

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

CRÍTICAS AL DENOMINADO “INCIDENTE DE INCLUSIÓN PROBATORIA”¹

FERMÍN CANTEROS

1.— *Objetivo.*— Si bien el presente trabajo trata sobre los inconvenientes que genera en el proceso penal paraguayo el denominado “incidente de inclusión probatoria”, resulta oportuno señalar que es altamente probable que un problema similar se presente en aquellos países que comparten una legislación procesal penal sustancialmente similar.

Este trabajo tiene por objeto explicar en qué consiste el denominado incidente de inclusión probatoria, cuáles son las causas que dieron origen y cuáles son los problemas que genera su admisión. A los efectos de cumplir con estos

¹ ALVARADO VELLOSO, *Sistema procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, t. I, Santa Fe, 2009; RICHARD, Charles, *Los sacrosantos concilios generales y particulares*, t. IV, Madrid, 1794; SÁNCHEZ HERRERO, José, “Los orígenes de la inquisición medieval”, *Clio & Crimen*, nº 2, Durango (España), 2005, pp. 24-52; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Pilar, “La inquisición contra los Albigenses en Languedoc (1229-1329)”, *Clio & Crimen*, nº 2, Durango (España), 2005, pp. 56-80; KAMEN, Henry, *La Inquisición: una revisión histórica*, 2ª ed., Trad. María Borrás, Editorial Critica, Barcelona, 2004.

objetivos y de que el lector comprenda la problemática planteada, independientemente de conocer o ignorar los meandros jurídicos de la legislación del Paraguay, estimo menester efectuar una breve descripción de la estructura procedimental del proceso penal legislado en dicho país. Bastará tan sólo con señalar el contenido de cada etapa de dicho proceso para que el lector comprenda la problemática de referencia.

El proceso penal paraguayo consta de 3 etapas:

- I. La *etapa preparatoria* es la primera etapa del proceso penal, y en la que casi todo el protagonismo lo tiene el Fiscal, que es el encargado de la investigación del hecho y el que goza del monopolio de la acción penal. Esta etapa "*preparatoria de la eventual acusación formal*" consiste en la investigación del hecho y en la acumulación de las fuentes de pruebas que serán reproducidas posteriormente en la etapa del juzgamiento, es decir, en el juicio oral. Es importante tener presente que, en esta etapa, los actos de investigación del Fiscal solamente son validos para él, para otorgarle la convicción suficiente para acusar, pero no sirven para demostrar nada, porque la producción de la prueba se debe realizar en el juicio oral. Por ejemplo, si el Fiscal durante la investigación interroga a varios testigos o al imputado, la información obtenida de esa manera no constituye prueba judicial, sino que le sirven solamente al Fiscal para saber qué debe hacer; si debe acusar o no.

- II. La *etapa intermedia* es concebida como una especie de filtro en donde se podrá valorar si la causa tiene mérito suficiente para ir a juicio oral y público o no. Si no tiene mérito suficiente para ser elevada a juicio oral, la causa deberá terminar de alguna de las otras formas que establece el Código (que pueden ser el sobreseimiento, la suspensión condicional, o la extinción por uso del criterio de oportunidad, entre otros). Por tanto, dentro de esta etapa intermedia entre la preparatoria y el juicio oral, el código establece la posibilidad de que el Fiscal requiera al Juez Penal de garantías "otros actos conclusivos" distintos a la acusación, que son supuestos alternativos y que tienen procedencia cuando existan motivos para en-

tender la innecesariedad del contradictorio final. Tales casos son los de sobreseimiento definitivo o provisional, suspensión condicional del procedimiento, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado y la conciliación. Cuando no se hayan planteado cualquiera de las modalidades procesales señaladas, se inicia la correspondiente etapa fundamental del proceso que es el Juicio Oral y Público.

- III. El *juicio oral y público* es la última etapa del proceso penal. Se desarrolla ante un Tribunal de Sentencia que puede ser unipersonal o colegiado y que está constituido por jueces técnicos. El juicio oral y público se realiza bajo el auspicio de los llamados “principios de contradicción”, “inmediación”, “publicidad” y “oralidad”. El debate concluye con los alegatos finales de las partes, luego de lo cual el tribunal debe dictar sentencia inmediatamente.

2.— *El juicio oral y público.*— El juicio oral es en un debate verbal que tiene lugar entre acusador y acusado, o lo que es lo mismo, entre pretendiente y resistente de la pretensión punitiva. El pretendiente es el Ministerio Público (y si lo hay, también el querellante adhesivo) que sostiene ante el tribunal una pretensión punitiva con base en una hipótesis delictiva que intentará demostrar en la audiencia. El resistente es el acusado, o los acusados según el caso, que alegarán circunstancias fácticas y jurídicas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal que se les atribuye. A su turno, el presidente del tribunal es el director del debate, y le corresponde, entre otras cosas, ordenar las lecturas necesarias², hacer

² La prueba instrumental ingresa al juicio oral por su lectura. Ello no significa, sin embargo, que el secretario deba leer en voz alta el contenido de todos los instrumentos públicos y privados acompañados por el acusador y el acusado como prueba instrumental. Si ello fuera así, el actuario pasaría horas leyendo documentos adjuntados por las partes y los juicios tardarían varios días en realizarse. El principio de publicidad implica que el público que asiste al juicio debe poder conocer los medios de prueba en función de los cuales se absuelve o se condena al acusado, pero cuando esos medios son instrumentales no resulta práctico que el tribunal le deje ver el expediente y leer los documentos agregados a cada uno de los presentes en el público. Por ello, la prueba instrumental ingresa al juicio por su lectura y sólo se leen en voz alta los documentos o los fragmentos de los documentos que las partes y el tribunal consideran

las advertencias legales, recibir los juramentos de los testigos y los peritos y moderar la discusión procurando evitar derivaciones impertinentes, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la defensa.

Llegado el día y la hora del juicio oral, el secretario anuncia la entrada de los miembros del Tribunal de Sentencia a la sala de juicio oral, y las partes y el público se ponen de pie. Luego, el presidente del tribunal indica que pueden tomar asiento y solicita al secretario el informe sobre las partes presentes. En voz alta, el secretario indica al presidente del tribunal quienes están presentes para el juicio.

La primera actividad propia del debate consiste, por tanto, en la constatación de la presencia de todas aquellas personas cuya presencia es obligatoria para la realización del juicio. La ausencia de los sujetos procesales produce efectos diferentes según que su presencia sea imprescindible o no. Por ejemplo, si falta alguno de los jueces, o si no se encuentra presente el representante del Ministerio Público, o si no está presente el acusado o su defensor, el debate carecerá de valor, y será necesario y forzoso suspender el juicio hasta que ellos se hallen presentes. Por el contrario, si el ausente es el querellante adhesivo, se considerará abandonada la querrela y el juicio se desarrollará en su ausencia, pues no es un sujeto necesario del proceso en los casos de acción penal pública, y el juzgamiento puede realizarse perfectamente sin su presencia ya que el titular de la acción penal es el Ministerio Público³.

3.— *Apertura del juicio.*— “El día y hora fijados —comienza diciendo el artículo 382—, el Tribunal de Sentencia se constituirá en la sala de audiencia. El presidente, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, declarará abierto el juicio, advirtiendo al imputado sobre la impor-

más importantes. Por ejemplo, el Fiscal puede solicitarle al Tribunal que el actuario lea en voz alta el contenido de un certificado médico; el querellante puede estar interesado en que se lea una parte policial; el defensor puede petitionar que se lea una escritura pública, etc.

³ No ocurre lo mismo tratándose de casos de acción penal privada, donde el querellante es parte necesaria del proceso, y éste no puede realizarse en su ausencia, porque no habría parte actora en el juicio oral.

tancia y el significado de lo que va a suceder e indicándole que esté atento a lo que va a oír”.

Una vez que se ha constatado la presencia en la sala de audiencia de todos los sujetos procesales necesarios para llevarla a cabo, el presidente del tribunal declara abierto el juicio. Lo primero que debe hacer, en este momento, es dirigirse con la palabra al acusado y manifestarle que está a punto de ser juzgado por determinado hecho punible del cual se lo acusa, y que debe estar atento a todo lo que verá y oirá en la audiencia de juicio oral. Esta advertencia de prestar atención al acto que se desarrolla en su presencia tiene que ver con la extrema importancia de su resultado. Recuérdese que, al terminar la audiencia, puede recaer sobre el acusado una sentencia de condena de varios años de pena privativa de libertad. Es más, puede ocurrirle algo peor —que técnicamente no debería ocurrir pero que lamentablemente ocurre en la realidad práctica— y es que el acusado puede llegar al juicio oral en libertad o beneficiado con medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, y en el juicio oral puede ser condenado y el tribunal puede —aunque no debería ser así— imponerle en ese acto prisión preventiva e inmediata remisión a la penitenciaría.

Esto implica que al terminar el juicio, el acusado puede salir caminando en libertad, tal como llegó, o puede salir esposado y con destino a la penitenciaría, aunque —insisto— esto no debería ser así. Si el imputado llegó al juicio oral en libertad y el tribunal lo condena no puede hacer ejecutar su propia resolución y por tanto no debe ordenar su inmediata remisión a la penitenciaría, dado que el artículo 493 del Código Procesal Penal establece expresamente que: “la sentencia condenatoria deberá quedar firme para originar su ejecución”⁴.

4.— *El problema de las cuestiones incidentales.*— Corresponde hacer notar que, dada su falta de claridad, la segunda parte del artículo 382 del código procesal penal paraguayo ha propiciado una interpretación diversa y ha devenido en lo que —entendemos— es una práctica procesal incorrecta.

⁴ Este punto será desarrollado más ampliamente en el Cap. XIII, §5, 1 y 2.

Dispone, en efecto, la norma citada que, luego de la advertencia al acusado⁵, el presidente del tribunal debe verificar si existen cuestiones incidentales planteadas por las partes. Previene, con más exactitud, que *“si existieran cuestiones incidentales planteadas por las partes, serán tratadas en un solo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna para el momento de la sentencia según convenga al orden del juicio. En la discusión de las mismas, las partes podrán hacer uso de la palabra sólo una vez, por el tiempo que establezca el presidente”*.

Para empezar, no queda claro a qué cuestiones incidentales se refiere la norma. Por lo pronto, resulta diáfano que todas las cuestiones incidentales se debieron haber planteado dentro de los *cinco días* de notificada la resolución que señaló la fecha de juicio oral, las cuales, además, debieron ser resueltas por uno sólo de los miembros⁶ dentro de los tres días de haberse planteado⁷. Esto significa que todas las cuestiones incidentales debieron haberse planteado y resuelto antes del día del juicio oral, razón por la cual no se entiende que la norma haya dispuesto que *“si existieran cuestiones incidentales planteadas por las partes, serán tratadas en un solo acto”*.

De todas formas, situándonos en la hipótesis de que, por alguna razón extraña, una cuestión incidental oportunamente planteada (es decir, planteada dentro de los cinco días de notificada la resolución que señaló la fecha de juicio oral) no haya sido resuelta antes del juicio oral por parte el presidente del tribunal, estimamos que, lo que el artículo 382 ha querido establecer es que el tribunal debe tratar inicialmente estas cuestiones *pendientes de resolución*, vale decir, debe resolverlas antes de comenzar con el debate propio del juicio oral, que es el debate relativo a la responsabilidad de los acusados. Esto es así por cuanto el diseño procedimental del código procesal penal paraguayo aspira a que el juicio oral sea un debate puro y exclusivo respecto al *litigio principal* que motivó el proceso, y se pretende que ese debate no sea desvirtuado por los planteamientos

⁵ Advertencia de que esté atento a lo que verá y oirá en la audiencia del juicio oral.

⁶ Art. 365, segundo párrafo.

⁷ Art. 133.

o discusiones accesorias que las partes pudieron y debieron haber planteado en las dos etapas anteriores a la del juicio oral. Esto significa que la discusión que se presenta en el juicio oral debe girar exclusivamente —al menos eso es lo que se pretende— sobre la causa principal, cual es la responsabilidad penal de los acusados, sin posibilidad alguna de que las partes planteen las cuestiones incidentales que son propias de las otras etapas.

La última oportunidad que se tiene en el proceso penal para plantear incidentes es el período de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que señaló la fecha de juicio oral⁸. No hay otro momento. El juicio oral no es la etapa adecuada para presentar incidencias, por ello el código dispone que, a lo sumo, *la resolución* de tales incidentes —pero no su “planteamiento”— puede tener lugar al inicio del juicio oral, a los efectos de que se ponga fin a todas las escaramuzas accesorias y quede expedita la vía para llevar a cabo el debate central respecto a la causa principal del litigio.

Lo que definitivamente no puede ni debe ocurrir es lo que sucede actualmente en nuestra deformada práctica procesal, que es que el presidente del Tribunal de Sentencia, al declarar abierto el juicio oral, pregunte a las partes *si tienen alguna cuestión incidental que plantear*. Esta es una práctica definitivamente

⁸ El artículo 365 del CPP establece que, una vez que el expediente llega al Tribunal de Sentencia, éste debe dictar una providencia señalando la fecha del juicio oral. Dicha providencia debe ser notificada a las partes al día siguiente de ser dictada (Art. 151) a fin de que éstas puedan plantear, dentro de los cinco días hábiles de la notificación, las recusaciones o las excepciones que estimen convenientes. Lamentablemente, el artículo 365 omitió referirse al planteamiento de otros incidentes distintos a la recusación y a las excepciones. No obstante, corresponde entender que dicho plazo de cinco días es el indicado también para plantear las demás cuestiones incidentales que las partes estimen convenientes, a fin de que ellas se resuelvan antes del juicio oral y se llegue a ese último estadio procesal libre de posibles discusiones accesorias. Cabe señalar que en el proyecto de contrarreforma del Código Procesal Penal que se encuentra actualmente en estudio, se propone expresamente incluir en dicha norma la referencia a los otros incidentes. Dice expresamente el proyecto: *“Las excepciones, recusaciones y demás incidentes planteados en éste estadio procesal, no podrán volver a ser presentadas durante la substanciación del juicio”*. Debemos señalar, no obstante, que si bien esta propuesta de reforma incluye expresamente a los otros incidentes, la misma no es satisfactoria, pues introduce un problema más grave del que se pretende solucionar. Obsérvese que la norma dispone que *los incidentes planteados dentro de los cinco días no podrán volver a ser presentados durante la substanciación del juicio*. Esto permite interpretar que los incidentes *no planteados* dentro de los cinco días sí pueden ser planteados en el juicio oral, lo cual es precisamente lo que venimos criticando.

incorrecta y lamentablemente real y cotidiana, que deja al descubierto la escasa preparación y la falta de comprensión del proceso penal por parte de muchos magistrados del Tribunal de Sentencia, ajenos por completo a la ideología que ha inspirado la previsión normativa del proceso penal como método de debate, e igualmente ignorantes de los fines de sus etapas e instituciones⁹.

Insistimos, la oportunidad para plantear cuestiones incidentales es la que el código procesal penal específicamente establece en su artículo 365, que es el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que señaló la fecha de juicio oral. No hay otro momento para plantear cuestiones incidentales. La audiencia del juicio oral no está destinada a plantear defensas ni ataques accesorios, ni a debatir sobre ellos. El juicio oral constituye una audiencia en la que el debate dialógico y argumentativo entre las partes debe estar reservado solamente a la cuestión medular del proceso, que es la atinente a la existencia o inexistencia del supuesto hecho punible y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del acusado. No corresponde plantear ni debatir allí otras cuestiones accesorias a la principal, pues éstas debieron haber sido planteadas y discutidas en las etapas anteriores, o a lo sumo, debieron haberse planteado dentro de los cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que señaló la fecha de juicio oral. El presidente del Tribunal de Sentencia, por ende, no debe inquirir a las partes si tienen cuestiones incidentales que plantear, ni debe siquiera otorgar la posibilidad que ellas se planteen.

Obsérvese que el artículo 382 del Código Procesal Penal dispone que “*si existieran cuestiones incidentales planteadas*”, el tribunal deberá resolverlas.

⁹ Nótese que el propio presidente del tribunal de sentencia, al preguntar si las partes tienen cuestiones incidentales que plantear, abre la posibilidad a que se continúe con esta indebida práctica procesal. Y esto ocurre tanto en los casos de hechos punibles de acción penal pública como en los casos de acción penal privada. Lo curioso es que muchas veces el presidente del tribunal pregunta a las partes si tienen cuestiones incidentales que plantear, y cuando una de ellas plantea una cuestión, el presidente corre traslado a la otra parte para que la conteste; luego, el presidente resuelve diciendo que “este no es el momento pertinente para plantear incidentes”, y entonces ¿para qué preguntó?

La norma se refiere claramente a cuestiones incidentales “*planteadas*”. El verbo “plantear”, contenido en la norma de referencia, está conjugado en tiempo pretérito perfecto (“planteado”), lo cual muestra claramente que el planteamiento debió ocurrir *en el pasado*, es decir, con anterioridad al juicio. Por ello, no corresponde que el tribunal permita —como se hace actualmente en la incorrecta práctica procesal— que las partes presenten incidentes nuevos al iniciar el juicio, pues tales planteamiento habrán sido efectuados fuera del plazo oportuno, esto es, en forma extemporánea.

La presentación de todo incidente en el momento inicial del juicio oral resulta intempestiva y contraria al sentido y diseño procesal del juicio oral, además de constituir un serio agravio contra el derecho de defensa en juicio, pues en la práctica ocurre que del planteo intempestivo de estas cuestiones se corre traslado inmediatamente a la otra parte, a fin de que lo conteste. Con frecuencia ocurre que el presidente del tribunal, al otorgar indebidamente a las partes la posibilidad de que planteen cuestiones incidentales en este momento, posibilita que el abogado de la defensa plantee excepciones o incidentes de exclusión probatoria, contra los cuales el agente fiscal o el querellante deben *improvisar* una defensa. De esta forma, indebidamente, se permite en el terreno práctico las *sorpresas* que el Código Procesal Penal, desde lo normativo, pretende evitar¹⁰.

Resulta seriamente preocupante que muchos magistrados de nuestro medio desconozcan tan gravemente la esencia, la filosofía y el diseño de nuestro proceso penal y se registren en la práctica cotidiana —y con asombrosa frecuencia— situaciones como las descritas.

A nuestro juicio, los únicos planteamientos lícitos que corresponde admitir en este momento son los que tienen que ver con la prescripción y con la dura-

¹⁰ Hay veces que una de las partes (generalmente el defensor) plantea seis o siete incidentes juntos en esta etapa del proceso, algunos de ellos utilizados como distractores o para confundir al querellante o al agente fiscal, y de tales incidentes se le corre traslado el Fiscal (y al querellante adhesivo si lo hay) que, apremiados por la pluralidad de ataques sorpresivos e intempestivos que reciben, deben improvisar una defensa lo más sensata posible contra ellos. Esta es la razón por la cual, el abogado que asiste a un juicio oral como representante de la querrela, de la defensa o del Ministerio Público, debe haber estudiado el caso como la palma de su mano.

ción máxima del proceso, pues como dice el artículo 136 del código procesal penal, toda persona tiene derecho a una “resolución judicial definitiva en un plazo razonable”, y si esa sentencia definitiva no se dicta dentro del plazo máximo de duración del proceso, corresponde declararlo extinto. Y repárese, en este sentido, que el plazo máximo de duración del proceso podría cumplirse, por ejemplo, justo un día antes de la fecha del juicio oral, razón por la cual estimamos que debería admitirse tal planteamiento inicial a fin de que el juicio no se realice indebida e ilícitamente.

5.— *El llamado “incidente de inclusión probatoria”*.— Acaso por la carencia de una adecuada comprensión del proceso penal por parte de muchos abogados litigantes, de jueces y de fiscales, o acaso por un serio problema normativo determinado por la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio, lo cierto y lo concreto es que en los juicios orales de la República del Paraguay, las partes procesales acostumbran a plantear un insólito incidente que han dado en llamar “incidente de inclusión probatoria”, mediante el cual pretenden hacer ingresar al proceso penal, en forma extemporánea, los medios de confirmación que no ofrecieron oportunamente o que se les han rechazado en su momento.

Generalmente este incidente es planteado por la defensa, y si bien muchas veces se plantea por ignorancia, no es menos cierto que otras veces los abogados defensores lo plantean con plena consciencia de su improcedencia, pero especulando con la posibilidad de que el tribunal o la contraparte no adviertan la improcedencia del pedido, y en consecuencia, le hagan lugar. Resulta incluso menester reconocer que, en muchas oportunidades, los incidentistas de la “inclusión probatoria” logran efectivamente cumplir su cometido y hacen ingresar al proceso, en forma extemporánea, medios de confirmación que no han ofrecido anteriormente o que les han sido rechazados. Por esta razón se sigue insistiendo cada día más con esta práctica que, a pesar de ser indebida, a veces resulta sumamente benéfica y funcional a los intereses de los incidentistas¹¹.

¹¹ En términos poco académicos se dice que mediante el incidente de inclusión probatoria las partes han ingresado “por la ventana” la prueba al proceso penal.

En efecto, pues, ocurre con frecuencia que, en los momentos iniciales del juicio oral y público, la defensa técnica plantea su “incidente de inclusión probatoria”, y al fundarlo alegan que el artículo 17, inciso octavo, de la Constitución Nacional del Paraguay establece el innegable derecho a ofrecer medios de prueba, y que, además, el Código Procesal Penal se rige por el “principio de amplitud probatoria”, razón por la cual solicitan al Tribunal de Sentencia que, antes de comenzar con los alegatos iniciales, admita los medios ofrecidos en ese momento.

Curiosamente, estos precarios argumentos son muchas veces suficientes para persuadir a los magistrados del Tribunal de Sentencia respecto a la viabilidad del pedido, y en consecuencia, frecuentemente deciden “hacerle lugar al incidente” y admitir extemporáneamente los medios de confirmación ofrecidos¹².

Es de destacar que hasta este momento, el tema del incidente de “inclusión probatoria” no ha sido objeto de un análisis serio y exhaustivo en el ámbito doctrinario del Paraguay, que mayormente se ha mostrado ajeno a esta práctica cotidiana y a los problemas que ella plantea, y con igual desdén es tratado en el ámbito jurisprudencial, pese a los debates que habitualmente giran en torno a él en los juicios orales.

Para comprender la gravedad de la decisión que hace lugar a un incidente de inclusión probatoria en los momentos iniciales del juicio oral y la notoriedad de su improcedencia en dicha etapa, podemos recurrir a una analogía ejemplificativa que nos introduzca en la problemática. Supongamos que en un proceso civil se ha superado ya el período probatorio en el cual las partes ofrecieron y produjeron sus medios de confirmación, razón por la cual el juez ordena la entrega del expediente a las partes para alegar. En ese contexto, el actor retira el expediente y luego de unos días presenta su alegato de bien probado. Luego, el demandado hace lo mismo y al cabo de unos días presenta su respectivo alegato. Finalmente, el juez dicta la providencia de “autos para sentencia”.

¹² Por supuesto que no todos los Tribunales de Sentencia de nuestro país deciden siempre hacer lugar al incidente de referencia, pero una gran parte de los jueces los cree procedentes.

Ahora bien, supongamos que dos semanas después del dictado de tal providencia, el actor presenta al juzgado un escrito en virtud del cual ofrece un nuevo medio de confirmación consistente en la declaración del testigo Juan, y solicita que, por el principio de amplitud probatoria y por el derecho reconocido en el artículo 17, inciso 8, de la Constitución Nacional (que establece el derecho a ofrecer pruebas), tal medio le sea admitido. Supongamos, asimismo, que el juez decide hacerle lugar al pedido del actor y ordena la reapertura del período probatorio y la fijación de fecha y hora de audiencia *a fin de no violar el derecho constitucional del actor de ofrecer pruebas*. La pregunta es, ¿será correcta la decisión del juez?

Obviamente, la decisión del juez será incorrecta, toda vez que en nuestro sistema procesal no es posible reabrir una etapa precluida. También es claro que con el efecto de esa preclusión no se viola el derecho de ofrecer medios de prueba, pues en todo proceso los actos procesales tienen su tiempo y su forma de cumplimiento, y si las partes no los cumplen adecuadamente pierden esa facultad, por imperio de la ley. En este caso, si el actor omite ofrecer la declaración de un testigo, no lo podrá hacer posteriormente, y la pérdida de esa facultad no constituye una violación a su derecho constitucional de ofrecer medios de prueba. Recuérdese que las partes procesales no pueden beneficiarse con su propia negligencia, de manera tal que si no han ofrecido oportunamente un determinado medio de confirmación, deben cargar necesariamente con las consecuencias de tal omisión.

Repárese ahora que, cuando en el proceso penal el Tribunal de Sentencia decide hacer lugar al incidente de “inclusión probatoria”, actúa exactamente igual que el juez civil que, luego de llamar autos para sentencia, decide admitir nuevos medios de confirmación procesal. En ambos casos, la decisión de los magistrados es incorrecta, porque se altera el orden lógico del proceso y se permite realizar actos procesales en forma inoportuna.

Es por todos sabido que en el proceso penal —tratándose de hechos punibles de acción penal pública—, la prueba se debe ofrecer *antes de la audiencia preliminar*. El Ministerio Público y el querellante adhesivo deben ofrecer sus me-

dios de confirmación en sus respectivos escritos de acusación¹³, mientras que el acusado debe ofrecer sus medios de confirmación (si quiere hacerlo, pues no es necesario ya que cuenta con un estado constitucional de inocencia) dentro de los cinco días de notificada la providencia que tiene por presentada la acusación del fiscal y pone a disposición de las partes la carpeta fiscal y las evidencias reunidas durante la investigación¹⁴. Esto significa que, al momento de realizarse la audiencia preliminar, las partes ya debieron haber presentado los medios de prueba que producirán en el juicio y también sus respectivos incidentes de exclusión probatoria¹⁵. Y luego de la audiencia preliminar, si el Juez Penal decide elevar la causa a juicio oral, debe dictar un auto interlocutorio a tal efecto, y en dicha resolución debe pronunciarse sobre la admisión o rechazo de los medios de prueba ofrecidos por las partes. Consecuentemente, el expediente ha de llegar al Tribunal de Sentencia con la expresa indicación de los medios de confirmación admitidos para su producción en la audiencia. Ello significa que es el Juez Penal —y no el Tribunal de Sentencia— el que debe decidir sobre la admisibilidad o rechazo de tales medios de confirmación. Por tanto, el incidente de inclusión probatoria, planteado en el juicio oral, no es admisible.

Por lo demás, la tesis de su procedencia, fundada en el llamado *principio de amplitud o libertad probatoria*, no resiste el menor análisis. El “principio de amplitud probatoria” significa que las partes pueden valerse de un amplio y diverso número de medios de confirmación¹⁶ y no que puedan ofrecer y producir medios de prueba en cualquier momento del trámite procesal. El proceso es un *método ordenado de debate dialectico* entre dos partes en conflicto, y ese *orden* implica que las partes no puedan realizar cualquier acto procesal en cualquier momento del trámite. No hay que perder de vista que el juicio oral es el momento de *producción* de los medios de confirmación, y no de su *ofrecimiento*. En consecuencia, el Tribunal de Sentencia no debe admitir los medios de confirmación que se ofrecen en ese momento. Recuérdese que en el sistema acusato-

¹³ Art. 347, inc. 5.

¹⁴ Art. 352 y 353 inc., 12.

¹⁵ Art. 174 CPP.

¹⁶ Art. 173 CPP.

rio, lo propio del Tribunal de Sentencia es *exigir la verdad* sobre la acusación, y no *buscar la verdad* sobre dicha acusación. La búsqueda de la verdad le corresponde al Ministerio Público y no al Tribunal, razón por la cual éste —a fin de mantener su imparcialidad funcional— no ha de admitir ningún medio de prueba en el juicio oral¹⁷.

En el sistema procesal penal paraguayo, la competencia para admitir o rechazar medios de confirmación le es asignada expresamente por el Código Procesal Penal a los Jueces Penales y no al Tribunal de Sentencia. Ello supone, en términos claros, que el expediente ha de llegar al Tribunal de Sentencia con la determinación clara y precisa de los medios de confirmación admitidos para su desarrollo en el juicio oral. Ergo, el Tribunal de Sentencia, reunido en la sala de juicio oral, carece de competencia funcional para admitir medios de prueba.

Ahora bien, justicia es reconocer que en el proceso penal la admisión de los medios probatorios se realiza en el auto de apertura a juicio oral y público que dicta el Juez Penal de garantías, y que, de acuerdo al artículo 461, dicha resolución es irrecurrible. En este contexto, es claro que la inadmisibilidad de determinados medios probatorios puede causar a las partes un perjuicio gravísimo e irreparable. Por esta razón, creemos que la cuestión debe ser analizada con mayor profundidad, y nos parece sano que el análisis comience por indagar las causas que le dan origen a este incidente que los litigantes plantean al inicio del juicio oral.

¹⁷ Consiente soy que no tardará en objetar esta afirmación quien quiera recordarme que el artículo 172 del CPP dispone que “*el juez, el tribunal y el Ministerio Público buscarán la verdad*”. Y bien sé que contra esa, que es por lejos la más nefasta, inquisitiva e inconstitucional norma que contiene nuestro Código Procesal Penal, podría sin duda escribir digestos enteros, y ni aún así acabarían los fundamentos para seguir denostándola en volúmenes futuros. Pero, sin ir más lejos, obsérvese que en la propia norma antes mencionada se encuentra el fundamento para no admitir en el juicio oral el incidente de inclusión probatoria al que me refiero, pues la norma establece que el juez, el tribunal y el Ministerio Público buscarán la verdad “*con estricta observancia de las disposiciones establecidas por este código*”, y las disposiciones del código le confieren AL JUEZ PENAL —y no al Tribunal de Sentencia— la tarea de admitir o rechazar medios de prueba.

6.— *Las dos causas del incidente de inclusión probatoria.*— La utilización del llamado “incidente de inclusión probatoria” por las partes del proceso penal puede deberse a dos situaciones muy distintas que corresponde diferenciar claramente a fin de comprender cabalmente el problema que analizamos:

- a) Puede deberse, por un lado, a que, por alguna razón que no nos interesa indagar, las partes *no hayan ofrecido* oportunamente un determinado medio de confirmación procesal, y quieran, mediante el mecanismo de la “inclusión probatoria”, hacer ingresar el medio de confirmación al proceso en el juicio oral y público (extemporáneamente).
- b) Y, por otro lado, puede deberse a que, a pesar de haber sido ofrecido en el momento procesal oportuno, el juez penal decidió rechazar el medio confirmatorio.

Se trata de dos situaciones distintas que merecen ser analizadas con cautela. En la primera hipótesis, la parte procesal *no ofreció oportunamente* el medio de confirmación; en la segunda, *lo ofreció pero fue rechazado*.

Analicemos separadamente las derivaciones procesales de los dos casos para comprender acabadamente la problemática de referencia.

♣ *EN EL PRIMER SUPUESTO* —bastante frecuente en nuestro medio— las partes llegan al juicio oral y plantean el incidente de inclusión probatoria en virtud del cual ofrecen un testigo, o una prueba pericial, o pretenden agregar al expediente un documento escrito que no acompañaron en su momento. En estos casos, no hay duda que la inclusión del medio de confirmación es claramente improcedente por tres razones básicas:

- 1) Por su extemporaneidad,
- 2) Por la preclusión de la etapa pertinente para el ofrecimiento y
- 3) Porque las partes no pueden beneficiarse con su propia negligencia, y en consecuencia, si no han ofrecido los medios de prueba en su momento, deben cargar con las consecuencias de dicha omisión.

♣ *EN LA SEGUNDA HIPÓTESIS*, entendemos que la solución no puede ser la misma. Creemos que en estos casos se presenta un problema normativo grave que impone una solución diversa.

En efecto, nótese que el artículo 356 establece que, en el auto de apertura a juicio, el Juez Penal debe indicar cuáles son las pruebas admitidas y las rechazadas, y el artículo 461 establece que “*no será recurrible el auto de apertura a juicio*”. A simple vista, esto parece indicar que las partes no pueden recurrir la resolución que les rechace sus medios de confirmación¹⁸, y esto, claro está, no resulta tan sencillo de admitir, sobre todo en un país como el nuestro donde tanto el *derecho a recurrir* como el *derecho a ofrecer medios de confirmación* tienen rango constitucional y se encuentran establecidos, además, en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹.

Si el juez penal rechaza un medio de prueba que es legal y que, además, es determinante de la responsabilidad penal o de la absolución del acusado, y a éste se le niega el derecho al recurso, parece obvio que el perjuicio que se le causa al acusado es gravísimo e irreparable, porque, en definitiva, se le niega el debido proceso. Y, entonces, ¿quién controla que el Juez Penal de garantías haya efectuado una correcta admisión o denegación de los medios de confirmación?

Es decir, si se afirma que el *control vertical* que podría realizar el Tribunal de Apelaciones se encuentra vedado —por la imposibilidad de recurrir el auto de apertura a juicio—, entonces, ¿quién controla al juez penal de garantías en el

¹⁸ Digo que “parece” que las partes no pueden recurrir el auto interlocutorio porque, aún a pesar de la disposición del artículo 461, algunos Tribunales de Apelación han hecho lugar a ciertas impugnaciones en cuanto tienen que ver con la admisión o rechazo de pruebas, más no así contra la decisión de elevar la causa a juicio oral. Me explayaré más sobre este tema en tratar el tema del Recurso de Apelación General en el Cap. XXIII, §7, B, 3.

¹⁹ El artículo 21 de la CADH establece que “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”. A nuestro juicio, el artículo 461 de nuestro CPP (que niega el derecho al recurso contra el auto interlocutorio que decide sobre la admisión o denegación de los medios de prueba) es claramente violatorio de la CADH, que fue ratificada por nuestro país.

Paraguay? ¿Quién controla la correcta admisión o el correcto rechazo de medios de prueba? ¿O acaso estas decisiones deben quedar ajenos a todo control?²⁰

A nuestro juicio, esta decisión, por su importancia, no puede quedar ajena a una posibilidad de revisión. Aclaramos desde ya que la revisión a la que nos referimos es en cuanto a la legalidad o ilegalidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes y no en cuanto a la pertinencia de la prueba o a su valor, pues esta última tarea le corresponde al Tribunal de Sentencia.

A la hora de controlar actuación del juez penal de garantías en cuanto a la correcta o incorrecta admisión de los medios de prueba, la ley tiene básicamente dos opciones:

- a) La primera es establecer un mecanismo de *control vertical* del fallo, lo cual se logra con la habilitación de un recurso que permite al órgano superior (Tribunal de Apelación) revisar la resolución de inferior; y
- b) La segunda es establecer un mecanismo de *control horizontal*; este control horizontal estaría a cargo del Tribunal de Sentencia que, antes de comenzar el juicio oral, podría, petición de parte mediante, revisar la legitimidad o ilegitimidad de los medios de prueba ofrecidos.

En el Paraguay, el control vertical se encuentra vedado por el artículo 461 que establece que “no será recurrible el auto de apertura a juicio”²¹, mientras que

²⁰ Como apuntaremos más adelante, en la oportunidad de tratar el tema del recurso de apelación general, en nuestra opinión, nuestro Código Procesal Penal cometió un grave error al disponer que el auto de apertura a juicio es irrecurrible (Art. 461). Creemos que, en todo caso, el Código Procesal Penal debería haber dispuesto que la decisión de elevar la causa a juicio oral sea irrecurrible, pero no la decisión de admitir o rechazar medios de prueba. De esa forma se permitiría que el Tribunal de Apelaciones efectúe un control vertical de la legalidad de los medios de confirmación.

²¹ Insisto que la jurisprudencia nacional no es pacífica sobre el alcance de esta norma. Una interpretación sugiere que, lo que está vedado es agraviarse contra la decisión de elevar la causa a juicio oral, pero no expresar agravios contra los demás puntos, como por ejemplo la admisión o rechazo de medios de prueba. Ello será explicado mas con más detalles en el Cap. XXIII, §7, B, 3.

el control horizontal no se encuentra establecido expresamente en ninguna norma del Código Procesal Penal.

En nuestra opinión, corresponde admitir el control vertical de la decisión que admite o rechaza medios de confirmación (decisión que forma parte del auto interlocutorio de apertura de la causa a juicio), pero si, por alguna razón, el Juez Penal no concediera el recurso contra su auto interlocutorio, o bien, una vez concedido, el Tribunal de Apelaciones lo declarara inadmisibles fundado en el artículo 461, creemos que el Tribunal de Sentencia debe asumir un control horizontal a fin de no permitir que en el juicio oral se desarrollen medios de prueba ilícitos o se rechacen ilegítimamente medios de prueba lícitos.

A nuestro juicio, por tanto, si bien es menester reconocer que ninguna norma del Código Procesal Penal otorga al Tribunal de Sentencia competencia para admitir los medios de prueba que el juez penal rechazó, ni a rechazar los medios que el juez penal ya admitió, creemos que, a fin de precautelar el debido proceso, no queda otra solución que admitir que esto sea así.

En efecto, si el juez penal le rechaza a las partes sus medios de confirmación, y si, encima, la ley procesal no les permite impugnar esa decisión (en clara violación al art., 21.1 de la CADH), resulta obvio cuanto menos que éstas sufren un serio e irreparable agravio, caracterizado por la violación de dos de los derechos procesales más importantes: el derecho a producir medios de prueba y el derecho al recurso, ambos integrantes de la garantía constitucional conocida como “debido proceso”.

Estimamos pues que, en la actualidad, y dada la irrecurribilidad del auto de apertura, la única opción que con la que contamos para evitar la gravísima conculcación al debido proceso es admitir *ipso facto* que el Tribunal de Sentencia tenga competencia para reconsiderar la admisión y el rechazo de los medios de confirmación que efectuó el juez penal en la etapa anterior. Esto significa, en otras palabras, reconocerle al Tribunal de Sentencia una suerte de competencia para ejercer el *control horizontal* del auto de apertura a juicio en lo que atañe a la admisión o rechazo de medios de confirmación.

Creemos, en efecto, que, si la jurisprudencia nacional termina por decidirse sobre la irrecurribilidad total del auto interlocutorio de apertura a juicio oral (es decir, si se logra consenso en cuanto a que lo irrecurrible es la resolución en sí, con todas las decisiones accesorias que ella comprende, y no sólo la decisión de elevar la causa a juicio oral), entonces el reconocimiento al Tribunal de Sentencia de la competencia para ejercer el control horizontal es la única solución que existiría en la actualidad para reparar el grave problema de la violación del *derecho al recurso* que se causa con el artículo 461²².

Ahora bien, si bien consideramos que ante la irrecurribilidad del auto de apertura, es necesario y conveniente reconocerle al Tribunal de Sentencia la potestad de realizar un *control horizontal* del auto de apertura a juicio (en cuanto a la admisión o rechazo de medios de confirmación) también consideramos que este control horizontal ha de admitido necesariamente con límites muy precisos, pues recuérdese que, en definitiva, se le está reconociendo nada menos que una competencia funcional no establecida por la norma procesal.

¿Y cuáles son los límites al control horizontal de los medios de prueba?

Creemos que el Tribunal de Sentencia cuenta con tres claros límites.

- 1) El primero es no admitir o rechazar medios de confirmación sin una expresa petición de alguna de las partes en ese sentido. Es decir, el Tribunal no puede, ni debe, *reexaminar de oficio* la admisión de pruebas.
- 2) En segundo lugar, el Tribunal sólo puede admitir aquellos medios de prueba que las partes *hayan ofrecido* ante el juez penal de garantías y que éste *les haya rechazado*. Ello implica, por ende, que el Tribunal no puede admitir medios de prueba que las partes no han ofrecido en su momento al juez competente, es decir, las partes no pueden valerse del control hori-

²² En realidad, estimamos que lo mejor sería modificar el artículo 461 y disponer que sólo es inapelable la decisión de elevar la causa a juicio oral, pero no la decisión sobre la admisión o el rechazo de los medios de confirmación. Ahora bien ¿qué hacemos hasta tanto se modifique el artículo 461? ¿Cómo solucionamos el problema? ¿Cómo controlamos la correcta admisión o rechazo de los medios de prueba si la resolución es irrecurrible? Como dijimos, la única solución que avizoramos en la actualidad es la de reconocerle al Tribunal de Sentencia la facultad de controlar la decisión de la admisión y el rechazo de los medios de prueba efectuada por el juez penal.

zontal para hacer ingresar tardíamente al proceso determinados medios de confirmación. Ello es así porque, como su nombre lo indica, el fundamento del control horizontal radica en la necesidad de “controlar” que el juez penal haya efectuado una *correcta admisión* o un *correcto rechazo* de los medios de confirmación que le fueron presentados, y si las partes, en su momento, omitieron ofrecer sus medios de prueba, no han de encontrar en el control horizontal la forma la sanear su negligencia.

- 3) Por último, el tercer límite ha de ser necesariamente temporal. La adecuada y única oportunidad para presentar los incidentes de inclusión o de exclusión probatoria ha de ser dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que fijó la fecha del juicio oral, de manera tal que el Tribunal pueda decidir la inclusión o el rechazo de los medios de confirmación *antes de la audiencia del juicio oral*, y que las partes puedan prepararse adecuadamente para el desarrollo de tales medios de confirmación. Esto significa que el incidente de inclusión o el de exclusión probatoria *no pueden ser planteados en el momento del juicio oral*, pues lo que se busca es que las partes lleguen al debate oral y público con un claro panorama del caso que tienen en sus manos, y ello implica no sólo claridad en cuanto a la hipótesis delictiva que pesa contra el sospechoso, sino también claridad en cuanto a los medios de prueba que habrán de producirse para confirmar las respectivas afirmaciones que sostienen los contradictores; medios de prueba de los cuales surgirán, además, los argumentos que se sostendrán en los alegatos finales.

Sobre la bases de estos tres pilares es que entendemos que debe reconocerse al Tribunal de Sentencia la potestad de ejercer un control horizontal del auto de apertura a juicio en lo que hace a la admisión o rechazo de medios de confirmación.