



Doctorado en
DERECHO

**PARADIGMAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL
PROCESO PENAL**

Autor:

Michelle Matilde Rizo Pereira

Tutor:

Dr. Omar García Palacios.

Managua, 09 de noviembre 2011.

Managua 7 de noviembre de 2011

Dra. María Asunción Moreno
Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Centroamericana

Estimada Dra. Moreno:

Me es grato dirigirme a usted con el objeto de manifestar mi valoración positiva respecto al trabajo científico presentado por la Doctoranda Michelle Rizo Pereira. La Doctoranda Rizo Pereira ha realizado su trabajo académico dentro de la asignatura de Acompañamiento Académico impartida en el presente año académico. En mi criterio, el trabajo académico *Los paradigmas de la prueba testimonial en el proceso penal* reúne los requisitos necesarios para poder ser presentado por el Doctorando ante un examen oral y público todo de conformidad con la normativa vigente sobre el Programa de Doctorado en Derecho.

No omito destacar la buena disposición manifestada por el Doctorando durante el proceso de investigación del presente trabajo académico.

Sin más a qué referirme,
Cordialmente,

OAC

Omar A. García Palacios
Docente de Acompañamiento Académico
Programa de Doctorado en Derecho

Resumen

El propósito que tiene esta investigación es escudriñar los paradigmas del testimonio vertido como medio de prueba en el proceso penal. Partiendo del interés procesal, filosófico de lo dicho tras la verdad versus falsedad y del análisis del criterio racional por la declaración de inadmisibilidad.

Abstract

The following investigation has by purpose to investigate the paradigms of discharge testimony as evidence in criminal proceedings. From the philosophical procedural interest, such as truth versus falsehood and the analysis of rational criteria for the inadmissibility declaration.

Palabras claves: Paradigmas, prueba testimonial, verdad, falsedad.

Key words: Paradigms, testimonial proof, truth, falsehood.

Sumario: Introducción 1. La prueba en el proceso penal acusatorio. 2. El testimonio en el proceso penal. 2.1. Capacidad del testigo. 2.2. Facultad de abstención. 2.3. Excepción de obligación de declarar. 2.4. Forma de rendir declaración. 2.5. Advertencia sobre falsedad y promesa de ley. 2.6. Generales de ley. 2.7. Declaración sobre el hecho. 2.8. Documentación y grabación del acto. 2.9. Muestras de verdad versus falsedad en el testimonio. 3 Teorías de la verdad versus falsedad. 3.1. Teorías de la verdad. 3.1.1. Teorías semánticas de la verdad como correspondencia. 3.1.2. Teorías sintácticas de la verdad como coherencia. 3.1.3. Teorías pragmáticas de la verdad. 3.2. Teorías de la falsedad. 3.2.1. Teorías subjetivas. 3.2.2. Teorías de la obligación. 3.2.3. Teorías objetivas modificadas o teorías de la percepción. 4. Paradigmas del testimonio en el proceso penal. 5. La concepción de la prueba en el contexto procesal. Conclusiones. Lista de referencias bibliográficas.

Introducción

La prueba es lo que corrobora o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente y que al llevarla al proceso penal permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir al descubrimiento y a la aproximación de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan. Echandia señala que la *“noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, siendo las ciencias y las actividades reconstructivas donde adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho”*.

Dicho lo anterior prueba es todo medio jurídico que se aproxima a la certeza de un hecho, de una hipótesis o de una proposición fáctica.

La prueba penal ha evolucionado superando ciertos estadios del primitivismo en los vaivenes de los sistemas económicos, políticos, sociales y culturales a través de la historia, siendo tres los momentos que marcan su avance: 1. Se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento de culpable limitándose los tribunales a practicar los actos necesarios para que aquella se manifestara como por ejemplo los denominados juicios de Dios u ordalías en donde se ponía al acusado en presencia del cadáver y sí de este emanaba sangre se juzgaba, dado que era una señal divina de que era culpable. 2. Luego se imponen a los jueces el deber de formarse por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado mediante la utilización de su capacidad intelectual y es en este momento donde aparece la prueba. 3. En el siglo XXI la prueba adquiere características muy particulares pues la humanidad se desarrolla en un mundo globalizado caracterizado por la utilización de la técnica científica y es donde la prueba pericial se auxilia principalmente del desarrollo tecnológico e informático.

1. La prueba en el proceso penal acusatorio

La prueba es una actividad procesal instada por las partes en un sistema acusatorio y tiene por finalidad acreditar los hechos controvertidos expuestos por los litigantes para formar el convencimiento del juzgador a través de la verificación. Toda prueba presentada en juicio tiene la finalidad de la comprobación racional de los hechos mediante las testimoniales de

los comparecientes en juicio, que unida armónica y racionalmente establecen las directrices de lo acaecido, por cuanto no corresponde únicamente a los jueces aproximarse a la verdad, pues de previo les corresponden a las instituciones encargadas de las investigaciones aproximarse a ella; así como a los testigos y a los peritos científicos que abren el camino a ideologías racionales de los jueces.

La resolución judicial será favorable para la parte que haya probado los hechos que sustentan sus posiciones o pretensiones en el proceso, debiendo el juez tener por ciertos los hechos admitidos y los controvertidos que hayan resultado debidamente acreditados mediante la actividad probatoria de manera que aunque la prueba no presenta especialidades dignas de relieve conviene plantear dos particularidades: 1. El principio acusatorio impide al juez la búsqueda de las pruebas de forma que el juzgador no podrá ordenar de oficio diligencias que intenten atestiguar o contradecir lo sentado y afirmado por las partes. 2. Los hechos que requieren de pruebas son los que integran el tipo de infracción penal en la norma sustantiva, dado que en el proceso penal la admisión de los hechos no los dispensan de la prueba, consecuencia ésta derivada de la indisponibilidad de la acción penal y del ius puniendi de modo que en la acusación las partes se obligan con la carga de la prueba, es decir, el acusador debe probar todas y cada una de las circunstancias fácticas que configuran el delito porque de no lograrlo la sentencia que se dicte será de no culpabilidad para el acusado.

En el proceso penal se enjuician y se deciden dos cosas: 1. La existencia de vulneración de bienes jurídicos que protegen el ordenamiento sustantivo como: la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico, etc. 2. De haberse producido vulneración o puesto en peligro esos bienes jurídicos, se ventilan la culpabilidad o no culpabilidad del acusado para posteriormente decidir la aplicación de penas entre: privación de libertad, privación de otros derechos, multas, trabajo comunitario entre otros.

Cada una de las partes que irrumpen en el proceso penal va a pretender la victoria de su posición mediante la aportación de pruebas, por cuanto el acusador pretenderá demostrar la responsabilidad penal del acusado, ya que si no prueba lo prometido en el libelo acusatorio verá rechazada su petición de condena.

2. El testimonio en el proceso penal

El testimonio es una consecuencia natural del uso del vocablo hablado y constituye una forma de comunicación entre los seres humanos, es por esa razón que el testimonio es uno de los medios de prueba más antiguos como la humanidad y es uno de los medios de prueba más comunes del proceso penal.

Carrara, es del criterio que el fundamento probatorio del testimonio tiene *“por base la experiencia, la cual muestra que el hombre, por regla general percibe y narra la verdad”*, pero de esta afirmación Manzini (1952, p. 183) señala que *“una presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, pues no solo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad puede favorecer o perjudicar a otros”*.

Para Cafferata el testimonio es la declaración de una persona física recibida en el curso del proceso y expresará todo cuanto pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos. Lo dicho requiere las siguientes puntualidades:

1. El testimonio deviene de una persona de existencia real, pues sólo el ser humano puede percibir y transmitir sus percepciones, quedando excluidas las personas jurídicas que se expresan por medio de sus representantes.

La persona que, actuando como directivo, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que, salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe. Artículo 45 del Código Penal de la República de Nicaragua.

2. La norma procesal dispone que para los fines del testimonio el testigo debe ser libre, con citación.

Los testigos serán citados por el juez en la forma prevenida en este código. Si después de comparecer un testigo se niega a declarar sin derecho a hacerlo, se le informará que podría incurrir en responsabilidad penal. Si persiste en su negativa se pondrá ese hecho en conocimiento del Ministerio Público. Artículo 199 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

3. El testigo al declarar realiza una manifestación de conocimiento, pues declarar significa: “decir o explicar ciertas cosas, particularmente algunas circunstancias o asunto que se mantenía en reserva u oculto”, por regla general lo hará oralmente, respondiendo de viva voz al interrogatorio y contrainterrogatorio salvo que tenga algún impedimento físico que lo impida o que se le brinde algún trato preferencial.
4. El testimonio debe producirse dentro del proceso penal, específicamente se evacuará la prueba testimonial en el juicio a excepción de la prueba anticipada que procede:

Cuando se enfrente inminente peligro de muerte del testigo o si éste tiene la condición de no residente en el país e imposibilitado de prolongar su permanencia hasta el momento del Juicio o de concurrir al mismo, la parte interesada solicitará al juez recibirle declaración en el lugar que se encuentre. Si aún no se ha iniciado el proceso, la Policía Nacional o el Ministerio Público pueden solicitar al juez la práctica de esta diligencia. El juez practicará la diligencia, si la considera admisible, citando a todas las partes, si las hubieren, quienes tendrán derecho de participar con todas las facultades y obligaciones previstas en este Código.

En caso de extrema urgencia, la solicitud podrá ser formulada verbalmente y se podrá prescindir de la citación a las demás partes. Sin embargo concluido el acto se les deberá informar de inmediato y si aún fuere posible podrán éstas pedir la ampliación de la diligencia.

De igual forma se procederá cuando quien estuviere en inminente peligro de muerte sea un perito que ya hubiere practicado el examen del objeto de la pericia y éste fuere irreproducible.

Este tipo de prueba anticipada podrá ser introducida lícitamente en el Juicio, solamente cuando el testigo o perito estén imposibilitados de comparecer al mismo. Artículo 202 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

5. El testimonio versa sobre lo que conozca el testigo y tal conocimiento debe referirse a los hechos investigados:

Antes de comenzar la declaración el testigo deberá ser instruido acerca de sus deberes y de las responsabilidades en que incurrirían si faltan a ellos, prestará promesa de ley y será interrogado sobre sus nombres, apellidos, estado civil, oficio o profesión, domicilio, vínculo de parentesco, de interés con las partes, y sobre cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad.

Si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona, podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de él, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le eximirá de comparecer en Juicio. Artículo 201 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

6. El testimonio versa sobre el hecho delictivo, las circunstancias eximentes de responsabilidad completa, incompleta, mixta y las circunstancias que lo agravan, atenúen o que lo justifiquen.
7. También versa sobre otros hechos de interés relacionados con la investigación como por ejemplo: si para controlar la veracidad de otro testigo la parte contraria conainterroga al testigo sobre las relaciones de aquél con el acusado.

El conocimiento que puede tener el testigo sobre los hechos investigados los debió adquirir antes de ser llamado y por percepción sensorial o bien que (...) *“exprese lo que sabe, y en lo atinente a esto no interesa la fuente de sus conocimientos”* Florián (1969) es del criterio que el testigo, expresará lo que vio, oyó, olió, gustó, o tocó, por cuanto el llamado “testigo de oídas” declarará sobre lo que oyó sobre los hechos y no sobre el hecho mismo.

Florián considera que escapa de la responsabilidad de lo que dijo si el otro no lo revela y se sustrae también a la valoración de su credibilidad; aparte de que lo que se cuenta de boca en boca se altera y se deforma progresivamente. Tales reflexiones son de suma utilidad para una correcta valoración del testimonio de oídas.

Al testigo se le escucha porque se espera obtener de él algún dato útil para descubrir la verdad es decir, lo idóneo para proporcionar conocimiento sobre los hechos investigados y lograr su reconstrucción conceptual. Esta finalidad probatoria es característica del testimonio, el que no perderá su condición de tal por el hecho de que el declarante no aporte ningún dato de interés pues su declaración fue recibida con ese propósito.

2.1. Capacidad del testigo

Algunos ordenamientos jurídicos establecen restricciones a algunas personas en cuanto a la capacidad para testiguar, sin embargo la norma procesal nicaragüense no regula exclusión de la persona física como testigo; por cuanto su credibilidad será motivo de valoración posterior al testimonio ya que por imperio de la ley es un deber comparecer a rendir testimonio.

Sin perjuicio de las excepciones previas en el código procesal penal, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento a Juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca, sin omitir ningún hecho relevante. Cuando se cite a declarar a la víctima u ofendido, lo hará en condición de testigo. Ningún testigo estará obligado a declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal a sí mismo. Artículo 196 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Al respecto existen algunas restricciones a la regla general: 1. Toda persona tendrá la obligación de recurrir al llamamiento a Juicio y de declarar la verdad en cuanto conozca, no hay exclusión de ninguna persona física como testigo, su credibilidad sólo será motivo de valoración posterior al testimonio. 2. La amplitud de la fórmula se justifica, pues siendo los testigos (...) *“el oído y los ojos de la justicia, sería contraproducente cerrarle los ojos y taparle estos oídos por cuyo intermedio puede llegarse a descubrir la verdad”*. (Mittermaier 1916, p. 226).

En principio solamente carecería de capacidad para ser testigo quienes por deficiencia total física o psíquica no están en condiciones de percibir por sus sentidos, dado que no puede transmitir sus percepciones del modo previsto en la ley.

Sin embargo, el Código Procesal Penal de la República de Nicaragua no establece de forma expresa restricciones al principio de que *“toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento a Juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca, sin omitir ningún hecho relevante”* por cuanto debemos reflexionar sobre las limitaciones que establece el código civil para comparecer como testigo al juicio dado que forma parte de nuestra legislación.

2.2. Facultad de abstención

Podrán abstenerse de declarar el conyugue del acusado o su compañero en unión de hecho estable y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, en línea recta o colateral. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Artículo 197 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Se prohíbe testificar en contra del acusado a “su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, ascendiente, descendientes o hermano” dado que la restricción tiene por fundamento la protección de la cohesión familiar que podría verse afectada, si alguno de los parientes del acusado en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad se viera en el imperioso caso de declarar en contra de éste. En cuanto al cónyuge o en unión de hecho estable se refiere sólo al parentesco de origen matrimonial. Ahora bien la ley prohíbe

únicamente la declaración en contra del acusado por cuanto las declaraciones a su favor son autorizadas.

La Constitución Política de la República de Nicaragua en su artículo 34 inciso 7 establece: “A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable”.

2.3. Excepción de la obligación de declarar

Por diversas razones el testigo podría abstenerse de declarar o la norma procesal lo libera de prestarla. La excepción al deber de testimoniar se justifica no sólo como una medida indispensable para la eficaz defensa de la persona y de sus derechos; sino también en atención a algunos profesionales depositarios de confidencias íntimas propias de sus funciones como los altos militares, autoridades y funcionarios públicos.

La seguridad y la defensa de la Nación son colocadas por encima del interés en el descubrimiento de la verdad. Sin embargo la lista de los funcionarios que manejan secretos de Estado es taxativa lo cual abre las puertas a la polémica derivada de la clasificación del concepto secreto de Estado protegido por la norma sustantiva.

Toda persona a cuyo conocimiento, en razón de su propia profesión, hayan llegado hechos confidenciales que, conforme la ley, constituyan secretos profesionales deberá abstenerse de declarar. Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando por escrito sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. Si son citadas estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención. Si el juez estima que el testigo invoca erróneamente la dificultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada. Artículo 198 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Cuando la persona posee algún secreto profesional o de estado la norma le impone el deber de abstenerse a declarar: sobre los hechos secretos, no sólo los secretos confiados, sino

también los advertidos en el ejercicio del Estado, siempre que sean propios de estos, en cambio el secreto ajeno al servicio del Estado, oficio o profesión, conocido por el testigo en ocasión de ese ejercicio, no obliga a su reserva.

Si “el testigo invocase erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto”, el deber de abstención con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, (...)el juez ordenará su declaración mediante resolución fundada.

Existen diferentes concepciones y criterios acerca del secreto, cuando se prive del proceso de un testimonio eventualmente valioso; o que la invocación de la reserva disimule una indirecta de declarar. Estos criterios nos inducen a pensar que la norma procesal podría confiar más en el juez que en el testigo para establecer cuándo la invocación del secreto profesional es correcta, y cuándo es equivocada, dado que prevalece la opinión del juez.

Esta posición pone en una situación procesal siempre al destinatario del secreto; ya que si el testigo se niega a declarar de todas formas declarará por la orden judicial y de todas maneras será sometido al proceso penal, pues si declara aceptando la orden del juez revelará el secreto protegido por la norma sustantiva y posteriormente su declaración podrá ser sometido a proceso por el destinatario del secreto, quien afirmará la violación de la reserva penada.

La norma sustantiva establece que:

Quien indebidamente obtenga, emplee o revele secretos de estado relativos a la seguridad nacional, a la defensa nacional, a las relaciones exteriores del Estado, determinados como información reservada de conformidad a la ley de la materia, y que ponga en peligro la seguridad nacional o las relaciones pacíficas con otros países, será sancionado con pena de tres a ocho años de prisión. Artículo 415 Código Penal de la República de Nicaragua.

Según Cobo la “revelación” consiste en comunicar a otro u otros sujetos la información, de modo que dicha información llegue a recibirse, y en ésta sí es necesario dicho resultado que

tampoco admite omisión. El objeto material sobre el que recae la conducta típica es la información calificada, reservada o secreta y relacionada con la seguridad, o la defensa nacional o relaciones pacíficas con otros países.

Cobo refiere que la calificación reservada de determinadas materias implica a su vez el carácter secreto de las mismas y, por ello, quedará vedada cualquier publicidad sobre ellas que cualquier funcionario o autoridad, que por razón de su oficio o cargo tuviese conocimiento y revelara dicho secreto o información. Podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas puedan dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado.

Según la doctrina especializada, la información clasificada tiene dos posibles grados, en función de la intensidad con que se manifiesta la relevancia de lo que se pretende mantener oculto: “Secretos” y “reservado”. Por tanto, tan secreto de Estado es “la información secreta” como la “información reservada”. (Cobo. 2000 p. 1087).

(...) La STS de 12 de marzo de 1992 se pronuncia en el sentido de que la calificación reservada de determinadas materias implica a su vez el carácter secreto de las mismas y, por ello, quedaría vedada cualquier publicidad sobre ellas que cualquier funcionario o autoridad, que por razón de su oficio o cargo tuviese conocimiento y revelará dicho secreto o información. La Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995 dispone que lo que hace el Ordenamiento no es “dejar fuera de la labor investigadora del juez espacio delictivo alguno, sino, únicamente, modular, restrictivamente, la utilización de determinados medios probatorios. (Cobo, 2000, p. 1088).

Cuando el testigo sea liberado por el interesado del deber de guardar secreto, estas personas no podrán negar su testimonio, salvo los ministros de culto religioso; en relación a los profesionales resulta razonable que si la persona en cuyo favor se establece el secreto y autorizan sus revelaciones, estos deben prestar declaración. Es explicable también que el consentimiento del interesado no obliga a los sacerdotes a testimoniar pues carece de relevancia frente al secreto de confesión, pero los ministros de otros cultos como los de la

Iglesia Católica, en ciertos casos, si fueran autorizados por el beneficio de la reserva, podrían renunciar a la protección legal y declarar.

En cuanto al secreto de Estado no es fácil determinar quien será “el interesado” facultado para autorizar su revelación por los militares o funcionarios públicos citados como testigos.

2.4. Forma de rendir la declaración

El Código Procesal Penal establece que antes de comenzar la declaración, el testigo deberá ser instruido acerca de sus deberes y de las responsabilidades en que incurriría si falta a ellos, prestará promesas de ley y será interrogado, sobre su nombre, apellido, estado civil, oficio o profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y sobre cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad. Si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona, podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de él, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le eximirá de comparecer en juicio. Artículo 201 del Código Procesal de la República de Nicaragua.

Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír, o ser informados de lo que ocurra en Juicio. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero el juez o jurado según el caso, apreciará esta circunstancia al valorar la prueba. Artículo 307 párrafo primero del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

2.5. Advertencias sobre falsedad y promesa de ley

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio y prestarán promesa de ley; la advertencia acerca de sus deberes y de las responsabilidades sería importante garantizar la espontaneidad del testimonio. Para ello la promesa de ley constituye una amenaza legal, para no falsear en su testimonio, dado que el Juez o Magistrado recibirá la promesa bajo penas de nulidad, por las creencias de quien prometa decir la verdad bajo juramento, así lo hará.

Quien al rendir testimonio o declaración en causa judicial o administrativa, oculte o deforme hechos verdaderos, o simule o afirme hechos falsos, total o parcialmente, será penado con prisión de tres a cinco años. Si el falso testimonio se da en contra del acusado o querellado en causa penal, la pena de prisión será de cinco a siete años. Si a consecuencia del falso testimonio hubiere recaído sentencia condenatoria, se impondrá la pena de seis a ocho años de prisión. Las penas precedentes se aumentarán en un tercio en sus límites mínimos y máximos, cuando la falsedad será cometida mediante soborno.

En ningún caso podrá imponerse pena de prisión que exceda la señalada al delito acusado. Si éste estuviera sancionado con pena de otra naturaleza, la pena de prisión será sustituida por la pena de noventa a trescientos días multas, salvo que el delito acusado tenga asignada una pena igual o inferior a ésta en cuyo caso se impondrá al culpable, la mitad del extremo mínimo de la pena que se aplique el delito principal. Artículo 475 del Código Penal de la República de Nicaragua.

2.6. Generales de ley

Luego de la promesa de ley, se le interrogará (...) “su nombre, apellido, estado civil, oficio, o profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes y sobre cualquier otra circunstancias útil para apreciar su veracidad”; este interrogatorio tiende por un lado a la identificación personal del testigo.

Actualmente la práctica forense exige además la presentación de documentos de identidad, dado que esta práctica es útil para conocer circunstancias de interés a los fines de la valoración del testimonio en cuanto a la fidelidad de las percepciones, como la sinceridad de su transmisión, vínculos de parentesco, interés, etc. También podrán surgir de este interrogatorio circunstancias de familia, secreto profesional, etc.

2.7. Declaración sobre el hecho

Luego del interrogatorio sobre las generales de ley, el testigo será puesto a la orden de la parte que lo propuso para que éste proceda a realizar el interrogatorio directo sobre los

hechos, esta es la parte fundamental del acto ya que concreta su propósito: conocer qué es lo que el testigo sabe acerca de los hechos que se investigan.

En un sistema acusatorio la parte que propone al testigo lo interrogará a fin de que manifieste todo cuanto conoce del asunto y deberá responder de viva voz. Cabe señalar que la normativa procesal no prohíbe al testigo auxiliarse o consultar notas o documentos de lo que se deduce que podrán auxiliarse de ellos. Esta circunstancia podría concurrir en aquellas personas de edad avanzada donde se hace necesario ayudar a refrescarle su memoria; o cuando el tema de la declaración no se preste a la pura memorización, como cifras, nombres propios, etc.

Terminado el interrogatorio directo la parte contraria procederá a realizar el contrainterrogatorio. Las modalidades del interrogatorio varían de acuerdo al momento procesal en que se reciba el testimonio.

El testigo evitará contestar las preguntas capciosas o sugestivas.

El juez moderará el interrogatorio y, a petición de parte o excepcionalmente de oficio, evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Art.307 párrafo segundo del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

De realizarse preguntas capciosas o sugestivas la parte contraria podrá hacer uso del derecho de objeción y el juez deberá resolver en el acto.

Las partes, sus abogados y los fiscales podrán objetar fundadamente las preguntas que se formulen, así como las decisiones que el juez adopte en cuanto a ellas. Si es rechazada la objeción, el interesado podrá pedir que se registre en el acta de Juicio. Artículo 313 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Son preguntas capciosas las que tienden a que el testigo responda una cosa diferente de la que en realidad quiere decir; inducen al error y admiten diversas modalidades; las subjetivas o impertinente insinúan por sí mismas las respuestas, pues ésta se halla contenida en la pregunta, puede ser también una pregunta evidente o irrelevante.

Después de su declaración, se informará al testigo que queda a disposición del tribunal hasta la finalización del Juicio, que puede permanecer en la sala o retirarse y de ser necesario podrá ser llamado a comparecer nuevamente a declarar cuando así lo requieran las partes. Estas podrán solicitar que un testigo amplíe su declaración cuando surjan elementos o circunstancias nuevas o contradictorias con posterioridad a su declaración. Artículo 307 último párrafo del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

2.8. Documentación y grabación del acto testifical

En cuanto a la documentación del testimonio la normativa procesal establece el principio de oralidad:

La audiencia pública se desarrollará de forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. Durante el Juicio, las resoluciones serán fundadas y dictadas verbalmente en forma clara y audible por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta de juicio.

El principio de oralidad no excluye la posibilidad que durante el juicio puedan ser incorporados para su lectura: 1. Las pruebas que se hayan recibidos mediante las diligencias de anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; 2. La prueba documental, informes, certificaciones, y, 3. Las actas de las pruebas que se ordenen practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias. Artículo 287 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

El inciso primero del artículo que antecede hace referencia al anticipo de la prueba personal:

Cuando se enfrente inminente peligro de muerte el testigo o si éste tiene la condición de no residente en el país e imposibilitado de prolongar su permanencia hasta el momento del Juicio o de concurrir al mismo, la parte interesada solicitará al juez recibirle declaración en el lugar que se encuentre. Si aún no se ha iniciado el proceso, la Policía Nacional o el Ministerio Público pueden solicitar al juez la práctica de esta diligencia. El juez practicará la diligencia, si la considera admisible, citando a todas las partes, si las hubiere, quienes tendrán derecho de participar con todas las facultades y obligaciones previstas en este Código.

En caso de extrema urgencia, la solicitud podrá ser formulada verbalmente y se podrá prescindir de la citación a las demás partes. Sin embargo concluido el acto se les deberá informar de inmediato y si aún fuere posible podrán éstas pedir la ampliación de la diligencia. De igual forma se procederá cuando quien estuviere en inminente peligro de muerte sea un perito que ya hubiere practicado el examen del objeto de la pericia y éste fuere irreproducible. Este tipo de prueba anticipada podrá ser introducida lícitamente en el Juicio, solamente cuando el testigo o perito estén imposibilitados de comparecer al mismo. Artículo 202 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Lo anterior constituye una excepción al principio de inmediación y contradicción ya que toda prueba testimonial introducida por vía lectura no permite satisfacer estos principios e impide el contacto directo del tribunal con la fuente de información. Además se podría incluir como prueba anticipada siempre que el juez la autorice, la declaración tomada por la policía en el proceso investigativo por cuanto pierde autenticidad y se desconoce si el testigo compareció y declaró de su libre y espontánea voluntad.

Estas prácticas e inquietudes han provocado grandes debates, dado que podrían utilizarse los registros y las actas policiales como declaraciones previas, lo que provoca desconfianza por la contradicción e inconsistencia entre el contenido de las declaraciones previas contrastadas con las declaraciones de los testigos que comparecen en juicio.

De ahí la importancia de que:

El Juicio y, de ser el caso, la audiencia sobre la pena serán grabados en su totalidad y la grabación se deberá conservar. Mediante la grabación se podrá verificar la exactitud de lo establecido en la sentencia sobre lo manifestado por los testigos y peritos, y cualquier incidencia suscitado en el Juicio. Artículo 283 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

El principio de libertad probatoria, establece que “Cualquier hecho de interés para el objeto del proceso puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito. La prueba se valorará conforme el criterio racional observando las reglas de la lógica”. La valoración de éstos queda exclusivamente en manos del juzgador, quien podrá extraer libremente sus condiciones de que, para llegar a ellas, se respeten las reglas que gobiernan el razonamiento humano. El Código Procesal Penal establece que cualquier hecho de interés para el objeto del proceso puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito.

Al respecto la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia estima que:

El art. 15 CPP establece el sistema de la libertad probatoria, por medio del cual cualquier hecho de interés para el objeto del proceso puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito. Es decir que aquellas disposiciones que establecían formalidades que eran requisitos sine qua non para la validez de las pruebas, representaban verdaderos rezagos del sistema de la prueba tasada, sistema que fue abolido al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, en donde existen numerosos medios para poder arribar a la verdad histórica que es el fin del proceso penal para la solución de los conflictos de naturaleza penal, es por ello que particularmente las normas atinentes a la Ley 285, relacionada con el tema en cuestión, que regulan los elementos probatorios, han sido superadas, permitiendo que los hechos se prueben con cualquier medio de prueba lícito. Sentencia No. 106 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 9:30 a.m. del día 22 de Noviembre de 2006, Considerando II.

2.9. Muestras de verdad versus falsedad en el testimonio:

Gorphe parte de que un testimonio se basa en dos presunciones: La presunción de que los sentidos no han engañado al testigo; o bien de que el testigo no quiere engañar, consecuentemente la tarea de apreciación crítica debe concentrarse en estos dos aspectos: la fidelidad de la percepción y de la transmisión de lo percibido.

En relación a la fidelidad de la percepción y de la transmisión del objeto percibido Manzini considera que el desarrollo y la calidad de las facultades mentales del testigo son claves para la credibilidad del testimonio, así como la inmadurez de los niños o las perturbaciones temporales o transitorias de éstas que afectarán la credibilidad de los mismos.

Agrega que deberán tomarse en cuenta que aún en casos de funciones psíquicas normales ciertas personas perciben mejor algunas cosas que otras como por ejemplo, las mujeres perciben mejor los detalles que los hombres; hay recuerdos que algunos testigos los conservan más claros que otros como podrían ser los recuerdos gratos, al contrario los recuerdos dolorosos, tristes, angustiosos, algunos testigos prefieren omitirlos por ser desagradables.

Manzini es del criterio que el funcionamiento de los sentidos también tendrá importancia, pues así como no podrá aceptarse como fiel la percepción de quien carece del órgano del sentido respectivo como por ejemplo la visión en un ciego, sin embargo sería posible, en cambio, aceptar su testimonio por el desarrollo extraordinario de otros sentidos dado por su agudeza y sutileza auditiva. También habrá que tomar en consideración las condiciones en que se produjo la percepción como los factores físicos, de iluminación, la distancia, los problemas psíquicos, de atención, miedo, ira, fatiga, estrés, que pueden afectar la veracidad.

Las características de los objetos percibidos en el lugar de los hechos requieren relevancias ya que debe existir siempre coincidencia entre lo percibido con ciertas realidades, ya que unas son mejores percibidas que otras por la percepción del tiempo, la distancia y por el volumen que podrían ser poco exactas.

Las circunstancias de la transmisión de lo percibido deben tomarse en cuenta por cuanto el tiempo transcurrido entre este momento y el de la percepción pueden determinar que la evocación de lo percibido sea fragmentaria con el consecuente peligro de su complementación: de juicio, deducciones, versiones de otros testigos o noticias periodísticas, etc. Se incluyen también la formulación de las preguntas en el interrogatorio directo y en el conainterrogatorio ya que pueden influir también en falsear el testimonio.

En cuanto a la espontaneidad del testimonio se debe considerar lo siguiente: Descubrir si existe o no algún interés que pueda influir sobre la voluntad del testigo sea por conveniencia, soborno, u otras circunstancias, que influyen en su ánimo en relación a la familia, afecto, odio, o cualquier otra ocurrencia que pueda hacerlo desechar, consciente o inconscientemente la verdad, por cuanto será importante verificar sus prácticas en relación a su franqueza y claridad.

El control interno del testimonio resulta eficaz para evaluar la veracidad del testigo, la expresión o la narración dubitativa como “me parece”, es contradictorio, producido por un “discurso deliberado” en cuanto a la seguridad y la desenvoltura que puede provenir de una sagaz compensación y podría resultar dudoso. Se ha desconfiado tradicionalmente de los testigos que no indican las causas de sus conocimientos, o cuando presentan algunas inconsistencias en cierta o en parte de sus declaraciones; de ahí la regla de razón natural depuesta por Carrara. “*Mendax in uno, mendax in totum*” (el que falsea en una parte del testimonio, falsea en todo el testimonio).

Es necesario luego de la valoración individual de cada testimonio hacer la correlación de la veracidad a través del conjunto de pruebas evacuadas a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria.

3. Teorías de la verdad versus falsedad

Algunos doctrinarios consideran que una gran parte de los testigos podrían no decir la verdad, sea por su percepción, por el recuerdo, por el olvido, por sus experiencias vivenciales, o por las falsedades en la transmisión de la información ante el juzgador, esta

posibilidad ha creado polémica entre los doctrinarios quienes han elaborado diferentes teorías que nos conceptualizan o nos aproximan a comprender el ámbito de la verdad y la falsedad en un testimonio. Estas teorías fueron desarrolladas por Stein entre las que se destacan como teorías de la verdad: 1. Las teorías semánticas de la verdad como correspondencia, 2. Teorías sintácticas de la verdad como coherencia y 3. Teorías pragmáticas de la verdad. Entre las teorías de la falsedad sobresalen: 1. Teoría de la obligación. 2. Teoría objetiva modificada o teoría de la percepción y, 3. Teoría objetiva.

3.1. Teorías de la verdad

Existen distintos significados del término verdadero como propiedad de enunciados asertivos.

3.1.1. Teorías semánticas de la verdad como correspondencia

La verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en correspondencia con los hechos.

El concepto correspondencial de verdad, implica que un enunciado es verdadero sólo si se adecúa a una realidad objetiva o independiente y presupone cierto realismo epistemológico que se asienta en dos tesis: una metafísica y otra gnoseológica. La tesis metafísica presupone la existencia de un mundo real independiente del sujeto cognoscente. La tesis gnoseológica presupone que podemos conocer ese mundo real, aunque sea de forma imperfecto. El positivismo, sobre el positivismo lógico, asumía en un principio ambos presupuestos, es decir, existe un mundo real al que se ajustan los enunciados; más aún, los únicos enunciados con sentido son aquellos cuya verdad puede ser averiguada mediante contrastación empírica. La frustración del inicial proyecto de garantizar un conocimiento seguro mediante una depurada metodología aboco al cuestionamiento de un mundo real, independiente de todo sujeto, marco conceptual y propicio el triunfo de otros conceptos de la verdad. (Gascón 2010)

El concepto de verdad como correspondencia goza de una larga tradición siendo el principal exponente Aristóteles quien estableció: falso es, en efecto, decir que lo que es, no es y que lo que no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es, y después recibirá el nombre de “verdad como adecuación” o “como correspondencia”, esta teoría ha sido defendida y estudiada por otros filósofos como Ruselle, Wittgenstein y Agustín.

Para las teorías correspondencialistas, la noción de la verdad es distinta de la noción de justificación para creer que algo es verdadero. Lo que hace verdadero un enunciado o una creencia es algo distinto a las razones que podamos tener para creer. Podríamos tener las mejores razones, las mejores justificaciones, sin embargo el enunciado podría ser falso, porque su verdad depende del mundo “externo”.

Por el contrario, desde la perspectiva “internalista” se parte de que todos nuestros conceptos – incluido el de verdad- están mediatizados por nuestras capacidades como sujetos cognoscentes: lo que consideramos que “el mundo” no es independiente de los esquemas mentales y de las teorías con que los conocemos; en consecuencia no puede hablarse de verdad como correspondencia entre una teoría y lo que realmente existe.

Al respecto Kuhn (1975, p. 176) manifiesta:

La tesis de la inconmensurabilidad de las teorías científicas anteriores y posteriores a un cambio de paradigma le lleva a decir que “después de la revolución, los científicos responden a un mundo diferente”. La verdad debe analizarse en función de las razones que tenemos para creer. Por eso la noción de verdad está estrechamente relacionada con la noción de la justificación.

3.1.2. Teoría sintáctica de la verdad como coherencia

Nos ilustra que la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados.

Las teorías de la coherencia han sido defendidas entre otros por Bradley, Neurath, Rescher o Dauer, quienes coinciden que un enunciado es verdadero si pertenece a un sistema coherente de enunciados. Exactamente lo que se propone no es que un enunciado, para ser verdadero tenga que ser coherente con un conjunto de enunciados ya definidos como verdaderos, sino que la verdad consiste en la concordancia de los enunciados entre sí. (Gascón 2010).

3.1.3. Teoría pragmatista de la verdad

Nos dice que la verdad de un enunciado se concibe en términos de aceptabilidad justificadas. Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión instrumentalista) o porque es aceptado (versión consensualista). Un enunciado no está justificado, o más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado.

Las teorías pragmáticas de la verdad, fueron elaboradas principalmente por Peirce, James y Dewey, pero también podrían incluirse las concepciones de la verdad de Kuhn, Habermas o Putnam, porque operan una asimilación entre la verdad de un enunciado y su justificación o los criterios para aceptarla; y en esto aportaban a las teorías de las correspondencias, que asentadas en el realismo, separan por completo ambas cuestiones.

La tesis básica de la máxima pragmatista se fundamenta en el pragmatismo norteamericano inaugurado por Peirce – establece que el significado de un concepto de verdad en función de sus consecuencias “pragmáticas” o “experimentales”. Por ello, el concepto de la verdad, deviene de la idea que es “útil” o que “satisface” en la práctica es la verdadera; y la verdad es un sustantivo abstracto que se aplica a los casos actuales previstos y deseados, que se ven confirmados en sus obras y en sus consecuencias. (Dewey 1986).

3.2. *Teorías de la falsedad*

Los principales problemas reales sobre la falsedad del testimonio se presentan: Cuando se ha de interpretar la afirmación para averiguar el objeto que conlleva complejidad, pues está

en función de determinar la afirmación en la vinculación propia de este concepto y a las cuestiones de las afirmaciones sobre el objeto que merecen ser tomadas en cuenta en el proceso respectivo para el establecimiento de los hechos.

Para comprender la terminología de falsedad es necesario examinar minuciosamente algunas de las teorías de falsedad para determinar las limitaciones de las declaraciones testimoniales efectuadas durante el proceso penal en el interrogatorio directo y en el contrainterrogatorio.

3.2.1. Teoría subjetiva. Formulación clásica Niethammer

En la formulación clásica de Niethammer, la declaración no es verdadera si se presenta una “contradicción entre palabra y conocimiento”; es irrelevante si ocurre una “contradicción entre la palabra y la realidad” (en el sentido del suceso histórico en sí). La fundamentación dice: “El hombre únicamente puede declarar sobre su representación de la realidad y nunca sobre la realidad en sí misma”. Esto no es completamente correcto; si por el contrario, la tesis de Niethammer fuera acertada, entonces sería correcta su conclusión, que permanece sin enunciar: - toda declaración lo es obligatoriamente sobre la representación actual personal, pues sólo ésta se puede declarar. Sin embargo, las tesis se construyen sobre la base de ello en cuanto a la expresión. Al respecto manifiesta Stein (2008, p.11) que:

Stein considera que cuando el testigo destaca, por ejemplo, que él refleja sólo su recuerdo espontáneo actual sin esforzarse particularmente por la veracidad y sin haber practicado previamente ninguna preparación efectiva de aquel entonces. No obstante se le condena por perjurio imprudente con el fundamento de que él en realidad no vio al acusado en el lugar del hecho en aquel entonces y que podría haber llegado a esa conclusión, si hubiera esforzado más enérgicamente su memoria, entonces no se le sancionaría en razón de una afirmación que es engañosa por su contenido, sino en última instancia, sólo como consecuencia de que no realizó ninguna afirmación acerca de un objeto sobre el que debería haberse pronunciado.

El Código Procesal Penal establece que toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento a juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca, sin omitir ningún hecho

relevante pero antes de comenzar la declaración el testigo deberá ser instruido acerca de sus deberes y de las responsabilidades en que incurriría si falta a ellos.

Dicho lo anterior el testigo debe colaborar con la averiguación de la verdad; pero no con base a lo que él considera verdadero, sino únicamente reproducir aquello que sabe por vivencia propia acerca de los hechos que se investigan porque su obligación consiste en reproducir lo que todavía se halla en su conciencia actual sobre el contenido y las circunstancias del acto originario de percepción, esto es su recuerdo.

Es importante determinar la definición de no veracidad en cuanto a la conexión directamente con la declaración vertida por el testigo en tanto y en cuanto la pregunta que nos debemos hacer es ¿Quién cumple esta obligación de declarar? ¿Su testimonio es veraz, o, quien lo infringe es falsario? ¿Cómo podemos saber si lo declarado por el testigo es verdadero o es falso?. Existe una declaración falsa cuando el testigo informa efectivamente sobre la imagen actual de su recuerdo o, cuando el contenido de la afirmación no coincide con la realidad del objeto de la afirmación, que es la imagen actual del recuerdo.

Agrega Stein que cuando el testigo sostiene al mismo tipo dos afirmaciones distintas como por ejemplo cuando en una misma declaración manifiesta que el testigo Pedro estaba en la habitación de su casa y en la misma declaración afirma que estaba en la cocina; la primera afirmación no es veraz, porque no coincide con el recuerdo actual sobre la percepción de aquel entonces; ahora bien, la segunda manifestación tampoco es una declaración falsa porque se puede negar plenamente en el caso individual. Cuando el testigo destaca sólo un recuerdo espontáneo sin esforzarse particularmente por la veracidad, sin haber practicado ninguna preparación, claro está, que no sostiene ninguna afirmación sobre su percepción efectiva de aquel entonces.

No obstante se le condena por perjurio imprudente con el fundamento de que él en realidad no vio al acusado en el lugar del hecho en aquel entonces y que podría haber llegado a esa conclusión si hubiera esforzado enérgicamente su memoria, entonces no se le sancionaría en razón de una afirmación que es engañosa por su contenido, sino en última

instancia, sólo como consecuencia de que no ha realizado ninguna afirmación acerca de un objeto sobre el que debería pronunciarse.

3.2.2. Teoría de la obligación

Esta teoría manifiesta que el concepto de falsedad es esencialmente más estrecho que el de lesión del deber del testigo. El testigo tiene que afectar determinados esfuerzos para reproducir su percepción, en lo posible, de manera confiable y acto seguido informar sobre la vivencia que reproduce. Si él no realiza ninguna afirmación sobre su vivencia y el modo en que ocurrió el hecho (y ni siquiera efectúa, allí donde le es posible, tan sólo los esfuerzos debidos en miras a una reproducción confiable), entonces, esta lesión del deber del testigo no tiene nada que ver con el concepto de falsedad; se trata sencillamente de una negativa a declarar. Stein. (2008, p. 13)

Dicho lo anterior cabe el interrogante de ¿Cuáles podrían ser las razones por las que un testigo se niega a declarar?

3.2.3. Teoría objetiva modificada o teoría de la percepción

Más allá de ello, subsiste constantemente una necesidad adicional de explicación donde no sólo se toma como parámetro la representación actual que el testigo tiene en el instante del relato, sino que recurre a un parámetro diferente de este: sea la imagen de la percepción en el momento, o bien el suceso histórico que se investiga en sí mismo, como proponen los defensores de la “teoría objetiva”. (Stein.2008, p. 14)

La interrogante que cabe es ¿Qué hace el tribunal para constatar los hechos expresados en una declaración? Es importante constatar lo dicho por el testigo para su valoración, ya que constituye piezas fundamentales para la construcción y fijación de los hechos en la sentencia, dejar de lado esa práctica conllevaría al judicial a la falta de motivación de los hechos en el derecho plasmado en la sentencia.

4. Paradigmas del testimonio en el juicio oral y público

El testimonio en el proceso penal enfrenta ciertos problemas entre los que se destacan: 1. El criterio y la actuación de los jueces en cuanto a la declaración de exclusión de prueba en la audiencia preparatoria a juicio o en el juicio por razones de ilegalidad, impertinencia, inutilidad o repetitividad. 2. La comprobación racional de lo difundido en el testimonio de los hechos en el proceso, en establecer la verdad y fijar los hechos a la hora de juzgar.

El legislador nicaragüense ha fijado normas relativas al ordenamiento procesal penal en cuanto a las pruebas en lo atinente a su valoración relacionada con la obligación de motivar las mismas, por cuanto, una norma que prevé reglas de pruebas legales no adopta una concepción racional de la decisión, ya que reemplaza la valoración posiblemente racional de las pruebas que el juez podría evacuar en un caso concreto por una determinación general y abstracta que la norma procesal exige. Al respecto, las pruebas que se presentan en juicio no estarán sujetas a una comprobación racional de la verdad de los hechos, pues las pruebas legales están encaminadas a pre-construir una clase de certeza formal que no se relaciona o no tiene como finalidad la búsqueda de la verdad.

Un ordenamiento procesal penal que contenga reglas de exclusión de pruebas relevantes para el esclarecimiento de la verdad de los hechos no se inspira en una concepción racional de las decisiones, pues impiden la incorporación al proceso de pruebas que serían útiles y pertinentes para comprobar de forma racional la verdad de los hechos.

El artículo 227 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua establece que:

Las partes podrán solicitar la inadmisibilidad de la prueba por razones de ilegalidad, impertinencia, inutilidad o repetitividad, lo que será resuelto por el juez en la audiencia preparatoria del juicio con práctica de prueba. Por cuanto la normativa sólo hace mención a los cuatro términos antes descritos; siendo en la audiencia preparatoria a juicio donde se realiza a petición de parte y es el momento procesal donde se solicita la inadmisibilidad, el juez se pronunciará y resolverá en base al criterio racional y la lógica.

De admitirse todas las pruebas consideradas relevantes éstas se utilizarían para alcanzar la reconstrucción verídica de los hechos, sin embargo esta posibilidad de admisión de todas las pruebas y su valoración discrecional por parte del juez son necesarias pero no suficientes para orientarse, pues violenta la norma procesal penal en cuanto a que:

El tribunal podrá limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho cuando resulten manifiestamente repetitivos. Asimismo, podrá prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio o cuando exista acuerdo en que determinados hechos o circunstancias sean considerados como probados. Artículo 192 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

La norma procesal penal no expresa cuando estamos en presencia de una prueba ilegal, inútil, impertinente, repetitiva, y lo deja a criterio racional y lógico del juez, por cuanto la norma le concede al juez potestad discrecional, constituyendo una contradicción flagrante el principio de libertad probatoria, así:

Prueba ilegal es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o procedimientos previsto en la ley.

Pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas son denominadas pruebas inconstitucionales.

Dentro de este tipo de pruebas Serra distingue entre aquellas pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma ilícita.

Posición de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua en relación a la prueba ilícita.

Si el juez advierte la ilicitud de la prueba debe impedir su incorporación al juicio, y si dicha ilicitud fue advertida después de haber sido incorporada debe abstenerse de valorarla o, en su caso, debe impedir que la valore el tribunal de jurado.

En cuanto a las consecuencias de la prueba ilícita, art. 16 del CPP, debemos considerar dos momentos; a) Antes de su apreciación, y, b) Después de su apreciación. Si el juez advierte la ilicitud de la prueba debe impedir su incorporación al juicio, y si dicha ilicitud fue advertida después de haber sido incorporada debe abstenerse de valorarla o, en su caso, debe impedir que la valore el tribunal de jurado. No es procedente que el juez ordene la reproducción de la prueba, art. 165 del CPP, porque no compete a él su procuración.

Las consecuencias de la prueba ilícita, art. 191 del CPP, después de su apreciación varían según se trate de un caso en que haya intervenido jurado o de un caso sin jurado, art. 293 del CPP. Si hubo veredicto, el juicio entero será nulo, porque no hay forma de saber si esa prueba fue decisiva o no para el jurado. Si quien apreció la prueba ilícita fue el juez, habrá que establecer si ella fue decisiva para la resolución. Sólo en ese caso la sentencia sería nula. Corresponde a la parte recurrente demostrar la decisividad de la prueba viciada de ilicitud. Sentencia No. 10 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 10:00 a.m. del día 25 de Mayo de 2004, Considerando III.

Una misma prueba no puede ser inexistente e ilícita a la vez, en caso de la quema parcial y anticipada de la droga que forma parte de la evidencia del delito.

El acusado resultó condenado por el juez de primera instancia por el delito de Transporte Ilegal de Estupefacientes Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas, sentencia que fue recurrida de apelación cuya culpabilidad fue confirmada, por lo que la defensa recurrió de casación y al amparo de la causal 1ª del art. 387 CPP reclama la violación de los arts. 246 CPP y 49 de la Ley 285, dado que después de la audiencia preliminar y antes de la inicial, la fiscalía en conjunto con las autoridades de policía del departamento de León incineraron prematuramente parte de la droga ocupada a la orden del Juez como pieza de convicción, conservándose 34 tacos de cocaína que posteriormente fueron destruidos en su totalidad.

La Sala de casación no dio lugar al reclamo por la siguiente consideración: “Bajo el alero del quinto motivo de casación en la forma, aduce el recurrente que el fallo es ilegítimo

por fundarse en pruebas inexistentes, ilícitas o no incorporadas legalmente al juicio o por haber habido suplantación del contenido de la prueba oral comprobable con su grabación. En el caso particular el recurrente se queja de que las pruebas aportadas en juicio por la fiscalía fueron inexistentes e ilícitas. Esta Sala considera oportuno hacer la aclaración que una misma prueba no puede ser inexistente e ilícita a la vez, pues para la primera es necesario que la argumentación sea abstracta y por ende no exista la prueba que sirva de fundamento a ese criterio, distinto es cuando la prueba es ilícita, pues esta existe pero no puede surtir efectos en juicio pues para obtenerla se quebrantaron derechos y garantías constitucionales a favor del encartado.

Empero pese a la imprecisión del recurrente, se observa que la queja hace énfasis siempre en que habiendo incinerado parte de la sustancia ocupada, no existió prueba alguna en contra de su defendido, siendo pertinente para esta Sala en retomar lo expuesto en el primer considerando, reiterando que el hecho de haber incinerado gran parte de la droga ocupada no hace desmerecer las demás pruebas tales como las testimoniales, documentales y periciales que arrojan con claridad y concordancia la naturaleza de la sustancia y su correspondiente dosimetría, y que de forma lógica y coherente conllevaron a la certeza de la responsabilidad del encartado en los hechos que se le han imputado. Por lo que la presente queja también es desafortunada. Sentencia No. 36 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 9:30 a.m. del día 17 de Julio de 2006, Considerando IV.

El reclamo sobre una prueba ilícita debe proponerse inicialmente ante el juez de primera instancia en la audiencia preparatoria conforme lo establece el art. 277 CPP y en caso de admitirse pese al haberse demostrado su ilicitud, este argumento sería reproducible ante los órganos superiores, de lo contrario resultaría tardío, inoportuno e infundada esa queja.

Como motivo de forma, aduce la recurrente que en el caso sublite que la sentencia de segunda instancia que confirma a su vez la de primera instancia, es una decisión ilegítima por cuanto, se funda en prueba ilícita, lo cual se deriva de la violación de la cadena de custodia de la sustancia ocupada a su defendido, lo cual la hace desmerecer y ante este claro óbice se debe declarar la inocencia de su defendido. La Sala Penal del Supremo Tribunal resolvió al respecto: “Esta Sala desestima el planteamiento expuesto por las siguientes

razones, la primera que la protesta en torno a la ilicitud de la prueba, resulta tardía pues la defensa tenía a su disposición las piezas de convicción que se iban a presentar en el juicio, y a fin de discutir en torno a la ilicitud en este caso del resultado del examen químico de la sustancia ocupada, por haber sido violada la cadena de su custodia, hubiera solicitado la audiencia preparatoria, lo que no hizo.

Por lo que no es ante este Máximo Tribunal en donde deben por primera vez provocarse este tipo de discusiones, ya que en este foro se carece de la amplitud y de los procedimientos especiales que tratan de dirimir las quejas sobre asuntos singulares de las partes, sobre todo en temas como el que particularmente alega la recurrente. Sin perjuicio de lo antes dicho, esta Sala estima conveniente destacar el argumento de la recurrente al señalar que “la falta de constancia en la bolsa para control de la evidencia de quien fue la persona encargada de su remisión al laboratorio para su respectivo peritaje, ni de la cantidad remitida, no podría entonces asegurarse que la cadena de custodia de la prueba se haya cumplido correctamente.

De este planteamiento se desprende que ni aún ella tiene certeza de que la cadena de custodia de la prueba se haya violado, es una suposición que podría derivar en una discusión y probablemente en la aportación del órgano auxiliar de otros documentos que reflejen los controles internos que en sus labores aplican, pero a como se mencionó anteriormente ésta discusión debió haber sido propuesta inicialmente ante el Juez de primera instancia en la audiencia preparatoria conforme lo establece el art. 277 CPP, y en caso de admitir esta prueba pese a haberse demostrado en la audiencia preparatoria su ilicitud, este argumento sería reproducible ante los órganos superiores. Como corolario resulta que el argumento ahora expuesto resulta tardío, inoportuno e infundado, por lo que debe ser desestimada la queja referida”. Sentencia No. 10 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 9:30 a.m. del día 20 de Enero de 2006, Considerando I.

Es lícita la prueba si ha sido incorporada al proceso conforme las disposiciones del Código Procesal Penal.

El art. 210 C.P.P. se refiere a la prueba documental en materia penal, la cual debe de practicarse en el acto del juicio, mediante la lectura pública de la parte pertinente del escrito

o la audición o visualización del material, independientemente de que sirva de apoyo a otros medios de prueba. Así mismo el art. 287 C.P.P. nos indica la oralidad que debe de existir en el juicio público tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general a toda intervención de quienes participen en ella.

De la lectura del acta de juicio oral y público se observa que en ningún momento se procedió a incorporar por medio de la lectura las pruebas documentales ofrecidas por la fiscalía y por la acusadora particular y únicamente de manera superflua mencionan dos cheques que aparentemente fueron cambiados por la acusada, sin que estos junto a las otras pruebas documentales hayan sido llevados e incorporados al proceso en el juicio oral y público. Los arts. 16 y 191 C.P.P. nos indican sobre la licitud de la prueba la cual se considera legal si ha sido incorporada al proceso conforme las disposiciones del código procesal. Por lo que, en vista de lo expuesto en este considerando y en los anteriores se evidencian graves infracciones a las garantías del debido proceso por parte de la judicial, las que permitieron un veredicto de culpabilidad en contra de Karen María González Reyes, por lo que cumpliendo con la función curativa que tiene la acción de revisión en cuanto al error judicial, esta Sala declara con lugar la presente acción de revisión. Sentencia No. 80 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 8:45 a.m. del día 27 de Septiembre de 2005, Considerando IV.

Posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia Española viene distinguiendo entre prueba ilícita, y prueba irregular. La primera es la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, y la segunda señala que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio. Esta distinción conceptual ha sido acogida por la Fiscalía General del Estado que se pronuncia de la siguiente manera en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1996: Por prueba ilícita se entiende aquella en la que su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida será la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades

fundamentales; y, finalmente la prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica. Una segunda línea jurisprudencial minoritaria parte de una concepción más amplia de ilicitud probatoria, admitiendo que dicha ilicitud puede tener su origen no solo en la violación de los derechos fundamentales sino, también, en la infracción de la legalidad procesal ordinaria, aunque limita su inadmisibilidad e ineficiencia a los supuestos en que la prueba haya sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Giner Alegría. (2008, p. 582).

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos diferencia la prueba ilícita y el derecho a un proceso justo.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en sentencia de 12 de julio de 1988 (caso SCHENK contra Suiza) abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos humanos, según el cual, “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter cívico sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

El Tribunal optó en la sentencia por una solución intermedia entre aquellas que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión. En concreto el Tribunal debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la respectiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del Estado Suizo demandado. El Tribunal desestimó las alegaciones del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio.

El tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso

del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. De lo expuesto, lo verdaderamente relevante de la sentencia es destacar que el Tribunal Europeo de los derechos Humanos no descarta que en algunos casos la forma de obtención de las pruebas inculpativas puede tener incidencia directa a un proceso justo implicando una vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6. Giner Alegría, (2008, p. 584).

Mele manifiesta que las definiciones de prueba impertinente que brinda la doctrina distan de ser homogéneas y lo mismo sucede con los ejemplos que suelen acompañarlas y es allí donde comienza a vislumbrarse cierta oscuridad en el tema en razón de que, lo que para algunos es un supuesto de impertinencia, para otros lo es de inadmisibilidad, o bien, se indica que en ciertos casos la impertinencia es un supuesto de inadmisibilidad. Siendo la segunda postura la que acoge el ordenamiento jurídico nicaragüense.

Agrega Mele que la pertinencia es uno de varios aspectos de la prueba y que poseen dos matices: 1. La adecuación de medio de prueba a objeto de prueba y, 2. La vinculación entre el hecho que se prueba y el objeto del litigio.

Para comprender qué es esa “adecuación del medio a objeto de prueba”, debe hacerse un paralelismo con la adecuación de medio a fin que conlleva la idea de razonabilidad. Cuando esa adecuación es defectuosa o inexistente, estamos frente a un supuesto de impertinencia. Por otra parte, debe notarse que la atendibilidad es la aptitud que ostenta la prueba para formar la convicción del juez.

Para Mele la admisibilidad es un término que se relaciona usualmente con la legalidad, con la oportunidad y la formalidad del ofrecimiento probatorio. Dentro de la legalidad es posible englobar a la oportunidad y a la formalidad por cuanto - esos dos aspectos - son regulados por el ordenamiento procesal. Así, siempre que el litigante ofrezca la prueba intempestivamente sin respetar las formalidades requeridas por la ley adjetiva (vg. ofrecer la prueba pericial sin indicar especialidad o puntos a peritar), la prueba será ilegal.

La prueba se considera pertinente cuando permite establecer la conformidad del hecho con la norma penal y determinar sus consecuencias jurídicas, o sea cuando tienda a establecer: 1. La comisión del hecho. 2. Quien o quienes son los autores. 3. Si el hecho constituye delito. 4. Si él o los acusados son responsables y en qué medida. 5. Que pena le corresponde, ó qué medida deberá adoptarse.

Posición de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.

El momento pertinente para alegar la legalidad, utilidad y pertinencia de una prueba ofrecida en juicio es en la audiencia preparatoria a juicio, pues es ésta su finalidad.

El agravio del recurrente se delimita a que la sentencia de primera instancia y por ende la del Tribunal A quo se ha fundamentado en el video que supuestamente había sido entregado por los ciudadanos del Barrio el Calvario, de donde se deriva la actitud sospechosa de la encartada que refleja la actividad de expendio de la droga ocupada. Indica que el video es ilícito pues viola el derecho a la intimidad cristalizado en el art. 26 inciso 1 de la Constitución Política. Esta Sala observa que le asiste la razón a la defensa en cuanto a que toda fuente o medio de prueba para cuya obtención se violen garantías constitucionales del encartado, carece de valor probatorio.

Sin embargo esta Sala observa que el momento pertinente para alegar la legalidad, utilidad y pertinencia de una prueba ofrecida en juicio es en la audiencia preparatoria a juicio, pues es esta la finalidad de la nominada audiencia, y en el caso sublite la fiscalía desde el diez de febrero del año dos mil cinco, ofreció como prueba la cinta de video cuestionada, información que fue intercambiada en la audiencia inicial que se celebró a las dos y veinticinco minutos de la tarde del diez de febrero del año dos mil cinco (Visible en el folio 27 del cuaderno de primera instancia) y la defensa se limitó a expresar que refutaría las pruebas de cargo omitiendo solicitar la audiencia preparatoria para discutir en torno la ilicitud de la prueba conocida por antelación, por lo que resulta tardío su reclamo y pretensión alrededor de la nulidad de la prueba video gráfica que le afectaba a su estrategia de defensa, por lo que esta Sala estima que fue acertada la respuesta de la Judicial al estimar que el pedimento de la defensa resultaba extemporáneo ya que la discusión pretendida

debió plantearse en la audiencia preparatoria que nadie solicitó. Sentencia No. 56 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 9:30 a.m. del día 16 de Agosto de 2006, Considerando I.

La prueba es repetitiva cuando no complementa probatoriamente nada; sólo persigue su valor emocional o de perjuicio, técnicamente debe asimilarse a una forma de pregunta engañosa, en consecuencia, es objetable sobre la base de que la pregunta ha sido realizada, contestada en juicio. Por cuanto para que una pregunta repetitiva pueda ser objeto de una objeción legítima debe tratarse de una pregunta hecha y contestada. Si la pregunta ha sido realizada pero no contestada, el abogado está en su legítimo derecho de formularla cuantas veces sea necesario para que el testigo responda la pregunta precisa que se le hizo.

El juez a solicitud de parte en la audiencia preparatoria a juicio puede declarar la inadmisibilidad de la prueba por razones de ilegalidad, impertinencia, inutilidad o repetitividad, por cuanto la norma no establece expresamente el concepto propio de cada una de las razones antes depuestas y el juez resolverá de acuerdo a la apreciación discrecional de la prueba en base a la lógica y al criterio racional.

La forma en que se utiliza la exclusión y valoración de prueba por razones de ilegalidad, impertinencia, inutilidad o repetitividad empleada por los Tribunales podría no cumplir con el deber ineludible de escudriñar el significado de cuándo y el porqué de la declaración de inadmisibilidad de una prueba; por cuanto las consecuencias de estas prácticas socavan la finalidad del sistema acusatorio y del principio procesal de igualdad que tienen las partes en el proceso penal, quienes se ven expuestos a la crítica interesada cuando una de las partes solicita la exclusión de una prueba que podría producir la indefensión de la parte contraria o a viceversa.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considera que la falta de producción de una prueba decisiva, se requiere que la prueba sea contundente y eficaz en la determinación de los hechos.

Este Supremo Tribunal, debe dejar establecida de forma palmaria, que esta causal, según Fernando de la Rúa, en su obra La Casación Penal, encuentra su sentido cuando la prueba omitida sea decisiva, pues en caso de carecer de eficacia, la omisión no afecta la motivación, es decir que para la procedencia de esta causal, se requiere que la prueba mencionada este revestida de característica contundencia e irrefragable eficacia en la determinación de los hechos expuestos, lo que en el caso subjuice no ocurrió. Sentencia No. 1 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 9:30 a.m. del día 3 de Marzo de 2004, Considerando II.

Una vez declarada la inadmisibilidad de la prueba y ésta no se presenta en juicio, la parte perjudicada se le dificultaría fundamentar su recurso ante instancias superiores por no conocer los razonamientos o los criterios por los cuales el juez declaró la inadmisibilidad de la prueba, constituyendo uno de los paradigmas de la actividad probatoria evacuada o no en juicio y se profundiza aún más cuando el ordenamiento jurídico no establece el concepto propiamente dicho de ilegalidad, impertinencia, inutilidad o repetitividad.

5. La concepción de la prueba en el contexto procesal

La concepción de la prueba y sus funciones en el contexto procesal requiere de un análisis exhaustivo existiendo diversas concepciones:

La función y la naturaleza de la prueba se conciben de formas distintas de acuerdo a la finalidad del proceso penal.

El proceso penal tiene por finalidad solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda y de otras soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y acuerdos entre las partes en los casos autorizados por el Código Procesal Penal de la República de Nicaragua”. Artículo 7.

El proceso está encaminado a resolver conflicto, por cuanto no es relevante la calidad de la decisión que ponga fin al conflicto. La normativa establece que cuando se celebre Juicio oral y público la sentencia sólo podrá ser fundamentada en prueba lícita producida e incorporada a él conforme las disposiciones del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

En los juicios sin jurado los jueces asignarán un valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta del criterio racional, observando las reglas de la lógica. Deberán justificar y fundamentar adecuadamente, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial. *“El Tribunal de Jurado oirá las instrucciones generales del Juez sobre las reglas de apreciación de la prueba, según el criterio racional, observando las reglas de la lógica, pero no está obligado a expresar las razones de su veredicto.”* Artículo 194 Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

Es irrelevante que la decisión se funde en una verificación probatoria de verdad de los hechos, ejemplo de ello es que:

Las instrucciones al jurado constituyen un conjunto de normas generales de derecho necesarias para que éste pueda rendir un veredicto conforme su conciencia y los hechos según los determine. Se instruirá al jurado en los siguientes temas: 1.- La valoración de la prueba sobre la base del estricto criterio racional. 2.- Los elementos de tipo penal sobre el cual se basa la acusación, expresados de acuerdo con los hechos sobre los que ha versado la prueba. Artículo 316 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

La búsqueda de la verdad no es sólo inútil sino incluso perjudicial, porque requiere tiempo y actividades procesales necesarias para obtener las pruebas. El principio acusatorio establece que:

El ejercicio de la acción penal es distinto de la función jurisdiccional. En consecuencia, los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales. No existirá proceso penal por delito sin acusación formulada por el Ministerio Público, el acusador particular o el querellante en los casos y en la forma

prescrito en el presente Código. Artículo 10 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua.

La función del proceso, es decidir la controversia a través de una resolución justa que no presupone solamente la legalidad, o una interpretación y aplicación correcta de la norma. Otra función podría ser la de corroborar la verosimilitud, es decir la comprobación de la verdad de los hechos relevantes, por cuanto ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una comprobación falsa o errónea de los hechos.

Taruffo es del criterio que ante todo es útil especificar que en el proceso cabe hablar tan sólo de verdades relativas pues, desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista. Pero la verdad procesal es relativa también en otro sentido muy importante: en que la misma se funda exclusivamente en las pruebas obtenidas en el proceso.

En consecuencia es “relativa” porque está en relación con el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados sobre los hechos del juicio. Por lo tanto pueden darse distintos niveles de verdad en la comprobación de los hechos, según el fundamento que las pruebas atribuyan a la afirmación de que esos hechos son verdaderos o falsos.

La verdad de la que se habla en el proceso para Taruffo ha de concebirse como aproximación en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica, por cuanto los problemas más complejos que concierne al concepto de verdad es que el proceso implica la adhesión a una concepción correspondentista de la verdad porque exige que se determine, sobre la base de las pruebas disponibles, si los hechos de los que dependen las posiciones jurídicas objeto de la controversia se produjeron efectivamente en el mundo “exterior” que se supone es existente y cognoscible.

Esto lleva a excluir que se pueda verdaderamente aplicar en el contexto procesal a pesar de la existencia de una literatura bastante amplia en este sentido, una concepción radicalmente “narrativista” de la verdad, según la cual, la verdad de un enunciado fáctico

podría depender tan sólo de su coherencia con otros enunciados, en el marco de una narración asumida como la única dimensión en la que tiene sentido hablar de los hechos.

Conclusiones.

El testimonio deviene de personas que han percibido a través de sus sentidos hechos relevantes para solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados; en principio los testigos concurren a declarar sobre los hechos, por cuanto sus opiniones o conclusiones resultan irrelevantes, salvo excepciones dando lugar a objetarlas por la parte contraria.

En un sistema de libre valoración no existen testigos inhábiles y la institución de las tachas de testigos desaparece en la norma procesal penal nicaragüense, por cuanto toda persona tendrá que concurrir al llamamiento a juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca, sin omitir ningún hecho relevante; estando habilitado para declarar la víctima y el acusado.

Tres verdades son irrefutables en los testigos al rendir su testimonio: 1. El estado emocional del testigo se encuentra alterado, es decir, nervioso, estresado cuando atestiguan en juicio. 2. Los testigos aportan al esclarecimiento de los hechos, pero no siempre ésta información es de calidad, es decir, una información que se aproxime a esclarecer qué ocurrió, cómo sucedió, cuándo, dónde, cuál fue el móvil y quién realizó los hechos que se investigan. 3. Los testigos que percibieron los hechos saben mucho en cuanto a sus percepciones, pero presentan problemas para expresarlas en el juicio oral y público ya que la sala de audiencia constituye una atmósfera cruel, desgastante, tensionante e incierto para los testigos y es por esa razón que en algunos casos podrían falsearse sus testimonios involuntariamente.

Los testigos en la mayoría de los casos son preparados por la parte que lo propone antes de su comparecer en el juicio, de ahí la interrogante *“de que sí lo expresado por el testigo en el juicio corresponde realmente a: su percepción, o al interés de la parte que lo propuso, es decir, su dicho fue preparado para decir la verdad de cuanto sabe o percibió a través de sus sentidos, o para fortalecer la teoría del caso del proponente”*. Esta práctica muy usual en nuestro sistema podría asociarse a ciertos y

serios problemas éticos que presentan algunos litigantes en materia penal relacionados a la legalidad y licitud.

El proceso es un instrumento que tiende a establecer cuál es la narración “más verdadera” confirmada por las pruebas disponibles, ya que la confirmación probatoria de la verdad de los hechos es la condición fundamental de la justicia plasmada en la decisión.

Un estándar intrínsecamente subjetivo sobre la apreciación de una prueba testimonial no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias cuando los testimonios no son sujetos a veracidad.

Un sistema acusatorio con estándares de pruebas subjetivas puede convencerle a “A” de la culpabilidad de “X”, pero no van a persuadirle a “B” de que “X” es culpable. Obviamente, no podemos esperar una uniformidad en la administración de justicia si cada juez utiliza sus propios criterios basado en los criterios racionales y la lógica.

Para poder utilizar estándares de pruebas subjetivos, como la convicción íntima o la ausencia de una duda razonable, deben reglamentarse estándares objetivos y exigentes que no dependan de los caprichos del juez; la resolución debe tener una convicción firme utilizando el criterio racional para declarar la inadmisibilidad de una prueba por inútil, impertinente, ilegal, repetitiva; la exclusión de estas pruebas se realiza a solicitud de parte y de la exclusión podrá depender la culpabilidad o no del acusado.

Para condenar es preciso tener una prueba sólida y robusta producida en juicio. En la audiencia preparatoria a juicio podrían ser declaradas inadmisibles medios de pruebas por el juez a solicitud de parte y, se resolverá de acuerdo al criterio racional del juzgador perjudicando a una de las partes. Es por esa razón que considero que los términos de ilegalidad, impertinencia, inutilidad y repetitividad deberían reglamentarse.

Lista de referencia bibliográficas.

- Aguilar, M. (2006). *La modernización de la justicia penal*. Managua, Nicaragua. Impreso en litografía y tipografía Ltda. Rojas & Cía.
- Baldova, M. (2000). *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*. Editorial Comares. S. L.
- Baytelman, A. & Duce M. (2004). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago. Chile. Imprenta Salesianos S.A.
- Bedoja, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Colombia. Galería gráfica compañía de impresiones S.A. I edición.
- Carnelutti, F. (1997). *Derecho procesal penal*. México S.A. de C.V. Harlan. Editorial Mexicana Reg. No. 1706.
- Carrara, F. (1956). Programa de derecho criminal. Bogotá. Temis. Editado por Depalma.
- Castillo, F. (1980) *El recurso de revisión en materia penal*. San José Costa Rica. Editado por el colegio de abogado. I edición.
- Claria, O. (1967). *Tratado de derecho procesal penal*. Córdoba: Ediar.
- Cobo, M. (Coord.) (2000). *Compendio de Derecho Penal Español*. Madrid. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales, S. A.
- De la Rúa, F. (1994). *La casación penal*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Declaración Falsa. (s. f.)*. Recuperado el 20 de junio de 2011, de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf>
- Desarrollo científico de la verdad. (s. f.)*. Recuperado el 26 de agosto de 2011, de http://dSPACE.usc.es/bitstream/10347/1007/1/pg_181184_agora11-1.pdf.
- Echandi, D. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía.
- Estevéz, J. (2009). La filosofía pragmatista y la “Racionalidad” de la gobernanza. Recuperado el 14 de septiembre de 2011. http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/661/pdf_2
- Ferrer, B. (s. f.). *Derecho a la prueba racionalidad de las decisiones judiciales*. Recuperado el 2 de noviembre de 2011, de <http://668796pdf.from.dialnet.uniroja.es?>
- Florián E. (1969). *De las pruebas penales*. Bogotá. Editorial Temis.
- Foucaultntes M. (s. f.)*. *La verdad y las formas jurídicas*. Recuperado el 25 de agosto de 2011, de <http://Uncal-%20Filosofia%20de%20D/Foucault.pdf>
- Gascón, M. (2002). *Anuario de filosofía del Derecho*. Spain. Instituto nacional de Estudios Jurídicos.
- Gascón, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho*. Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. San Sotero, 6 – 28037 Madrid. Impresión: ELECE, Industria Gráfica c/ Río Tietar, 24 Algete.
- Giner Alegría. (2008). *Prueba prohibida y prueba ilícita*. Recuperado el 12 de octubre de 2011, de http://revistas.um.es/content/analesderecho/AnalesDeDerecho_26.pdf#page=580.
- Gorphe, F. (1971). La crítica del testimonio. Madrid. Instituto editorial Reus.
- Günther, J. (2011). *Falsedad Documental. Revisión de un delito de engaño*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Impresión Top Printer Plus, S. L. L.
- Guzmán, J. (2008). Apuntes de derecho civil: derecho de Personas. Managua. Impresiones Helios, S.A.
- Hebrad, A. (2008) La teoría de la lógica de Dewey y la lógica formal. Recuperado el 10 de septiembre de 2011. http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.429/ev.429.pdf

- Huerta, G. (2007). *Las Falsedades Documentales*. Thompson. Editorial Aranzadi. S. A.
- Kuhn, T. (1975). *La estructura de las revoluciones científicas*. University of Chicago. Press Chicago.
- La apreciación de la prueba en materia criminal*. (s. f.). Recuperado el 20 de junio de 2011, de <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-1981-06-07-10005&dsID=PDF>
- Lorenzo Pascual J. (s. f.). *Consecuencias y repercusiones personales que sufre el testigo en la declaración testimonial en el proceso penal*. Recuperado el 28 de septiembre de 2011, de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6601.pdf.
- Mainer, J. & Binder A. (2008). *El derecho penal hoy*. Editores del puerto.
- Manzini, V. (1952). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires. Jurídicas Europa-América.
- Mele F. (2007). *Momento procesal del análisis de la pertinencia probatoria*. Recuperado el 26 de octubre de 2011, de <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/Fernandez%20Mele.pdf>.
- Mittermainer K. (1916). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid. Imprenta de los Sres. Andrés y Díaz.
- Nores C. (1986). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires. Depalma. Impreso en Argentina.
- Palacios, L. (1998). *Los recursos en el proceso penal*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Prieto S. (s. f.). *La noción de debido proceso en el ámbito internacional entre condicionamiento, intangibilidad y criminalización*. Recuperado el 1 de noviembre de 2011, de <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/869/824>.
- Prueba prohibida y prueba ilícita*. (s. f.). Recuperado el 22 de junio de 2011, de http://revistas.um.es/content/analesderecho/AnalesDeDerecho_26.pdf#page=580.
- Rodríguez, Ll. (1988). *Procesal Penal*. San José: Mundo Gráfico.
- Rodríguez, A. (Coord.) *Respuestas a los principales problemas de aplicación del CPP nicaragüense*. Nicaragua. Auspiciado por USAID.
- Rolón, A. (2006). *Perfiles de las ciencias del lenguaje*. San Juan. Argentina. Editorial effha. Recuperado el 8 de septiembre de 2011. <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=krd3tTnCGuAC&oi=fnd&pg=PA129&dq=teoras+sintacticas+de+la+verdad+como+coherencia&ots=di8pzcQIH&sig=SSAjhaxWHvVrSp8rPbR9PLLiFQ#v=onepage&q=teorias%20sintacticas%20de%20la%20verdad%20como%20coherencia&f=false>
- Seguridad Jurídica de la sentencias*. (s. f.). *Prueba falsa\Estudios Socio-Jurídicos*. Recuperado el 20 de junio de 2011, de <http://bJudicial security in the face of final decisions-b bthe tutela against decisions-b.mht>
- Stein, U. (2008). *Acerca del concepto de declaración falsa*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos ISSN 1695-0194. Recuperado el 28 de junio de 2011, de <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf>.
- Taruffo, M. (s. f.). *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*. Recuperado el 31 de octubre de 2011, de http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusion_es_07.pdf.
- Taruffo, M. (s. f.). *La prueba de los hechos*. Recuperado el 26 de agosto de 2011, de <http://mpf.gov.ar/biblioteca/newsletter/n323/Taruffo.pdf>
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, S.A. 2002, 2005, 2009 Ferraz, 55. 28008 Madrid. Impresión Fernández Ciudad, S.L.
- Tijerino M. & Gómez C. (2006). *Manual de derecho procesal penal nicaragüense*. Madrid: Tirant lo Blanch.