

Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela de Derecho

El Rango de la Investigación Preliminar en el Nuevo Código Procesal Penal



TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

Licenciado en Derecho

Sustentantes:

Br. Pedro Marcial Ramírez Salcé 98-1544

Br. Brenda Denisse Galán Gutiérrez 98-1352

Asesora:

Licda. Gisela Altagracia Cueto González

Santo Domingo, D.N.
Febrero, 2004

TRABAJO DE GRADO:

EL RANGO DE LA
INVESTIGACION PRELIMINAR
EN EL NUEVO CODIGO
PROCESAL PENAL

AGRADECIMIENTOS

Y

DEDICATORIAS

AGRADECIMIENTOS

A Dios, padre de amor, bondad e inmenso en misericordia, gracias por darnos fuerzas, para enfrentar los desafíos, que nos impone la vida y sobre todo para tratar de ser día a día mejores seres humanos a la luz de tu mirada.

A la Licenciada Gisela Cueto, nuestra asesora, por habernos encaminado, desde las clases en los ambientes de los salones de la Universidad; por sus acertados consejos y ayuda en la realización de este trabajo.

A la Universidad Pedro Henríquez Ureña, por albergarnos en sus aulas, y darnos la oportunidad de poder realizarnos como profesionales.

A las Autoridades de la Escuela de Derecho por recibirnos siempre que nos asaltaba una inquietud, y brindarnos su atención para satisfacerla.

A nuestros profesores de la carrera de Derecho, gracias por no ser egoístas con sus conocimientos y transmitirnos sus experiencias. De manera especial a los Magistrados y Profesores Francisco Orterga por servirnos de ejemplo y Juan Biaggi Lama por su ayuda y cooperación.

A las encargadas de la Biblioteca de la Escuela Nacional de la Judicatura, por facilitarnos información y brindarnos sus servicios con paciencia y cordialidad.

A nuestros compañeros de estudio, Patricia, Joan, Leidy, Wanda, Olmedo, Aarón, Emmanuel, Betty, Nicolás, Ángel, por brindarnos su amistad y compañerismos por tanto tiempo. A todos los llevamos en un rinconcito de nuestros corazones.

Pedro y Brenda

DEDICATORIA

A mi madre, por brindarnos todo su amor y entregarse totalmente a sus hijos, a veces olvidando su propia vida. Por ser mi gran motivación y perfecto ejemplo a seguir como madre y ser humano.

A mi abuela, quien más que una abuela ha sido mi segunda madre, por formarnos con amor y mucha dedicación, siendo el gran pilar de nuestra familia.

A mi hermano Héctor, porque me has labrado un camino recto por el cual me has extendido tu mano al recorrerlo, siempre brindándome amor, cariño y amistad.

A mi querido Pedro, por su inmenso amor y amistad, eres digno de admiración por tu perseverancia y capacidad de trabajo. Has sido la piedra angular de toda esta labor. Te Amo.

A mi padre, por brindarme amor, cariño y amistad, y porque con su ejercicio profesional me ha enseñado que la honestidad engrandece a los hombres.

A mi abuelo, por su gran cariño, y ser un modelo de padre y profesional.

A mis hermanitos Iram y Luanne, por su cariño y amistad, quisiera ser un ejemplo en sus vidas.

A mi tíos Mercedes y Alexis, por todo su cariño y apoyo durante toda mi vida.

A mis primas Edith y Alexandra, ellas saben que más que mis primas son mis hermanas.

A toda mi familia, soy feliz de pertenecer a ella, por ser tan unida y especial.

A Doña Elena, por ofrecerme su amistad, cariño y apoyo en esta etapa de mi vida.

Un homenaje póstumo a mi abuelo Giovanni, por haberme prodigado en vida tanto amor y cariño.

Brenda

DEDICATORIA

A mi hermano Alfredo cariñosamente el gordo quien se ha tomado esta carrera como si fuera suya y estoy seguro que no lo defraudare.

A mi madre Doña Elena, quien siempre me ha brindado su apoyo, y desde el primer año me dijo que averiguara cuanto costaban los anillos para comprarlos y tres años y medio después ya los puede comprar.

A mis hijos Brandon, Brianna y Christian, espero que esto le sirva de ejemplo de que cuando se quiere se puede.

A Brenda por su sencillez, humildad, esmero y dedicación, quien me ha servido de pilar para seguir adelante. Te adoro.

A mis hermanos José, Alfredito, Maria Elena, Richard, Marilyn quienes siempre han estado dándome aliento y esto es para ellos.

Pedro

INDICE

INDICE GENERAL

Agradecimientos	i
Dedicatorias	ii
Índice	iii
Introducción	2
Exposición de la Problemática	4
<u>Capítulo I.</u>	
<u>Perspectiva General sobre la Investigación</u>	
1.1 Semántica	7
1.2 Investigación Científica y Empírica	7
1.3 La Investigación en el Nuevo Proceso Penal	8
1.3.1 Fundamento Filosófico	8
<u>Capítulo II.</u>	
<u>Breve Reseña Histórica de la Investigación en el Proceso Penal</u>	
2.1 Sistema Acusatorio	10
2.2 Sistema inquisitorio	10
2.3 Sistema Mixto	11
<u>Capítulo III.</u>	
<u>La Investigación en el Proceso Penal Dominicano desde 1884</u>	
3.1 La Investigación en el Proceso Penal Dominicano con el Código de Procedimiento Criminal	13
3.1.1 Estructura	13
3.1.2 Competencia de los diferentes órganos que integran la estructura de la Policía Judicial	13
3.1.2.1 Limitación de la Competencia y Casos de Prorrogación	15
3.1 La Investigación en el Sistema Acusatorio Adversativo instaurado en el Nuevo Código Procesal Penal	15
3.2.1 La Fase Anterior a la Formalización de la Investigación	15
3.2.2 La Fase Posterior a la Formalización de la Investigación	17
3.2.3 Estructura y Competencia de los Órganos de Investigación y Persecución en el Código Procesal Penal	17
3.2.3.1 Actividad de los fiscales	19
3.2.3.1.1 Trascendencia Probatoria de los Actos del Fiscal	21
3.2.3.1.2 Plazo para Practicar la Investigación Fiscal	22
3.2.3.1.3 Límites de las Facultades de Investigación del Ministerio Público	24
3.2.3.2 La Investigación Policial y los Órganos Auxiliares de Investigación	25

3.2.4	Normas Generales de la Investigación Preliminar en el Nuevo Sistema, Características y Objetivos	28
3.2.4.1	Formas de Iniciación del Proceso	28
3.2.4.2	Características de la Investigación Preliminar	31
3.2.4.2.1	Desformalización y Flexibilidad	31
3.2.4.2.2	La Publicidad de la Etapa	32
3.2.5	Objetivos de la Etapa de la Investigación	33
3.2.5.1	Racionalización de la carga de Trabajo del Sistema	34
3.2.5.2	La Protección de la Víctima y los Testigos	35
3.2.5.3	La Eficacia de la Investigación	35

Capítulo IV.

Aspectos Técnicos de la Investigación en el Proceso Penal

4.1	Aspectos Técnicos Propiamente Dichos	38
4.1.1	Aislamiento y Preservación de la Escena del Crimen	38
4.1.1.1	Clasificación de la Escena del Crimen	43
4.1.1.2	Identificación y Registro de la Evidencia Física	44
4.1.2	Evaluación General de los Hechos	45
4.1.3	Organización del Rastreo	46
4.1.4	Identificación del Agente Infractor	47
4.1.4.1	Solicitud de Medidas	48
4.1.4.1.1	Medidas Cautelares	50
4.1.4.1.2	Medidas Cautelares Sustitutivas	51
4.2	Normas Generales sobre la Búsqueda de la Prueba en el Proceso Investigativo	52
4.2.1	Comprobación Inmediata y Medios Auxiliares	52
4.2.2	El Testimonio	55
4.2.3	La Prueba Pericial	56
4.3	Diversos Modos de Terminar la Investigación	56
4.4	Valoración Judicial de la Prueba	57

Conclusiones	iii
Recomendaciones	iiii
Bibliografía	iiiii
Anexos	iiiiii

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En América Latina, y muy especialmente en República Dominicana antes de la reforma que introduce el nuevo Código Procesal Penal, Tipo para Latinoamérica, lo que existían eran sistemas Procesales Penales constituidos casi exclusivamente por sistemas de instrucción, los cuales funcionan de acuerdo con el modelo inquisitivo. En tales procesos, los *jueces de instrucción* llevan adelante indagaciones, sumarias e investigaciones por medio de pasos predeterminados por la ley y la práctica tradicional; y sus actuaciones formales las protocolizan e incorporan al expediente de forma escrita.

Esta actividad constituye el centro de lo que los agentes del sistema realizan y el material recopilado se transforma en *la prueba*, que los órganos encargados de juzgar aprecian por medio de la lectura. En estos sistemas la etapa de *debate o juicio oral* es irrelevante o en aquellos casos en que a lo menos teóricamente se ha intentado el juicio oral, éste se ha visto disminuido por la importancia que las actas de la instrucción adquieren durante el debate, agravando con ello el ritualismo judicial de América Latina y República Dominicana.

En la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa como lo es la *Investigación Criminal Moderna*, se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o menos mecánica, de hojas que transcriben actas. Este fenómeno de burocratización de la *investigación-fenómeno* genera mucha impunidad e injusticias y es sin dudas, una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase.

La concepción de *la investigación* que hay detrás de este modelo es la de una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada, que impide obtener mayores niveles de eficiencia. Los llamados objetivos del *sumario*, vigente en la actualidad, tienen como único propósito la búsqueda de la única solución que conoce el sistema; que es la de

investigar lo ocurrido, formular la acusación y la de condenar a los eventuales responsables, es decir, un sistema lineal.

A pesar de todo este formalismo la Ley, la Jurisprudencia y la Práctica propician situaciones que conducen al caos, al poner a cargo de los jueces del juicio de fondo la responsabilidad de decidir conforme a su íntima convicción, llegando nuestra jurisprudencia al extremo de categorizarlos como “*perito de peritos*”. En su búsqueda solitaria de la verdad, ellos pueden realizar descensos, ordenar nuevas pesquisas y peritajes, así como cualquier medida que le ayude a descubrir la verdad, supuesto básico sobre el que deberán decidir, conforme le obliga la Ley.

En cambio en el nuevo Código Procesal Penal se le exige al juez la fundamentación basada en los elementos de prueba debatidos en audiencia oral. Estos elementos deben ser obtenidos con el más restricto apego a la nueva legislación, la constitución y los tratados internacionales de los que el país es signatario. Imponiéndosele al Juez la obligación de valorar estos elementos de acuerdo con la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y de incluir en las motivaciones que sustentan su decisión, las razones por las que otorgan determinados valores a esos elementos, con base a la apreciación conjunta y armónica de las pruebas.

La nueva legislación así como el nuevo estatuto del *Ministerio Público* (Art.6 ley 78-03 21 de abril del 2003), establecen claramente a cargo de quién estará la dirección de *la investigación* de los hechos de carácter penal; la puesta en movimiento de la acción pública; la protección a las víctimas y los testigos en el ámbito de las actuaciones que realice, el Ministerio Público tiene que regirse por los principios de legalidad, de responsabilidad ya que los mismos serán sujetos de responsabilidad civil, penal y disciplinaria (Art.12 de la misma ley), principios de probidad y además éste será el órgano o canal de la conformación y ejecución de la política del Estado contra la criminalidad, bajo la dirección del Poder Ejecutivo.

A nuestro entender la **ETAPA PREPARATORIA O DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR** adquiere una mayor relevancia o jerarquía dentro del nuevo proceso en tanto redefine y caracteriza las funciones de los oficiales y miembros encargados de realizar la investigación, al poner ésta bajo la responsabilidad exclusiva del Ministerio Público, la Policía y las Agencias Especiales de Investigación. De tal suerte, que establece una clara separación de poderes, facultades y deberes entre sus agentes y los Jueces. El nuevo Código da a la Etapa de la Investigación Penal un rango o valor específico del que en el Procesal Mixto carecía.

EXPOSICIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Tenemos una legislación de principio de siglo, que si bien fue efectiva en los tiempos de su aprobación, ya la sociedad dominicana exige cambios profundos en su formulación, sobre la base de esto, se llevaron a cabo profundas renovaciones en el ordenamiento jurídico entre las que se incluye el tema que nos ocupa al otorgarle verdadero rango a la investigación Penal.

El nuevo sistema procesal penal, reforma drásticamente La **POLICÍA JUDICIAL**; la cual tendrá otra constitución, estando ya el Juez de Instrucción excluido de ella y pasando a ser un Juez garante y moderador del Proceso Investigativo. El **Ministerio Público**, como lo ha señalado el Dr. César Pina Toribio, **“será el órgano encargado de las investigaciones criminales y de formular las acusaciones así como de sostener la pretensión penal en el juicio de fondo, y la función jurisdiccional será desarrollada por los jueces”**.

En el Nuevo Código Procesal Penal se elimina la *instrucción formal* y se redefine la figura del *Juez de Instrucción*, quien pasa a ser, como ya hemos apuntado un Juez de control de la Investigación con un exclusivo ejercicio de funciones jurisdiccionales. Por otra parte, al poner **LA INVESTIGACIÓN** bajo la responsabilidad exclusiva del Ministerio Público, la Policía y sus Agentes auxiliares se fortalece el procedimiento

intermedio y se ubica al Juicio como la etapa más importante de todo el proceso penal. (Art.88cpp).

Los elementos probatorios que servirán de base a la sentencia deben ser incorporados al proceso durante el debate oral y público (Art. 311 C.P.P), las fases anteriores al juicio no deben seguir sustituyéndolo, y para ello debe restársele eficacia probatoria a los actos cumplidos de forma preliminar, salvo que se haya seguido el mecanismo para anticipo de prueba (Art.287cpp), es decir, que en la nueva legislación sólo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso, los elementos de convicción que recoja el fiscal durante **LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** con apego a este código. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundamentar la sentencia, habrá de reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen de contradicción plena, salvo lo que expresa el Art. 312 del nuevo ordenamiento jurídico.

En el **nuevo proceso penal**, las sentencias, particularmente las definitivas, deberán contener una fundamentación que efectivamente de cuenta de la forma en que el o los jueces apreciaron las diferentes pruebas rendidas (las cuales deberán someterse a la contradicción desde antes de llegar al juicio, es decir, las pruebas que se aportarán en el juicio de fondo deberán haber sido debatidas previamente por las partes ante el juez de la instrucción, quien determinará cuáles serán admitidas a juicio); todo ello en pro de garantizar el derecho de las partes y el control de la actividad jurisdiccional.

Consecuente con todo lo anteriormente expresado, nos proponemos revisar los paradigmas sobre los cuales se pasa a regular **LA INVESTIGACIÓN** en el nuevo sistema, cómo debe además llevarse a cabo la investigación preliminar la cual estará bajo la dirección del Ministerio Público.

CAPITULO I:

Perspectiva General Sobre La Investigación

I- Perspectiva General Sobre la Investigación

1.1 Semántica

Etimológicamente viene este término, del latín *investigare*, *in* (en) y *vestigare* (hallar, inquirir, indagar, seguir vestigios o el rastro). Es de este origen etimológico que viene el uso más elemental de “*averiguar o descubrir alguna cosa*”.

En sí constituye una búsqueda de hechos, una vía para llegar a la verdad o descubrimiento de algo, un procedimiento para conocer una realidad, que está allí, sólo se necesita hallar cabos y atarlos.

Para Pablo Cazau, “*la investigación es un proceso por el cual se enfrentan y se resuelven problemas en forma planificada*”. En esta definición se destacan cuatro ideas importantes: “*Proceso*”, “*problema*”, “*planificada*” y “*finalidad*”.

- 1) Que la investigación sea un *proceso* significa que no es algo que ocurra instantáneamente, sino que se da a lo largo de un tiempo, es decir que tiene una secuencia cronológica.
- 2) La investigación implica no sólo enfrentar un *problema* sino también resolverlo, pues de otra forma la investigación no se completa como proceso: un investigador es un buscador de soluciones o si se quiere, un disolvedor de misterios.
- 3) La *planificación* implica la formulación adecuada del problema para tener claro qué es lo que requiere ser solucionado, y la especificación de los medios para recolectar, seleccionar, comparar e interpretar la información necesaria para resolverlo de la forma más sencilla, breve y económica posible. Decía Pedro Laín Entralgo: “*el buen investigador ha de tener a la vez ideas nuevas, buena información y buena técnica de trabajo. A los malos investigadores les falta siempre uno por lo menos de esos tres requisitos*”.
- 4) La definición, por último, hace alusión a una *finalidad*. Toda investigación es una actividad humana intencional, y persigue siempre un propósito específico, más allá del fin genérico que es resolver un problema.

El resultado que buscamos es información, de cualquier tipo visual, oral, escrita, etc., que nos lleve a una certidumbre, despejando toda duda y edificando al individuo o equipo investigador.

1.2 Investigación Científica y Empírica

Es posible distinguir dos actividades diferentes y complementarias en el ámbito de la investigación científica: la investigación teórica, que compara ideas entre sí, y la investigación empírica, que compara las ideas con la realidad.

La investigación científica es el procedimiento por el cual planteamos y verificamos hipótesis y teorías para luego, los profesionales puedan aplicarlas exitosamente con una finalidad práctica, y los docentes difundirla a las nuevas generaciones.

El investigador aplica el método científico en dos campos bien diferenciados pero mutuamente interrelacionados: la investigación teórica y la investigación empírica. El escenario clásico de la investigación teórica es la biblioteca, y el de la investigación empírica el laboratorio.

En rigor la gran mayoría de los investigadores desarrollan al mismo tiempo una actividad teórica y empírica, y la diferencia está más bien en el énfasis en que ponen en cada una de ellas: hay investigadores más bien orientados hacia la teoría, y otros hacia la experiencia con los hechos de la realidad. Y así, cuando el investigador toma contacto con una idea, tiene a partir de allí dos opciones: relacionar esa nueva idea con otras que ya conoce (investigación teórica), o intentar examinarla o probarla a la luz de los hechos (investigación empírica).

1.3 La Investigación en el Proceso Penal

Concepto. La investigación preliminar consiste *“en determinar la existencia del hecho punible y sus circunstancias, mediante las diligencias practicadas por la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente”¹*.

Otra definición de la investigación, es *“la definida como las acciones encaminadas a reunir todos los objetos de convicción, tales como el cuerpo del delito, documentos y objetos que tiendan a demostrar quiénes han sido los autores de una determinada infracción, así como también interrogar a cuantas personas fuere necesario y establecer la imputabilidad, la culpabilidad y por consecuencia, la responsabilidad con relación al referido hecho penal que se desee esclarecer, sostener la acusación”²*. Henri Capitant la define de la siguiente manera, *“Investigar se refiere al conjunto de acciones encaminadas a reunir las pruebas”³*. En cambio para Alberto Blinder la investigación *“Es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre”*

1.3.1 Fundamento Filosófico

La *investigación penal* es un medio para la búsqueda de la verdad en el ámbito de interés al proceso penal. Esto es, la reconstrucción histórica de estos hechos, la identificación del imputado, y la reunión de las pruebas que vinculan al imputado con estos hechos, todo ello en procura de que la decisión que ponga fin al proceso no deje impune al culpable ni condenado al inocente.

¹ De Diego Diez, Luis Alfredo. **“los medios de prueba”**. Honduras agosto, 2001.

² Payan Areche, Luis Ramón. **“Manual Didáctico Inteligencia y Técnicas de Investigación”** Págs. 23 y 24. Santo Domingo, Rep. Dom.

³ Capitant, Henri. **“Vocabulario Jurídico”** ED. De Palma. Buenos Aires Argentina. 1930. Pág. 325

CAPITULO II:

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE **LA INVESTIGACIÓN EN EL** **PROCESO PENAL**

II- Breve Reseña Histórica de la Investigación en el Proceso Penal

2.1 Sistema Acusatorio

Este es uno de los primeros sistemas de procedimiento que aparecen a través de la historia, el cual sustenta sus bases en principios primitivos de que el proceso, no es más que un duelo entre dos rivales, a uno de los cuales el juez debe darle la razón.

En sus inicios este proceso tenía lugar tanto en los asuntos civiles como penales. Al transcurrir el tiempo como una consecuencia de sus respectivos objetos, sin importar la identidad de las partes, el uno se separó del otro, aún de existir gran similitud entre ambos.

En principio la acusación era privada y pertenecía a la parte lesionada, lo cual estaba en consonancia con la pena.

Más tarde al aparecer las penas públicas la acusación privada fue sustituida por la popular, la cual podía ser ejercida por cualquier persona, generalmente eran las víctimas o sus familiares quienes hacían la acusación; si no existía un acusador no era posible el proceso y el hecho quedaba impune.

El juicio era una especie de combate en el que cada quien hacía valer sus pretensiones ante un hombre de pueblo, que actuaba como árbitro, el acusado y el acusador estaban en igualdad de condiciones.

2.2 Sistema Inquisitorio

Su antecedente se remonta al procedimiento extraordinario del Bajo Imperio Romano llamado así porque el proceso se desarrollaba según las reglas del procedimiento acusatorio que era el ordinario.

Fue introducido en las jurisdicciones eclesiásticas por el Papa Inocencio III en el siglo XIII a propósito de las infracciones que se juzgaban en los tribunales de la Iglesia. Y luego se vino a ratificar con el Concilio de Letrán en 1215 tras lo cual lo adoptó el derecho laico.

En el sistema inquisitivo el juez ejercía una función pública profesional, desapareciendo la participación de los ciudadanos en el juicio contra los supuestos infractores.

Los terceros así como las víctimas dejaron de tener el papel de acusadores y de poner en marcha la justicia, la cual quedó en manos de un funcionario llamado fiscal representante del Ministerio Público.

El juez cobró un papel activo en la investigación, la administración de la prueba y apoderarse de oficio de la persecución de la infracción.

El procedimiento tenía lugar en secreto, por escrito y no era contradictorio; la prueba era objeto de una reglamentación estricta denominada el sistema de prueba legal o prueba tasada, debiendo el juez condenar al inculpado cuando hubiera un cúmulo de ellas, segundo el juez debía absolver o condenar según la intimidad de su conciencia creyese o no en la inocencia del inculpado, es decir fundamentando su decisión en la íntima convicción.

Se consideraba no sólo lícito sino deseable obtener la confesión del acusado, aunque se tuviese que incurrir en las más inhumanas torturas, en el ámbito eclesial ello dio lugar a la llamada *Santa Inquisición*.

Este sistema si bien aseguraba el castigo de las infracciones pues no estaba a cargo de los particulares, lesionaba el interés del acusado porque podía ser condenado, sin tener suficientes medios de probar su inocencia y, por eso mismo, no ofrecía a nadie la seguridad de que no sería perseguido y juzgado por una infracción que no había cometido, pero ofrecía para el inculpado la ventaja de recurrir en apelación ante un número ilimitado de jurisdicciones.

2.3 Sistema Mixto

Este se caracteriza por tener una parte inquisitoria y otra acusatoria y es el que rige en la actualidad en República Dominicana, este sistema no deja a la iniciativa privada la persecución de los infractores y ofrece ciertas garantías contra posibles acusaciones vejatorias, precipitadas o calumniosas.

En el sistema mixto, el juez cumple una función pública y permanente, salvo en casos excepcionales no puede apoderarse de oficio, es necesario que haya una acusación, de la cual está encargado el Ministerio Público. El sistema de la prueba legal fue abolido y se rige por el principio de la íntima convicción del Juez.

La instrucción se divide en dos etapas; la preparatoria, basada en el sistema inquisitorio y la instrucción definitiva, que tiene las características del sistema acusatorio. En estos sistemas, la etapa de debate o juicio de fondo es prácticamente irrelevante o en aquellos casos en que a lo menos teóricamente se ha intentado el juicio oral importante, esta se ha visto disminuida por la importancia que las *actas de la instrucción* adquieren durante el debate.

En estos sistemas, una de las características más claras es la persistencia de una cierta lógica de funcionamiento que proviene del modelo inquisitivo y que tiende a mantenerse precisamente en el sistema de instrucción.

CAPITULO III:

LA INVESTIGACION EN EL PROCESO PENAL DOMINICANO DESDE 1884

III- La Investigación en el Proceso Penal Dominicano desde 1884

3.1 La Investigación en el Proceso Penal Dominicano con el Código de Procedimiento Criminal (Sistema Procesal Mixto)

En virtud de las disposiciones del Artículo 8 del Código de Procedimiento Criminal Dominicano dice *“la policía judicial investiga los crímenes, delitos y las contravenciones, reúne las pruebas y entrega los autores a los tribunales encargados de castigarlos”* y hasta en el Artículo 136 se concluye que *la Policía Judicial* está a cargo no sólo de investigar las infracciones sino también de poner en movimiento la acción pública, lo que corresponde al Ministerio Público, así como la instrucción criminal, la que está a cargo del juez de instrucción.

3.1.1 Estructura

Según lo dispone el Artículo 9 del mismo Código *“la policía judicial se ejerce bajo la supervigilancia de los Procuradores Generales de las Cortes de Apelación con las distinciones que se establecen más adelante por los inspectores de agricultura, alcaldes pedáneos; por los comisarios y oficiales de la policía, por los fiscalizadores; por los procuradores fiscales y por los jueces de instrucción. Todos estos funcionarios están bajo la supervigilancia del Procurador General de la República”*.

- A) Supervisores de la policía judicial: Procurador General de la República y el Procurador General de la Corte de Apelación.
- B) Oficiales superiores de la policía judicial: el Procurador Fiscal y el Juez de Instrucción.
- C) Los Oficiales de la Policía Judicial y Auxiliares del Fiscal, Fiscalizadores y Oficiales de Policía.
- D) Oficiales Inferiores de la Policía Judicial, Alcaldes Pedáneos e Inspectores de Agricultura.
- E) Simples agentes de la policía judicial: agentes y clase de Policía, inspectores de rentas internas, los de trabajo, los de salud pública, los de migración, los de agricultura, los de control de precios, los caza y pesca, etc.

3.1.2 Competencia de los diferentes órganos que integran la estructura de la Policía Judicial

En virtud de las disposiciones del Artículo 51 del mismo Código: *“en los casos de concurrencia el fiscal y los oficiales de Policía, el primero ejercerá las atribuciones que corresponda a la Policía Judicial y si llega después de principiado el procedimiento podrá continuarlo o autorizar al oficial que lo estuviere practicando a que lo siga”* de

este artículo se desprende que el Procurador Fiscal está por encima de los miembros de la Policía Judicial.

Por disposiciones del Artículo 1: ***“le corresponde al Ministerio Público ejercer la acción pública aunque ésta haya sido puesta en marcha por la iniciativa privada”*** y de conformidad con el Artículo 57 de la ley de Organización Judicial este debe perseguir las infracciones cuyo castigo corresponde a los tribunales judiciales.

Como representante de la sociedad controla al juez de instrucción, Artículo 61 Código de Procedimiento Criminal ***“fuera de los casos de flagrante delito, el juez de instrucción no hará ningún acto de instrucción ni de persecución sin haberlo comunicado al procurador fiscal que podrá requerir, además, durante la sustanciación del proceso, que se le pase cuantas veces éste sea necesario, a reserva de devolverlo dentro de 24 horas”***.

El Ministerio Público si considera que la instrucción no está completa puede requerir del juez de instrucción que sea completada. Además de desempeñar el papel de transmisor y efectuar, como lo dispone el Artículo 27 del Código de Procedimiento Criminal: ***“provee lo necesario para la remisión, notificación y ejecución de los actos dados al juez de instrucción”***.

Es quien en materia de simple policía por disposiciones del Artículo 142 del Código de Procedimiento Criminal y en materia correccional somete al acusado ante el tribunal correspondiente, de igual manera que en materia criminal, una vez el asunto ha sido calificado, redacta el acta de acusación la notifica y la mantiene, de acuerdo con el Artículo 133 del Código de Procedimiento Criminal.

Las actas levantadas por los oficiales de la Policía Judicial tienen una fuerza probante especial, pero no sucede lo mismo con las que redactan los simples agentes de la policía judicial; -por no ser ellos, más que testigos ordinarios, el contenido de las actas que instrumentan sólo tiene valor de simples datos.

En materia de contravenciones hay excepciones y algunos delitos especiales cuya comprobación está a cargo de determinados departamentos administrativos del gobierno. Ejemplo: las actas levantadas por los inspectores de Rentas Internas algunas de ellas hacen fe hasta inscripción en falsedad y otras hasta prueba en contrario.

Los ***Jueces de Instrucción***, su función es recoger las pruebas relativas a los crímenes y decidir si procede o no el envío a juicio del infractor. Aunque en principio la instrucción está a cargo del Juez de Instrucción y la persecución a cargo del Procurador Fiscal, ello no es absoluto, pues sufre dos excepciones; la primera es que el Ministerio Público tiene la facultad de actuar en los casos donde haya flagrancia y la segunda es que el fiscal puede antes de apoderar al Juez de Instrucción realizar una verdadera investigación oficiosa, verdadera instrucción preliminar, para determinar si procede o no poner en movimiento la acción pública.

3.1.2.1 Limitación de la competencia y casos de prorrogación

En principio los oficiales de la Policía Judicial no pueden actuar fuera de sus circunscripciones; pero por disposiciones del Artículo 20 del Código de Procedimiento Criminal, los Procuradores Fiscales y los Jueces de Instrucción están facultados para actuar en relación con infracciones cometidas en lugares fuera de su circunscripción siempre y cuando se trate de la residencia del inculcado o el lugar del arresto.

3.2 Investigación en el Sistema Acusatorio Adversativo instaurado en el Nuevo Código Procesal Penal

El objetivo del presente tema es analizar de manera general la forma en que el nuevo sistema a implementarse en el país concibe y regula la denominada etapa de investigación preliminar de los delitos (Artículo 279), esta etapa puede ser definida como: *“el conjunto de actos orientados a determinar si existen o no razones para someter a una persona imputada de un delito a un juicio”*.

En este sentido, la parte central de la misma está constituida, esencialmente, por la investigación que realizan los órganos de persecución penal para esclarecer la existencia o no de estas razones que justificarán la realización del juicio. Se trata en principio de una etapa esencialmente *preparatoria* a la fase final del proceso penal, que es el juicio oral.

Una primera lectura del Nuevo Código nos puede llevar a pensar que la etapa de investigación preliminar está constituida por una sola fase procesal, una lectura estratégica de la misma que considere la operatividad de las distintas normas que la regulan nos puede llevar a la conclusión de que en esta etapa existen en verdad dos fases bastante diferentes entre sí; la fase anterior a la intervención judicial y la fase posterior a la intervención judicial.

3.2.1 La fase anterior a la formalización de la investigación

En esta fase se ubica en el contexto de una etapa en la que los organismos de persecución penal ya han tomado conocimiento de los hechos que revisten carácter de delito, pero aún no han concurrido ante un juez de la Instrucción a Juez de garantías a formalizar la investigación en contra del imputado.

Ella puede extenderse sólo por algunos días u horas cuando el Ministerio Público se vea compelido a formalizar la investigación en contra del imputado (por ejemplo si hay un detenido y se quiere transformar dicha detención en prisión preventiva) o podría extenderse por varias semanas, meses e incluso años, si es que los fiscales no cuentan con un imputado o si contando con uno, no les resulta conveniente formular cargos en su contra, por ejemplo: en la investigación de una compleja organización destinada al lavado de dinero.

Esta fase se caracteriza por ser, en la práctica, fundamentalmente;

- A) *unilateral*
- B) *y reservada.*

Esto requiere alguna explicación, ya que el imputado adquiere calidad de tal, desde que, en el contexto de la *investigación criminal*, existe cualquier diligencia o gestión en su contra, según lo establece el Artículo 95: “*Todo imputado tiene, desde que se solicite la aplicación de un medida de coerción o la realización de un anticipo de pruebas tiene derecho a ser informado del hecho que se le atribuye*”.

Derecho, por el que, en teoría, podría exigir acceso a la información recopilada por el Ministerio Público y la policía desde etapas muy tempranas de la persecución penal, impidiendo así que esta sea *unilateral y secreta* y como lo dispone el Artículo 290 “*el procedimiento preparatorio no es público para los terceros. Las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes*”.

Si lo anterior resulta normativamente correcto, lo cierto es que en la práctica el imputado normalmente desconoce que es objeto de investigación y, por consiguiente, no se encuentra en condiciones de ejercer sus derechos en forma activa.

Situación le facilita un espacio importante al Ministerio Público y a la policía para ir recopilando solos, una importante cantidad de elementos en ausencia de una intervención activa de la defensa o del juez de garantías, ésto es, sin controles externos.

En este contexto, la principal ventaja de esta fase para el Ministerio Público y la Policía es que se les permite desplegar la investigación criminal en un escenario cómodo para sus intereses. Esto se traduce en que, desde el punto de vista de su tratamiento legal, esta fase está bastante desregulada, ya que los órganos de la persecución penal cuentan con importantes espacios de libertad para decidir cómo llevar adelante su estrategia de investigación y preparación del caso.

Este debería ser el escenario normal en el que se desarrollen las investigaciones criminales más complejas; sin que ello constituya óbice para que cada vez que el Ministerio Público requiera realizar una diligencia que afecte derechos fundamentales del individuo, deba proveerse de una formal autorización judicial previa en esas situaciones, y siempre que se trate de la aplicación de medidas *cautelares personales* en contra del imputado.

Las ventajas y desventajas que presenta esta etapa deben ser evaluadas estratégicamente por el Ministerio Público para decidir el curso de acción en cada caso en específico.

3.2.2 La fase posterior a la formalización de la investigación

Esta etapa se produce cuando el Ministerio Público decide comunicar formalmente al imputado, ante el juez de garantías, que es objeto de una investigación por ciertos hechos específicos constitutivos de uno o más delitos.

Dos son las características centrales de esta fase, la primera, es que a partir de ella se produce *la intervención permanente del juez de garantías* en su función contralora de la actividad investigativa del Ministerio Público. También se hace necesaria *la participación del imputado y su defensa* durante el desarrollo del procedimiento. En general, esto crea un control más intenso sobre las actividades del Ministerio Público y la Policía, quienes cuentan así con menos libertad de actuar.

Una segunda característica es que a partir de la formalización de la investigación, el código contempla *un estatuto normativo mucho más regulado* para los distintos intervinientes. Es así como, por ejemplo, a partir de ese momento, el código establece un plazo máximo de tres (3) años para el término del proceso, a partir de iniciada la investigación, Artículo 148.

Por otra parte, se hacen operativas distintas vías para darle solución al caso, como son el *juicio inmediato* del Artículo 293, el *procedimiento abreviado* Artículo 363 y *las salidas alternativas*. También se le confieren facultades al juez de control o juez de garantías, según lo dispone el Artículo 226: en relación al control de las medidas cautelares, en caso de que se hayan decretado.

En conclusión las dos características analizadas hacen que ésta sea una fase que, en principio, resulta más desventajosa para el Ministerio Público, pero, como contrapartida, le da la posibilidad de solicitar y realizar actividades de investigación que signifiquen afectar derechos fundamentales y obtener medidas cautelares personales en contra del imputado. Nuevamente, la opción de pasar a esta etapa dependerá centralmente de consideraciones estratégicas para el caso específico por parte del Ministerio Público.

3.2.3 Estructura y Competencia de los Órganos de Investigación y Persecución en el Código Procesal Penal

Generalidades

El Ministerio es el órgano encargado por la Constitución y la ley de decidir sobre el curso de las investigaciones criminales. Pero no sólo respecto a estas materias el Ministerio Público es responsable de la toma de decisiones, sino que, en general, de todo tipo de materias vinculadas a la investigación, como serían las decisiones acerca de la necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación o de provocar audiencias judiciales ante el juez de garantías.

Que el Ministerio Público sea responsable de la investigación, conlleva a varios aspectos. En primer lugar, que es esta institución la que debe tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación, ya sea en términos de impulsar su continuación, declarar su cierre, decidir su suspensión o cualquier otra medida que signifique ponerle término anticipadamente.

También importa pues los fiscales son quienes tendrán el peso de conseguir las autorizaciones judiciales que sean necesarias para la realización de las diligencias de investigación que así lo requieran. Es decir, cuando la investigación llega a una etapa en la que es necesario conseguir autorizaciones judiciales previas para la realización de diligencias de investigación, quien debe obtener dichas autorizaciones es el fiscal a cargo del caso respectivo. Por lo que frente a los jueces el único responsable de la investigación del caso es el fiscal y sólo a él entenderán como interlocutor válido en el caso respectivo.

Finalmente, otro alcance es que el Ministerio Público es quien debe responder frente a daños o perjuicios, lo que no sucedía en el sistema mixto, que se generen como consecuencia de la actividad de investigación de un delito y también debe responder del éxito o fracaso de las investigaciones penales a la opinión pública.

Estructura y Competencias

Los órganos de investigación y persecución lo son: del Ministerio Público, la Policía y las Agencias especiales de investigación. Las competencias a las que debe contraerse el ejercicio de las funciones del Ministerio en el proceso penal son:

- 1°. Dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía para establecer la identidad de sus autores y partícipes;
- 2°. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de Investigaciones en cuanto se refiere a la adquisición y conservación de Los elementos de convicción;
- 3°. Formular la acusación y ampliarla, cuando haya lugar, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente;
- 4°. Ordenar el archivo de los recaudos, previa autorización del juez de control, mediante resolución fundada, cuando no existan elementos suficientes para proseguir la investigación;
- 5°. Prescindir, en los casos permitidos por la ley, del ejercicio de la acción penal;
- 6°. Solicitar, cuando corresponda, el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado;

- 7°. Proponer la recusación contra los funcionarios judiciales;
- 8°. Ejercer la acción civil derivada del delito, cuando así lo disponga este Código;
- 9°. Requerir del tribunal competente las medidas cautelares pertinentes;
10. Actuar en todos aquellos actos del proceso que, según la ley, requieran su presencia;
11. Ejercer los recursos contra las decisiones que recaigan en los juicios en que intervenga;
12. Velar por los intereses de la víctima en el proceso;
13. Requerir del tribunal competente la separación del querellante del proceso, cuando éste con su intervención obstruya reiteradamente la actuación fiscal;
14. Las demás que le atribuyan este Código y otras leyes.

3.2.3.1 Actividad de los Fiscales

Una vez recibida *la denuncia* como lo prevé el Artículo 279 el fiscal deberá realizar interrogatorios directos y personales a quienes pudieran suministrar información, preparando así también la posible lista de testigos que ofrecerá para ser recibidos en audiencia oral ante el tribunal de sentencia, debe además recoger y conservar todas las evidencias que permitan probar los hechos ocurridos, aún cuando se haya dictado la suspensión condicional del procedimiento que prevé el Artículo 40 del Nuevo Código, o se haya decidido el archivo del caso como lo dispone el Artículo 281 del Nuevo Código Procesal Penal y todo esto de conformidad con la disposición expresa del Artículo 289: *“el Ministerio Público debe asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aún cuando se haya dictado suspensión condicional del procedimiento o se haya dispuesto el archivo”*.

Pero también se le autoriza a realizar actividades urgentes, con trascendencia y eficacia probatoria incluso durante el juicio oral (Artículo 173 y ss.), como son los casos de inspección y registro del lugar del hecho, requisita personal, registro de vehículos, decomiso o secuestro de objetos, prueba pericial, requerir informes, reconocimientos de objetos y otros aspectos.

Estos actos que puede realizar el fiscal son actos por lo general urgentes, o con poca relevancia en la afectación de derechos fundamentales, aunque tenga efectiva incidencia en el resultado del proceso.

La posibilidad de realizarlos llega a configurar el denominado *principio de investigación autónoma del Ministerio Público*, en consonancia con lo dispuesto por el Artículo 285: *“el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier particular o funcionario, fijando el plazo conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí, o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencia”*.

Si durante la investigación preparatoria surgiesen conflictos entre el fiscal y los demás sujetos del proceso, como por ejemplo el imputado y su defensor, debe intervenir el juez.

El fiscal dispone de una amplia posibilidad probatoria excepcional durante la investigación, básicamente en lo concerniente a *la prueba testimonial*, que es la reina de la prueba en este nuevo sistema.

El fiscal podrá interrogar testigos en el curso de su investigación, para lo cual ya no puede recurrir más a los escribientes o auxiliares, sino que deberá hacerlo en forma personal y directa. Porque de lo contrario no estará nunca en capacidad de formular adecuadamente la acusación, o de decidir si corresponde solicitar un sobreseimiento, pues sólo podrá estar en posibilidad quien haya interrogado a los testigos.

Pero esos interrogatorios son totalmente informales, sin actas, pueden hacerse en el lugar de los hechos, en el domicilio o lugar de trabajo del testigo, incluso puede recurrirse por teléfono. Sobre el resultado del interrogatorio el fiscal deberá llevar notas o apuntes personales, donde consigne también observaciones, que le servirán tanto para formular sus requerimientos, cuanto para ofrecer la prueba así como para realizar el interrogatorio durante el juicio.

Desde luego en esas notas personales deberá consignar el nombre completo del testigo, su domicilio o lugar donde localizarlo, y una referencia muy general y sintética sobre los aspectos que podría declarar, pues son requisitos que debe cumplir al momento de ofrecerlo como prueba.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el fiscal que practique la investigación sea el mismo que lleve adelante la acusación durante el juicio. Esto le permitirá tener un conocimiento más exacto de lo ocurrido y contribuirá en mejor medida a hacer más eficiente del descubrimiento de la verdad.

Esto no significa que el fiscal no podría ser sustituido, como probablemente ocurrirá en los casos en que la oficina del fiscal investigador este muy lejana del asiento del tribunal de juicio, según la distribución de trabajo que finalmente disponga el tribunal.

Lo deseable es que procure la intervención en el juicio del mismo fiscal que practicó la investigación, para lo cual el Ministerio Público podrá tener estructurada una adecuada distribución de funciones y sustituciones, con el fin de mantener la cobertura en todos los tribunales, que permita que los fiscales se desplacen flexiblemente y atiendan los juicios de las causas que hubieren investigado.

En esa actividad probatoria el fiscal debe permitir la intervención de las partes, siempre que no se interfiera con el normal desarrollo de la investigación. Las partes pueden proponerle al fiscal que realice determinados actos probatorios y en caso de que este se niegue, pueden acudir ante el juez del procedimiento preparatorio, quien finalmente decide lo que corresponda (Artículo 286 Nuevo Código Procesal Penal).

3.2.3.1.1 Trascendencia probatoria de los actos del fiscal

El fiscal practica *la investigación* preparatoria preocupado, en primer término, por delimitar los hechos que sustentarán su requerimiento ante el juez, y por otro lado procura la identificación de los elementos probatorios que serán ofrecidos y aportados para fundamentar la acusación.

Por esa razón, recordemos que se establece como principio que *“los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación”* Artículo 22 Nuevo Código.

Lo anterior significa que, en principio, ninguna eficacia probatoria debe otorgársele a los actos cumplidos por el fiscal en la investigación preparatoria, conforme lo establece el propio código al disponer que *“las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este código autoriza incorporar al juicio por su lectura”* Artículo 261.

Como bien se afirma los elementos que recoja el fiscal durante la investigación preparatoria sólo tienen valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundamentar la sentencia, habrá que reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen de contradicción plena, pues como establece el Artículo 311 *“el juicio es oral”*.

La práctica de las pruebas y, en general toda intervención de quienes participen en él se realiza de modo oral, salvo que hubiesen sido complementadas con arreglo al régimen de actos definitivos e irreproductibles del Artículo 287, que establece el procedimiento para el anticipo de pruebas.

La regla tiende a evitar que el fiscal se convierta en un órgano receptor de prueba, principalmente testimonial y en general reproductible, con algún grado de eficacia para la condena del acusado, o al menos con suficiente poder de convencimiento para perjudicar a los jueces del debate.

Por ello en el legajo de investigación sólo se autoriza agregar aquellos elementos de prueba que pueden ser incorporados al juicio mediante su lectura, como lo establece el párrafo II del Artículo 230 Nuevo Código, *“Dicha prueba se individualiza en un registro especial cuando no está permitida su incorporación al debate”* y con arreglo a los Artículos 311 y 312 los cuales establecen el principio de la Oralidad y sus excepciones.

Sin embargo, en virtud de que el fiscal está autorizado en forma expresa para ordenar y practicar algunos actos probatorios, según lo señalamos antes, también como excepción a la oralidad se autoriza la incorporación por lectura al juicio de: *“la denuncia, la prueba documental, y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisas, realizados conforme a lo previsto por el Código”* Artículo 312 del Nuevo Código Procesal Penal.

Se trata precisamente de los actos mencionados en el apartado anterior, los que el fiscal puede ordenar sin autorización jurisdiccional y con plena eficacia probatoria. El riesgo que corre con esta posibilidad, es que las indagaciones preliminares se convierten en la **“instrucción sumaria”** del código anterior, lo que traería por la borda la reforma.

Ese riesgo es minimizado ahora al no estar prevista siquiera como posibilidad de la introducción al juicio de testimonios recibidos por el fiscal o la policía en el curso de un interrogatorio ordinario.

3.2.3.1.2 Plazo para practicar la investigación fiscal

En la fase de investigación el ministerio público dispone de un plazo de tres meses, según Artículo 150, para concluir el procedimiento preparatorio y presentar el requerimiento ante el juez o disponer el archivo del expediente. Esto es, si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario. El plazo es de seis meses si la medida de coerción en contra del imputado es diferente a las dos antes señaladas, aún cuando las medidas hayan sido retiradas.

La duración máxima de todo proceso es de tres (3) años, contados a partir del inicio de la investigación. Este plazo sólo se puede extender por seis (6) meses en caso de sentencia condenatoria, a los fines de permitir la tramitación de los recursos.

El Ministerio Público puede, bajo ciertas condiciones, solicitar una prórroga al plazo de la investigación en la forma y bajo las condiciones que lo establece el Artículo 150, o sea, si no ha transcurrido el plazo máximo del procedimiento preparatorio, que haya una necesidad de extensión del plazo, se le solicita al juez sólo una vez y se le da la oportunidad al imputado de expresarse al respecto.

Esta prórroga no puede superar los dos (2) meses, esto no significa la ampliación del proceso en sí.

Vencido el plazo de la investigación, si el Ministerio Público no presenta acusación ni presenta requerimiento ni dispone el archivo, el juez puede, aún de oficio, intimar al superior inmediato del Ministerio Público y a la víctima para que formulen su requerimiento en un plazo de diez días, vencido el cual, si no se ha presentado nada, el juez declara extinguida la acción penal.

La idea es que el jerarca del Ministerio Público por un lado controle disciplinariamente la labor de sus subalternos y la eficacia de sus actuaciones, y por otro señale en concreto cuál es la posición que ese Despacho asume en el caso, para lo cual puede optar por cualquiera de las gestiones que el fiscal está autorizado a formular al final de la etapa preparatoria.

En otros términos, para que se extinga la acción penal por vencimiento del plazo de la investigación preparatoria tienen que producirse una serie de situaciones y de fallas tanto del Ministerio Público como del querellante, sin que podamos afirmar que esa extinción constituya una medida extrema.

Para que se declare extinguida la acción en primer término debe existir un exceso de parte del fiscal al tomarse más tiempo del debido en la investigación; en segundo lugar debe existir una queja concreta de parte del imputado en la cual ponga en evidencia dicho exceso; en tercer lugar el juez del procedimiento preparatorio debe examinar la situación y pronunciarse a favor de la solicitud del imputado, fijándole un plazo al fiscal para que concluya sus indagaciones; en cuarto lugar el fiscal nuevamente debe excederse en la investigación, irrespetando el plazo ya fijado por el juez; en quinto lugar el juez de nuevo debe intervenir para poner en conocimiento del jefe del Ministerio Público que el fiscal irrespetó el plazo fijado para concluir la investigación; y por último, en sexto lugar, el fiscal debe desatender el asunto y no presentar requerimiento en el plazo de diez días, produciéndose así la extinción de la acción penal.

Con ese mecanismo se garantiza que la investigación no se prolongue en forma indebida más allá de lo razonable según la naturaleza del asunto, pues la consecuencia del incumplimiento de los plazos es fatal. Quedan a salvo las responsabilidades (penal y disciplinaria) sobre los funcionarios del Ministerio Público, cuando se tomaron más tiempo del debido para finalizar las indagaciones.

La norma no lo señala, pero desde luego que también el juez debe tomar en consideración los recursos disponibles del fiscal para practicar y finalizar la investigación, ya que ello incide en el tiempo.

El Código señala en su Artículo 8: ***“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”***. De este principio se desprenden las normas anteriormente expuestas.

El plazo razonable estará siempre en proporción a las circunstancias de cada investigación, examinándolo desde un punto de vista objetivo. Serán las particularidades del asunto y la mayor o menor dificultad de realizarla, lo que determinará también el tiempo que el fiscal debe concluir su investigación.

Una forma de determinar el plazo razonable es tomar en cuenta la duración promedio de un proceso de la especie conforme a las estadísticas que a esos fines son llevados. Este

principio estaba ya consagrado en varios tratados internacionales de los que nuestro país es signatario.

Ese plazo razonable es de efectivo control por parte del tribunal del procedimiento preparatorio. Cuando el imputado estime que el plazo de la investigación se ha prolongado indebidamente, puede solicitarle al juez que le fije término para que el fiscal finalice la investigación. (Artículos 151 y 152).

El juez del procedimiento intermedio, 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 presenta requerimiento alguno, el juez declara extinguida la acción penal.

Esta opción sólo procederá cuando se estime que ha habido una prolongación indebida en el tiempo de las indagaciones fiscales, pues si se aprecia que el asunto es complejo y que el tiempo que tiene de estar en investigación es razonable, el juez debe rechazar la petición del imputado.

3.2.3.1.3 Límites a las Facultades de Investigación del Ministerio Público

No obstante existen importantes niveles de flexibilidad para llevar a cabo la investigación y esta debe ser realizada en términos bastante informales; existen ciertos principios básicos que orientan la labor de los fiscales que constituyen verdaderas limitaciones a su actuar.

A diferencia de la función que pudiera cumplir cualquier abogado que estuviera encargado puramente de preparar la acusación que una persona privada pretende plantear, el Ministerio Público es una autoridad que ejerce funciones públicas y que pretende realizar ciertos objetivos institucionales.

Entre los más importantes de ellos se encuentra el de la transparencia en los criterios de actuación. Se trata de que el modo en que se realiza la preparación de las acusaciones y los criterios conforme a los cuales se toman las decisiones para llevarla adelante, puedan ser conocidos por el conjunto de la ciudadanía, la que debe poder manifestar, su acuerdo o crítica respecto de ellos como frente a cualquier otra autoridad en un sistema democrático.

Además están obligados los fiscales a desarrollar una actividad orientada a la aplicación correcta de la ley penal, ellos no pueden manipular su tarea de persecución o subordinarla a objetivos cuya realización suponga extender o reducir el ámbito de punibilidad previsto por la ley, por lo que deben procurar llegar a la verdad de lo ocurrido amparados en criterios de objetividad y profesionalismo.

No pueden por razones estratégicas ocultar hechos relevantes que hubieren descubierto, ni pruebas que pudieren arrojar resultados diversos de los que sostienen en su acusación. Así mismo los fiscales están obligados a realizar una investigación objetiva y completa

esto es a indagar no sólo aquello que constituye la hipótesis que consideran plausible o verídica, sino también, descartar otras hipótesis posibles, en especial las invocadas por el imputado o su defensa; estas restricciones se justifican porque los miembros del Ministerio Público no son sólo simples abogados estatales, sino que cuentan con el monopolio de la dirección del *Aparato Estatal de Persecución*.

Es por este motivo que para procurar un mínimo de equilibrio o, al menos, evitar un completo desequilibrio, se requiere que se use ese aparato con apego a los estándares de objetividad. Los demás intervinientes también tienen algunos deberes de lealtad con el propio sistema, pero ellos son sin duda menos intensos.

Los particulares no pueden falsificar evidencias, pero no están obligados a presentar ni a informar de aquellas que hayan encontrado y les desfavorezcan. Esta diferencia se explica porque los fiscales no están operando como los particulares, con medios propios o al menos destinados a conseguir fines particulares, sino con medios muy importantes que han sido dispuestos para alcanzar la verdad y la aplicación de la ley penal.

Esto es así porque precisamente se supone que procuren una correcta y ajustada aplicación de la ley aprobada por mayoría en el Congreso de la República y no tomen decisiones acerca del alcance del ámbito de lo punible.

Las razones descritas pueden ser traducidas en cuatro criterios o principios limitadores del Ministerio Público y son: **el principio de la interdicción de funciones jurisdiccionales, el principio de la objetividad, el principio de la legalidad en el ejercicio de sus funciones y el principio de transparencia** establecidos en el Estatuto del Ministerio Público Ley No. 78-03.

3.2.3.2 La Investigación Policial y los Órganos Auxiliares de Investigación

En virtud de las disposiciones del Artículo 91 del Nuevo Código Procesal Penal que dice lo siguiente: *“la policía, por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden del ministerio público, debe investigar los hechos punibles de acción pública, impedir que se lleven a cabo, completen o extiendan en sus efectos, individualizar a los autores y cómplices, reunir los elementos de prueba útiles para determinar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos y ejercer las demás tareas que le asignan su ley orgánica y este código”*.

En el Código de Procedimiento Penal también podemos ubicar lo que se llaman diligencias preliminares, o mejor dicho, las pesquisas propias que realiza la policía judicial inmediatamente después de haber tenido noticia de la posibilidad de la existencia de un hecho delictivo se trata de una actividad típica de investigación, cuyo propósito consiste en: Artículo 274, *“los funcionarios de la policía practican la 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; 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.

Para realizar la investigación, la Policía Judicial tiene una serie de atribuciones señaladas en forma concreta en los Artículos 173 y ss. del Nuevo Código Procesal Penal, como son practicar allanamientos, requisas, clausurar temporalmente locales, entrevistar testigos y al imputado, levantar planos, tomar fotografías del lugar de los hechos, ordenar exámenes técnicos, practicar inspecciones, etc.

Pero también la Policía Judicial puede ordenar la aprehensión de una persona cuando se trate de delitos flagrantes, los prófugos y cuando considere que una persona ha cometido un hecho punible, Artículo 224 el Nuevo Código, la Policía debe poner al Ministerio Público inmediatamente en conocimiento de sus actuaciones, para que éste a su vez solicite la aplicación de dicha medida al juez, dentro de las 24 horas a partir de su captura como lo establece el Artículo 277 del Nuevo Código, todas estas actuaciones de la policía judicial se mantienen subordinadas a las directrices del Ministerio Público por disposiciones de los Artículos, 22, 88, entre otros del Nuevo Código.

Con la finalidad de hacer más eficiente la investigación y la recolección de aquellos elementos probatorios que deberán ser incorporados legalmente al proceso el Ministerio Público debe orientar jurídicamente la labor de la Policía Judicial pues ambos deben actuar con mucho cuidado y escrúpulo, respetando las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado, pues de no ser así, el irrespeto de aquellas normas traen como consecuencia la ineficacia de esas incidencias que de otra manera pudieron servir para acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad de acusado.

El Ministerio Público debe estar atento a orientar la labor policial, en especial en lo que se refiere a garantías procesales, pues en la medida en que se le permite al imputado y a la defensa participar en la adquisición de elementos probatorios, mayor será el grado de confianza que los jueces depositarán en dichas pruebas, como establece el Artículo 290 del Nuevo Código sobre todo que en este nuevo sistema rigen *los principios de libertad probatoria y la libre valoración conforme a las reglas de la sana crítica*⁴, Artículo 172 del Nuevo Código.

Esta dirección técnica del Ministerio Público sobre la policía es fundamental, pues como bien se ha afirmado, aunque la titularidad de *la acción penal* está reservada por ley y la constitución a los miembros del Ministerio Público, son en realidad los cuerpos policiales los que mediante sus denuncias e informes, ejercen el poder de dar impulso a la misma, controlan e influyen en la marcha de la investigación, recogen las pruebas, orientan y desvían las investigaciones.

⁴ MORA MORA, Luis Paulino, y GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La prueba en el Código Procesal Penal tipo para América Latina”. En ciencias penales No.5, marzo-junio 1992, pp.53ss.

Esta deformación es más real en la medida en que la Policía Judicial sea más independiente del Ministerio Público y de los jueces. Es por esas razones que el Nuevo Código delinea una mayor adscripción de la Policía Judicial al Ministerio Público Artículo 88 del Nuevo Código: ***“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”***, con nuevas opciones de colaboración y dependencia técnica no administrativa.

El Ministerio Público no es ningún funcionario de investigación en la gran mayoría de los delitos de pequeña y mediana gravedad, sino, al contrario un funcionario que trabaja actas. Esto quiere decir que el fiscal, en la mayoría de los casos criminales, es enterado de la existencia del procedimiento sólo después de la conclusión de las investigaciones policiales, investiga muy poco personalmente y no puede modificar demasiado el resultado de la averiguación policial con las investigaciones dispuestas por esta razón, concluye Gosset⁵.

El fiscal debe realizar y dirigir la investigación como lo establece el Nuevo Código debe dejar el escritorio y las actas para colocarse al frente de las investigaciones y la policía judicial debe entender que el Ministerio Público está del lado de la justicia y que le interesa tanto el envío a la acción de la justicia de los responsables, como también la absolución del inocente como lo establece el Artículo 260: ***“Es obligación del ministerio público extender la investigación a las circunstancias del cargo y también a las que sirvan para el descargo del imputado”***, por ello no es recomendable la independencia funcional de la Policía Judicial y por último como ya hemos visto, la Policía Judicial y como lo establece el Artículo 273 del Código Procesal Penal: ***“los funcionarios de la Policía que tengan conocimiento directo de una infracción de acción pública deben de dar noticia, sin demora innecesaria y siempre dentro del plazo máximo de las veinticuatro horas (24) siguientes a su intervención”***.

Este plazo nos parece muy largo pues como la dirección de la investigación debe estar bajo la supervisión y dirección del Ministerio Público, creemos que es muy extenso para que la Policía actúe sin supervisión o sin el conocimiento del Ministerio Público; en el Código Procesal Penal de Costa Rica el plazo que se le da a la policía judicial es de solamente seis horas (6) un plazo que nos parece prudente.

Esto constituye un mecanismo para que el fiscal intervenga en la investigación, o al menos tenga posibilidad de orientar y brindar asesoría jurídica a la función policial, como corresponde en un sistema democrático; así como para ejercer unos efectivos control y vigilancia sobre la Policía.

⁵ GOSSEL, Karl Heinz. **“Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la Policía”**. En “Doctrina Penal”, 1981, pp. 649, 650, 651.-

Esos mecanismos de vigilancia lo vemos también en las regulaciones entre los demás sujetos del proceso; los fiscales y defensores vigilan la función de los jueces, la pueden cuestionar y contradecir por medio de incidentes y recursos; el juez también controla la actividad de las partes, al tomar las decisiones sobre los diferentes aspectos que le son sometidos a su conocimiento; se trata pues de una dinámica transparente de frenos y contrapesos.

3.2.4 Normas Generales de la Investigación Preliminar en el Nuevo Sistema y sus Características

3.2.4.1 Formas de Iniciación del Proceso

Según lo dispone el Artículo 279 del Nuevo Código, *“Que recibida la denuncia, la querrela, el informe pericial o realizadas las primeras investigaciones de oficio, el Ministerio Público abre de inmediato el registro correspondiente donde hace constar los datos siguientes; 1. Una sucinta descripción de objeto de la investigación; 2. Los datos del imputado, si los hay; 3. La fecha en que se inicia la investigación; 4. La calificación jurídica provisional de los hechos imputados; 5. El nombre del funcionario del Ministerio Público encargado”*.

La denuncia es la forma más común de iniciar el proceso penal. Toda persona que tenga noticia de un delito de acción pública podrá denunciarlo al Ministerio Público, a un Tribunal con competencia penal, o a la Policía Judicial, salvo que la acción dependa de instancia privada, en cuyo caso sólo pueden instar quienes tengan esa facultad. (Artículo 262).

La denuncia puede hacerse por escrito, o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario el que debe ostentar el poder respectivo.

En todos los casos deberá quedar constancia escrita de la denuncia. Si se trata de la víctima, debe advertírsele de su derecho de ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, así como de la posibilidad de constituirse en querellante, para lo cual debe fijar un domicilio o bien un teléfono donde ser localizada (Artículo 84 Párrafo 6).

La denuncia del delito continúa siendo facultativa para los ciudadanos, y únicamente se convierte en obligatoria para algunos sujetos calificados por su función. Establece el (Artículo 264 Nuevo Código), que tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

1. Los Funcionarios Públicos;
2. Los médicos, farmacéuticos, enfermeros, y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas;

2. Los médicos, farmacéuticos, enfermeros, y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas;
3. Los contadores públicos autorizados y los notarios públicos, respecto de infracciones que afecten el patrimonio o ingresos públicos.

En todos estos casos, la denuncia deja de ser obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, conviviente o pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, o cuando los hechos fueron conocidos bajo secreto profesional.

Otras de las formas de iniciar el proceso es mediante la querrela, la cual puede ser interpuesta por la víctima o su representante legal, en caso de minoridad o incapacidad. El Código Procesal Penal en su Artículo 267 la define como: ***“el acto por el cual las personas autorizadas por este código promueven el proceso penal por acción pública o solicitan intervenir en el ya iniciado por el Ministerio Público”***.

La ***acción penal*** también puede ser iniciada por el Ministerio Público, de oficio, en los delitos de acción pública, cuando se tenga conocimiento de su comisión.

En el Artículo 280 del Nuevo Código, ***“si el Ministerio Público decide ejercer la acción penal, practica por sí mismo u ordena a la policía practicar bajo su dirección las diligencias de investigación que no requieran autorización judicial ni tienen carácter jurisdiccional”***, ésta es la autorización genérica.

El curso de la investigación será definido por las circunstancias del caso, las condiciones y los recursos de trabajo de la oficina y las decisiones que tome el Ministerio Público.

Luego de iniciada la investigación el Fiscal debe levantar un ***“legajo de investigación”***, a lo que debe agregar los documentos que puedan ser incorporados al debate; mientras que sus apuntes personales sobre el curso de la investigación, el resultado de sus entrevistas con los testigos y sus apreciaciones sobre el caso deberán quedarse en otro legajo al que los juristas le llaman ***“legajo paralelo”***⁶ que no se adjuntará al principal.

Ello tiende a evitar que los jueces, sobre todo los encargados del juicio oral, examinen documentos que puedan formarle anticipadamente un criterio sobre la posible solución del caso, como ha ocurrido con la lectura de los actos de la instrucción formal.

La exigencia es de tal importancia, que el Nuevo Código señala el deber de agregar a legajos distintos los elementos de prueba que se autoriza introducir al proceso antes del juicio oral con el fin de pronunciarse sobre las medidas cautelares (Artículo 230 Párrafo II), ***“dicha prueba se individualiza en un registro especial cuando no está permitida su incorporación al debate”***.

⁶ El legajo paralelo es de uso exclusivo del fiscal y la Policía. Se trata de una especie de cuaderno personal en donde se anotan las diligencias que se van llevando a cabo en la investigación, así como la planificación de la investigación. Deberá contener copia de la prueba recabada

Las entrevistas realizadas a testigos por la Fiscalía, en principio, no constarán en el legajo de investigación dado que no pueden ser incorporadas legalmente al debate o juicio oral como ya mencionamos. Sin embargo, como la ausencia de esos datos en el legajo de investigación impediría *a las partes* conocer el contenido de esas entrevistas, las cuales en algunos casos constituirán la prueba fundamental en la cual el Fiscal sustentará la acusación, es necesario que se incluyan las minutas de entrevistas de los testigos en el legajo de investigación, durante las *etapas preparatorias e intermedia*.

Una vez que el asunto sea elevado a juicio, las minutas deberán retirarse del legajo, precisamente por cuanto no pueden ser incorporadas al debate y para evitar así el prejuicio que con su lectura pudieran formarse los jueces del tribunal de juicio, situación que ya hemos explicado.

La otra solución resulta más gravosa para los Fiscales, cual es mostrarle a la defensa el legajo paralelo donde llevan las entrevistas, pero lo que definitivamente no es admisible, es que la defensa no tenga acceso al contenido de las entrevistas. Se trata con esta medida de respetar la lealtad procesal. (Artículo 134 Nuevo Código Procesal Penal).

La negativa del Fiscal de incluir las minutas de las entrevistas en el legajo investigativo, o de mostrarlas a la defensa, es objetable ante el Juez de la Instrucción, quien conforme al Artículo 12 Nuevo Código, *“los jueces deberán velar por la preservación del principio de igualdad procesal y allanar obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten”*.

En el legajo de investigación constarán los documentos que puedan ser incorporados legalmente al debate, con la salvedad de las minutas de las entrevistas de los testigos. En este legajo también se agrega la declaración del acusado, así como las solicitudes que en la etapa preparatoria hagan las partes, tanto a la Fiscalía, como al Juez del Procedimiento Preparatorio, en los casos en que se alegue alguna violación de garantías constitucionales por parte del Fiscal o la Policía y que exija la intervención del órgano jurisdiccional.

Con respecto a las otras partes, si éstas desean participar en las diligencias, el Fiscal deberá permitirlo, como consecuencia del principio *de igualdad procesal y objetividad*. No existe obligación del Ministerio Público de realizar la diligencia con citación de las partes, pues las diligencias a las que alude el Artículo 285, son aquellas que no requieren autorización judicial, sin embargo si se trate de actos probatorios que pueden ser incorporados al debate, es obligatoria la presencia de las partes como lo establece el Artículo 287: *“El juez practica el acto, si lo considera admisible y cita las partes”* para así poder garantizar que sea sometida a la *contradicción*, principio fundamental en un sistema marcadamente *acusatorio*.

La citación de las partes, puede realizarse en casos de urgencia, por la vía telefónica o por cualquier otro medio de comunicación similar, de lo cual dejará la respectiva constancia sucinta de la conversación y de la persona que dijo recibir el mensaje, todo lo cual tiende a favorecer la celeridad y *desformalización de la investigación preliminar*.

La desaparición de la instrucción formal del juez, y su sustitución por una *investigación del fiscal*, no sólo fortalece *la oralidad*, con todas sus consecuencias, *inmediación, contradicción, concentración, valoración de la prueba conforme a la sana crítica*, etc., sino que además fortalece la dinámica misma del proceso y su efectividad para buscar una solución real al conflicto humano que lo provoca y lo nutre. En otras palabras lo sustantivo pasa a ser trascendente, y lo formal pierde terreno.

3.2.4.2 Características de la Investigación Preliminar

El sistema de *investigación preliminar* que establece el Nuevo Código Procesal Penal pretende de manera principal dinamizar el método por medio del cual el Estado realiza la actividad destinada a averiguar acerca de aquellos hechos denunciados como delitos y recolectar las pruebas necesarias para el juzgamiento.

A diferencia de lo que ocurre en la actualidad dentro del marco del Procesal Mixto en el que a través del sumario criminal o instrucción formal que consiste en un proceso de averiguación judicial, por medio del cual todos los elementos probatorios que se obtienen se incorporan formalmente a un expediente escrito, y secreto, pasando, por una parte, a servir como antecedentes de averiguación para el desarrollo de la investigación, y constituyéndose, por la otra, en pruebas que podrán ser leídas por el órgano juzgador y valoradas en la sentencia. Todo lo cual ha llevado a que en la práctica esta etapa del procedimiento se haya transformado en la más importante de todas. La concepción de *la investigación* que hay detrás de este modelo es la de una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada. Todo lo cual impide obtener mayores niveles de eficiencia.

En definitiva, el diseño de esta etapa corresponde a una época y sociedad distinta a la pasada con un *fenómeno de criminalidad* también diferente. Ello impide que este modelo pueda adecuarse a los requerimientos que supone *la investigación de la criminalidad moderna*.

3.2.4.2.1 Desformalización y flexibilidad de la investigación

El sistema de la reforma, por su parte, está construido sobre bases completamente diferentes. En primer lugar, esta etapa pierde la formalidad que ha alcanzado en el sistema vigente pasando a constituirse en una fase *meramente preparatoria*, es decir, cuyo único sentido es el de permitir a los órganos que tienen a su cargo *la persecución penal* preparar adecuadamente su presentación en el juicio, así como tomar las decisiones que determinarán el curso posterior del caso, en especial aquellas relativas a su continuación o terminación anticipada.

Una consecuencia lógica de esta característica es que el nuevo sistema de Investigación *no tiene carácter probatorio*, esto es que todos los actos que durante él se desarrollen y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen valor *informativo* para quienes llevan adelante la persecución (fiscales y policías) pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valoradas en la sentencia en tanto no sean producidos en el *juicio oral*.

Así, por ejemplo, la declaración de un testigo prestada ante el Ministerio Público le permite a los fiscales contar con información importante para formar su convicción acerca del caso y para recopilar nuevos antecedentes respecto de él, pero esa declaración no tiene ningún *valor probatorio* en cuanto a que el testigo no comparezca al juicio oral y la preste nuevamente en conformidad a las reglas que regulan tal etapa del procedimiento.

Se trata además de *una fase administrativa y desformalizada*, esto significa que todas estas actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial que actúa de acuerdo con una cierta ritualidad prevista en la ley y pasan a ser efectuadas por órganos de carácter administrativo como son el Ministerio Público y la Policía, quienes actúan del modo en que las técnicas de cada una de sus disciplinas establezcan como más convenientes.

Esto es así para que puedan adecuar sus recursos investigativos de acuerdo a los requerimientos que cada categoría de delitos y cada delito en particular presenten. A modo de ejemplo una fiscalía puede asignar a varios fiscales para investigar un asunto complejo, y sólo a uno para el conocimiento de una multiplicidad de casos más simples.

Desde el punto de vista práctico es posible describir la *actividad de los fiscales* durante la instrucción asimilándola a la que hacen los abogados durante el proceso que precede a la presentación de una demanda civil, es decir, se trata de actividades de averiguación y recopilación de antecedentes que en general, no está sujeta a reglas procesales y que no tienen valor mientras no sean incorporadas formalmente al proceso por el medio previsto por la ley.

Esta *informalidad y esta flexibilidad* permiten que el Ministerio Público pueda organizar el trabajo de los fiscales con plena libertad, pudiendo este ser individual o colectivo, especializado o no especializado y, en general, establecer y modificar las rutinas de trabajo y la distribución interna de la organización sin mayores restricciones.

Con esto se pretende generar una dinámica completamente diferente a la del actual sistema y por consiguiente aumentar de manera significativa la capacidad investigativa del *aparato de investigación criminal*.

3.2.4.2.2 La publicidad de la etapa de investigación

En el nuevo sistema, la situación de publicidad y el secreto es compleja y requiere ser analizada realizando una distinción fundamental entre las actuaciones del Ministerio Público y la Policía, y las actuaciones judiciales.

Actuaciones del Ministerio Público

El Código regula de manera expresa, en el Artículo 290 del Nuevo Código, la situación de las actuaciones del Ministerio Público y la Policía. La regla general es que estas actuaciones son reservadas para terceros ajenos al procedimiento, pero no para el

imputado y los demás intervinientes. De esta forma, se produce un cambio radical con relación al actual secreto sumario, ya que este se extiende no sólo para los terceros, sino que incluso para el procesado y su defensa.

De acuerdo al Artículo 291 del Nuevo Código el cual dispone *la reserva*, se le permite excepcionalmente al Ministerio Público, siempre y cuando no se hayan solicitado medidas de coerción o la realización de un anticipo de prueba, decretar cuando lo considere necesario para la eficacia de *la investigación*, que determinadas actuaciones, registros o documentos sean también secretos para el imputado y los demás intervinientes, el Código Procesal Penal Dominicano no establece plazo para esa actuación del Ministerio Público, en cambio, el Código Procesal Penal Chileno establece un plazo de hasta cuarenta días, decisión de la que es posible reclamar ante el juez de garantía, al igual que en República Dominicana.

Esta excepción es bastante limitada. Por una parte, no se puede referir a toda la investigación, sino sólo a diligencias o actuaciones precisas y determinadas. En segundo, término, *la reserva* no tiene un plazo limitado de tiempo como ya mencionamos.

La reserva respecto a terceros se encuentra resguardada por el Artículo 290 del Nuevo Código donde establece una obligación de *reserva* para los funcionarios que hubieren intervenido en la investigación y para otras personas que hubieren tenido conocimiento de la misma, *“las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, adquieran conocimiento de las actuaciones cumplidas, tienen la obligación de guardar discreción”*.

Actuaciones judiciales

La situación de las actuaciones judiciales es diferente a la anteriormente descrita. Si bien es cierto que no existen normas en el Código que de manera explícita regulen este tema, existen varios argumentos de tipo normativo y vinculados a los objetivos del nuevo sistema que apuntan a la idea de que las audiencias judiciales realizadas durante *la etapa de investigación*, son por regla general, públicas.

Desde este punto de vista normativo, estimamos que las normas constitucionales que regulan el *Debido Proceso*, así como los tratados internacionales de derechos humanos, operan sobre la base de que el debido proceso se cumple sólo en la medida que las audiencias judiciales sean efectivamente *públicas*.

Detrás de la publicidad de las audiencias está la necesidad de proteger una garantía esencial para los sistemas Republicanos de gobierno, idea que también recoge nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

3.2.5 Objetivos de la etapa de investigación

Algunos autores visualizan los actos del Ministerio Público y la Policía como una actividad de carácter *preprocesal*. En tal sentido, se afirma, *“.....la actividad inicial de la*

*Policía Judicial y del Ministerio Público debe ser de carácter preprocesal, debe servir al proceso y no a la decisión, es decir no debe tener ninguna relevancia probatoria en el proceso, sino solamente servir para el ejercicio de la acción penal*⁷ en esa perspectiva se afirma que el Ministerio Público es un órgano de Investigación, no de instrucción, de solicitudes pero no de decisiones, de acción pero no juzga.

Tal como lo establece el Artículo 259 del Nuevo Código: “*el procedimiento preparatorio tiene por objeto determinar la existencia de fundamentos para la apertura de juicio, mediante la recolección de los elementos de prueba que permiten basar la acusación del Ministerio Público o del querellante y la defensa del imputado. El Ministerio Público tiene a su cargo la dirección de la investigación de todas las infracciones perseguibles por acción pública y actúa con el auxilio de la policía*”, este artículo delimita el marco general del procedimiento preparatorio que en este nuevo sistema acusatorio adversativo está bajo la dirección del Ministerio Público.

La finalidad de esta actividad de investigación y preparación que llevan a cabo los fiscales y la policía son más complejos que los del sistema vigente.

Los llamados objetivos de la instrucción formal sólo buscan la única solución que conoce el sistema, que es la de investigar lo ocurrido, la acusación y condena de los eventuales responsables, es decir, un sistema lineal.

La mayor complejidad de los objetivos de la actividad de *investigación* se vincula, por una parte, con la necesidad de selección de casos que un sistema moderno exige para funcionar razonablemente, así como a la comprensión de la necesidad de ofrecer una mayor amplitud de servicios y soluciones frente a los problemas también variados y complejos que el público hace llegar al sistema.

Tomando en consideración estos elementos, los *objetivos* de la etapa de investigación pueden ser divididos como sigue a continuación:

3.2.5.1 Racionalización de la Carga de Trabajo del Sistema

Un objetivo central de un sistema de justicia criminal moderno debe ser la *racionalización de la carga de trabajo* para permitir que este pueda operar dentro de parámetros racionales de eficiencia y calidad. Este objetivo de racionalización adquiere mayor importancia en la etapa de investigación preliminar, que donde la mayor cantidad o flujo de casos se ven.

Es así como en el nuevo sistema los fiscales primero tienen que realizar una adecuada selección de los casos, identificando todos aquellos que lleguen a su conocimiento, los cuales serán objeto de su trabajo.

⁷ BERTONI, Raffaele, L'attività di indagine e di intrusione. En “Prospettive del nuovo processo penale”, Jovene, Napoli, 1978, P.61

3.2.5.1 Racionalización de la Carga de Trabajo del Sistema

Un objetivo central de un sistema de justicia criminal moderno debe ser la ***racionalización de la carga de trabajo*** para permitir que este pueda operar dentro de parámetros racionales de eficiencia y calidad. Este objetivo de racionalización adquiere mayor importancia en la etapa de investigación preliminar, que donde la mayor cantidad o flujo de casos se ven. Es así como en el nuevo sistema los fiscales primero tienen que realizar una adecuada selección de los casos, identificando todos aquellos que lleguen a su conocimiento, los cuales serán objeto de su trabajo.

3.2.5.2 La Protección de la Víctima y Los Testigos

Otro de los objetivos es la obligación de los fiscales de atender al interés de las víctimas de los delitos o protección de las mismas, brindándoles una atención e información adecuada y procurándoles protección en el caso de que ello parezca necesario.

El cumplimiento de este objetivo se traduce en varias obligaciones concretas para los fiscales, tales como la de mantener a las víctimas permanentemente informadas de los avances de la investigación; consultar su opinión para la toma de decisiones relevantes en el proceso, como lo serían aquellas que signifiquen poner término o suspender la persecución penal; adoptar medidas de protección en su favor; promover la satisfacción de sus intereses pecuniarios y en fin adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se transforme en una nueva instancia de victimización y dolor de la misma.

Lo expuesto anteriormente está consagrado en los siguientes artículos: 1ro. Artículo 84 del Código Procesal Penal: **Derechos de la víctima**. Sin perjuicio de los que adquiere al constituirse como querellante, la víctima tiene los derechos siguientes: 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 impliquen la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que ella lo solicite”. Y el Artículo 16 del Estatuto del Ministerio Público (Ley 78-03 del 21 de abril del 2003) que nos dice en su acápite j: ***“que el Ministerio Público debe adoptar las medidas para proteger las víctimas de las infracciones y a los testigos, cuando fuere necesario, para la seguridad personal de ellos o de sus familiares”***.

Otro objetivo son las llamadas **salidas alternativas** que constituyen formas diversas de resolución del conflicto cuando ello resulte oportuno y conveniente.

3.2.5.3 La Eficacia de la Investigación

Y el último objetivo y el más medular sigue siendo el de la ***eficacia de la investigación*** y acumulación de pruebas para aquellos casos en los que se haya de formular acusación, cuya finalidad es la realización del juicio oral.

La actividad de investigación se vincula, por una parte, con las necesidades de selección de casos que un sistema moderno exige para funcionar razonablemente, como también la necesidad de ofrecer una mayor amplitud de servicios y soluciones frente a los problemas también más variados y complejos que llegan al sistema.

En cuanto al objetivo de la eficacia en la investigación, tiene que haber un apego por parte del Ministerio Público a los criterios de transparencia, objetividad, profesionalismo y al mandato general de los funcionarios públicos, al *principio de legalidad* o *sujeción a la ley* para ir desterrando prácticas que no constituyen mas que violaciones a los derechos fundamentales de los individuos, como lo establecen el Artículo 8 de nuestra Constitución y los pactos o Convenios Internacionales de los que la nación dominicana forma parte.

En definitiva el objetivo central de la etapa de investigación preliminar, es el de recopilar los antecedentes que permitan acreditar, en el juicio oral, que un delito ha sido cometido y que uno o varios imputados específicos han sido responsables del mismo. Es decir se trata de una etapa eminentemente preparatoria del juicio oral, en la que se acumula toda aquella información relevante que luego pueda ser utilizada en esa instancia para decidir el caso.

Por todo lo anterior expuesto debemos concluir que el Ministerio Público debe procurar un mínimo de equilibrio entre la víctima y el imputado para evitar el desequilibrio completo en la aplicación de la ley, se requiere que usen ese aparato con apego a los altos estándares de objetividad.

En el sistema actual quien lleva a cabo la investigación, es el mismo sujeto que decide si es conveniente o no mantener detenido al imputado.

Esto ha sido muy criticado por la *Doctrina* pues según esta el Juez de Instrucción carece de imparcialidad, en virtud de las funciones investigativas que le son asignadas en la instrucción formal; por falta de objetividad, al no marcarse adecuadamente una separación entre las tareas de investigación y las jurisdiccionales.

El Fiscal asume funciones de control en la investigación, tarea típicamente jurisdiccional, y el Juez se dedica a investigar, es decir, asume una posición *de parte*. *Nadie puede ser un buen guardián de sus propios actos, quien está comprometido con la eficiencia de la investigación no puede ser al mismo quien controle sus poderes*⁸.

⁸ LLOBET RODRÍGUEZ, Daniel. El Procedimiento Preparatorio. En Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. San José. Corte Suprema de Justicia. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 1996. Págs. 582-583.

CAPITULO IV:

ASPECTOS TECNICOS DE LA INVESTIGACION EN EL PROCESO PENAL

IV- Aspectos Técnicos de la Investigación en el Proceso Penal

4.1 Aspectos Técnicos Propiamente Dichos

4.1.1 Aislamiento de Evidencias y Preservación de la Escena del crimen

La escena del crimen. A la escena del crimen o simplemente el lugar donde se retiene o captura a una persona, esté o no en flagrante delito, debe tratar de sacársele todo el provecho posible desde el punto de vista probatorio.

Por eso es que no se debe descartar la búsqueda y examen de elementos materiales, por insignificantes o inútiles que parezcan, pues un número anotado en un pedazo de papel hallado en la cesta de la basura, un recibo de pago con tarjeta de crédito, una tarjeta de presentación personal o comercial, una tarjeta de cumpleaños o aniversario, una dedicatoria escrita en un libro, los cupones de talonarios de chequeras, etc., pueden constituir hechos indicadores a través de los cuales se llegue a establecer la responsabilidad de un individuo, o por lo menos aportar elementos de juicio para valorar la credibilidad que merece un imputado.

Por ejemplo, una hoja de papel carbón usado y encontrado dentro de una agenda se utilizó para demostrar que un individuo era socio de una empresa probablemente constituida con dinero entregado por narcotraficantes; un *Código de Normas de Aeronavegación* hallado dentro de un avión, a pesar de haber sido tachada con marcador de color negro la anotación que podía contener el nombre de su propietario, sirvió para probar que dos individuos mentían al negar ser piloto y copiloto de esa aeronave donde se transportaban 400 kilos de cocaína, además de que permitió ordenar la práctica de otras pruebas que luego los obligaron a aceptar su responsabilidad; una fórmula médica que estaba dentro de un cuaderno descubierto dentro del recinto donde se estaba montando un laboratorio para procesar cocaína, sirvieron para probar que un individuo sí tenía acceso al lugar donde se estaba haciendo el montaje a pesar de que él lo negaba y era respaldado por testimonios.

De esa manera se puede prever la posibilidad de que se pretenda introducir pruebas supuestas, falsas o prefabricadas, con el fin de desvirtuar las que sirven de soporte a una imputación penal por la realización de un delito.

A continuación presentamos algunos medios que posibilitan la efectividad de recopilación de evidencias en la Escena del Crimen:

1. ***Cadena de custodia de las pruebas.*** Este concepto ha sido elaborado más por la doctrina que por el legislador (a pesar de que hay normas dispersas en las leyes procesales penales que obligan a adoptar medidas orientadas al mantenimiento de la cadena de custodia), en el entendido que hay la necesidad de que cada funcionario que tenga a su cargo las evidencias físicas de un hecho presuntamente punible, asuma

La *cadena de custodia* se puede definir como el procedimiento a través del cual se establece una relación directa de la evidencia con la escena del crimen o con el momento en que la prueba es aprehendida.

En algunos casos, son los reglamentos de Policía Judicial o de los organismos de investigación los que contienen disposiciones al respecto, que *generalmente se reducen a la identificación, clasificación y protección de las evidencias, al levantamiento de las actas sobre lo que un funcionario entrega y otro recibe, al igual que el registro de las constancias necesarias sobre el estado en que se encuentren los elementos que constituyan la evidencia.*

En el ámbito internacional, aunque sea sólo una *declaración*, es importante resaltar que en la *Segunda Reunión Regional Sobre Coordinación y Cooperación para la Fiscalización de Drogas en el Caribe*, realizada en Santo Domingo República Dominicana, el 8 y 9 de diciembre de 1997, se acordó *“Enmendar o promulgar leyes apropiadas con relación a la cadena de custodia de evidencia y retención de muestras de evidencia y apoyar el uso de laboratorios forenses regionales”*.

El Código de Procedimiento Penal colombiano que entró en vigencia, a diferencia del que estaba vigente, en los Artículos 288 y 289 contiene disposiciones expresas, entre las cuales impone tanto a servidores públicos como a particulares que tengan relación con los elementos constitutivos de pruebas, el deber de *“aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos, materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio”*.

2. *Prueba de sustancias.* Es recomendable no probar ni permitir a otros probar supuestas sustancias estupefacientes con el gusto o ingiriéndolas; tampoco las huelas. La labor de dictaminar si una sustancia incautada es o no estupefaciente corresponde a los expertos criminalísticos en el área química o al laboratorio de estupefacientes si en el momento y lugar donde se produce la incautación y levanta el acta no se cuenta con los reactivos para hacer una prueba de campo o preliminar, lo más aconsejable es hacer una descripción detallada de las características de acuerdo con los conocimientos que usted haya adquirido en materia de estupefacientes.
3. *Toma de muestras.* Recoja las muestras de estupefacientes en bolsas plásticas, séllelas con máquina o al calor y márkuelas después con adhesivos puestos en su parte exterior. Si las marcas son introducidas en la bolsa con la sustancia, la acción de los químicos utilizados para producir estupefacientes como la cocaína puede deteriorar la marca, o también pueden ser sustraídas y cambiadas con el fin de producir confusiones o dudas que den lugar a la invocación de nulidades.

Es aconsejable tomar al menos dos muestras y conservar una de ellas debidamente asegurada, para el caso en que requiera un nuevo examen de la sustancia dubitada,

siguiendo siempre la cadena de custodia que establezcan las leyes de su país. Las sustancias sobrantes deben ser destruidas con la mayor brevedad posible para evitar que puedan dárseles mal uso, sean hurtadas o consumidas por personas que tengan acceso a los lugares donde se guarden.⁹

4. **Precursores.** Siempre que encuentre químicos que se sospeche pueden ser precursores para la elaboración de estupefacientes, solicite el auxilio de un ingeniero químico oficial que pueda hacer la peritación y tenga siempre presente que, por lo general, son altamente inflamables, cáusticos (queman la piel) o susceptibles de explotar. En caso de no contar con él, use una pipeta para tomar muestras de las sustancias líquidas, evitando tener contacto directo con ellas, usando mascarillas para evitar inhalación de gases, use recipientes de vidrio y tapas de corcho u otro material no corrosivo (las tapas plásticas también pueden ser deterioradas por la acción de los gases que emanan algunos de dichos químicos), use separadores para el embalaje de los frascos que contienen las muestras y protéjalos a su alrededor.
5. **Documentos.** No es conveniente pegar o anexar al expediente documentos con ganchos, grapas, goma o cinta de enmascarar; mucho menos si son cheques u otros títulos valores, recibos de consignación, facturas, recibos, etc., cuya información impresa o manuscrita puede ser dañada o inutilizada para efectos de alguna peritación dactiloscópica, grafológica o química que sea necesaria. Haga xerocopias de ellos antes de encuadernarlos, legajarlos o formar anexos con los mismos. En caso de que la información sea muy voluminosa y haya un riesgo mayor de que intenten destruir o hacer desaparecer tales documentos, se debe procurar grabarlos y guardarlos en discos ópticos o mediante otro mecanismo electrónico.
6. **Agendas electrónicas.** Con la ayuda de un técnico en la materia se pueden buscar los archivos, en los cuales ordinariamente se guardan números telefónicos, direcciones de correo electrónico, números de escrituras públicas, de cuentas corrientes o de ahorros, de certificados de depósitos, etc., que en un momento determinado pueden ser utilizados para el descubrimiento de la verdad.

⁹ Lamentablemente, como lo ilustra la nota periodística que a continuación se transcribe, en los despachos judiciales o de Fiscalía o Procuraduría aún se siguen guardando sustancias durante largos periodos, en algunos casos porque la ley misma así lo ordena: La Tribuna, Tegucigalpa, Honduras, enero 19 de 2001.

En cenizas cuatro millones de lempiras de pura "coca". Más de cuatro millones de lempiras en droga, fueron incinerados la mañana de ayer, por el Juzgado Tercero de Letras de lo Criminal, en el crematorio municipal de El Ocotillo, de San Pedro Sula.

El alucinógeno fue convertido en cenizas, ante la presencia del juez Nery Roberto Velázquez y los supernumerarios, Alex Urrea Rubí, Maritza Alvarenga y Ramón Paz, que junto a las autoridades de Medicina Forense, de la Procuraduría General de la República y de la Región Sanitaria número Tres, dieron fe de la quema.

Antes de proceder a la destrucción de la droga, se realizó el peritaje correspondiente, para confirmar que el polvo blanco que se incineró, era en realidad cocaína.

Posteriormente, los jueces ordenaron la quema de 16 kilos de "coca", unas 300 libras de marihuana y varias piedras de "crack", que habían sido decomisadas a diferentes personas en por lo menos 100 casos.

Los jueces explicaron, que la droga se había acumulado desde hace varios años y finalmente decidieron destruirla, tal como lo ordena la ley.

Unos 10 kilos de la cocaína, fueron incautados a Santos Duarte (libre bajo conmuta) y Samuel Echeverry, a quien como hasta el año pasado fue apresado, todavía no le han dictado su sentencia.

El resto, unos seis kilos de cocaína, fueron decomisados a José Alberto Banegas, quien todavía guarda prisión en el centro penal.

7. **Buscapersonas (beepers).** Es importante tener en cuenta que el hallazgo de buscapersonas no solamente puede ser útil para leer los mensajes actuales o que se encuentren en la memoria, sino además para acudir ante la empresa prestadora del servicio con el fin de obtener la historia de esas comunicaciones, o fundamentos para ordenar judicialmente la intervención de otras, la identificación del usuario o la persona que pague el servicio, cuando haya razones legales para hacerlo. No hay que olvidar que en las organizaciones criminales con frecuencia los servicios de buscapersonas y teléfonos celulares son contratados a nombre de terceras personas para distraer a las autoridades.
8. **Teléfonos celulares.** Explorar la memoria de un teléfono celular para conocer los últimos números marcados o de llamadas recibidas, al igual que los mensajes dejados en el buzón, puede ser de mucha utilidad para conocer los contactos del usuario del aparato. De la misma manera es conveniente verificar con la empresa prestadora del servicio, a nombre de quién fue vendido el equipo telefónico, quién y de qué manera paga las cuentas, por las mismas razones anotadas al final del numeral precedente. La búsqueda en las memorias de los teléfonos celulares puede ser mucho más útil si se tiene en cuenta que ya se usan para hacer conexiones con la Internet, para envíos de correo electrónico y además permiten la comunicación audiovisual.
9. **Computadores.** No es extraño que cuando se produce la incautación de equipos electrónicos, particularmente computadores, las autoridades de Policía, del Ministerio Público o Judiciales intenten disponer a la mayor brevedad posible de ellos en el cumplimiento de funciones oficiales, para suplir así las carencias o necesidades que se padecen a este respecto. No obstante ello, lo aconsejable es procurar que, antes de hacer uso de tales equipos, se ordene y practique, con la ayuda de un ingeniero o experto en sistemas, con el fin de buscar en la memoria información que pueda ser útil a los fines de la investigación, no sólo en los archivos corrientes, sino en los buzones de correo electrónico, servicios de Internet (páginas personales o comerciales consultadas) e incluso en las memorias de cámaras de video que hayan sido conectadas con el fin de tener comunicación audiovisual a gran distancia.

En el mismo sentido debe recomendarse que, aún en el caso de que no se encuentre información en la memoria de un computador por haber sido borrados, se procure explorar la memoria *printer* desde donde es posible la recuperación de archivos para los cuales se haya dado orden de impresión recientemente.

La *memoria RAM* de la computadora es un área de almacenamiento a corto plazo para cualquier tipo de dato que la computadora está usando, pero también es el tipo más común de memoria que utilizan las impresoras. La *memoria ROM* conserva su contenido incluso cuando se apaga el computador, por eso se conoce como permanente y es utilizada además en calculadoras y dispositivos periféricos tales como las impresoras láser.

Por esa razón fue que en 1994, cuando en un allanamiento se encontró una computadora e indicios de que recientemente se habían impreso archivos que

alcanzaron a ser borrados, producida su retención la computadora fue llevada a Estados Unidos, donde expertos en informática pudieron recuperar de la memoria *printer* los archivos impresos, correspondientes a guías telefónicas, direcciones de funcionarios judiciales y de gobierno, placas de vehículos que ingresaban a la ciudad, etc. información que era utilizada por los miembros de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes.

10. **Diskettes.** El hallazgo de diskettes al lado de computadores en los que puede guardarse información relacionada con actividades delictivas, debe tomarse con mucha cautela, pues ha habido casos en que uno o varios de ellos han sido deliberadamente contaminados con virus para destruir información, han sido dejados a propósito para que quien los encuentre, al intentar leer los archivos contenidos en esos discos blandos, destruya otros existentes en el disco duro y que pueden ser comprometedores de la responsabilidad penal que pueda tener el usuario o dueño del equipo.

En todo caso, es importante hacer el esfuerzo por inspeccionar y analizar los archivos contenidos en unidades de almacenamiento de información, tales como diskettes, discos del sistema Zip (grabadoras de discos especiales con capacidad para archivar aproximadamente unos 100 megabytes), discos ópticos o discos compactos.

11. **Discos ópticos.** Considerados los cuantiosos recursos con que cuentan los narcotraficantes, lavadores de activos y en general la delincuencia organizada, pero también el incremento de la masificación de los medios informáticos, ya no es nada extraño encontrar archivos grabados en discos ópticos porque, dado su carácter de memoria auxiliar o "*periféricos de almacenamiento masivo*", les permite guardar archivos voluminosos que pueden mantener fuera de un computador y esconder más fácilmente. En efecto, los discos ópticos son removibles, tienen capacidad para almacenar masivamente datos en pequeños espacios, son portables y son más seguros en la conservación de los archivos porque la capa que los almacena es inmune a los campos magnéticos caseros.
12. **Palm Pilot.** Además de las muy conocidas agendas de papel y electrónicas, el Palm es un organizador personal en el que se pueden almacenar direcciones, teléfonos, usar juegos sencillos, programar listados de cosas por hacer, escribir memorandos, pero además las versiones actuales permiten conectarse a Internet y recibir mensajes de correo electrónico. Si a ello se suma el uso cada vez más frecuente de la Internet y el correo electrónico para realizar actividades delictivas relacionadas con los estupefacientes y el lavado de activos, se hace mucho más importante dedicar mayor atención a este tipo de aparatos electrónicos cuando son portados por una persona indiciada de cometer alguna de esas conductas o son hallados en la escena de uno de tales delitos.
13. **Tarjetas telefónicas prepagadas.** No se debe olvidar que, además del aumento del uso de los servicios telefónicos prepagados para llamadas nacionales e internacionales, en la actualidad también hay tarjetas de esta especie con terminales

de computador, que pueden ser usadas para comunicarse con cualquier aparato de esa clase. Por esa razón lo más recomendable es obtener el auxilio de expertos en telecomunicaciones con el fin de tratar de obtener información relacionada con el uso que se le haya dado a esas tarjetas, de tal manera que, por lo menos, se obtengan elementos de juicio para interrogar a un imputado o a eventuales testigos.

14. **Tarjetas débito.** Ordinariamente son tarjetas expedidas por los bancos para hacer retiros en dinero efectivo de cuentas corrientes o de ahorro; las más conocidas tienen bandas magnéticas pero también pueden tener barras de acceso que al ser leídas permitan el ingreso a una determinada cuenta para realizar una transacción. Igualmente existen las *e-cash* o *monederos electrónicos* y *smart cards* o tarjetas inteligentes, que cuentan con terminales de computación o chips incorporados para almacenar unidades de valor que con anterioridad se han depositado o cargado a una cuenta, de tal manera que el usuario pueda hacer pagos o descuentos hasta agotar la cuantía depositada o disponible y “recargarla” con un nuevo depósito. Aunque las empresas que ofrecen los monederos electrónicos han establecido pequeñas cuantías máximas, no se puede descartar que las mismas puedan ser utilizadas para hacer pagos relacionados con actividades ilícitas.
15. **Tarjetas de crédito.** Algo que se debe tener en cuenta es que en allanamientos o en poder de personas capturadas se encuentran tarjetas de crédito expedidas a nombre de un tercero, que en muchos casos son utilizadas por narcotraficantes, las entregan a empleados suyos para pagos de viajes, gastos personales, lavadores o para pagar sobornos. Mayor cuidado hay que tener ahora que se ha puesto en el mercado la tarjeta de crédito virtual (*E-Card*) específicamente diseñada para compras por Internet, pues no se trata de una tarjeta física sino de un simple número, que ni siquiera requiere anotarse sino que hasta se puede consultar en la página de internet del banco que la expide, previo uso de una contraseña.

4.1.1.1 Clasificación de la escena del crimen

La escena del crimen descansa en un principio fundamental de que “*hay algo que encontrar*”. La escena pueden variar en relación a la cantidad de evidencia física que se pueda recuperar; la escena de un homicidio variaría en relación con la de un robo de una bicicleta por poner un ejemplo.

En su nivel básico la escena del crimen “*es el lugar donde se cometió una infracción*”. Por necesidad la búsqueda de evidencia física incluirá una área más amplia que la que usó el infractor para acercarse y salir de la escena. Esa definición básica trabaja bien para delitos como robos, asaltos, etc. Pero si la víctima ha sido secuestrada de un parqueo, o ha sido violada y llevada a un área oculta, evidentemente necesitaremos formas adicionales de pensar acerca de la escena del crimen como son las siguientes:

- 1.- La mayoría de los delitos pueden tener más de una escena. La primera es el lugar donde se cometió inicialmente el delito y que pudiéramos llamar *escena primaria*, y

aquellos lugares que consecuentemente estén conectados con los eventos acaecidos será la *escena secundaria*.

2.- Sobre la base del tamaño pudiéramos hablar de escena *macroscópica* y *microscópica*. Una escena macroscópica sería aquella que incluiría asuntos relevantes a la víctima como era el cuerpo del sospechoso, carro, edificios, etc. Y una escena microscópica serían aquellas piezas u objetos asociados a la comisión de un delito como son cuchillos, sangre, cabellos, fibras, marcas de neumáticos, marca de impresiones dentales, etc.

3.- Otra forma de pensar en la escena del crimen sobre la base de qué tipo de delito se *cometió* (incendio o Robo), *el lugar* (dentro o fuera), *condiciones de la escena* (organizada o desorganizada), y *el tipo de acción criminal* (activa o pasiva), otras formas de depurar la escena sería supongamos el caso de un homicidio; si el cuerpo estaba en la superficie, enterrado, bajo agua, etc.

Lo beneficioso de estas formas de depurar la escena es que ayudan al investigador a organizar su pensamiento y cómo acercarse y procesar la escena del crimen. Si han ocurrido múltiples delitos en lugares diferentes, la escena primaria y la secundaria pueden estar localizadas en diferentes jurisdicciones que necesiten la ayuda y cooperación de diferentes autoridades.

Objetivos perseguidos en la investigación de la escena del crimen:

- 1.- Reconstrucción de lo que pasó,
- 2.- Determinar la secuencia de eventos,
- 3.- Descubrir el sospechoso, establecer el *Modus operandi* usado por el o los(as) sospechoso(os, as),
- 4.- Determinar si hubo robo de propiedad, que artículos fueron dejados por el perpetrador,
- 5.- Revelar los motivos,
- 6.- Localizar testigos e interrogarlos,
- 7.- Documentar y recoger evidencia física¹⁰.

4.1.1.2 Identificación y Registro de Evidencia Física

La recolección de evidencia física en la escena del crimen marca el primer paso hacia el viaje de la presentación en juicio de esos elementos de prueba. Y para satisfacer requerimientos legales relativos a la introducción de esa prueba, las autoridades están obligados a:

- 1.- Identificar cada una de las piezas que ellos recojan y hayan manejado.
- 2.- Describir el lugar y las condiciones en que fueron recogidas

¹⁰ SWANSON, CHAMELIN, TERRITO, "Criminal Investigation". Ed.Mc. Graw Hill. 8va edición. NY NY. Estados Unidos, año 2003

- 3.- Establecer quién o quiénes estuvieron en contacto con la evidencia y si fue manejada por ellos.
- 4.- Establecer cuándo y durante que períodos fue manejada la evidencia.
- 5.- Declarar bajo qué circunstancias y por qué la evidencia fue manejada
- 6.- Explicar qué cambió, y si los hubo, cuáles cambios les fueron hechos a la evidencia.

Documentar la escena del crimen es una actividad constante, comenzando con las primeras notas de campo tomadas por las primeras autoridades que llegan a la escena.

Otros tipos de documentación que se necesitan mantener son las siguientes:

- 1.- Acta con la entrada de cada evidencia
- 2.- Acta de administración, que es responsabilidad del coordinador de la escena del crimen que debe tener detalles de qué funciones se le delegaron a tal o cual persona, la secuencia de eventos en la escena.
- 3.- Acta de tareas a realizar, que debe ser completada por la persona a quien se le delego una función específica durante la recolección de la evidencia física donde documente los resultados de su gestión ya sean estos positivos o negativos.
- 4.- Reporte de la querrela o denuncia, que será responsabilidad del la primera autoridad que llegue al lugar de los hechos.
- 5.- Acta de fotografías, detallando quién tomó las fotos, desde qué ángulo, cuándo, bajo supervisión de quién, en qué circunstancias.
- 6.- Un dibujo de la escena, con los datos de cómo se preparó y se terminó el dibujo, si fue a mano o utilizando una computadora.
- 7.- Una Acta de recolección o recuperación de evidencias, con la lista de cada uno de los objetos que servirán de evidencia con los nombres de las personas que la recolectaron; en qué área, fecha y hora de su levantamiento acompañados de documentación como fotos o diagramas.
- 8.- Documentos del personal de emergencia que trabajó en la zona (ambulancia, bomberos, médicos, etc).
- 9.- Una Acta del levantamiento de evidencia, que deberá contener la misma información que el acta de recuperación.
10. y si aplica una acta de la búsqueda con consentimiento o búsqueda con autorización judicial.

En delitos menores, un sólo oficial de policía puede hacer el trabajo de campo por sí solo. Pero todo lo que él aprenda sobre el delito será el resultado de su investigación. En esos casos la única documentación que se exigirá será una acta del trabajo de campo donde se establezca el incidente y reporte de la infracción.

4.1.2 Evaluación General de los Hechos

Como una consecuencia natural de la política a seguir por parte del Ministerio Público, y para evitar el trabajo innecesario o inútil, el Nuevo Código exige que el fiscal deba realizar una valoración inicial respecto de cada caso apenas llegue a su conocimiento, previo a proseguir con las investigaciones.

En otras palabras, cuando el fiscal avanza con la investigación preparatoria ha adoptado ya un crédito concreto respecto al curso del procedimiento, por lo menos según el estado que a ese momento presentaban las diligencias, y que significa que ahora no vislumbra la posibilidad de adoptar otro camino diferente, como sería, la desestimación, el sobreseimiento, la incompetencia, la posible aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación del procedimiento abreviado, la conciliación o cualquier otra medida tendente a finalizar el proceso.

Al recibir las primeras diligencias el fiscal debe valorarlas con el fin de examinar si continúa con la investigación, o solicita alguno de los aspectos antes mencionados (Artículo 269).

Lo que pretende la nueva legislación es que la actividad investigativa del fiscal sea reflexiva, valorativa, analítica. Esta valoración inicial debe estar muy ligada a las directrices generales que el fiscal haya recibido, y a la política general que haya adoptado el Ministerio Público en relación con ese tipo de casos y según sus circunstancias.

4.1.3 Organización del Rastreo

Los momentos y lugares inmediatos o cercanos a la ocurrencia de los hechos suelen brindar la oportunidad de recolectar una serie de objetos, huellas, rastros corporales y otros elementos que pueden ser útiles tanto en el proceso de averiguación como en la producción de pruebas.

La obligación de los agentes policiales que intervienen inicialmente frente a la ocurrencia del hecho es la de procurar evitar la pérdida de todos estos elementos y deben entonces proceder a recolectar todos estos antecedentes del modo mas idóneo que sea posible de acuerdo con los procedimientos establecidos por las disciplinas de investigación policial.

Esa obligación se cumplirá resguardando los rastros del delito de que se trate para su posterior recolección y análisis por unidades especializadas, de acuerdo con los procedimientos propio de su disciplina.

En los delitos de mayor gravedad y complejidad tales como homicidios, violaciones y secuestros, en los que es necesario desarrollar una investigación de carácter científico, en que haya que tomar muestras, levantar planos, tomar fotografías, todo con la participación de especialistas, los agentes que intervengan inicialmente están obligados a custodiar el sitio del suceso, esto es, el lugar y los objetos o rastros del delito que vayan a ser objeto de la investigación científica, en términos de preservar dichos elementos sin alteraciones.

Para ello es indispensable que tomen las medidas necesarias, que puedan consistir en la restricción de acceso, en disponer medidas de custodia o las demás que sean técnicamente pertinentes con el fin de evitar la distorsión de todos los elementos.

Esta obligación de custodia supone que los policías que intervienen inicialmente deben resguardar todo este conjunto de elementos hasta la llegada de unidades especializadas que el fiscal determine una vez que haya sido informado del hecho. La determinación exacta de cuáles son las unidades que tienen el carácter de especializadas respecto de cada tipo de investigación, así como su intervención en qué tipo de casos y en qué lugares, es una materia operativa que debe ser resuelta en cuanto a su definición general por acuerdo entre las instituciones policiales, el Ministerio Público y que cada caso debe ser resuelto en su especificidad por el Ministerio Público.

4.1.4 Identificación del Agente Infractor

Los agentes de la policía están obligados a detener a quien sorprendieron cometiendo un delito. Esta regla se extiende también a otras situaciones posteriores a la comisión del hecho y muy cercanas a la misma, como a aquella en que el sujeto acaba de cometerlo, esto es, recién terminado de cometerlo; al que se encontrare huyendo del lugar en que el hecho se cometió y la víctima señalarle como autor o cómplice; al que fuere encontrado con objetos, señales en su cuerpo o en sus vestidos o con las armas o instrumentos usados para cometerlo; y, al que indicaren como autor o cómplice personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio.

Estas situaciones son una extensión tradicional y bastante natural del concepto de flagrancia y no resultan problemáticas en cuanto se mantengan estrechamente vinculadas al hecho, tanto temporal como espacialmente.

El objetivo de la detención en caso de flagrancia es el de asegurar a quien aparece como sospechoso del hecho, identificado y ponerlo a disposición del Ministerio Público para que este resuelva si va a formular cargos o no en su contra. Existe otro objetivo implícito que en realidad no se vincula estrictamente a la detención, estamos hablando de la interrupción del delito y evitar la producción de sus consecuencias.

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.

La observación de la rueda de personas puede ser practicada desde un lugar oculto, cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo. Se adopta las previsiones para que el imputado no se desfigure.

El reconocimiento procede aún 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.

Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practica por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sean varias las personas a las que halla que reconocer, el reconocimiento de todas puede efectuarse en un sólo acto, siempre que no se perjudique la investigación o la defensa.

Los documentos y objetos pueden ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos. Antes del reconocimiento de un objeto, se procede a invitar a la persona que deba reconocerlo a que lo describa.

El careo puede ser ordenado cuando varias personas hayan discrepado, en sus declaraciones, sobre hechos o circunstancias importantes, para la realización de estos actos se aplican respectivamente las reglas del testimonio, del peritaje y de la declaración del imputado.

4.1.4.1 Solicitud de Medidas

Entendemos bajo esta categoría todas aquellas actuaciones de investigación que suponen afectar algún ámbito de privacidad de las personas que la ley protege, como son, por ejemplo, el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras.

En este nuevo modo de conducir la investigación, la autorización judicial que precede a una actuación policial sólo tiene el objeto de resolver, en cada caso, el conflicto que puede existir entre esa actuación y los derechos de la persona. Por lo tanto, en todos los demás casos, las autoridades encargadas de la persecución, La Policía y el Ministerio Público, son completamente libres para desarrollar todas las actividades que consideren convenientes para esclarecer el delito y obtener pruebas necesarias para demostrarlo frente a los tribunales.

La Policía por regla general, está habilitada para realizar todas las actividades de averiguación que sean necesarias para el esclarecimiento de un delito y para la recolección de pruebas que permitan demostrar el resultado de la investigación frente a los Tribunales, con excepción de aquellas que requerían la intervención de unidades especializadas o de las que constituyan afectación de derechos individuales. La cuestión que surge entonces es la de determinar cuando una actuación policial puede resultar conflictiva respecto de los derechos individuales de alguna persona.

Sobre esto la regulación legal no es homogénea, pero podemos intentar ordenarla sobre la base de dos categorías; la primera es la de aquellos ámbitos de privacidad en los que se prohíbe todo acceso y en las que ni aún con autorización judicial pueden los órganos de persecución acceder.

Tal es el caso de ciertos objetos y documentos regulados en forma específica en el Código. Se trata en todas estas situaciones de la protección de los antecedentes que pueden dar cuenta de lo ocurrido en el ámbito de relación entre una persona y sus parientes más cercanos y de sus relaciones con aquellas personas obligadas a guardar secreto por su profesión o función (Artículo 187), tales como el médico, abogado o confesor.

Se trata entonces de un espacio reservado, al cual el Estado renuncia a entrar, en toda circunstancia, con el fin de asegurar la preservación de la autonomía del sujeto en estas situaciones extremas, excluyéndose formas de control que suponen vulneración de su dignidad.

Otra categoría de ámbitos protegidos, en los que supuestos de intrusión y sus límites están expresamente regulados en la ley, sea ésta en el Código Procesal Penal, Código Monetario y Financiero que protegen la información cubierta por el secreto bancario, por ejemplo. La lógica general de estas regulaciones son las de imponer controles más estrictos, por ejemplo en la intervención de teléfonos, y menos estrictos en la medida en que la intrusión sea menos intensa, por ejemplo el caso de los exámenes corporales.

La mayor parte de los casos mencionados y en coherencia con lo que establece nuestra nueva legislación que obliga al Ministerio Público a solicitar la autorización judicial previa para adoptar medidas que afecten derechos constitucionales, dicha autorización es requerida.

No obstante, en algunos de los casos indicados se hace excepción a este principio; la primera excepción es la regla que otorga a la Policía facultades para proceder a la entrada en lugares cerrados, sin previa orden judicial, en casos de flagrancia, cuando existan llamadas de auxilio desde el interior u otros signos evidentes de que efectivamente se está cometiendo un delito (Artículo 181).

La segunda autoriza el registro de vestimentas, equipajes y vehículo del detenido. La tercera categoría es sin duda, la más problemática, y está constituida por todos aquellos ámbitos de protección que aparecen con claridad o que se podrían construir a partir de diversas reglas del ordenamiento jurídico, en especial de las garantías constitucionales, pero respecto de los cuales no existe regulación clara ni de su alcance preciso ni del modo de resolver los conflictos de protección y la necesidad de la persecución penal de desarrollar actividades que puedan perturbar su inviolabilidad.

Existen infinidad de situaciones en las cuales pueden surgir conflictos no sujetos a regulación, por ejemplo, el caso de que se ordene seguir a una persona durante un largo

tiempo con el fin de establecer las actividades que realiza, la pregunta sería si puede el Ministerio Público o la Policía ordenar dicha medida y si lo hace hasta qué punto afecta esto la privacidad u otros derechos y cómo se resuelve el conflicto planteado.

Todas estas situaciones que no son objeto de regulación, lo probable es que la intervención judicial se produzca mas bien como producto de reclamaciones posteriores de parte de aquellos que se hayan visto afectados y que el efecto sea el de admisión o exclusión de la prueba obtenida de la actividad en cuestión.

4.1.4.1.1 Medidas Cautelares

Las medidas que el fiscal pedirá durante el proceso de *investigación preliminar* son aquellas de carácter cautelar y que recaen coercitivamente sobre la persona del imputado, estas son, medidas que suponen graves afectaciones a los derechos fundamentales del imputado y muy especial a su libertad individual.

Estas medidas tienen por fin asegurar que el proceso se lleve a cabo y cumpla sus objetivos. Cuando se solicitan esas medidas surge para el Juez la necesidad de ponderar la efectividad de ellas frente a la afectación de los derechos del imputado al que debe tenerse por inocente tal y como lo establece el Artículo 14 del Nuevo Código Procesal Penal Dominicano que dispone lo siguiente: ***“toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta que una sentencia irrevocable declare su responsabilidad”***.

La nueva legislación establece cuáles son las justificaciones que pueden legítimamente invocarse y el hecho de que la carga de su petición y prueba corresponden al fiscal.

El Artículo 222 del Nuevo Código, establece el principio general de que ***“toda persona tiene el derecho a la libertad y la seguridad personal y que las medidas de coerción son de carácter excepcional”***.

El juez de control o Juez de la Instrucción, a solicitud del Ministerio Público, podrá solicitar la prisión preventiva del imputado siempre que se acredite la existencia de (Artículo 227):

- a) elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;
- b) peligro de fuga;
- c) sanción de la infracción con pena privativa de libertad.

En este nuevo sistema las medidas cautelares dejan de ser tener efecto automático, como sucede en la actualidad que el 80% de los presos de la República Dominicana son preventivos, y pasan a constituir medidas excepcionales cuya necesidad requiere ser solicitada y motivada en cada caso por el fiscal.

Estas solicitudes deben ser siempre posteriores a la formalización de *la Investigación*, ya que debe haberse explicado formalmente ante el juez por el fiscal el contenido de la

imputación. En consecuencia, las medidas cautelares se discuten a propósito de una imputación precisa, en el contexto de una audiencia en la que el fiscal deberá aportar los antecedentes que permitan justificar los supuestos que autorizan las medidas que se solicitan.

4.1.4.1.2 Medidas Cautelares Sustitutivas

Otra innovación del Código es la creación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que deben ser utilizadas con preferencia de ésta, cuando el objetivo perseguido pueda ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad de menor intensidad.

De este modo, cuando la razón para solicitar una medida cautelar sobre la persona del imputado consista en elementos de prueba suficientes para sostener razonablemente la acusación, el juez podrá decretar medidas como la prohibición al imputado de acercarse al domicilio de la víctima o a lugares que ésta frecuente, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas.

Otras medidas cautelares alternativas contenidas en el código son: el arresto domiciliario; la sujeción a la vigilancia de una persona o autoridad determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; la colocación de localizadores electrónicos, etc.

También hay un cambio en la concepción de la fianza. La regla general es que si la prisión preventiva y otras medidas cautelares no resultan necesarias, el imputado quede libre bajo su sola palabra (lo *que se conoce en derecho anglosajón como libertad bajo palabra*), de comparecer tal y como lo dispone la parte in-fine del Artículo 226 del Nuevo Código ***“en cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar el peligro de fuga”***.

Por lo tanto desaparece la fianza como un elemento de uso general y de carácter nominal como la que en muchos casos se establece en los procedimientos seguidos actualmente. En cambio, se establece cuando ella sea necesaria y cuando el imputado pueda ofrecer garantía económica que efectivamente permita cautelar los objetivos que se persiguen.

Se trata entonces de casos en los que se otorga una garantía económica relevante, que puede consistir en un depósito de dinero, una prenda, hipoteca o cualquier otra, que efectivamente permita al juez pensar que el objetivo de la prisión queda debidamente resguardado.

4.2 Normas Generales de la Búsqueda de la Prueba en el Proceso Investigativo

Esta fase de *la investigación* es primordial para procurar el sostenimiento de la acusación. Se afirma que el investigador encuentra su razón de ser precisamente en el hecho de que necesita buscar información; para hallar respuestas que satisfagan sus interrogantes: cuándo, cómo, porqué, qué, quién, dónde, y para qué; las cuales surgen durante todo el proceso. En conclusión, este es el objetivo del investigador: “La Búsqueda de la Prueba”. *“Porque tanto vale no tener el derecho, como no poder probarlo”¹¹*.

Para encontrar los indicios en los cuales se fundamentará la acusación, debemos tener en cuenta las normas generales a las que están sometidas las pruebas en el ordenamiento regulado por el código procesal penal.

Reviste particular importancia el principio establecido, de manera formal, por el Artículo 166, que dispone que sólo son admisibles aquellas pruebas que hallan sido obtenidas por un medio lícito y conforme a las disposiciones del Nuevo Código. La prueba obtenida de modo ilícito o contrario a las regulaciones de la constitución, tratados internacionales o el código deben ser excluidas y no podrán ser consideradas para fundar una decisión judicial.

Sin embargo, aquellos actos que resulten defectuosos y que se hayan obtenido sin violar los derechos y garantías del imputado pueden ser subsanados. Artículo 168 del nuevo Código.

El Código establece, en su Artículo 170, *el principio de la libertad de pruebas*, que siempre ha regido en nuestro ordenamiento procesal penal, haciendo la salvedad de que sólo no se admitirán aquellas pruebas expresamente prohibidas. Nos expresa el Artículo 171, que los medios de prueba serán admitidos o desechados siempre que los mismos tengan relación directa o indirecta con el hecho investigado y que sean útiles para descubrir la verdad.

El valor dado a cada prueba en particular debe hacerse conforme a las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos. En ese sentido, el juez o tribunal está obligado a explicar las razones por las que le ha otorgado determinado valor a la prueba.

4.2.1 Comprobación Inmediata y Medios Auxiliares

Los medios de prueba de apreciación directa o de comprobación inmediata y sus medios auxiliares están regulados en el Código Procesal Penal en los Artículos 173 al 193. Entre ellos se distinguen; la inspección del lugar del hecho, el levantamiento e identificación de

¹¹ BETANCOURT Jaramillo, Carlos. De La Prueba Judicial. Segunda Edición. Editora Bedont, S.A. Medellín, Colombia. 1986. Pág. 13.

cadáveres, el registro personal, el registro de lugares, el secuestro de objetos, el secuestro de correspondencia, la interceptación de llamadas, entres otros.

La inspección del lugar del hecho es llevada a cabo por los funcionarios del Ministerio Público o de la Policía. Estos están en el deber de custodiar el lugar y de comprobar, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible. Esta comprobación se lleva a cabo mediante el levantamiento de un acta.

En estos casos antes de procederse al traslado e inhumación del occiso, los funcionarios de la policía pueden realizar una inspección corporal preliminar, así como la descripción de la situación o posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones y heridas, además de las diligencias ordenadas por el Ministerio Público. Luego de la identificación se dispone el traslado del cadáver al laboratorio médico forense para practicar la autopsia, efectuar su identificación y entregarlo a sus familiares.

Los funcionarios del Ministerio Público o la Policía pueden realizar registros de personas, lugares y cosas, cuando razonablemente existan motivos que permitan suponer la existencia de elemento de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado.

Cuando se trata del registro de lugares cerrados o cercados, estipulado en el Artículo 179, aunque sean de acceso público, el horario para realizar el registro es el lapso comprendido entre las seis (6) horas de la mañana y las seis (6) horas de la tarde. Excepcionalmente se pueden realizar en horas de la noche, en los lugares de acceso público, abiertos durante la noche; y cuando el Juez lo autorice de modo expreso mediante resolución motivada.

El registro de las moradas y lugares privados, contenido en el Artículo 180, este sólo puede realizarse a solicitud del Ministerio Público, por orden de allanamiento expedida por el juez mediante resolución judicial motivada. Esto implica que para poder requisar una vivienda particular se requiere, necesariamente, la orden de un Juez. El Juez competente para otorgar esta autorización lo será el Juez de la Instrucción o el Juez de Paz, según las reglas establecidas al efecto por el Código.

Excepcionalmente, puede realizarse el registro sin autorización judicial. Esto es cuando ello es necesario a los fines de: 1) evitar la comisión de una infracción; 2) en respuesta a un pedido de auxilio; y 3) perseguir a un sospechoso que se introdujo a una vivienda ajena.

La orden de allanamiento dada por el Juez, contenido en el Artículo 182, a los fines de autorizar el registro de una vivienda o morada, tiene validez para su ejecución dentro de un plazo de quince (15) días, transcurrido el cual queda sin efecto, salvo cuando se ha expedido para ser ejecutado en un tiempo determinado, en cuyo caso así se hace constar.

Cuando las autoridades encargadas del registro lleguen al lugar deberán proceder a notificar la orden dada por el Juez a quien habite o se encuentre a cargo del lugar. La persona que recibe la notificación debe ser invitada a presenciar el registro. Si no se encuentra persona alguna en el lugar, o si alguien que habita la casa se resiste al ingreso, se hace uso de la Fuerza Pública para ingresarla.

El resultado del registro debe consignarse en un acta. Llenadas estas formalidades el acta del registro puede ser incorporada al juicio por su lectura. Del mismo modo el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar su testimonio.

El registro en dependencias estatales, locales o comerciales o aquellos destinados al esparcimiento público o al culto religioso, se hace en presencia del responsable o encargado del lugar, y a falta de éste, de cualquier dependiente o de un vecino o persona mayor de edad. Cumplidas estas formalidades, el acta levantada al efecto, puede ser incorporada al juicio mediante su lectura. Del mismo modo, el funcionario y el testigo instrumental pueden ser citados para prestar su testimonio.

Durante las visitas o registros pueden ser ordenados las operaciones técnicas o científicas, reconocimientos y reconstrucciones que sean necesarias, a fin de lograr la mayor eficiencia y calidad posible.

También es posible llevar a cabo la reconstrucción del hecho en aquellos casos que se entienda necesario, a los fines de comprobar si el mismo se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado. El imputado no está obligado en participar de la reconstrucción del hecho, pero si decidiese hacerlo, se aplican las reglas previstas para su declaración.

Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible pueden ser confiscados o decomisados (Artículo 189). Debiendo ser individualizados, tomados en depósito y conservados del mejor modo posible, salvo que la ley disponga su destrucción, en cuyo caso siempre se conserva una muestra que permita su examen.

Los exámenes o diagnósticos médicos protegidos por el secreto profesional ni las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor pueden ser objeto de secuestro.

A los fines de la ocupación de objetos y piezas debe ser expedida una orden de secuestro por el juez mediante resolución fundada. Sin embargo, en ocasión de un registro, el Ministerio Público y la Policía pueden hacerlo sin orden. De conformidad con el Artículo 191, siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, puede ser ordenado por el juez mediante resolución fundada, el secuestro de la correspondencia remitida al imputado o destinada a él.

Si para la averiguación del hecho es indispensable la clausura temporal de un local o la inmovilización de cosas muebles, que por su naturaleza o dimensión, no puedan ser mantenidas en depósito, se procede a asegurarlas, según las reglas del secuestro.

Otra novedad contenida en el Artículo 192, es la posibilidad de interceptar las telecomunicaciones. Para ello es necesaria la autorización, mediante resolución debidamente motivada, del Juez de la Instrucción. Mediante tal intervención es posible la captación y grabación de las comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible.

El acta levantada al efecto deberá contener de manera detallada la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la investigación y deberá omitir cualquier otra comunicación de carácter personal y familiar. Llenadas estas formalidades, la grabación puede ser reproducida en el juicio o su transcripción puede ser incorporada por lectura.

La interceptación de comunicaciones sólo es posible a la investigación de hechos punibles cuya sanción máxima prevista supere los diez años de privación de libertad y a los casos que se transmitan conforme el procedimiento especial para asuntos complejos.

4.2.2 El Testimonio

Es un medio de prueba regulado por los Artículos 194 hasta el 203 del Código Procesal Penal donde se establece, como principio general, la obligación que tiene toda persona de comparecer a la citación y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley. Así, la persona llamada a declarar como testigo no está obligada a declarar sobre hechos que puedan comprometer su responsabilidad penal.

El Artículo 195, establece una excepción a la obligación de comparecer de ciertos funcionarios que podrán solicitar que las declaraciones se lleven a cabo en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio.

Mientras que el Artículo 196 otorga facultad de abstenerse a declarar al cónyuge o conviviente del imputado, así como a sus parientes hasta el tercer grado de consaguinidad o el segundo de afinidad. Por su parte, están en el deber de abstenerse a declarar, aquellas personas que de conformidad con la ley deben guardar secreto. Cuando una persona alega la facultad o el deber de abstención, el juez juzgará sobre el punto y en el caso que no proceda ordenará su declaración.

El testigo debidamente citado que no se presenta a prestar declaración, podrá ser compelido mediante el uso de la fuerza pública, siguiendo las reglas establecidas por el Artículo 199.

La persona que halla sido debidamente citada, según el Artículo 203, para prestar testimonio que no comparezca o se niegue a satisfacer el objeto de la citación podrá ser sancionada por el juez a solicitud del Ministerio Público, a la multa equivalente de hasta treinta (30) días de salario de base de un juez de primera instancia.

En este nuevo Código se prevé la testificación de:

*Los testigos residentes en el extranjero.

*Los testimonios que se encuentren en especiales circunstancias de vulnerabilidad.

*El testimonio de los menores de edad, el cual ha venido a sustituir la manera que dispone el Artículo 236 del código para la Protección de Niñas, Niños y adolescentes, lo que resulta en mayor armonía con los principios de inmediatez y de contrariedad propias del proceso penal.

4.2.3 La Prueba Pericial

Concepto. Es la prueba admitida por el tribunal cuando para conocer o apreciar algún hecho de importancia en la causa se requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.” Es una declaración técnica acerca de un elemento de prueba”.

Es el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se necesitan conocimientos especiales y capacidad técnica.

Podríamos decir que el peritaje es una prueba Sui Géneris que auxilia a la justicia cuando se presentan situaciones confusas que para ser dilucidadas requieren conocimientos especiales de naturaleza científica o técnica.

4.3 Diversos Modos de Terminar la Investigación

Los modos de concluir la investigación por parte del Ministerio Público son:

1.- Archivar:

- a) Porque los hechos no son punibles.
- b) La prueba es insuficiente y la probabilidad de conseguirla es remota.
- c) Existe impedimento legal a la acción penal (presc. Amnistía, inimputabilidad, cosa irrevocablemente juzgada).
- d) El imputado no ha podido ser identificado.
- e) Conciliación de las partes.
- f) Aplicación Criterio de Oportunidad.

2.- Presentar requerimiento conclusivo ante el Juez de Instrucción:

- a) Solicitud suspensión condicional del procedimiento.
- b) De solicitud de procedimiento abreviado.
- c) De solicitud de auto de apertura de juicio.

4.4 Valoración Judicial de la Prueba

Tradicionalmente se suele identificar a la *valoración o apreciación de la prueba* como la tercera y definitiva etapa de la actividad probatoria. Y en términos concretos se sostiene que ella consiste en *“el análisis crítico del resultado del examen probatorio”*. Es decir, *se trata de un análisis razonado del resultado de la prueba introducida definitivamente en el proceso*¹²

De esta actividad reflexiva del juez dependerá la solución del caso; esto es, la absolución o la condena penal de una persona. Es, pues, un acto judicial exclusivo y de trascendencia para el *jus puniendi* del Estado como para las garantías y derechos del imputado.

Los Códigos Procesales latinoamericanos más recientes suelen incluir en su articulado normas expresas relativas a esta actividad del órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal Dominicano señala en su Artículo 171 que *“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 experiencias 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”*. En términos similares se expresan los Artículos 175 del Código Procesal Penal paraguayo, 22 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, ambos de 1998; y el numeral 186 del Código Procesal Penal de Guatemala de 1994.

A través de la valoración o apreciación de la prueba se construye lo que FERRAJOLI considera la *verdad judicial* sobre la realización de un delito y sobre la responsabilidad que por él alcanza al procesado. Se trata de una verdad formal y regulada. Es, pues, una *“verdad normativa construida sobre la base de un método constituido por reglas y procedimientos que disciplinan la comprobación de la verdad y le imprimen un carácter autorizado y convencional: preclusiones, testimonios inadmisibles, e inutilizabilidad de las pruebas ilícitamente adquiridas, limitaciones procesales”* (Citado por César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Editorial GRILEY. Lima, 1999, p. 657 y 658).

La existencia y observancia de estos límites, principios y requisitos en el acto de valoración de la prueba garantizan la imparcialidad del procedimiento empleado y de su operador, a la vez que configuran también la única vía para la legitimación y control del fallo judicial.

¹² (Arsenio Ore Guadía. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Alternativa. Lima, 1996 p. 297).

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El Nuevo Código Procesal Penal ha venido a despejar el carácter intrincadamente difuso que caracteriza a la investigación penal dentro del Procesal Mixto, en vías de abandono.

Estamos convencidos, mucho más, después de haber agotado arduas horas de estudio en el desarrollo de este trabajo, de que resulta exactamente apropiado afirmar que el nuevo sistema confiere a la investigación *un rango* claramente diferenciado dentro las otras etapas del Proceso Penal.

Este nuevo *rango* deriva:

- a) La reestructuración del órgano competente para llevar a cabo la investigación (la cual deberá ser realizada bajo la autoridad directa del Ministerio Público, asistido de los oficiales y miembros de la Policía y de las agencias especiales de investigación, en riguroso apego de las jerarquías a que deben atenerse sus funcionarios y miembros).
- b) La exclusividad de las competencias para investigar. Los Jueces de Instrucción han perdido sus facultades para investigar, y en consecuencia podrán obrar con el más alto nivel de imparcialidad y objetividad, ya que “al dejar de estar comprometidos con la eficiencia de la investigación, desaparece el riesgo de la falta de objetividad en el ejercicio de sus poderes”.
- c) Las normativas concernientes al respecto irrestricto de los procedimientos en la investigación; así como las consecuencias que derivan su desconocimiento. El Ministerio Público es responsable de la toma de decisiones en cuanto a llevar a cabo o no determinada investigación, realizar diligencias y provocar audiencias ante el Juez de garantías; está obligado a supeditarse al control del Juez de garantías cada vez que la diligencia que se proponga realizar afecte derechos fundamentales del investigado; es el único responsable de la investigación, debe responder del éxito o fracaso de la investigación ante la opinión pública; los excesos y abusos de autoridad hacen al Ministerio Público pasible de sanciones civiles, disciplinarias y penales; el Ministerio Público es recusable.

En definitiva el nuevo *rango* de la investigación contribuirá a que la administración de justicia penal opere como un verdadero sistema en que cada órgano con exclusión de cualquier otro se contraerá al ejercicio exclusivo de sus competencias. Todo lo cual deberá redundar en el alcance de más altos niveles de eficiencia.

RECOMENDACIONES

Recomendaciones

Definición de una política general de investigación y actuación

A partir de la vigencia del nuevo Código el Ministerio Público debe tener diseñada y bien definida una política general en todas y cada una de las materias de su competencia. La criminalidad es un fenómeno variable, se sustenta en motivaciones diversas y es realizada por diferentes sectores de la población.

No pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla, puesto que requiere estrategias bien diferenciadas, con mecanismos muy distintos, y respuestas también diversificadas.

No es lo mismo prevenir o reprimir los delitos ecológicos, que los abusos de poder y la corrupción en la administración pública; los delitos culposos en la circulación de vehículos en relación con los delitos sexuales; el abuso de poder económico en la empresa privada (como la sobrefacturación, la competencia desleal, etc.) en relación con los homicidios; los asaltos callejeros en relación con los fraudes en el Registro Público; los delitos de drogas en relación con los delitos de imprenta, etc.

Los mecanismos para prevenir esos diferentes tipos de criminalidad y las respuestas del sistema penal no pueden ser idénticas. Debe ser abandonada la inflexible posición que basada en las teorías absolutistas de la pena de Hegel y Kant, pregona que frente a todo hecho en apariencia delictivo debe tramitarse necesariamente un proceso hasta llegar a una sentencia definitiva; y en su lugar instaurarse mecanismos de diversificación, que vayan desde el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal hasta otras alternativas como la conciliación, el pago de los daños y perjuicios como causa extintiva de la acción, la suspensión del proceso a prueba, el proceso abreviado, entre otros.

En consecuencia, las alternativas son muy variadas frente a un caso concreto. Lo anterior exige que el Ministerio Público planifique adecuadamente las posibles respuestas, como responsable de una parte importante **de la política del Estado contra la criminalidad** del país, tomando en consideración una serie de factores sociales, económicos, humanos, jurídicos y circunstanciales.

No es posible pretender que cada fiscal, en cualquier lugar del territorio nacional, adopte la política que según su criterio sea la más adecuada frente a cierto tipo de criminalidad, sino que haya todo una política general, definida por el Procurador General de la República de común acuerdo con los demás miembros de Ministerio Público y con el resto de los operadores del sistema penal, en relación con determinados casos, que de ninguna manera será definitiva o inmutable pues puede ser adaptada a las condiciones de cada lugar donde se pretenda implementar. Es decir, que tendrá que transformarse y adecuarse a los cambios sociales.

Una adecuada planificación sobre las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal.

El proyecto de “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el procedimiento penal”(Reglas de Mallorca) recomienda la adopción de esta política general de orientar la acusación y evitar desigualdades y los tratos discriminatorios sobre casos similares, al disponer en la regla numero A.3 lo siguiente; “ Cuando los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento” en este texto se señala que tal directriz fue también recomendada en el punto 17 del VII Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes, celebrado en la Habana, Cuba, en 1990.

Esa planificación debe comprender muy variados aspectos, no sólo de política criminal en general sino también de aspectos muy particulares, como la manera de realizar las investigaciones. Además, debe planificarse por materias, tomando en cuenta las particularidades de cada tipo de criminalidad, el grado de afectación a la ciudadanía, la alarma social y otros factores, con el fin de adoptar posiciones.

A su vez deben establecerse mecanismos de consulta y de control interno de la propia estructura del Ministerio Público, que funcionen ágilmente, para solucionar cualquier duda, abuso o negligencia en el uso de estas distintas opciones que ofrece el sistema jurídico.

Como muy bien se señala en doctrina, debe otorgarse a la cabeza del Ministerio Público la dirección de toda la institución encargándole hoy el establecimiento de prioridades y de mañana la fijación de las políticas de persecución penal, estableciendo a la vez una disciplina jerárquica con unidad de actuación y a los fines del cumplimiento de éstas, arreglada a los principios de imparcialidad y observancia de la ley.

Debe consagrarse cómo regla general la atribución del Ministerio Público de decidir como va a investigar **“estrategia de la investigación”**, qué instrucciones va a dar a la policía judicial, y qué pruebas va a seleccionar.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

BAYTELMAN, Andrés. **“Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena”**. Santiago de Chile. Alfabet, Artes Gráficas. 1999.

BINDER, Alberto M.. **“Iniciación al Proceso Penal Acusatorio”**. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídico Continental. 1999.

BONNELLY V., Manuel Ulises. **“Código Procesal Penal Dominicano Comentado”**. Editora Centenario S. A. Santo Domingo, República Dominicana. 2002.

CARNELUTI, Francesco. **“Derecho Procesal Civil y Penal”**. Editorial DePalma, Primera Serie, Volumen Cuatro, Buenos Aires, Argentina.

CAROCCA, Alex. **“El Nuevo Proceso Penal”**. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2000.

CORTES COTO, Ronald. **“La Etapa Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal”**. Editora: Investigaciones Jurídicas S. A. San José, Costa Rica. Octubre 1998.

CASTELLANOS, Víctor José. **“Concepto del Derecho Procesal Penal y sus Principios Rectores”**. (Comisionado de Apoyo A La Reforma y Modernización De La Justicia. Editora Buho. Santo Domingo. República Dominicana. Abril, 1999.

CASTILLO MORALES, Luis. **“Derecho Procesal Penal”**. Tomos I y II, Ediciones Capeldom. Santo Domingo, República Dominicana. 1970.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. **“Los Medios de Prueba”**. Impreso en Litocom. Tegucigalpa, Honduras. Agosto, 2001.

DE PRADA SOLAESA, Ricardo. **“El Nuevo Código Procesal Penal y El Sistema de Garantías Judiciales en el Pacto de San José”**. Ediciones Litocom. Tegucigalpa, Honduras. Abril, 2001.

DUCE J., Mauricio. **“Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”**. Volumen 1. Ediciones Alfabet, Artes Gráficas. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2002.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. **“La Conciliación en el Proceso Penal”** . Ediciones Litocom. Tegucigalpa, Honduras. Abril, 2001.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. **“La Sentencia en el Nuevo Proceso Penal”** . Ediciones Litocom. Tegucigalpa, Honduras. Abril, 2001.

FLORIAN, Eugenio. **“De Las Pruebas Penales”**. Bogotá, Colombia. Editorial, Temis. 1998.

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. **“La Investigación Preparatoria del Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal Costarricense”**. Documento. San José, Costa Rica.

GONZALEZ M., Felipe. **“Primer Congreso Nacional Sobre la Reforma del Proceso Penal”**. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Ediciones Alfabetá, Artes Gráficas. Noviembre, 1998.

OLIVARES GRULLON, Félix Damián. (varios autores). **“Constitucionalización del Proceso Penal”**. Santo Domingo, República Dominicana. Talleres Gráficos de Editoria Corripio. Julio, 2002.

REPUBLICA DOMINICANA. **“Nuevo Código Procesal Penal”**. Ley 76-02. De Fecha 2 de Julio del 2002. Promulgada el 19 de Julio del 2002. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo República Dominicana. 2002.

REPUBLICA DOMINICANA. **“Estatuto del Ministerio Público”**. Ley No. 78-03. Promulgada el 21 de abril del 2003. Editora Tavárez. 2003.

WALTER, Gerhard. **“Libre Apreciación de la Prueba”**. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, Librería. 1985.

ANEXOS

LA EXPERIENCIA ECUATORIANA CON LA APLICACIÓN DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

Una ola de críticas se ha desatado al cumplirse un año de vigencia del Código de Procedimiento Penal. Los que se oponían al proyecto cuando estuvo en discusión en el Congreso, han vuelto con nuevos bríos y con nuevos argumentos.

A ellos se han sumado todos los afectados por el nuevo sistema. La federación Nacional de Abogados ha pedido al Congreso que derogue el Nuevo Código y ponga en vigencia el anterior.

Un intento en la clasificación de los problemas de que dan cuenta los abogados que piden a gritos la muerte del Código, permite descubrir los tipos siguientes:

1.- Defectos atribuidos al Código por falta de correspondencia entre el modelo teórico dominante y las regulaciones de la nueva ley.

La formación del profesional se ha centrado, desde décadas, en el aprendizaje de los textos normativos. Cuando se habla del proceso penal, entre los abogados la única referencia cultural es el proceso inquisitivo y la actuación escrita.

Así, otro modelo, como el acusatorio, en el fondo se concibe como una variación al inquisitivo, algo así como otra marca del mismo genérico. El Código entero es una muestra de eso. Sin embargo, aspectos tales como la posibilidad de que un proceso se inicie físicamente con el auto dictado por el fiscal y no por un juez, o la posibilidad de que el fiscal junte evidencias sin formalizar el acto con la presencia de las partes y el levantamiento de acta, se miran como errores, no como manifestaciones inherentes al nuevo sistema.

2.- problemas derivados de las prácticas adoptadas por los operadores de justicia al aplicar la ley.

Se juntan aquí dos factores: el uno es ideológico, el otro tiene que ver con la escasez de recursos humanos y materiales. Ambos han conducido a que los usos y las rutinas operativas no correspondan al modelo buscado: la

etapa de instrucción o investigación preliminar es una reedición del antiguo sumario, solamente que ahora se hace delante del fiscal.

Como la fiscalía no se percibe no cuenta ni con las instalaciones ni con el personal de los juzgados penales, la instrucción fiscal se percibe como un sumario de menor calidad. Recibida la denuncia, los fiscales se limitan a dirigir un oficio a la Policía Judicial, ordenándole que lleve delante la investigaciones, de la misma manera como lo hacían ante los jueces de instrucción.

La audiencia preliminar es un formalismo previo a la redacción del auto intermedio: sobreseimiento o llamamiento a juicio de deciden por los antecedentes que obran del expediente escrito, no por lo acontecido durante la audiencia estudiaba a fondo el expediente y que llevaba el auto correspondiente ya escrito, listo para poder leerlo el momento en que la audiencia concluya.

La policía en el nuevo Proceso Penal

En el régimen procesal actual, la policía juega un rol estelar, pues en regla general, a través de la misma es que los conflictos ingresan al sistema de justicia penal. Los oficiales dirigen la parte operativa de las investigaciones, realizan los interrogatorios, custodian los objetos del delito, las piezas de convicción y los detenidos, instrumentan los expedientes, remiten vía el ministerio público a la justicia, y mantienen el control real de los presidios y centros de reclusión donde se encuentra el ochenta por ciento de los internos.

CÁNDIDO SIMÓN POLANCO

La investigación realizada en sede policial, escriturada en el expediente instrumentado allí, concentra el resto de toda la actividad judicial, desde el ministerio público, las jurisdicciones de instrucción, juicio en primer grado, en apelación y en casación.

El expediente policial es el centro del sistema de justicia penal. Con propiedad hay quienes afirman que "la policía tiene secuestrada la justicia penal". Tal vez sin pretenderlo ni proponérselo, la justicia penal es cautiva de la investigación policial, y a veces, una especie de sello gomígrafo endosante de ignominias.

Esto habla de un sistema inquisitivo crudo, debido a que las investigaciones policiales son realizadas bajo presión física o psicológica del sospechoso, la víctima es ignorada, la confesión es considerada como un medio de prueba, las pruebas son contaminadas, las normas constitucionales del debido proceso son desconocidas.

El nuevo Proceso Penal. El 27 de septiembre del 2002 fue publicada en la Gaceta Oficial 10170 la ley 76-02 que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana y deroga el Código de Procedimiento Criminal vigente desde el 27 de junio de 1884.

Este novedoso instrumento jurídico, que se aplicará a los asuntos iniciados a partir de su entrada en vigencia el 27 de septiembre del 2004, pretende instaurar una nueva manera de acceder, procesar, proceder y administrar el servicio de justicia penal, que es un derecho fundamental, en que el humano exista como centro del proceso, el juicio oral sea la parte más importante del mismo, la víctima recupere su rol, y el sistema sirva a la solución del conflicto.

Se trata de un modo distinto de investigar, enjuiciar, juzgar, ejecutar e impartir justicia penal en nuestro país.

La Policía en el nuevo proceso. La Policía y las demás agencias de investigación no serán ya consideradas como entidades estancas, aisladas, sin reglas, fines en sí mismas, sino parte integral de un sistema regulado, distinto, puesto al servicio de la ciudadanía para investigar, enjuiciar, juzgar, ejecutar e impartir justicia penal en nuestro país. Con eficiencia, rapidez, efectividad y garantía.

La Policía como Organo de Investigación. La investigación de los hechos de acción penal pública con fines judiciales, su prevención, y la reunión de pruebas será realizada por la policía y demás agencias ejecutivas especializadas, bajo la dirección efectiva e inmediata del ministerio público (artículos 91,93,94).

Conviene retener que si bien este concepto se encuentra bajo el Capítulo 2 del Título III del Libro I del Código, que trata de "Los Organos de Investigación y Auxiliares", sin embargo, fíjese que el articulado deja claro que estas funciones les están asignadas sin dudas a la policía y las agencias especializadas.

Es claro que el legislador ha fortalecido a la policía, confiriéndole la categoría de "órgano de investigación", ya no un simple auxiliar como la concibe el actual sistema procesal establecido en la Ley de Organización Judicial y el Código de Procedimiento Criminal.

La función de dirección a cargo del ministerio público es concebida por los artículos 88 y 89, pudiendo éste practicar directamente las diligencias de lugar o delegarlas en los órganos de investigación, pero importa retener que se trata de dos institutos diferentes, en que uno dirige y el otro ejecuta.

Por demás, la policía puede iniciar la investigación y practicar las diligencias preliminares por iniciativa propia, conocimiento directo o en virtud de una denuncia [arts.91 y 274], sin recaudar una orden del fiscal,



aunque deberá hacerlo de su conocimiento "sin demora innecesaria" dentro de las próximas veinticuatro (artículo 273) a setentidós horas (artículo 277).

En ese contexto estará facultada para realizar arresto por orden judicial, y sin esta en caso de fuga, flagrante delito o cuando el sospechoso "tiene en su poder evidencias que hagan presumir razonablemente que es autor o cómplice de una infracción y puede darse a la fuga (artículo 224).

En todo caso, una vez arrestada la persona, deberá ponerla "sin demora innecesaria" a la orden del ministerio público que la pondrá en libertad o requerirá del juez una orden de coerción en las próximas 24 horas desde el momento del arresto. La privación de libertad al margen de la ley puede implicar sanciones disciplinarias contra quien la ejecute, a diligencia y pedimento del ministerio público.

Los funcionarios de la policía pueden hacer requisas de lugares, objetos, rastros, identificar e inspeccionar cadáveres antes del levantamiento en casos de homicidio (artículos 173 y 174), registrar personas o vehículos razonablemente sospechosos (artículo 175) de todo lo cual se levantará acta que podría ser incorporada luego al juicio si hubiere lugar (artículo 176), realizar redadas llamadas sutilmente "registros colectivos" por iniciativa propia a fines preventivos o bajo la dirección del ministerio público a propósito de una investigación (artículo 177) pudiendo detener personas hasta por seis horas sin orden judicial como medida precautoria (artículo 178 y 275) y secuestrar o incautar objetos a esos mismos fines.

DESDE EL ESTRADO

En casos de urgencia y ausencia del ministerio público, la policía puede solicitar directamente al juez de paz o de la instrucción, disponer por resolución motivada el registro de moradas y lugares privados (artículo 180).

Es de resaltar que la policía podrá practicar estas actividades sin la presencia del ministerio público, aunque éste puede en todo momento asumir la dirección o practicarlas directamente.

Por excepción "el registro sin autorización judicial procede cuando es necesario para evitar la comisión de una infracción, en respuesta a un pedido de auxilio o si persigue un sospechoso que se introduce a una vivienda ajena" (artículo 181).

Es de rigor advertir que esta norma establecida como excepción puede convertirse en regla, si no es vigilada adecuadamente por el ministerio público o el juez de la instrucción e impulsada por los abogados de defensa.

Si bien el texto no da lugar a equívocos, pues su aplicación es limitativa a las circunstancias a que el mismo se contrae, parece muy genérica la facultad de allanar sin orden judicial para "evitar la comisión de una infracción", y en consecuencia, invita a las interpretaciones.

Será labor de la doctrina y de la jurisprudencia precisar conceptos genéricos como este, para focalizar qué ha de considerarse como "necesario", "motivos razonables" o "demora innecesaria", toda vez que serán las circunstancias fácticas que proveerán su individualización.

Naturalmente, el afectado siempre podrá acudir ante el ministerio público o en su defecto, el juez de la instrucción para reparar cualquier desafuero policial durante la investigación, pudiendo excluir del proceso la evidencia obtenida al margen de la ley; sin embargo, podría la víctima quedar en desamparo si la violación procesal fuere cometida por el policía para contaminar la investigación en contubernio con el sospechoso.

Reglas de la investigación policial. La policía, en el desempeño de sus funciones, ha de considerar que la investigación deberá practicarla con respeto al derecho a la dignidad e integridad de las personas, sin tortura ni tratos crueles o degradantes (artículo 10), presumiendo y tratando los sospechosos como inocentes (artículo 14) quienes retendrán siempre el derecho a permanecer callados, o declarar libre y voluntariamente (artículo 102 y 103) pero sólo ante el ministerio público, no declarar contra sí mismos, ni en ausencia de su abogado (104), facilitándoles ejercer el derecho a la defensa a través de su abogado desde el inicio de la investigación (artículo 18 y 111), utilizando la privación de libertad como último recurso (artículo 15 y 222) y observando métodos lícitos para obtener pruebas conforme a la ley (artículo 26, 116) so pena de ser excluidas en justicia (artículo 167).

Este sistema mueve a la reflexión, para llamar la atención en el sentido de que el nuevo régimen procesal penal es sólo el eje de un engranaje que debe incluir la transformación de la policía, la tecnificación de los órganos de investigación, la institucionalización del ministerio público, la reforma de la normativa penal, la eficiencia judicial, complementos imprescindibles a lograr en el período de transición hasta la vigencia plena del nuevo Código Procesal Penal.

Se trata de instaurar un sistema garantista que promete ser efectivo en la prevención, investigación, persecución, enjuiciamiento y sanción del delito, por la paz y la seguridad ciudadana.

El derecho al silencio o a no declarar contra sí mismo

La evolución de los medios de prueba está íntimamente relacionada con la transformación de los sistemas procesales y políticos. El denominado sistema acusatorio que floreció en Grecia y en la República Romana, empleaba los medios de prueba para llegar a la verdad.

ROSALÍA SOSA PÉREZ

Sobre la valoración de los medios de prueba, bastaba que el Juez tuviera la íntima convicción o la certeza moral sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. La ley no le pedía al Juez establecer cuáles medios presentados le habían convencido. Este sólo estaba obligado para con su conciencia, debiendo encontrar dentro de sí qué efecto le habían ocasionado sobre su razón los argumentos del acusador y del acusado. Dentro del sistema inquisitivo el acusado es considerado como un objeto y la confesión obtenida por medio de la tortura alcanzó su máximo esplendor. Este sistema fue, más que un sistema de justicia, un sistema represivo. La lucha contra la tortura para constreñir al reo a confesar libra su batalla dotando en el proceso una serie de garantías, pero esto no significa que desde aquel entonces hasta nuestros días no se utilicen medios coercitivos para obtener la confesión del justiciable. El valor que se le da a la declaración del imputado como medio de prueba es tan grande que permite interpretar un efecto jurídico al silencio del reo.

Sin embargo, es indudable que la confesión forzada ha continuado utilizándose con la tolerancia o bajo las directrices de los poderes públicos. Algunos opinan que la tortura es una práctica útil, un medio idóneo para descubrir la verdad, olvidando que a pesar de que el interés social en el castigo es válido, también surgen intereses particulares que deben garantizar el respecto a la integridad física y a la dignidad humana.

Valor policial del silencio del imputado: La presunción de inocencia en la práctica es interpretada de forma contraria: a nadie se le presume inocente. Todo sospechoso es culpable hasta que se le demuestre lo contrario. Por lo tanto el reo es tratado como un culpable en sede policial, en la fase de instrucción y en juicio, culminando con una condenación penal.

Existe una percepción generalizada de que cuando una persona guarda silencio o no quiere contestar a su interlocutor permite al que espera respuesta interpretar ese silencio como más le convenga: el que calla otorga. También esto sucede con los justicia-

bles, que cuando la autoridad le interpela sobre algo y éste no quiere o no desea responder se le da una connotación a ese silencio del que se puede derivar un efecto jurídico ante dicha abstención.

El artículo 8, numeral 2 inciso i) de la Constitución establece que "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo". En otras palabras, toda persona tiene derecho a permanecer callada cuando lo crea conveniente, y a este silencio no se le puede otorgar efectos jurídicos que conlleve a una condenación penal. La abstención a declarar o el derecho al silencio es una prerrogativa fundamental reconocida no sólo en nuestra carta magna sino también en el art. 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Constitución Política reconoce el derecho del imputado a abstenerse de declarar contra sí mismo, principio que debe ser tomado en cuenta para que la abstención del imputado en ningún momento pueda implicar la presunción de culpabilidad del imputado en los hechos investigados. En razón de lo expuesto, es que al otorgarle efectos jurídicos al silencio o a la no respuesta del imputado que conlleve y fundamente una condenatoria penal, implica una violación a las reglas del debido proceso.

Una condenación interpretada a través del silencio del justiciable viola los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad del imputado, en virtud de los cuales, para condenar a una persona, necesariamente se debe establecer su responsabilidad o



autoría en los hechos investigados, no es al imputado a quien le corresponde probar su inocencia, sino que corresponde a los órganos encargados de investigar y de sustentar la acusación, es decir, al Ministerio Público, demostrar su culpabilidad en el hecho atribuido.

La fundamentación y argumentación de las decisiones judiciales. Este aspecto está íntimamente relacionado con la fundamentación y argumentación de la sentencia, ya que implica una correcta valoración de la prueba y sus elementos de prueba existentes, para que se establezca una conclusión clara de la responsabilidad del imputado en relación con la conducta delictiva que se investiga. En caso contrario, se violan los principios del debido proceso tales como: la duda favorece al reo (indubio pro reo), la presunción de inocencia y la presunción de culpabilidad.

Constituye un derecho esencial de todo imputado, el de ser juzgado en base a pruebas legítimamente obtenidas e incorporadas al proceso de acuerdo a lo que establece la Constitución y las leyes. El juzgador está en la obligación de incorporar al proceso todos los elementos probatorios: declaraciones testimoniales, confesionales o periciales, dictámenes, que hayan sido obtenidos en forma legítima, para que la resolución final se adecúe a uno de los contenidos sustanciales del debido proceso, como lo es el derecho del condenado a una sentencia justa. En caso contrario, sea que la prueba no reúna los requisitos legales y se convierta en ilegítima, deberá el Juez de abstenerse de valorarla.



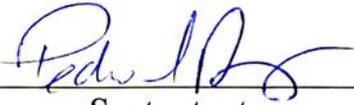
La íntima convicción del juzgador debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a éstas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garante de la realización de un proceso de acuerdo a la razón y a la equidad, eliminando todo tipo de arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatoria activa obtenida a través de la prueba técnica, respetando los derechos fundamentales y no a través de una simple abstención del imputado de no declarar o de guardar silencio.

La abstención del imputado en ningún momento puede implicar una presunción de culpabilidad en su contra. La demostración de culpabilidad y la desvirtuación de la presunción de inocencia constituye un elemento esencial del debido proceso; y el otorgarle efectos jurídicos al silencio del imputado, de manera tal que dé sustento a una condenatoria penal, implica una violación a las reglas del debido proceso.

El derecho al silencio, derecho humano fundamental, debe ser tratado no como un instrumento que derive la culpabilidad del imputado sino que se debe de tratar de entender el por qué en aquel momento calló su verdad; con la cual posibilitaría buscar las pruebas a su favor.

El derecho irrenunciable a no declarar o la abstención no debe ser utilizada nunca en forma alguna como una presunción de culpabilidad, porque de lo contrario se pone al ciudadano ante la disyuntiva de declarar lo que no desea, o de guardar silencio haciendo presumir su culpabilidad. Estas irregularidades que culminan con un juicio, no pueden superarse con una simple explicación en dispositivo, vulnerando el derecho humano al silencio, pues en el momento que un Juez condena a una persona en base al silencio, ya la irregularidad ha sido cometida. Debe de hacerse constar en acta que el imputado manifestó que se abstenía de declarar, y no valorar esa abstención como una presunción de culpabilidad ya constituye una clara violación a la presunción de inocencia que le asiste al imputado, puesto que si se parte de que éste está amparado de este principio, entonces a él no le corresponde demostrar su inocencia, muy por el contrario, a él hay que demostrarle su responsabilidad penal.

« HOJA DE EVALUACION »



Sustentante



Sustentante



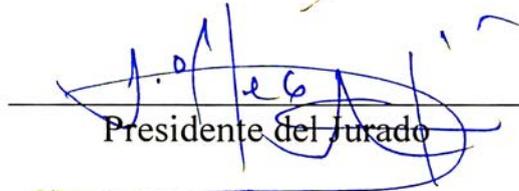
Asesora



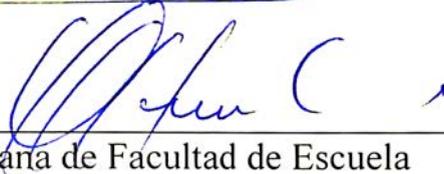
Miembro del Jurado



Miembro del Jurado



Presidente del Jurado



Decana de Facultad de Escuela

Calificación: A

Fecha: 17-2-04