

LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL (PERSPECTIVA DEL DEFENSOR)*

Fernando Marroquín Galo

OBJETIVOS

Al finalizar el estudio de este tema, podrá:

- Elaborar, ante un caso concreto, una lista de acciones posibles como parte de la actividad de defensa de una persona, durante la etapa de instrucción penal.
- Reconocer los aspectos de una actuación procesal instructora, que pueden ser relevantes para cumplir con la actividad de defensa de una persona.

CONTENIDO

0. Introducción
1. Marco conceptual. 1.1. Aclaraciones terminológicas. 1.2. Definición. 1.3. Objeto. 1.4. Sujetos. 1.5. Principales actividades. 1.6. Plazo. 1.7. Crítica instructora (audiencia preliminar). 1.8. Resumen
2. Consejos prácticos para los abogados defensores.
3. Materiales para profundizar en el tema.
4. Ejercicios de autoaprendizaje.
5. Resolución de ejercicios y actividades.

0. INTRODUCCIÓN

En el proceso penal vigente, si la resolución judicial de control de las diligencias iniciales de investigación consiste en que hay mérito para continuar con la indagación del caso, se sigue con la etapa de instrucción formal. Ésta representa una segunda oportunidad para que, después de la fase de audiencia inicial y con mayor amplitud (de tiempo y de alternativas procesales), el defensor procure la libertad del imputado y la finalización anticipada del proceso en su contra.

A fin de aprovechar esa oportunidad es indispensable aprender los aspectos fundamentales de la fase de instrucción y las áreas en las que debe enfocarse el trabajo de la defensa. Si al final de esa etapa el juez considera procedente continuar el proceso, éste pasará a la de juicio oral o vista pública, aunque, como parece lógico, el propósito de la defensa debe ser, en principio, la evitación de ese resultado eventual de la instrucción.

* Este documento fue elaborado en su versión original hace varios años, con base en el Código Procesal Penal de 1998. Se han adecuado las citas legales respecto del Código Procesal Penal de 2011, aunque puede subsistir algún desfase que espero se compense con la utilidad del resto de contenido.

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1. Aclaraciones terminológicas

La instrucción también se conoce como sumario, fase preparatoria, de investigación preliminar, de instrucción formal, de averiguación, de indagación, entre las más comunes¹.

Antes de la instrucción ocurre la etapa “inicial” del proceso (que finaliza con la resolución judicial de la audiencia así llamada) y *después* de la instrucción *puede* realizarse la etapa de juicio. *Antes* de la instrucción formal *debe* haber una actividad de indagación (las diligencias iniciales de investigación) mientras que *después* de la instrucción, la actividad de investigación es sólo una *posibilidad*, sujeta a casos excepcionales (por ejemplo, el del art. 375 N° 6 Pr.Pn.).

A veces se distingue, entre la etapa de instrucción y la de juicio, otra etapa llamada “intermedia”, “preliminar” o “crítica instructora”. También se suele considerar como una fase o sub-etapa de la instrucción (que se dividiría entre instrucción propiamente dicha y crítica instructora o control de la instrucción). Esta segunda opción se seguirá en el presente contenido, pues la evaluación de los resultados de una actividad debe ser una parte esencial de ella misma.

¿Qué importancia tienen estos conceptos?

Una de las principales funciones de la defensa es el CONTROL, es decir, asegurarse de que el proceso se desarrolle dentro de los límites legales. Hay muchas situaciones en las que los límites no aparecen claros o definidos. En estos casos, un argumento frecuente y muy útil es la finalidad o el objeto de la respectiva etapa procesal: cada parte de la estructura del proceso tiene una finalidad y ésta condiciona el alcance de las actuaciones de los órganos de la acusación. Un acto permitido (o hasta debido) en la instrucción propiamente dicha, puede no serlo en la fase de crítica instructora.

1.2. Definición

La instrucción es la actividad realizada bajo la coordinación del juez competente (el Juez de Instrucción²), para obtener información que permita decidir si procede o no, efectuar un juicio penal y para asegurar su eficacia, en caso que se decida realizarlo.

¹ Con esta denominaciones puede ubicarse la información sobre el tema, entre la abundante bibliografía de Derecho Procesal Penal. No debe confundirse con las diligencias de investigación para la fase inicial del proceso, llamadas en otros ordenamientos sumario policial, sumario de prevención, prevención policial, averiguación previa, entre otras. La expresión “sumario” alude a la urgencia que tiene la investigación de un delito, por el riesgo inevitable de desaparición de indicios, huellas o fuentes de prueba.

² La definición propuesta se basa en la regulación legal vigente, aunque existen objeciones a la diferenciación legislativa fundada en el juez competente (por ejemplo, el voto particular en la sentencia de hábeas corpus N° 28-2004, del 03-III-2005).

Los elementos esenciales de la definición son: 1- la intervención (como coordinador de la actividad indagatoria) del Juez de Instrucción³; y 2- la finalidad del conocimiento pretendido, que es fundamentar la decisión –positiva o negativa– sobre el desarrollo de un juicio penal.

Los elementos no esenciales de la definición son: 1- la actividad de investigación; y 2- la actividad aseguradora de la eficacia del juicio. Estos dos elementos están presentes en otras etapas del proceso, pero eso no las convierte en parte de la instrucción. Por ejemplo, tanto en la etapa inicial del proceso, como dentro del juicio se pueden adoptar medidas cautelares, sin que por ello pueda sostenerse que se trata de actividad instructora. Y a la inversa, cuando no concurren los elementos esenciales, simplemente no hay instrucción. Por ejemplo, en el procedimiento abreviado ante el juez de paz; en el proceso por delitos de acción privada; o en los esquemas procesales de acusación directa (en los que la instrucción es sustituida por una etapa de investigación autónoma, generalmente⁴ previa al proceso, a cargo de la Fiscalía).

1.3. Objeto

La instrucción se realiza para:

1

INVESTIGAR:

Fuentes de información para establecer:

- La ocurrencia de un delito.
- La autoría o participación del imputado.
- El daño que el delito produjo a la víctima.

2

ASEGURAR:

- Que el imputado esté disponible para la realización del juicio, si éste es procedente.
- Que la demora del procedimiento no afecte la calidad de la información que se presentará en el juicio.
- Que las fuentes de información en riesgo de desaparición lleguen al juicio como prueba.
- Que el daño producido a la víctima será resarcido, en caso que se declare la responsabilidad del imputado.

3

DECIDIR:

- En qué casos y bajo qué condiciones se pueden limitar derechos fundamentales del imputado o de terceros, para cumplir los fines de la propia instrucción.
- La subsanación de vicios o errores que comprometan la eficacia del juicio.
- Si es necesario desarrollar la etapa de juicio.

³ O de un órgano jurisdiccional con iguales atribuciones, como la Cámara que conoce de esta fase, en los procesos penales precedidos de antejuicio.

⁴ Una excepción sería cuando el delito es descubierto en flagrancia y se captura al imputado. En este caso, la investigación autónoma previa se reduce a las diligencias que puedan realizarse durante el plazo de la detención administrativa y de la detención por el término de inquirir –si el juez decide ésta–. El resto de la actividad indagatoria se cumpliría dentro del proceso.

1.4. Sujetos

Los principales sujetos de la etapa de instrucción son:

Sujeto	Resumen de su función	Disposiciones legales relevantes	Importancia para la defensa
JUEZ DE INSTRUCCIÓN	<u>Coordinar la instrucción</u> El Diccionario de la Real Academia Española define esta acción como: “Disponer cosas metódicamente” y “Concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común”. Con relación a la investigación del delito, al juez de instrucción le corresponde integrar o articular los esfuerzos de los demás sujetos procesales (en el plano operativo, logístico y comunicativo, sin perder por ello su indiscutible posición de autoridad) para que esta fase resulte eficaz.	Arts. 303, 306, 308 y 309 Pr.Pn.	Al defensor le interesa tener claro “ <i>quién controla a quién</i> ” y cómo se activan los mecanismos de control. <i>El juez de instrucción es quien controla</i> todas las actuaciones de los sujetos procesales, entre ellos <i>al fiscal</i> . El juez de instrucción es quien decide las peticiones de la defensa (excepciones, nulidades, mociones de diligencias) orientadas a limitar la actividad del fiscal.
FISCAL	<u>Dirigir la investigación del delito</u> Según el diccionario citado, esta acción significa: “Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin” y “Orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo”. Al fiscal le corresponde orientar jurídicamente la labor policial de investigación, tanto para la adecuada determinación de la responsabilidad penal como para la protección de los derechos de las personas y el respeto al ordenamiento jurídico.	Arts. 75 y 304 Pr.Pn.	El fiscal (cuando sostiene la acción penal) es el adversario principal de la defensa ⁵ . Aunque el fiscal <i>es quien controla a la policía</i> , siempre debe acudir al juez de instrucción para “canalizar” las oposiciones que se tengan sobre la investigación. La utilidad práctica de la responsabilidad de control que tiene el fiscal sobre la policía es que las deficiencias de ésta siempre se cargan sobre la eficacia de la acusación.
POLICÍA	<u>Realizar actos de investigación</u> La policía ejecuta los actos de investigación del delito, aplicando su formación criminalística y en disciplinas afines.	Arts. 271 y 272 Pr.Pn.	El dominio técnico de los actos de investigación corresponde a la policía (ella es la que “sabe” de esto). Frente a la policía, el defensor tiene el desafío de informarse tanto como pueda de las calificaciones técnicas que deben tener los investigadores y de los procedimientos que su <i>lex artis</i> (las normas de su oficio) les impone en cada caso. Más que controlar su actividad, el defensor puede controlar los resultados de ella.

⁵ El nivel de confrontación o beligerancia procesal que se ejercerá contra el fiscal es una decisión prudencial y compleja del defensor. Si está claro que deben usarse todos los medios lícitos y posibles para lograr, o proteger en el mayor grado, la libertad del cliente. También, que deben evitarse los incidentes sobre aspectos irrelevantes (que por el contrario afectan el desarrollo de la instrucción “sin dilaciones indebidas”) o las oposiciones que ataquen a la persona del fiscal (que degradan el ejercicio de la profesión y son ajenos a un auténtico trabajo sobre el caso del imputado).

QUERELLANTE	<u>Representar y asistir a la víctima del delito</u> El querellante tiene facultades para proponer actos de investigación o comunicar la identificación de fuentes de prueba. También participa en las discusiones procesales sobre los temas principales de trabajo de la instrucción.	Arts. 106 y 107 Pr.Pn.	El querellante puede cumplir un papel importante en las averiguaciones para fundamentar la acusación, pero tiene ámbitos más acotados de acción que los del fiscal. La defensa debe vigilar especialmente los requisitos legales para intervenir como querellante y los límites de la actuación de éste, <i>bajo el control del juez de instrucción</i> . Un arreglo con la víctima puede, en ciertos casos, determinar el resultado del proceso penal.
CÁMARA DE SEGUNDA INSTANCIA	<u>Controlar las decisiones del juez de instrucción</u> La Cámara decide sobre los medios impugnativos o de control que las partes ejerzan frente a las decisiones del juez de instrucción.	Arts. 310, 341, 347 y 464 Pr.Pn.	La Cámara es quien <i>controla al juez de instrucción</i> . Las condiciones para lograr la intervención de la Cámara pueden ser más estrictas (con una exigencia técnica más intensa) y el defensor debe conocerlas y observarlas en cada caso.

EL DEFENSOR

Durante la instrucción, las funciones principales del defensor son esencialmente las mismas que durante todo el proceso:

- CONTROLAR:** Que las todas las actuaciones relevantes para la situación del imputado, se realicen de conformidad con el ordenamiento jurídico.
- ASISTIR:** Y representar al imputado (darle orientación legal y acompañamiento en los actos que lo requieran; intervenir en su lugar cuando corresponda; facilitar sus comunicaciones con el tribunal y los demás sujetos procesales; etc.).
- DEFENDER:** Una teoría del caso que procure la libertad del imputado (mediante la alegación y prueba –en este caso, aportación de fuentes de investigación y de prueba– de la propia hipótesis, así como el combate o la oposición procesal a la teoría contraria (sostenida por la acusación).

1.5. Principales actividades

Las principales actividades de la instrucción corresponden esencialmente a las tres áreas identificadas como “objeto” o fines de la misma y pueden representarse en la forma siguiente:

Clase	Sub-clase	Ejemplos	Objeto de control por el defensor ⁶
ACTOS DE INVESTIGACIÓN	- <i>MEROS ACTOS DE INVESTIGACIÓN</i>	- Experticia para determinar si una sustancia es droga - Entrevista de testigos	☒ Calidad habilitante del técnico o perito ☒ Idoneidad (técnica o científica ⁷) del procedimiento utilizado para efectuar la el acto ☒ Pertinencia, relevancia, completud y claridad del resultado obtenido (mediante análisis exhaustivo del acta o informe)
	- <i>ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE LIMITAN DERECHOS (ALD)</i>	- Intervenciones corporales - Entrada y registro de domicilio - Secuestro de objetos	☒ Previsión legal del ALD ⁸ ☒ Competencia del órgano que la aplica ☒ Autorización (o convalidación inmediata) jurisdiccional ☒ Respeto al principio de proporcionalidad ⁹ (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto) ☒ Fundamentación adecuada (motivación ¹⁰) de la decisión que dispone la ejecución del acto ☒ Otros requisitos de actividad (modo o forma, tiempo y lugar)

⁶ Es conveniente que, respecto de cada tipo de actos, el defensor tenga previamente determinadas las posibilidades de impugnación (formas de oposición, recursos), en caso que sea necesario su ejercicio.

⁷ En este ámbito es indispensable el estudio de las pautas fijadas por la respectiva disciplina o acudir a un experto como consultor técnico.

⁸ En un Estado constitucional de Derecho, el requisito de “legalidad” debe ser entendido como compatibilidad del acto, con todo el ordenamiento jurídico (por ello, en algunos casos se alude a este requisito como “juridicidad”), cuya norma suprema es la Constitución. Según el caso, puede ser determinante una petición de la defensa para que el juez utilice su potestad de control difuso de constitucionalidad (art. 185 Cn.). La confrontación entre la disposición legal (que establece el acto limitador de derechos) y las normas constitucionales debe ser el primer nivel del análisis que realice el defensor.

⁹ El principio de proporcionalidad es un tema *capital* para el control de los actos que limitan derechos fundamentales (es el “límite de los límites” de éstos). Lo anterior significa que cuando se inobservan las exigencias del principio de proporcionalidad es cuando se anulan, alteran o violan los derechos fundamentales (art. 246 Cn.), lo que, en el caso de actos de investigación y de prueba, puede dar lugar a que la información obtenida constituya “*prueba ilícita*” o “*prueba prohibida*”. Por ello, el defensor debe lograr un manejo solvente de la jurisprudencia y doctrina básica sobre dicho principio. Para referencias, véase el apartado 4 de este tema.

¹⁰ La justificación de la decisión judicial es el instrumento que permite examinar si se han cumplido todos los demás requisitos del acto.

ACTOS DE ASEGURAMIENTO	- <i>MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES</i>	- Detención provisional - Medidas sustitutivas de la detención	Se aplican también los requisitos de los actos de investigación que limitan derechos, aunque algunos elementos correspondientes al examen de proporcionalidad se utilizan como parte de un <i>esquema de análisis</i> propio de estas medidas ¹¹ : ☒ Presupuestos: Apariencia de buen derecho (<i>fumus boni iuris</i>); y peligro derivado de la mora o del retardo del procedimiento (<i>periculum in mora</i>) ☒ Características: Instrumentales, provisionales, variables, temporales, proporcionales
	- <i>MEDIDAS CAUTELARES REALES</i>	- Embargo de bienes - Fianza	
	- <i>ACTOS EXCEPCIONALES DE PRUEBA O CON VALOR PROBATORIO</i> ¹²	- Anticipo de prueba testimonial - Reconstrucción del hecho - Reconocimiento en fila de personas - Reconocimientos médicos forenses	☒ Presupuesto “material” o fundamento general de la necesidad del acto (urgencia, irrepetibilidad, irreproducibilidad, definitividad, no disponibilidad del acto ¹³) ☒ Fundamento específico de la necesidad del acto ¹⁴ ☒ Requisitos que la ley establece para su práctica (competencia, procedimiento, modo, tiempo, lugar, etc.) ¹⁵

¹¹ En este tema, *la jurisprudencia constitucional en materia de hábeas corpus es una herramienta indispensable del defensor*. Además, para que el trabajo del defensor sea eficaz se requiere una intensa labor de aportación de datos de hecho o elementos fácticos corroborados (mediante fuentes de prueba) que el juez pueda tomar en cuenta como razones para no aplicar una medida u optar entre las posibles (por ejemplo, datos que demuestren el arraigo del imputado o la ausencia de un riesgo de daño para la investigación).

¹² Una idea esencial para que el defensor dimensione cabalmente la importancia de estos actos es el reconocimiento de que, a pesar de asegurarse para el juicio, la información que surja de los mismos se tomará en cuenta –generalmente con altas dosis de influencia sobre la decisión del juez de instrucción– al resolver sobre si procede o no realizar la vista pública.

¹³ Existen distintas formulaciones doctrinarias sobre el fundamento general de los actos excepcionales de prueba o con valor probatorio durante la instrucción, así como sobre las “especies” de actos incluidos (prueba preconstituida, prueba anticipada, actos de suma urgencia).

¹⁴ Algunos de estos actos requieren una condición específica –adicional a la “no disponibilidad” del acto–. Por ejemplo, la reconstrucción debe justificarse por la necesidad de aclarar, sobre la base de distintas versiones, la ocurrencia de un hecho; y el reconocimiento en fila de personas tiene sentido cuando falta verificar la identidad física del imputado. En realidad, se trata del requisito de “relevancia” o “utilidad” del medio de prueba respectivo, es decir que éste tenga un objeto o fin que cumplir en el caso concreto, que contribuya a la averiguación de la verdad.

¹⁵ A diferencia de los elementos de control anteriores (que tienden a resistir la posibilidad que el acto se realice), en este nivel (asumida la ejecución del acto) se trata de verificar que dicha realización respete los límites y condiciones legales y técnicas, para la eficacia del acto. Para ello, según el caso y cambiando lo que se deba, convendrá *tener en cuenta los aspectos de análisis expuestos con relación a los meros actos de investigación*.

OTRAS DECISIONES JUDICIALES RELEVANTES	- QUE LIMITAN DERECHOS DEL IMPUTADO	- Medidas de protección de testigos - Reserva del proceso	☒ Se aplican también los requisitos de los actos de investigación que limitan derechos ☒ La actividad del defensor debería orientarse a demostrar por qué los derechos del imputado deben tener mayor “peso” en la “ponderación” ¹⁶ del conflicto, que la medida pretende resolver
	- QUE FAVORECEN EL DESARROLLO DE LA IMPUTACIÓN	- Rechazo de excepciones, nulidades o formas de terminación anticipada del proceso. - Auto de apertura a juicio	☒ Requisitos de actividad (modo o forma, tiempo y lugar) ☒ Existencia de vicios de procedimiento (errores de forma) ☒ Existencia de errores de juzgamiento o aplicación del Derecho (interpretación errónea o inaplicación de una norma) ☒ Fundamentación probatoria (valoración racional de la información sobre aspectos de hecho) requerida para ese tipo de decisiones ¹⁷

PRINCIPALES ACTIVIDADES DEL DEFENSOR DURANTE LA INSTRUCCIÓN

Las actividades del defensor dependen fundamentalmente de la **estrategia de defensa**¹⁸ que se haya elegido y, cuando se tenga, de la teoría del caso que se pretenda demostrar. Sin embargo, en términos generales, para la fase de instrucción el defensor puede orientar su labor a las actividades siguientes:

- ☒ Resistir, tratar de evitar o en su caso controlar (y procurar cambios favorables) en las medidas cautelares personales (tratar de lograr la libertad del imputado) y reales (por ejemplo, intentar la devolución de objetos decomisados).

¹⁶ Además del dominio del principio de proporcionalidad como herramienta de análisis o estructura argumentativa para controlar las medidas que limitan derechos del imputado, hay que destacar que es indispensable afinar la calidad de las razones –tanto de interpretación de normas jurídicas como de valoración de datos sobre hechos– que expondrá el defensor y la conveniente consulta de fuentes especializadas (doctrina, jurisprudencia, colegas expertos) sobre la medida que se pretende controlar.

¹⁷ Por ejemplo, para resolver sobre una nulidad de procedimiento se necesita apreciar datos de hecho sobre las actuaciones realizadas (que generalmente constan en el expediente); para dictar el auto de apertura a juicio se necesita verificar que existe una probabilidad de condena en la sentencia, si se realiza la vista pública.

¹⁸ Sobre las posibles estrategias de defensa, puede consultar: COX, F., “El ejercicio de la profesión en un sistema acusatorio”, en: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Revista Sistemas Judiciales* No. 9, Santiago, agosto de 2005. Documento recuperado del sitio: www.sistemasjudiciales.org (fecha de consulta: 7 de diciembre de 2006). REYES MEDINA, C., y ZUÑIGA, S. E., *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano. Módulo instruccional para defensores*, Bogotá, Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia USAID – Defensoría del Pueblo de Colombia, 2005, pp. 67-102. (Consultado en el sitio electrónico: <http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/index.html>).

- ☑ Debatir, controlar y participar en los actos de investigación y de prueba que sea posible, vigilando el respeto a los derechos del imputado y el surgimiento de cualquier dato o información favorable para la estrategia de defensa que se esté aplicando.
- ☑ Controlar o impugnar las resoluciones judiciales que limiten los derechos del imputado o que favorezcan el desarrollo de la hipótesis acusatoria.
- ☑ Procurar modificaciones favorables en la calificación jurídica¹⁹ del hecho imputado, sobre la base del análisis de la información disponible en esta fase del proceso.
- ☑ Vigilar que el proceso se desarrolle “sin dilaciones indebidas” o dentro de un “plazo razonable”, para la pronta definición de la situación jurídica del imputado (por ejemplo, que no se produzcan “tiempos muertos”²⁰ durante la instrucción o que el plazo de ésta no guarde relación proporcionada con las averiguaciones que el caso exige).
- ☑ Realizar todo lo necesario²¹ para incorporar al proceso la identificación de fuentes de prueba o el resultado de la investigación del caso efectuada por la defensa, en la medida necesaria para sustentar la hipótesis de descargo que se haya formulado o para refutar la teoría de la acusación.

1.6. Plazo

Sobre el plazo de la instrucción, para el defensor es importante recordar que:

- ☑ El plazo máximo ordinario de la instrucción es de seis meses.
- ☑ El juez de instrucción *puede* fijar un plazo menor al máximo ordinario y *debe* fijar un plazo adecuado a la investigación del caso particular.
- ☑ El juez de instrucción, sin exceder el plazo máximo ordinario (seis meses), puede cambiar por una vez la fecha de la audiencia preliminar.
- ☑ El plazo máximo ordinario de la instrucción puede ampliarse de tres a seis meses (según se trate de un delito menos grave o grave), por el propio juez de instrucción o por la Cámara en caso de apelación de que el juez la deniegue, siempre justificando las razones de la prórroga²².

¹⁹ Generalmente, estos cambios se promueven como parte de peticiones relacionadas con las medidas cautelares aplicadas al imputado, pues de lo contrario (planteadas autónomamente) es probable que el juez considere postergar su resolución a la audiencia preliminar, cuando la instrucción propiamente dicha haya finalizado (véase, sobre este criterio, la resolución de la Corte Suprema de Justicia en el conflicto de competencia N° 19-2002, de 29-V-2003).

²⁰ Es decir, períodos dilatados de inactividad procesal, sin justificación para ello.

²¹ Peticiones al juez de instrucción para que realice encomiendas de investigación al fiscal; inspecciones propias en lugares relacionados con el delito; entrevistas de potenciales testigos de descargo; consultas con expertos de la materia respectiva, sobre la prueba pericial del caso; preparación de fuentes de prueba ilustrativa (diagramas, fotografías) que puedan ofrecerse en esa calidad y oportunamente, etc.

²² Este es un aspecto fundamental del control que debe ejercer el defensor, sobre la base del ritmo de investigación mantenido durante el plazo ordinario, así como de la precisión, pertinencia, relevancia y necesidad de las diligencias aducidas como pendientes de realización (sobre el deber de motivación de las prórrogas del plazo de la instrucción, véase la sentencia del proceso de hábeas corpus 75-2005, de 2-III-2006).

- ☑ La fecha de la audiencia preliminar se programa después del plazo de la instrucción (art. 357 Pr.Pn.).
- ☑ La jurisprudencia ha sostenido que: 1) los plazos legales para la instrucción son ordenatorios²³, o sea que sirven para “ordenar” el curso de los actos procesales, pero que no son plazos “perentorios” o de caducidad, que impidan realizar en forma extemporánea los actos correspondientes; 2) que los excesos del plazo fijado sólo pueden tener relevancia –no necesariamente para invalidar el acto tardío– cuando carecen de justificación o se trata de “dilaciones indebidas” (de ahí que se admitan, por ejemplo, los cambios en la programación de la audiencia preliminar que están motivados por caso fortuito o fuerza mayor²⁴).

Es importante que el defensor vigile el desarrollo de la investigación durante la fase de instrucción, porque ésta puede carecer de sentido, si falta la actividad del fiscal en la incorporación de elementos que permitan fundar el dictamen correspondiente. Hay casos en la práctica, en que los datos que sustentan la acusación se encuentran recolectados desde la investigación inicial y se convierte a la instrucción en una etapa inútil dentro del proceso.

1.7. Crítica instructora (audiencia preliminar)

Cuando finaliza el plazo de la instrucción, es el turno de evaluar su resultado y determinar si el mismo justifica la apertura del juicio. La primera palabra la tiene el fiscal, quien presenta un “dictamen” u opinión técnica sobre la decisión que se puede fundamentar, sobre la base de la información recabada. Entre las decisiones posibles están la continuación del proceso hasta la etapa de juicio (que el fiscal pide al juez mediante una acusación); la suspensión temporal o definitiva del proceso por falta de información suficiente para considerar que, si se realiza el juicio, la sentencia estimará la acusación (petición de sobreseimiento provisional o definitivo); y la terminación del proceso mediante alguna forma de negociación legalmente permitida (petición de aplicación de formas alternativas de resolución del proceso penal). Con la presentación del dictamen fiscal, el juez de instrucción abre la oportunidad para que las otras partes expongan sus opiniones sobre la cuestión central de esta fase: ¿hay información que justifique la apertura a juicio, en la medida necesaria para que, al cumplirse dicha etapa, se pronuncie una sentencia condenatoria?

Parece claro que la defensa debe aportar razones para que la determinación judicial sobre esa cuestión consista en una decisión negativa, que rechace la continuación del caso y cierre el proceso mediante el sobreseimiento u otras formas de terminación. Como ya se dijo, los planteamientos del

²³ Véase, por ejemplo, la sentencia del proceso de hábeas corpus 315-2000, de 5-III-2001.

²⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia del proceso de hábeas corpus 331-99, de 11-XI-1999 (al interpretar el inc. 4º del art. 319 del Pr.Pn. de 1998). También, la sentencia de casación Nº 170-200, de 29-I-2003. Más recientemente, pueden verse las sentencias de hábeas corpus 428-2017, de 10-I-2017; y de hábeas corpus 103-2018, de 3-XII-2018.

defensor dependen esencialmente de la estrategia de defensa que se haya formulado, pero también deben adecuarse a *los propósitos que se persiguen en esta fase intermedia o de crítica instructora (que tiene su mejor expresión en la audiencia preliminar)*. Tales propósitos pueden esquematizarse de la manera siguiente²⁵:

Propósito	¿En qué consiste?	Áreas de trabajo de la defensa
EVALUAR	Determinar si la información obtenida sustenta una probabilidad de condena en contra del imputado. También se alude a esta valoración²⁶ como “control sustancial” de la acusación.	Demostrar, mediante argumentos basados en la información recabada durante la instrucción, que la acusación carece de fundamento por alguna de las razones siguientes: ☑ Toda o parte esencial de la información inculpatoria fue obtenida mediante violación de los derechos del imputado²⁷ ☑ La información disponible es insuficiente para sustentar una probabilidad de condena²⁸ (porque no se investigó el hecho o su autor; porque la investigación se realizó, pero en forma incompleta y defectuosa; o porque la información obtenida no es creíble²⁹ o es contradictoria consigo misma o con una hipótesis alternativa mejor fundamentada³⁰, con base en máximas de experiencia razonadas)
SANEAR	Superar o corregir³¹ todos los vicios o defectos del proceso que pudieran afectar la eficacia del juicio	Argumentar, en forma de excepciones o nulidades según <u>se decida</u>³², la existencia de vicios relativos a: ☑ La competencia del tribunal ☑ El ejercicio válido de la acción penal (prescripción, cosa juzgada, condiciones de procedibilidad, causas

²⁵ Estas ideas se exponen con más amplitud en: Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial, *Prontuario N° 2. Audiencia preliminar. Compendio de actos para su desarrollo*, San Salvador, Criterio, 1999.

²⁶ Generalmente, la discusión y la valoración se realizan sobre la base de información “documentada” (actos de investigación o de identificación de fuentes de prueba que constan en actas elaboradas por la policía, el fiscal o el propio juez de instrucción) en el expediente y no a partir de una actividad probatoria en estricto sentido (con contradicción de partes e intermediación judicial, excepto en los supuestos de anticipos de prueba). Una crítica intensa a esta situación, a partir del carácter adversativo o no del proceso penal vigente, en: QUIÑONES VARGAS, H., *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño*, San Salvador, Proyecto para el Apoyo del Sistema de Justicia USAID, Editorial Maya, 2003, pp. 97-99.

²⁷ La bibliografía especializada sobre la prueba ilícita es abundante. En general, las obras centradas en el tema de la prueba penal incluyen un tratamiento del asunto. *Es indispensable complementar el análisis doctrinario con las líneas jurisprudenciales locales (constitucional y de casación penal o un precedente del propio juez o tribunal)*. Un campo de juego para el planteamiento del defensor es el de los efectos de la prueba ilícita (nulidad o exclusión). Véanse las referencias vinculadas al principio de proporcionalidad y los actos que limitan derechos fundamentales.

²⁸ El defensor debe vigilar que las decisiones judiciales cumplan con los estándares de prueba o escalas probatorias que establece el ordenamiento (aunque, cuando se trate de decisiones perjudiciales al imputado, su labor es demostrar que no se cuenta con las razones suficientes para tener por probado un hecho “X”). Sobre la valoración racional de la prueba: ANDRES IBAÑEZ, P., *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2004. FERRER BELTRAN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007. GASCON ABELLAN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999. GONZALEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I) y (II)”, en: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 46 y 47, Asociación Jueces para la Democracia, Madrid, 2003. IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Traducido por Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

²⁹ Parte de la investigación realizada o requerida por la defensa puede orientarse a minar o cuestionar la credibilidad de las fuentes de prueba identificadas por la acusación (ejemplos de esto se desarrollan como contenido del tema “Impugnación de testigos”, en la bibliografía de Derecho Probatorio puertorriqueño accesible en el país; en algunos casos, bajo la categoría “prueba extrínseca”). En el sistema europeo continental se refiere a esto: GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: “Prueba sobre la prueba” en el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1999.

³⁰ Un claro y valioso modelo de análisis de la hipótesis acusatoria, que puede guiar a la defensa en la identificación de contradicciones o al estructurar su argumentación sobre este punto, puede verse en: ANDRES IBAÑEZ, P., “Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, en: *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2004. La posibilidad de una hipótesis de hecho alternativa (por ejemplo, una coartada o la tesis de una eximente de responsabilidad penal) depende de la estrategia de la defensa y de la información de descargo obtenida durante la instrucción.

³¹ Se entiende que al defensor le interesa más bien demostrar que los vicios existen y que sus efectos hacen insostenible la persecución penal.

³² Hay casos en los que un mismo supuesto o situación puede plantearse alternativamente de ambas formas (por ejemplo, la competencia del tribunal, Arts. 224 N° 1 y 277 N° 1 Pr.Pn.). En estas circunstancias, el defensor debe decidir, de acuerdo con su valoración estratégica, el medio más conveniente.

	(esta labor incluye, aunque no agota, lo que se denomina “control formal” de la acusación).	sobrevenidas de extinción, requisitos legales de la acusación ³³) ☒ La violación de derechos del imputado en la realización del proceso (limitaciones al derecho de defensa; infracción del derecho a una justicia pronta y cumplida)
PREPARAR	– Determinar el hecho que se someterá a juicio, la calificación jurídica provisional que le corresponda y las fuentes de prueba admitidas para su uso durante la vista pública, tanto por el fiscal como por el defensor.	☒ Verificar el cumplimiento del Art. 356 N° 2 Pr.Pn., sobre la descripción del hecho que se atribuye al imputado ³⁴ ☒ Debatir la calificación jurídica elegida por el fiscal, para obtener un cambio que favorezca al imputado ³⁵ ☒ Cuestionar la admisibilidad de la prueba ofrecida por el fiscal (☆) ☒ Ofrecer y lograr la admisión de las fuentes de prueba de descargo que la defensa haya identificado (cuando maneje una teoría fáctica alternativa) (d)

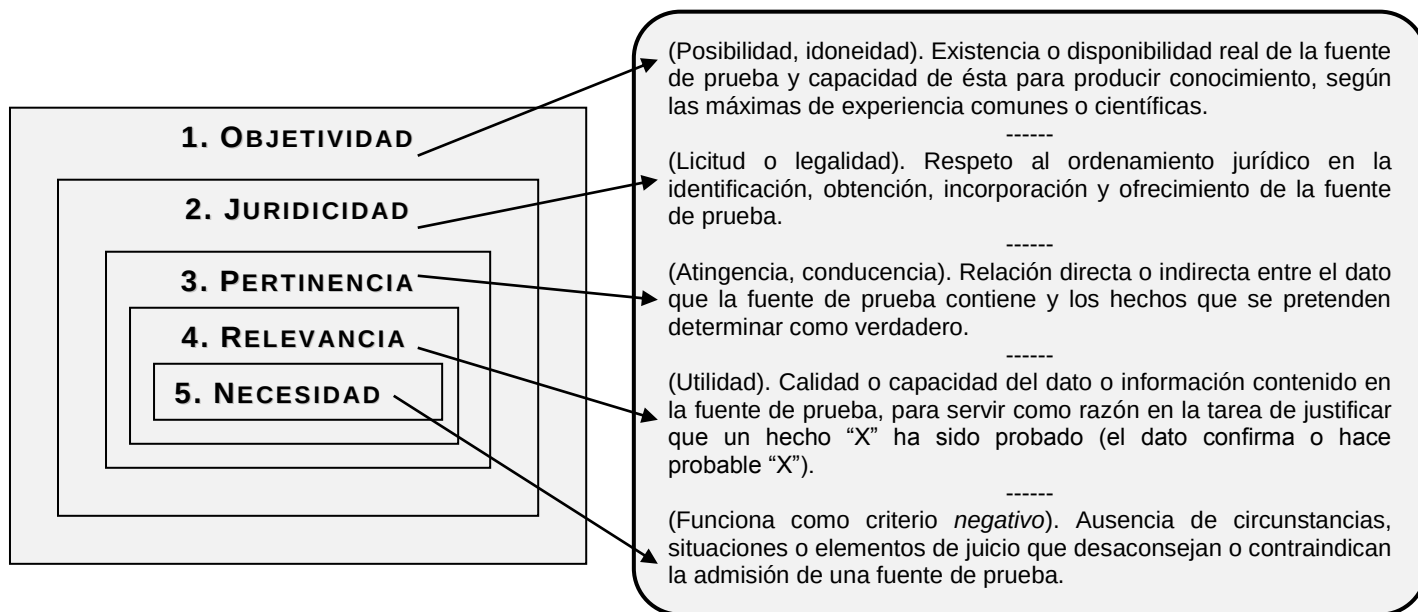
³³ Como un ejemplo muy práctico y claro de control de los aspectos formales de la acusación véase: JIMÉNEZ VÁSQUEZ, C.M., La formulación y el control jurisdiccional de la acusación, documento consultado en la dirección electrónica: www.uca.edu.ni/facultades/ciencias_juridicas/cpp/pdf/formula.pdf; especialmente las pp. 5-9 y 12-16.

³⁴ Como en la mayoría de estos aspectos, es indispensable la valoración estratégica particular del defensor. Distintos factores pueden hacer recomendable la reserva del planteamiento de un vicio para la etapa de juicio, cuando el fiscal ya no pueda repararlo (por ejemplo, si ha omitido exponer afirmaciones de hecho o proposiciones fácticas sobre un elemento relevante del tipo penal o porque la ausencia de reparación del defecto durante la crítica instructora dificulte una eventual ampliación de la acusación durante la vista pública). Estos aspectos tienen gran importancia en el control sobre la correlación o congruencia entre la acusación y la sentencia.

³⁵ Aunque la calificación jurídica siga siendo provisional hasta antes de la sentencia definitiva firme (o su excepcionalísima –y discutible– modificación por una sentencia constitucional en hábeas corpus), un cambio en la misma puede tener efectos inmediatos, por ejemplo, sobre las medidas cautelares personales aplicadas al imputado. Para efectuar un adecuado control en esta materia es indispensable el dominio de la Teoría Jurídica del Delito, así como del correspondiente segmento de la Parte Especial del Derecho Penal.

(☆) EL CONTROL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DEL FISCAL

Los criterios³⁶ que debe controlar el defensor respecto de la admisibilidad de la prueba, pueden ilustrarse en la forma siguiente:



(d) OFRECIMIENTO DE PRUEBA POR LA DEFENSA

Como ya se mencionó, el ofrecimiento de prueba de descargo es una decisión estratégica que debe tomar el defensor en cada caso. Sin embargo, a continuación, se exponen algunos elementos para que la defensa logre un desempeño adecuado en esta área. En primer lugar, en el cuadro inferior se ilustra que hay estrategias en las que siempre es necesario aportar elementos de prueba (es una presentación simplificada; la exposición detallada de variantes puede consultarse en la bibliografía recomendada en la nota a pie de página N° 18).

³⁶ Para comprender estos conceptos, se proponen los ejemplos siguientes: 1) *Objetividad, posibilidad o idoneidad*: no se cumple este criterio si se ofrece un testigo para probar las operaciones contables de un complejo fraude financiero; o si se propone acudir a la hipnosis, al espiritismo o al conocimiento privado del juez. 2) *Juridicidad, licitud o legalidad*: sería inadmisibles una confesión obtenida mediante tortura o un arma decomisada como resultado de un registro violatorio de derechos constitucionales. 3) *Pertinencia, atingencia o conducencia*: en general, son inadmisibles las fuentes de prueba sobre el carácter o la conducta previa del imputado y la víctima; así como las fuentes de prueba que consisten en objetos, sustancias o materias supuestamente vinculadas al hecho, pero en las que no se ha cumplido con su cadena de custodia. 4) *Relevancia o utilidad*: también como regla general, se rechaza la prueba testimonial de referencia. 5) *Necesidad*: es innecesaria una fuente de prueba que repetirá una información que ya está garantizada por medio de otras fuentes similares (el caso de la pluralidad excesiva de testigos sobre un mismo hecho) o que por su contenido puede causar un "perjuicio indebido" en la valoración que realice el juez (fotografías con contenido chocante, en los casos de jurados).

Estrategia	Variantes	Necesidad ³⁷ de aportar prueba
1. NEGAR	1.a. Que el hecho exista	Ninguna. Porque corresponde a la acusación probar que el hecho existió.
	1.b. Que el hecho sea típico (o tenga relevancia penal)	Depende. En general, la variante estratégica se aplicará mediante el análisis dogmático penal, pero en casos dudosos (deudas, incumplimientos de contratos) pueden ser necesarias pruebas excluyentes de la tipicidad.
	1.c. Que exista prueba del hecho y de su relevancia penal (o carácter delictivo)	Ninguna. En este caso se trata de una actividad argumentativa (de valoración racional de la prueba) tendente a refutar la existencia o la suficiencia de la prueba de cargo.
	1.d. Que el imputado haya participado	Depende. La variante puede fundarse en argumentar sobre lo que la prueba de cargo omite (la demostración que el imputado participó), pero es más seguro añadir lo que la prueba de descargo contiene (la demostración que el imputado NO participó).
	1.e. Que exista prueba de la participación del imputado	Ninguna. En este caso se trata de una actividad argumentativa similar a la del supuesto 1.c.
2. EXPLICAR	2.a. Porque existe una causa de justificación	Máxima. Porque la prueba de estas circunstancias corresponde a quien las alega. La carga probatoria de la acusación es, lógicamente, de signo inculpativo.
	2.b. Porque existe una causa de inculpabilidad	
	2.c. Porque existe una excusa absolutoria	
	2.d. Porque existe una causa de extinción de la responsabilidad penal	
3. ATENUAR	3.a. Porque existen circunstancias que limitan, a favor del imputado, la individualización judicial de la pena.	

En segundo lugar, se transcriben algunas consideraciones doctrinarias³⁸ que es conveniente tomar en cuenta sobre la actividad probatoria de la defensa:

1. ACTIVIDAD “NEGATIVA O DESTRUCTIVA” DE LA DEFENSA CON RELACIÓN A LA PRUEBA

“La primera actividad de la defensa en relación a la prueba de cargo: Negar su existencia, negar su suficiencia, denunciar la ilegalidad de su forma de obtención o práctica, disentir el modo en que se ha aportado al proceso y en última instancia la falta de fiabilidad sea en sí misma, sea en la fuente de que proviene. Esta es la actividad negativa o destructiva de la defensa en relación a la prueba. “

“Las formas de poner en entredicho una prueba son sumamente variables y la exposición, aun a título enunciativo de las variantes, es imposible. Puede discutirse la forma de aseguramiento de la prueba, la forma en que se practica, la forma en que se aporta al proceso, su naturaleza de prueba directa o indirecta, su resultado, su valor, etc. Los modos dialécticos varían en cada caso.”

³⁷ La ausencia de necesidad no significa ausencia de conveniencia. Por ejemplo, aunque corresponde al fiscal probar que el hecho existió, puede ser conveniente para la defensa probar lo contrario (que el hecho no existió), si pretende un sobreseimiento definitivo por este supuesto (art. 350 N° 1 Pr.Pn.).

³⁸ Tomadas de: BELTRÁN NUÑEZ, A., “La actividad probatoria de la defensa en el proceso penal (aspectos parciales)”, en: *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, pp. 297-321. Y del mismo autor, “La prueba de la defensa”, en: *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pp. 453-483.

2. RELEVANCIA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN LAS ETAPAS PREVIAS AL JUICIO

“La defensa puede y debe en muchos casos desarrollar (proponiendo, interviniendo en su práctica, etc.) una labor probatoria singularmente amplia. Aceptando que la actividad probatoria, salvo los supuestos de prueba anticipada, se desarrolla en el acto del juicio oral, se hace evidente que es en ese momento procesal cuando culmina la acción defensiva. Pero la defensa es un arte o una estrategia, y la anterior afirmación no debe entenderse en el sentido de que la defensa haya de renunciar a participar en las diligencias anteriores al plenario, ni que no deba cuidar su actuación en la fase de proposición de prueba.”

“Aunque en la fase instructora del procedimiento no tenga lugar la práctica de auténticas pruebas, con la conocida excepción de la prueba anticipada, no obstante tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento abreviado cabe un juicio definitivo o provisional anticipado en forma de sobreseimiento o archivo de las actuaciones (...) y, es más, tales supuestos son muy frecuentes. Evidentemente, juicios de valor tales como que no existen indicios de haberse perpetrado el hecho que se investiga, o que éste no es constitutivo de delito, o que los procesados aparezcan exentos de responsabilidad criminal (...) o bien que no se ha justificado debidamente la perpetración del delito o que, aunque exista un delito, no hay motivo suficiente para acusar a persona determinada (...) no pueden emitirse sino desde la convicción del juzgador -porque tales declaraciones son auténticos actos de enjuiciamiento, aunque, en algunos supuestos, emanen del instructor (...) o de todas o algunas de las partes, según los tipos de procedimientos, y esa convicción ha de nacer de hechos acreditados en la fase instructora al menos en la vertiente negativa o disuasoria de verificar que no va a ser posible la obtención de prueba de cargo suficiente para una eventual resolución condenatoria (aun para una imputación de culpabilidad probable).”

“Junto a la pieza principal se tramitan en el proceso penal piezas separadas, en ellas se dictan resoluciones que contienen decisiones de gran trascendencia en cuanto que pueden suponer la privación de libertad del afectado por ellas -prisión provisional- o la disminución a veces muy seria de su calidad de vida o su capacidad financiera -embargos, fianzas-.”

“Los juicios de valor en que se fundan esas resoluciones -v.gr., riesgo de fuga, riesgo de ocultación o destrucción de pruebas- se fundan en datos de hecho -carencia de domicilio, nacionalidad extranjera, desaparición de los instrumentos, del cuerpo del delito, etc.-. Estos datos de hecho pueden ser erróneos, y el error puede ser susceptible de demostración -existe domicilio, el acusado ha adquirido la nacionalidad española, o vive en España desde hace muchos años, ha fundado una familia, el instrumento del delito está en poder de un tercero, etc.- Estos enjuiciamientos, menores en teoría, afectan sin embargo, o pueden hacerlo, a derechos fundamentales de las personas.”

“La defensa tiene una intervención decisiva buscando la «prueba» de que el detenido o preso tiene domicilio conocido, es persona de buena conducta, que sus medios no le permiten prestar fianza en la cuantía señalada, aunque sí en otra menor, etc. -junto a las pruebas de descargo típicas que afectan a la duda sobre los hechos, o a la imputabilidad del inculcado- para obtener de esa forma la libertad provisional de su patrocinado; o bien mostrando la suficiencia de una fianza, la escasez del perjuicio, etc., como forma de evitar el embargo de los bienes del indiciariamente culpable.”

“Todo auto de apertura del juicio oral se basa en un juicio de probabilidad, pero de probabilidad de condena, de probabilidad, al menos, de que se rompa la presunción de inocencia. Digamos que, el juicio oral debe abrirse sobre seguro (o casi) y lo contrario es ilegal, inmoral y, por suerte, infrecuente (aunque menos de lo deseable). Si se abre el juicio oral es porque en la dialéctica más o menos larvada -a veces explosiva- que ha tenido lugar antes de la apertura, la victoria ha correspondido a las tesis acusatorias (...) el juicio oral, cuya apertura es una victoria de la acusación, es también el penúltimo pero decisivo reducto defensivo (si el último son los recursos) sin cuya ocupación la acusación saldrá derrotada. El juicio oral no es, pues, sólo el ámbito de plenitud de las garantías, sino que es, en sí mismo, una garantía más, un "obstáculo" esencial que distancia la acusación de la condena, lo probable de lo cierto, lo provisional de lo definitivo (recursos aparte).”

3. DIFERENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y DEFENSA RESPECTO A LA ACTIVIDAD PROBATORIA

“El fiscal puede, incluso ahora, no digamos "mañana", citar a declarar a cualquier persona, puede acordar detenciones, puede solicitar documentos de cualquier archivo o protocolo, tiene a sus órdenes a agentes de policía judicial. Su capacidad de acumulación de evidencias antes de presentarlas a un juez y solicitar una medida cautelar y la apertura del juicio oral, es muy elevada. La de las defensas, quizá con excepción de los económicamente privilegiados, es mucho más limitada. Si esa investigación no es claramente contradictoria y con un órgano imparcial equilibrando la balanza, la igualdad de armas quedará reservada a las fases finales del proceso, es decir, no existirá.”

“Hay otra diferencia más entre la acusación y la defensa, y es que la primera sólo puede obtener la condena (salvo el supuesto excepcional de conformidad previa y con las condiciones de todo tipo de que se precisan para la condena en este caso) tras el juicio oral. Así pues, para la acusación sólo valen las pruebas practicadas en juicio (con la excepción de siempre). No así para la defensa, que puede intentar que el juez no procese (o que su auto sea revocado), que la acusación desista de abrir el juicio oral, o que el tribunal (o el juez) decida no abrirlo y sobresear. Y como el juicio ha de abrirse sobre seguro (o casi), la actividad de la defensa antes de ese trámite, debe encaminarse a demostrar la inexistencia de la infracción penal, o de la participación en la misma del imputado, o también, si lo anterior no es posible en plenitud, a minar el juicio de probabilidad sobre la concurrencia de todos los elementos del tipo o sobre la participación del imputado, o incluso a poner de manifiesto la grave dificultad en alcanzar jamás un juicio de certeza; esto es, a disuadir de la apertura del juicio oral, y esta actividad de la defensa que acredita hechos nuevos, que aclara u oscurece determinados puntos, que puede posibilitar un acto de enjuiciamiento favorable anterior al juicio oral, permite hablar de una actividad probatoria de la defensa, antes del juicio.”

4. FINES DE LA PRUEBA DE DESCARGO

“La prueba de descargo puede tener muchos fines. Entre otros: a) Preservar o reforzar la presunción de inocencia. Si ésta conlleva que ni la participación en los hechos ni la concurrencia de los elementos del tipo se presumen, sino que han de demostrarse suficientemente por quien acusa, la prueba de descargo puede dirigirse a la demostración de la atipicidad de los hechos, de la no participación en los mismos, o a ambas cosas, bien mediante la demostración de la falsedad o ilicitud de las pruebas de cargo, o de los embriones de las mismas que pueden trocarse en prueba de juicio, bien mediante su puesta en sospecha por oposición a otras pruebas, bien por la demostración directa de la inexistencia de participación en los hechos, o de la ausencia de un elemento del tipo. b) Demostrar la inexistencia o disminución del injusto imputado o de la culpabilidad del partícipe. c) Mejorar las medidas cautelares adoptadas sobre la persona o los bienes del imputado.”

“La prueba de descargo basta con que lleve a la duda. Si lo consigue en juicio supondrá la absolución; si antes del juicio y la duda es elevada, ello puede suponer la ausencia de apertura del juicio oral (que no debe abrirse sin un juicio de probabilidad elevado de condena).”

“La defensa puede proponer pruebas que corroboren su propio alegato fáctico, o que desvirtuen o debiliten el de la acusación. No es, pues, preciso que las pruebas guarden relación con el propio alegato, sino que basta que lo guarden con cualquiera de ellos.”

En tercer lugar, en la página siguiente se expone un esquema que puede servir para organizar la información probatoria de la defensa, a partir de la refutación de la teoría del caso de la acusación.

Teoría del caso del fiscal				Refutación defensiva de la teoría del caso del fiscal			
Teoría fáctica ³⁹		Teoría jurídica	Prueba		Proposiciones fácticas alternativas	Tesis jurídica alternativa	Argumentación probatoria de refutación
			Fuente	Datos			
¿Quién?	El imputado Pedro Pérez.	1. El autor se apoderó de una cosa mueble. 2. El autor sustrajo la cosa mueble de quien la tenía en su poder. 3. El valor de la cosa mueble es mayor de doscientos colones. 4. La cosa mueble era total o parcialmente ajena. 5. El autor cometió el delito con ánimo de lucro para sí o para un tercero.	Declaración de la víctima	- Condición (muebles) y características de los bienes desaparecidos. - Propiedad de los bienes sustraídos. - Disposición de las joyas y el dinero antes de su desaparición. - Valor de los bienes sustraídos. - Descripción del sujeto de huía de la casa al momento en que la dueña llegaba.	- La captura del imputado es un error policial. - El imputado estaba en la zona únicamente en tránsito hacia su propia vivienda en ciudad Delgado, después de visitar a un familiar que reside en Santa Tecla y de detenerse a comprar una mochila en un supermercado que le quedaba en el camino. - El dinero que tenía el imputado le acaba de ser prestado por su familiar, para comprar insumos de elaboración de mochilas. - La mochila nueva que llevaba el imputado la adquirió precisamente para usarla como un "modelo" de sus confecciones.	El imputado no es el autor del delito.	- La captura se basó en una descripción genérica y ambigua, insuficiente para individualizar a una persona de modo unívoco y confiable. - La vestimenta y los rasgos físicos proporcionados como supuestos elementos para la identificación del autor del delito pueden coincidir con la ropa y las características de un número indeterminado de salvadoreños. Sobre todo en una zona como la del hecho, a una hora en la que continúa el populoso desplazamiento de personas desde sus lugares de trabajo o estudio. - La víctima no puede observar claramente al imputado y no puede por ello "reconocerlo". - El vigilante tampoco puede identificar al supuesto delincuente pues lo observó en el contexto de una persecución peatonal, durante la que sólo pudo ver, si acaso, la parte posterior de un sujeto que corría a mayor velocidad. - La policía detuvo al imputado sobre la base del prejuicio que una persona, visiblemente de modestos recursos económicos, sólo puede portar una cantidad considerable de dinero como producto de un delito. - El imputado no tenía en su poder ninguna de las joyas sustraídas. - El "nerviosismo" y la resistencia inicial a la captura puede ser reacciones compatibles con la inocencia y derivadas de la estima social predominante sobre los procedimientos policiales. - La explicación del imputado sobre el origen de los bienes que originaron la sospecha policial es una explicación plausible, razonable o, como mínimo, posible.
¿Cuándo?	A las 20 horas y 15 minutos del 30 de enero de 2007.		Declaración del vigilante	- Corroboración de la declaración de la víctima sobre lugar y tiempo del hecho. - Corroboración de la declaración de la víctima sobre persecución del supuesto delincuente. - Descripción física (más detallada que la de la víctima) sobre el sujeto que huyó de la casa del hecho.			
¿Dónde?	En una casa ubicada en la Colonia Roma, Calle Loma Linda No. 236, la cual es una vivienda cercada con un muro de dos metros a su alrededor y un portón de acceso al exterior.		Declaración de los agentes captores	- Ubicación del imputado en la zona del delito. - Falta de identificación del imputado. - Coincidencia del imputado con la descripción de víctima y vigilante. - Tenencia del imputado de una cantidad de dinero compatible con la autoría del hecho. - Tenencia del imputado de una mochila nueva compatible con la diferencia entre la cantidad de dinero hurtado y la cantidad poseída al tiempo de la captura. - "Nerviosismo" del imputado ante la presencia policial y resistencia inicial a la captura. - Falta de explicación inmediata del imputado sobre el dinero y la mochila que portaba.			
¿Qué?	Fue visto por la dueña de la casa mientras el imputado saltaba apresurado desde el interior de la vivienda hacia afuera y comenzó a correr, llevando en sus manos lo que parecía un bolso pequeño. La señora pidió auxilio a lo que respondió un vigilante del pasaje que comenzó a perseguir al sujeto. Luego, la señora ingresó a la casa y al revisar sus pertenencias constató que faltaban varias joyas y quinientos dólares.		Inspección policial de la vivienda.	- Condiciones de la casa como espacio dentro del cual la víctima disponía de ("tenía en su poder") los bienes sustraídos. - Huellas de escalamiento para ingresar de la calle a la casa. - Signos de violencia contra la cerradura en la puerta principal de la casa. - Signos de búsqueda precipitada o desorden en la habitación donde se encontraban los bienes sustraídos.			
¿Cómo?	Inmediatamente la dueña de la casa comprobó que la puerta principal de la casa había sido forzada, dañando la cerradura y notó un área del jardín por donde parecía que se habían metido desde la calle. Cuando la policía llegó ya había regresado el vigilante a quien el sujeto se le había escapado en las cercanías de un supermercado de la zona. Con la descripción que dio el vigilante, la policía hizo un patrullaje y una hora más tarde detuvo al imputado, quien no portaba identificación y llevaba una mochila nueva, así como cuatrocientos dólares en efectivo.						
¿A quién?	La dueña de la casa y de los objetos perdidos es la señora María Díaz, de cincuenta años de edad, empleada, de este domicilio.						
¿Por qué?	Todos los objetos desaparecidos tienen valor económico.						

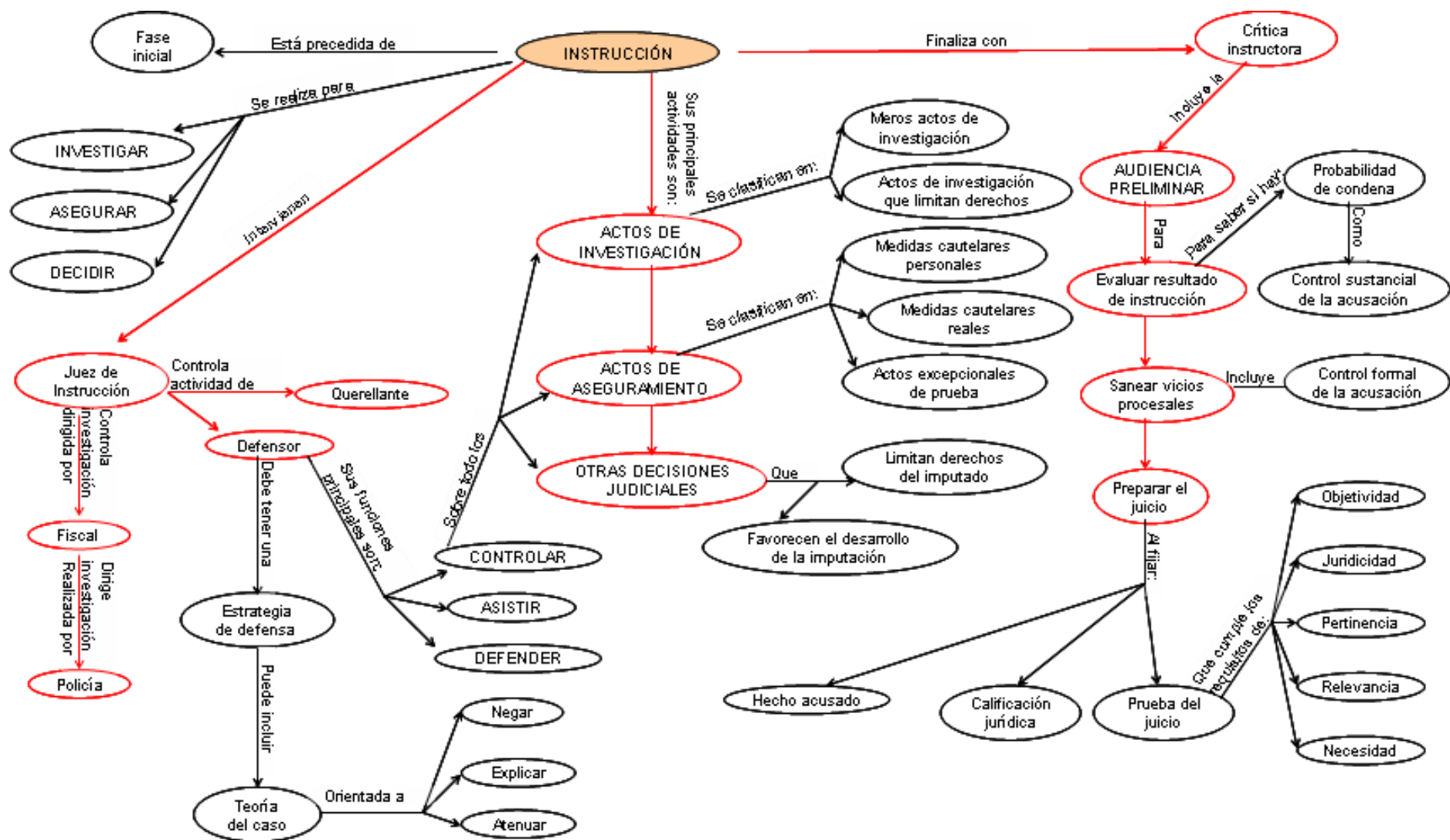
³⁹ Se redacta a partir del ejemplo que aparece en: Selk, Robert A., "La estructura de la investigación desde el punto de vista del fiscal", en: Unidad de Seguimiento Técnico (USETEC), *Ensayos para el órgano requirente (antología)*, San Salvador, Proyecto de Reforma Judicial II, 1996.

Se aclara que las proposiciones de hecho planteadas podrían limitarse a contradecir la suficiencia de la información probatoria de cargo, sin dar una explicación alternativa sobre los elementos que motivaron la captura⁴⁰. También se podría incluir esa explicación sin que se aporte prueba en descargo para acreditar su veracidad. Como tercera opción se podría refutar la prueba de cargo, proporcionar una explicación alternativa razonable y aportar prueba de descargo que sustente dicha explicación paralela. Parece claro que la tercera estrategia ofrece mejores resultados. En este último supuesto, si se decide aportar prueba de descargo, un esquema de planificación podría ser el siguiente:

Objetivo	Proposiciones fácticas alternativas	Fuente de prueba	Datos probatorios esperados	Principales preguntas en interrogatorio	Plan de trabajo			
					Actividad a realizar	Plazo	Sede	Observaciones
Demostrar que es insuficiente la prueba de que el imputado sea el autor del hecho.	El dinero que tenía el imputado le acaba de ser prestado por su familiar, para comprar insumos de elaboración de mochilas.	Declaración de N (familiar del imputado que le prestó el dinero).	Relación de parentesco. Lugar, día y hora de préstamo del dinero. Cantidad de dinero prestado. Finalidad del préstamo. Actividad laboral del imputado.	(Siga las pautas para elaborar un interrogatorio directo)	Concertar una cita con N para entrevistarlo y confirmar la utilidad de su declaración. Pedir que el juez encomiende la entrevista de N, al fiscal.	X semana de X mes (antes de presentación del dictamen fiscal)	Despacho jurídico del defensor. Oficina regional de la FGR	Debilidades del declarante o de su testimonio. Relación de este elemento con otros de la prueba de descargo. Etc.

⁴⁰ Sobre la posibilidad que la omisión de una explicación razonable por parte del imputado, pueda ser valorada judicialmente en como indicio de culpabilidad, véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), Caso John Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996.

1.8. Resumen



2. CONSEJOS PRÁCTICOS PARA LOS DEFENSORES

- ☑ Es *indispensable* que formule una estrategia de defensa, sobre la base de un conocimiento suficiente de los hechos del caso.
- ☑ Planifique y prepare adecuadamente cada una de sus acciones (peticiones o intervenciones) dentro del proceso. Dentro de esa planificación, recuerde tomar en cuenta lo que conoce sobre el juez que decidirá y el fiscal que ejerce la acusación.
- ☑ Procure adquirir un dominio suficiente de las herramientas que la técnica jurídica ha desarrollado para controlar los actos que implican limitaciones a derechos fundamentales.
- ☑ Intensifique el nivel de control sobre las actuaciones que tengan la calidad de pruebas, ya que éstas no sólo ingresarán al juicio y serán valoradas, sino que se tomará en cuenta como parte de la información para decidir si dicho juicio se realiza o no.
- ☑ La audiencia preliminar no es un anticipo de la vista pública por lo que los argumentos deben dirigirse al control de la actividad investigadora realizada por el Fiscal, de acuerdo con los propósitos de la fase intermedia y la estrategia de la defensa.

3. MATERIALES PARA PROFUNDIZAR EN EL TEMA

*Sobre la instrucción como etapa del proceso penal*⁴¹:

AAVV, *Código Procesal Penal Comentado*, San Salvador, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, 2018.

AAVV, *Comentarios al Código Procesal Penal*, San Salvador, CNJ-UPARSJ, Impresos Múltiples, 2004.

AAVV, *Derecho Procesal Penal salvadoreño*, San Salvador, CSJ-AECI, Impresos Modelo, 2000.

Sobre técnicas en la investigación del delito:

AAVV, *Técnicas en la investigación del delito*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

GÓMEZ LÓPEZ, L., “Técnicas en la investigación del delito”, en: *Ciencias Penales. Monografías*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2000.

MONTIEL SOSA, J., *Criminalística*, México, Limusa, 1998. 2 T.

*Sobre el principio de proporcionalidad y los actos de investigación que limitan derechos*⁴²:

AAVV, *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

⁴¹ Prácticamente la mayoría de los manuales de Derecho Procesal Penal tratan el tema. Para aspectos generales, se recomienda la considerable y valiosa bibliografía producida en el ámbito nacional. Para la investigación sobre cuestiones particulares, se sugiere recurrir a la bibliografía especializada, según el caso.

⁴² La bibliografía sobre los distintos y específicos actos de investigación que limitan derechos es cada vez más profusa. Aunque las obras generales referidas en este apartado incluyen trabajos sobre actos en particular (registros, intervenciones corporales, secuestro), cuando el defensor decida controlar exhaustivamente una de dichas actuaciones, es recomendable la consulta de bibliografía especializada (monografías o artículos de doctrina en revistas de calidad reconocida), además, por supuesto, de la jurisprudencia respectiva. La información general sobre este tipo de actos se encuentra disponible en las obras relativas a la prueba penal (véase, por ejemplo, CASADO PÉREZ, J. M., *La prueba en el proceso penal salvadoreño*, San Salvador, CSJ-AECI, Lis, 2000).

AAVV, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 1993.

AAVV, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.

CARRIÓ, A., *Garantías constitucionales del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª. Ed., 2000.

GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

Sobre el control de Los resultados de la instrucción:

ÁLVAREZ, A., “El control de la acusación”, en: *Pena y Estado. Ministerio Público*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Año 2, Nº 2, 1996, pp. 16 y sig.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA-ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Prontuario Nº 2. Audiencia preliminar. Compendio de actos para su desarrollo*, San Salvador, Criterio, 1999.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA-ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL “DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO”, *Audiencia Preliminar del Proceso Penal*, Unidad de Audiovisuales, San Salvador, 2005, 1 videocinta formato DVD (90 min.), color.

SÁNCHEZ ESCOBAR, C., “La acusación penal. Una aproximación desde el principio acusatorio y el derecho de la defensa”, en: *Ventana Jurídica Nº 4*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Talleres Gráficos UCA, 2005, Año 2, Vol. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 203 y sig.

4. EJERCICIOS DE AUTOAPRENDIZAJE

1. Lea las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal y elabore un diagrama de flujo de la etapa de instrucción formal.
2. Complete el cuadro siguiente.

Cuadro Nº 1. Reflexione brevemente sobre las ideas requeridas a continuación:

Proceso penal	Ventajas para la defensa	Desventajas para la defensa
1. <u>Con</u> etapa de instrucción	<u>V1</u>	<u>D1</u>
2. <u>Sin</u> etapa de instrucción	<u>V2</u>	<u>D2</u>

3. Lea el contenido siguiente y responda la pregunta que se plantea.

Texto original del ord. 3º del Art. 159 Cn.	Texto reformado (1ª. vez) del ord. 3º del Art. 159 Cn.	Texto reformado (2ª. vez, vigente) del ord. 3º del Art. 159 Cn.	Comentario
Corresponde al Fiscal General de	Corresponde al Fiscal General de la República: Ordinal 3º.- “Dirigir la	Corresponde al Fiscal General de la República:	El Proyecto de C.Pr.Pn. presentado a la Asamblea Legislativa el 25 de mayo de

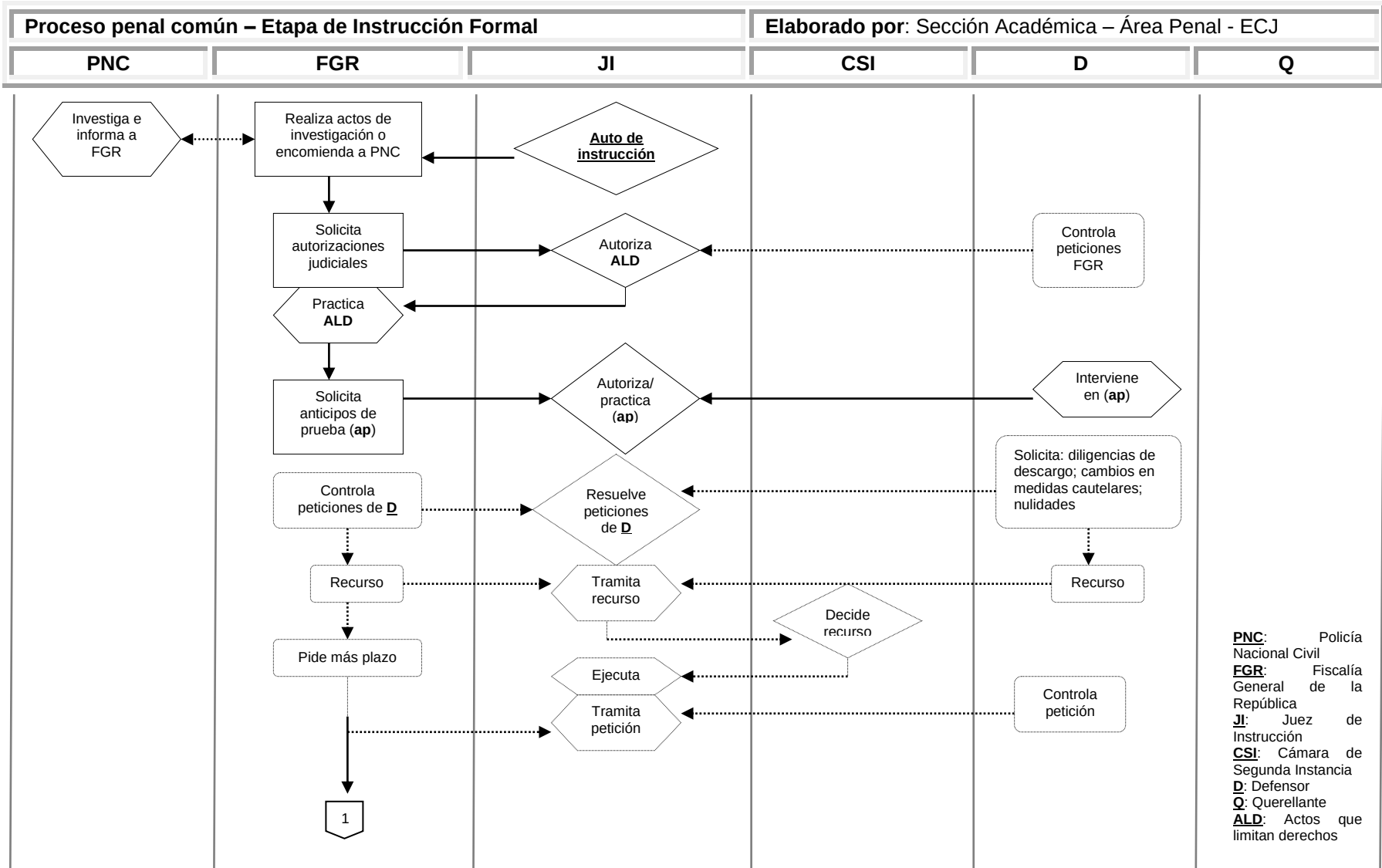
la República: Ordinal 3º.- “Vigilar la investigación del delito e intervenir en la misma desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.”	investigación del delito, y en particular los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley. <u>Ella no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento.</u> El organismo de investigación del delito practicará con toda diligencia cualquier actuación que le fuere requerida <u>por un juez</u> para los propósitos señalados”. D.L. Nº 64 del 31 de octubre de 1991, publicado en el D.O. Nº 217, T. Nº 313 del 20 de noviembre de 1991.	Ordinal 3º.- “Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.” D.L. Nº 748 del 27 de junio de 1996, publicado en el D.O. Nº 128, T. Nº 332, del 10 de julio de 1996.	1994 ⁴³ (que se convirtió luego en la normativa vigente) correspondía más claramente con la previsión constitucional de un rol judicial “activo” (un juez con “autonomía”) en la investigación del delito. La reforma constitucional de 1996 suprimió el texto expreso en el que parecía justificarse la figura del “juez de instrucción”. Sin embargo, el Proyecto de C.Pr.Pn. no recibió modificaciones derivadas de ese cambio en el Art. 159 inc. 3º Cn.
(★) ¿Tienen alguna relevancia práctica para la defensa, las discusiones sobre la constitucionalidad de la figura del juez de instrucción?			

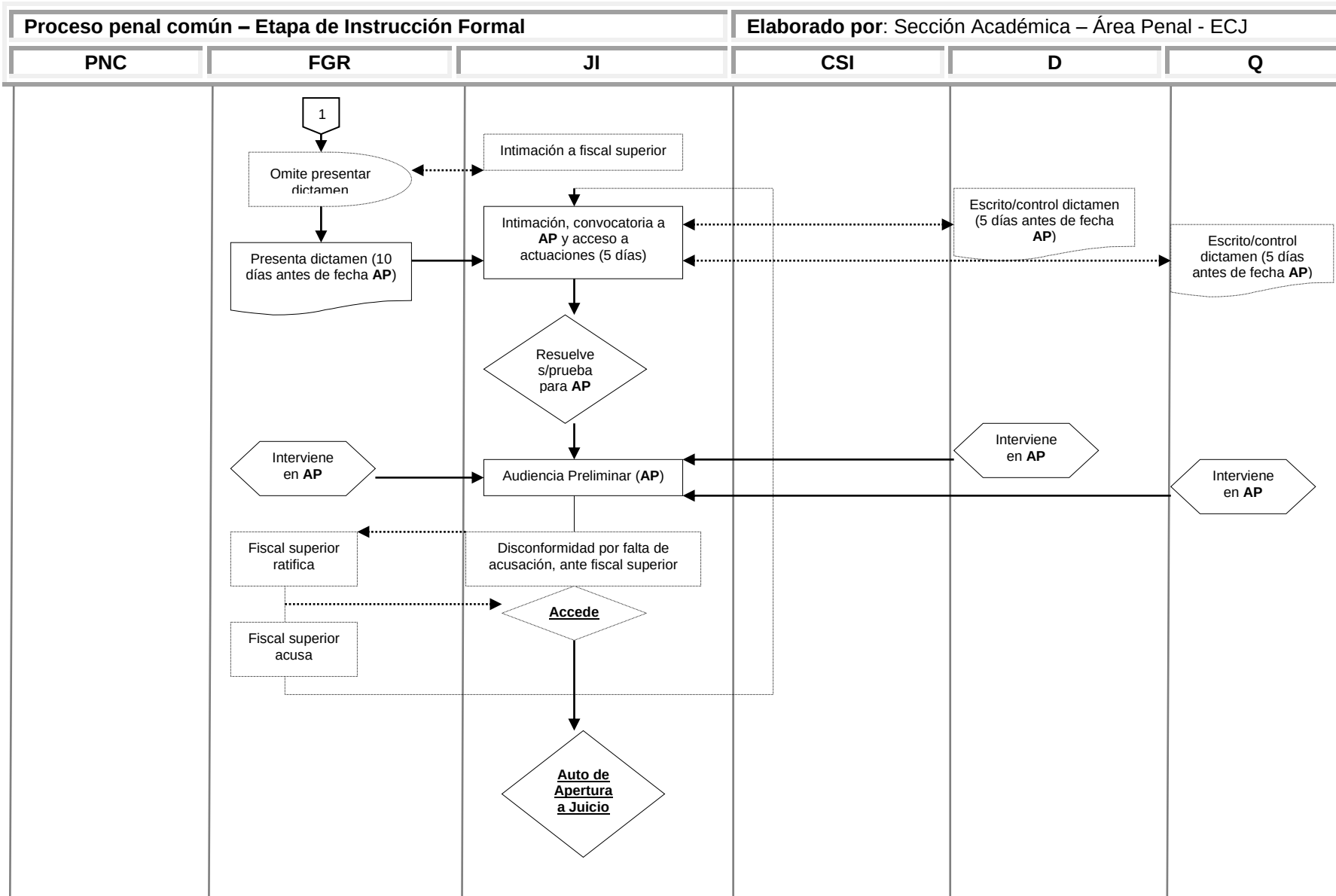
4. Consulte la obra: MEJÍA RIVERA, A., *Formularios penales para juzgados de paz*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia-Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, 2000, p. 63. Analice el formulario Nº 73 “Resolución por la que se autoriza una inspección corporal”, sobre la base de los elementos propuestos como objeto de control para este tipo de actos. Redacte un esquema expositivo (guion de ideas principales) que podrían identificarse para impugnar dicha resolución.
5. Analice una acusación fiscal y redacte un escrito de control de la defensa, propio de la fase de crítica instructora (o un esquema expositivo para la intervención oral de la defensa en la audiencia preliminar).

⁴³ El Salvador, Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código Procesal Penal*, San Salvador, Proyecto de Reforma Judicial II – USAID, Ediciones Último Decenio, 1994.

1. Lea las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal y elabore un diagrama de flujo de la etapa de instrucción formal.

DIAGRAMA DE FLUJO DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL





2. Complete el cuadro siguiente.

Las ideas que se exponen a continuación son sólo propuestas. Comente, complete o critique su contenido, de acuerdo con su propio conocimiento y experiencia.

Cuadro N° 1. Reflexione brevemente sobre las ideas requeridas en el cuadro siguiente:

Proceso penal	Ventajas para la defensa	Desventajas para la defensa
1. <u>Con</u> etapa de instrucción	- Se regula una amplia capacidad de control de parte del juez de instrucción respecto del fiscal, lo que puede ser aprovechado por la defensa, cuando sea necesario. - Se tiene acceso a la documentación de la investigación, a medida que ésta se completa, durante toda la etapa procesal. - El tiempo entre el conocimiento de la imputación y la eventual realización del juicio es relativamente amplio, lo que permite atender más casos simultáneamente.	- Los actos relacionados con la obtención de información necesaria para la defensa se sujetan en buena medida, en la práctica, a la disponibilidad del fiscal. - El punto de partida de la defensa es el acceso limitado (durante la investigación) a una hipótesis acusatoria incompleta, fragmentaria y en desarrollo. - Las múltiples incidencias de la instrucción pueden dificultar el desarrollo de una litigación estratégica.
2. <u>Sin</u> etapa de instrucción	- Los actos relacionados con la obtención de información necesaria para la defensa se realizarán con independencia de la actividad del fiscal y, si es el caso, con apoyo directo del juez. - El punto de partida de la defensa es el acceso a una acusación completa y definida, así como a las actuaciones y evidencias que la fundamenten. - El esquema procesal simplificado y centrado en el control de la acusación y el juicio pueden favorecer el ejercicio de una estrategia de defensa más concreta y efectiva.	- Se reducen las posibilidades de una finalización anticipada al juicio, pues la lógica del esquema procesal es que el fiscal inicie el proceso hasta contar con los elementos para sustentar la acusación. - Durante la investigación autónoma del fiscal, por regla general no se prevén oportunidades de intervención de la defensa y las posibilidades de control jurisdiccional también son excepcionales. - Se incrementa el campo de actuación independiente de la defensa y disminuye el tiempo entre el conocimiento de la imputación y la realización del juicio, lo que exige un mayor nivel de tecnificación y dedicación a cada caso.

3. (★) ¿Tienen alguna relevancia práctica para la defensa, las discusiones sobre la constitucionalidad de la figura del juez de instrucción?

Es innegable que un uso amplio de las facultades de investigación oficiosa del Juez de Instrucción puede afectar decisivamente la situación de la defensa. El imputado ya se enfrenta a un órgano especializado para la acusación, que cuenta con el auxilio técnico de la Policía y además puede

recibir la asistencia técnica de la víctima del delito, mediante un querellante. Si el imputado también debe enfrentarse a un Juez de Instrucción que tiene su propio plan de investigación incriminadora, el desbalance alcanza un nivel intolerable. Parece claro que la “autonomía del juez en la investigación” ha dejado de tener cobertura constitucional. Aunque de ello no se sigue necesariamente la inconstitucionalidad de la figura del juez de instrucción, sí puede concluirse fácilmente que el ejercicio de sus atribuciones legales, relacionadas con la investigación del delito, debe ser restrictivo, sobre todo cuando se trata de información inculpatória. El argumento en este caso es la función constitucional de la Fiscalía y la separación que la misma ley primaria efectúa entre investigación del delito y función jurisdiccional. Por el contrario, cuando la defensa requiera la intervención del juez en la disposición de indagaciones de descargo, el argumento podría ser el necesario descubrimiento de la verdad de lo ocurrido y la provisión de “todas las garantías necesarias para (la) defensa” del imputado. En definitiva, la ausencia de un texto constitucional tajante en esta materia, permite un “campo de juego”⁴⁴ a la argumentación de la defensa, ya sea para producir una contención de las facultades inquisitivas del juez, como para incentivar un ejercicio favorable de dichas atribuciones. Lo anterior puede esquematizarse así:

	Razones a favor	Razones en contra
Investigación oficiosa del delito, por el juez de instrucción	■ Búsqueda de la verdad, como fundamento de una decisión justa del caso. ■ Proveer al imputado “todas las garantías necesarias para (su) defensa”. ■ Atribuciones legales previstas en el C.Pr.Pn. (*) En todos los casos, se parte de un uso limitado y excepcional de la iniciativa de investigación.	■ Reforma constitucional de 1996. ■ Funciones constitucionales del fiscal y del juez. ■ Imparcialidad judicial.

4. Esquema expositivo de ideas para impugnar la “Resolución por la que se autoriza una inspección corporal”⁴⁵.

Algunos elementos que no aparecen suficientemente indicados en la propuesta de formulario, son los siguientes:

⁴⁴ Ese “campo de juego” es abonado por el término que utiliza el C.Pr.Pn. para referirse a la función del juez de instrucción: “coordinar” (mientras al fiscal le corresponde “dirigir”) la investigación del hecho. Se aclara que en este comentario no se asume una indefinición absoluta en la que “todo vale” de acuerdo a la conveniencia del defensor. Es sólo que, aunque se considera posible un modelo de juez de instrucción compatible con la Constitución, la determinación que se haya actuado según dicho modelo únicamente puede realizarse caso por caso.

⁴⁵ Se reconoce que un “formulario” no pretende contener todo lo que en el caso concreto se debe incorporar. Sin embargo, las ideas expuestas no se refieren a elementos de un caso particular, sino a parámetros generales que sí deberían tomarse en cuenta en una “guía” sobre el contenido de una resolución como la que se trata.

Análisis basado en los elementos del principio de proporcionalidad

Idoneidad	☒ ¿Qué se está buscando? ☒ ¿En qué consistirá la inspección corporal autorizada? ☒ ¿Por qué razones (datos de hecho, por ejemplo sobre la forma en que ocurrió el delito) es probable ⁴⁶ que la inspección corporal permita descubrir lo que se busca?
Necesidad	☒ ¿Por qué debe acudirse a la concreta inspección corporal solicitada por el fiscal, en lugar de optar por otras medidas menos graves? (¿Por qué se descartan otras alternativas de investigación?)
Proporcionalidad en sentido estricto	☒ ¿Qué razones (información de hecho) existen para atribuir el delito al imputado? ☒ ¿Qué datos existen para determinar la gravedad de la inspección que se autoriza y su compatibilidad con el contenido esencial de los derechos del imputado? ☒ ¿Qué disposiciones o medidas ⁴⁷ deben tomarse para asegurar el mayor respeto posible a los derechos del imputado, durante la práctica de la diligencia?

5. Escrito de control de la acusación fiscal o esquema expositivo para la intervención oral de la defensa en la audiencia preliminar.

El abogado defensor debe cultivar una expresión escrita de buena calidad. Las fuentes bibliográficas para ello son muy abundantes y no es el objeto de este tema. Sin embargo, a continuación se propone un esquema básico para elaborar resolver el ejercicio planteado.

Hay que tomar en cuenta que la presentación del escrito de control de la acusación es una facultad de las otras partes, de modo que el defensor puede preferir la exposición de sus argumentos en la audiencia preliminar, sin “anticiparlas” por escrito al fiscal. En la práctica es frecuente que los defensores se “reserven” sus alegatos para el momento de la audiencia. A pesar de ello, la documentación gráfica del análisis crítico de la defensa sobre la fundamentación de la acusación, puede ser recomendable para controlar que el juez en su resolución, tome en cuenta todos los argumentos relevantes a favor del imputado.

⁴⁶ Una inspección corporal no debe autorizarse simplemente por la *posibilidad* de obtener algún (cualquiera) resultado útil para la investigación o, como dice la propuesta de formulario: “*por si* en el mismo (el cuerpo del imputado) se *encontraren* indicios o elementos de prueba del delito perseguido en esta causa”. Sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales puede consultarse la sentencia de inconstitucionalidad 62-2012, del 17-VII-2015.

⁴⁷ Parece que no basta la presencia de un médico forense. Por ejemplo, no se indica el lugar en que se practicará la inspección, quiénes la presenciaron o la vigencia de la autorización.

ESQUEMA BÁSICO				
De un texto general ⁴⁸	De un escrito judicial	De un escrito de control de la acusación		
Introducción	Encabezado	Sin particularidades		
Desarrollo	Argumentación (tesis, antítesis y síntesis)	1. Vicios o defectos formales de la acusación	☒ Informalidad ☒ Falta de claridad en la expresión ☒ Errores lógicos ☒ Errores ortográficos ☒ Etc.	
		2. Vicios de fundamentación de la acusación	☒ Vicios o defectos procesales que impiden la continuación del proceso	- Nulidades - Causas de extinción de la acción penal - Causas de extinción de la responsabilidad penal
			☒ Insuficiencia de la información probatoria de cargo en que se basa la acusación	- Inadmisibilidad de los actos de investigación en que se funda - Subjetividad - Ilegalidad - Impertinencia - Irrelevancia - Falta de necesidad
				- Falta de credibilidad de la fuente de prueba - Falta de credibilidad del contenido de la declaración - Inconsistencias o contradicciones en los distintos componentes probatorios de la hipótesis acusatoria
		3. Ofrecimiento de prueba de la defensa	☒ Identificación de las fuentes de prueba ☒ Enunciado de lo que se pretende probar	
		4. Improcedencia de medidas cautelares	☒ Análisis de la apariencia de buen derecho ☒ Análisis de la peligrosidad procesal	
		5. Síntesis de la posición de la defensa y de su fundamentación (un párrafo corto).		
Conclusión	Petición, lugar para notificaciones, fecha y firma.	Sin particularidades		

⁴⁸ Estos apartados se definen así: **"Introducción.** Preparación para llegar a un fin; llamada de atención con el objeto de despertar el interés sobre lo que se va a informar. **Desarrollo.** Explicación del tema; se redondean con amplitud las ideas mediante argumentos que las sostengan, datos y reflexiones complementarios. **Conclusión.** Resumen del desarrollo que condensa en pocas palabras lo explicado (debe ser breve y encerrar resultados acerca de las ideas expresadas); deduce un planteamiento final, una postura o una interrogante." (ALEGRÍA, M. Y RODRÍGUEZ, T., *Exposición de temas*, México, Trillas, Serie Temas básicos, Área Taller de lectura y redacción, 4ª. Reimpresión, 1999, p. 30)

Insumos doctrinarios sobre argumentación y redacción

Consejos prácticos de redacción y creatividad ⁴⁹	La composición de un ensayo basado en argumentos ⁵⁰	Diez recomendaciones (o familias de recomendaciones) acerca de cómo argumentar un caso frente a un tribunal ⁵¹
• “El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la religión o al cansancio” o, desde luego, a la muerte. • Si el tiempo lo permite, conviene dejar reposar un trabajo, tomar distancia de él, pues ayuda a verlo más críticamente. • Por otra parte, llega siempre un punto en que las correcciones producen, como en economía, rendimientos decrecientes; allí es necesario detenerse. • El escrito poco trabajado es menos ordenado y más difícil, más repetitivo, etc. Es la misma aplicación de la regla que se dice expuso EINSTEIN para la ciencia: “diez por ciento de imaginación, noventa por ciento de transpiración”. • La claridad no es una habilidad innata: es el producto del esfuerzo y la corrección ad infinitum de un texto, hasta que queda finalmente comprensible. Si la idea que se quiere transmitir al papel resulta confusa al comienzo, el progresivo trabajo sobre su texto contribuye a aclararla en la propia mente a través de su expresión escrita. • Cualquier trabajo, largo o reducido, se hace de a pequeños pedacitos, creados cada uno separada e individualmente, que al comienzo no tienen todavía la suficiente entidad o unidad como para constituir siquiera el borrador inicial. Es así de a poco,	• Distinga entre premisas y conclusión. • Presente sus ideas en un orden natural. • Parta de premisas fiables. • Use un lenguaje concreto, específico, definitivo. • Evite un lenguaje emotivo. • Use términos consistentes. • Use un único significado para cada término. • Siga su esquema cuando comience a escribir. No pase de un punto a otro, si éste debe venir más tarde. Si, al escribir, le parece que su ensayo tiene una estructura desacertada, deténgase y revise su esquema; después, siga el nuevo. • Formule una introducción breve (que no sea general e irrelevante). Vaya al grano. • Exponga sus argumentos de uno en uno. Como regla general, incluya un argumento por párrafo. Un buen ensayo primero explica la importancia de la cuestión, luego formula la conclusión y finalmente dedica un párrafo (o, a veces, varios párrafos) a cada una de las premisas. • Claridad, claridad, claridad. Quizás usted sepa exactamente lo que quiere decir, para usted todo está claro. Muchas veces, sin embargo, está lejos de ser claro para cualquier otra persona. Es, por tanto, esencial, explicar las conexiones entre sus ideas, aun si le parecen absolutamente claras. Las cuestiones que a usted le parecen	• Tratar, ante todo, que el tribunal nos oiga. Tal vez un cumplimiento fiel de ciertas prescripciones conectadas con la segunda recomendación nos ayude a ser oídos. • Tratar de que el tribunal nos entienda bien. Para ello: a) Ser breve, claro y conciso. Usar un estilo llano. b) Describir con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego. c) No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos. d) Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros. e) Hacer una síntesis de nuestra posición o mejor dos, Una al comienzo, en la que se precisará cuáles son las cosas que nos proponemos demostrar (expresión inicial de intenciones que guía la lectura y facilita la comprensión de nuestra línea argumental). Otra al final, en la que se resumirá de qué modo creemos haber demostrado lo que nos habíamos propuesto demostrar (expresión final de conclusiones que dará a nuestro escrito la fuerza de un argumento bien armado). f) En lo posible, construir la argumentación partiendo de un modelo simple, que iremos enriqueciendo progresivamente. • Es menester esforzarse por ver las cosas como uno las vería sucesivamente, si fuera: a) el abogado de la otra parte; y b) el juez (para reforzar nuestra argumentación de manera de persuadir al tribunal de que tenemos mejores razones que nuestro adversario. • Conceder sin vacilar todo aquello en lo que razonablemente no podemos hacernos fuertes, tanto en cuestiones de hecho como de derecho. No aferrarnos a defensas o alegaciones que sabemos que no son buenas. En cambio, no ceder un palmo de terreno en todo aquello que, tras un análisis riguroso de nuestra posición, nos sentimos seguros. • Presentar nuestro caso de modo que la solución que propugnamos aparezca lo menos alejada posible de lo ya establecido. • Si no podemos presentar nuestro caso de manera que su solución se apoye en lo ya establecido, tratar de demostrar que lo ya establecido no se refiere a nuestro caso. Es más fácil conseguir que un juez decida que un caso no debe ser resuelto por aplicación de las reglas x, y, z porque ellas no se refieren a él, en cuanto el caso está fuera del radio de acción de aquellas disposiciones, que conseguir que diga que está creando o aun reconociendo una excepción a las mismas. • Evitar que nuestros argumentos puedan ser exitosamente rebatidos con

⁴⁹ Transcripción selectiva de: GORDILLO, A., *El método en el Derecho*, Madrid, Civitas, 1997, Capítulo X.

⁵⁰ Transcripción selectiva de: WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Traducción de Jorge F. Malem, Barcelona, Ariel, 6ª. Reimpresión, 2001, pp. 113-121.

⁵¹ Transcripción selectiva de: CARRIÓ, G. R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pp. 64-78.

con la sucesiva acumulación de trozos de ideas, que va tomando forma algo parecido a un primer escrito, o al esquema argumental de él. • Son más creadores los que desarrollan la aptitud de volcar sus ideas al papel sin pretender criticarlas o censurarlas previamente y luego someten a crítica lo que han realizado, trabajando en múltiples versiones que van descartando lo malo, seleccionando y reelaborando lo bueno. • “Lleve siempre un anotador. Las ideas aparecen a cualquier hora y bajo las circunstancias más extrañas. Si no las anota pueden volver a hundirse en el subconsciente” (...) Las ideas “no tienen existencia propia”: están en el cerebro que las piensa, “pero sólo allí y sólo en el momento en que son pensadas”.	relacionadas puede que nos estén realmente conectadas y al tratar de aclarar las conexiones descubrirá que aquello que le parecía tan claro no lo es en absoluto. • Apoye las objeciones con argumentos. Naturalmente, usted quiere desarrollar sus propios argumentos de una manera cuidadosa y completa, pero también tiene que desarrollar cuidadosamente y en detalle los posibles argumentos de las otras partes, si bien de un modo no tan completo como los propios. • No afirme más de lo que ha probado. Termine sin prejuicios. Muy rara vez responderá a todas las objeciones de una manera adecuada, y aun cuando lo haga, mañana pueden aparecer nuevos problemas. “Merece la pena intentarlo” es la mejor actitud.	el contra-argumento de que la solución que propugnamos no puede ser generalizada sin grave detrimento para la seguridad jurídica. • No usar argumentos puramente formales o que impliquen un manifiesto sacrificio de valores sustantivos a cuestiones adjetivas o rituales. No ser artificiosos ni parecerlo. No abusar de recursos argumentales de tipo estrictamente técnico para conservar ventajas o pretender nuevos beneficios. • No olvidar que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico. Por tanto, examinar si en nuestro caso hay algún ingrediente que justifique la aplicación de preceptos constitucionales. • No usar la agresión verbal como arma de persuasión, porque esa arma suele dispararse por la culata. Para lograr los resultados que perseguimos nos es necesario que nos empeñemos en probar que el abogado contrario es un pérfido o el juez de primera instancia un infradotado. El terrorismo verbal, los abusos del lenguaje, el sarcasmo encarnizado, no conducen a nada bueno. Más bien disponen en contra de quien recurre a tales expedientes. Vistos con objetividad, parecen recursos retóricos dirigidos a ocultar el hecho de que no se cuenta con buenos argumentos. El abogado que tiene buenos argumentos, o que sabe usar bien los que tiene, puede permitirse ser cortés y comprensivo. Eso ayuda a ganar pleitos. Ayuda también –cosa nada desdeñable– a merecer el respeto y la consideración de los demás y a ser mejor de lo que uno es, no ya simplemente como abogado, sino como ser humano.
--	--	---