corrupción.

Las Pruebas en sentido estricto deben practicarse ante el Juez o Tribunal de Sentencia; ello así, solo son permitidos en etapa preparatoria actos de prueba que por el perecimiento de las fuentes son de imposible reproducción y si respetamos estos conceptos básicos del derecho probatorio a desarrollarse más adelante; tendremos una Etapa Preparatoria coherente con su fuente semiótica, es decir, destinada únicamente a preparar el juicio oral, no a agotarlo en años de investigación.

## 5. CONCLUSIÓN

Los delitos de corrupción deben ser enfrentados a partir de una visión humanística de sus efectos, no como un interés estatal, sino como una importancia para la estabilidad de los derechos humanos; ello así debemos reconocer que un obstáculo para la defensa de estos derechos es la falta de comprensión de los verdaderos alcances del derecho a la defensa; el exceso en su ejercicio por un desconocimiento de sus límites representa una dificultad que debe ser salvada por los acusadores estatales.

La comprensión entre la verdadera naturaleza del sistema acusatorio mixto y el sistema inquisitorial nos permite desarrollar una adecuada administración de este sistema, pues la etapa preparatoria convierte al Ministerio Público en un juez inquisidor previo al verdadero juicio oral.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236 6 diciembre 2019, pag. 33.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236 6 diciembre 2019, pag. 36.

Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 240-242.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Digesto: caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador.

Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 0984/2010-R, Sucre, 23 de Agosto de 2010.

Nietzsche: crítica de la verdad. El lenguaje y la interpretación, Greta Rivara Kamaji

Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre, los hechos / Michele Taruffo. México : Tribunal, Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

Indicios y Presunciones, Gustavo Pelaez Vargas pagina 51.

Tribunal Supremo Español, STS de 22 de abril de 1987 (Colex-Data 87P522).

Tribunal Supremo Español, SSTs de 14 de julio de 1986 (Colex Data 86P931) y de 23 de enero de 1987 (Colex Data 87P100).

El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Volumen II, Victor Moreno Catena, Edita Tirant La Blanch, Valencia 2000, Pag. 846.

El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Volumen III, Victor Moreno Catena, Edita Tirant La Blanch, Valencia 2000, Pag. 2118.