



**LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA
¿PUEDEN SER OBJETADAS?**

Sobre el protagonismo del juez en la decisión y no en el debate

Raúl E. Caballero Cantero

RAUL ELIGIO CABALLERO CANTERO. Abogado (Universidad Nacional de Asunción [UNA], 2002), Escribano (UNA 2007). Diplomado en *"Derechos Humanos y Juicio Justo"*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (2010). Desde mayo/2007 a la fecha es Defensor Público en lo Penal de Asunción, Paraguay. (Asunción, agosto/2011).

LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA ¿PUEDEN SER OBJETADAS?

Sobre el protagonismo del juez en la decisión y no en el debate

Raúl E. Caballero Cantero

I El porqué de este trabajo

Durante el segundo semestre del año 2007 en un juicio oral de pretensión penal pública en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, el testigo presencial de un supuesto hecho de tentativa de homicidio contestaba las preguntas del representante del Ministerio Público de todas las formas posibles que uno de los acusados no estaba en el lugar de los hechos. O bien que si estaba presente no lo vio.

Luego, un miembro del Tribunal de Sentencia vuelve sobre el punto preguntándole lo mismo, lo que motiva la objeción de la pregunta. El juez otorga la posibilidad de fundamentar la objeción. Luego se rechaza la misma ya que, según argumentó no se pueden objetar las preguntas hechas por el Presidente o Miembros del Tribunal de Sentencia y que ello no correspondía explicar en dicho momento.

Terminó el juicio con la condena de dos acusados. Y en amena conversación ya post juicio con dos de los miembros del Tribunal (*el Presidente y el miembro cuya pregunta fue objetada*) recibimos las explicaciones por las que no se podían objetar las preguntas del Tribunal.

Ante ello, preguntamos cuál es la norma procesal que refiere a la prohibición de objetar preguntas al Tribunal, y el miembro responde si cual era la norma que habilitaba a realizar la objeción. El Presidente del Tribunal explicó que sería una *barbaridad jurídica* que se deba correr vista a la fiscalía de dicha objeción para que resuelva el propio juez cuya respuesta fue objetada.

Luego, pregunté si podía darse el caso de que la pregunta del Miembro del Tribunal que sea objetada y por mayoría (*con la disidencia del que preguntó*) o por unanimidad (*con adhesión de quien preguntó y consintiendo que su pregunta haya sido objetada correctamente, por ejemplo*) se haga lugar a la objeción, a lo que recibimos como respuesta “eso no va a suceder”.

También, en el marco de la conversación, se deslizó la posibilidad de recusar al miembro que formula la pregunta objetada. Todo ello, con consultas posteriores al episodio, lleva a formular la pregunta que titula este ensayo.

Solo que estimamos forzoso realizar dos cuestionamientos en forma previa: de acuerdo al Código Procesal Penal ¿"pueden" los jueces preguntar a un testigo?, y luego, conforme a la Constitución, ¿"deben" los jueces preguntar al testigo?

En este delicado tema, de alto contenido ideológico acerca del sistema de enjuiciamiento penal que debemos profesar en sintonía a la Constitución nos proponemos delinear con sereno análisis la posición y actuación debida del juez ante el órgano de prueba que es el testigo. Así, es trascendental insistir que mientras *mayores permisiones se conceden a los órganos del Estados (como facultad o como deber)*, menores serán las garantías al amparo de las personas, y viceversa.

Y que el ejercicio concreto de esa suma excesiva de poderes puede vulnerar los derechos y garantías de una de las partes cuando su intervención afecta negativamente a su imparcialidad.

Así, de acuerdo con Virgolini y Silvestroni *"de la práctica cotidiana de nuestros tribunales se infiere que, por lo menos de hecho, existen ciertos ámbitos de materia aparentemente ajena a una regulación normativa o sin una regulación precisa, y que se llenan con el habitual recursos a las denominadas 'facultades discrecionales' de los jueces..."*¹

No pretendemos cercenar el cometido constitucional, supra legal y legal de quienes están llamados a decidir como sujetos imparciales en una controversia sometida a su consideración, pero si planteamos una interpretación o reinterpretación operativa de ciertas cuestiones relativas a la participación de los jueces en el proceso y que vaya de la mano con un sistema de enjuiciamiento acorde los sus principios dispositivos o acusatorios: que el proceso sea en sí mismo una garantía y no un instrumento de control, de opresión o de castigo.

II

Plano normativo

Por un lado, tenemos que el órgano jurisdiccional conjuntamente con el acusador buscarán la verdad real con observancia estricta a las previsiones de Código Procesal Penal –*artículo 172*--; en base a dicha proposición normativa y para dicho fin pueden preguntar al testigo.

1 VIRGONINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano. Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho, en www.pensamientopenal.com.ar, Sección Doctrina. (<http://www.pensamientopenal.com.ar/36virgolini.pdf>)

Acerca de la posibilidad que tiene el Tribunal de Sentencia de preguntar a los testigos, ello normativamente en el plano legal no tiene dudas, pues el artículo 390 del Código Procesal Penal la admite² como facultad.

A estos fines dividimos las posibles interrogantes que cabrían en dos: a) las aclaratorias; b) las que no son aclaratorias, como etiqueta provisional.

Las preguntas aclaratorias son aquellas que permiten clarificar algunos dichos oscuros emitidos por el testigo³ ya sea en forma espontánea o provocada. Tal sería,

por ejemplo: “¿el apellido de la persona que estaba con usted es Fernández o Hernández?; “¿la suma de dinero que usted refirió era de seiscientos veinticinco mil guaraníes o setecientos veinticinco mil guaraníes?” La respuesta pretendida tiende a echar claridad a una información inicialmente incorporada al juicio pero que no fue precisa, sin que ello implique incitar a la introducción de datos no ventilados en forma espontánea o provocada por el testigo. La ley no cita en forma expresa que el testigo responda a este tipo de preguntas por parte del Tribunal de Sentencia⁴ para *aclarar sus manifestaciones* (sic), lo cual sí se previene en forma clara con los imputados.⁵

“Idealmente –dicen BAYTELMAN y DUCE, al comentar el artículo 329, inciso 4° del Código Procesal Penal Chileno⁶— *los jueces deben mantenerse imparciales tanto en la generación de la información como en el arbitraje del debate. Desde este punto de vista, no podrían interrogar al testigo para producir prueba que las partes no hayan introducido, sino sólo pedirle que aclare sus dichos cuando el testimonio exacto del testigo o perito –ya declarado por él—no resultó claro o no fue aprehendido por alguno de los jueces. Esto sin embargo deberá probablemente matizarse según los ritmos de la implementación y los ajustes que el sistema requiera*

2 Artículo 390. INTERROGATORIO. El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio, le concederá la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. / Al finalizar el relato o si el testigo no puede, no quiere hacerlo o le resulta dificultoso, el presidente permitirá el interrogatorio directo, comenzando por quien lo propuso y continuando con las otras partes, en el orden que considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo. / El presidente moderará el interrogatorio y evitará que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurando que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad del declarante. Las partes podrán plantear la reposición de las decisiones del presidente que limiten el interrogatorio u objetar las preguntas que se formulen. / Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de las noticias, designando con la mayor precisión posible a los terceros que se las hayan comunicado.

3 Al referirnos al testigo se aplican las mismas reglas al perito.

4 En adelante, cuando aludimos al Tribunal de Sentencia, nos referimos indistintamente a su Presidente o a cualquiera de sus Miembros, o utilizaremos el término Juez.

5 Artículo 383. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO Y PRESENTACIÓN DE LA DEFENSA. ...Durante el transcurso del juicio, las partes y el tribunal podrán formularle al imputado preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones (...)

6 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación penal Juicio Oral y Prueba. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, página 57, nota al pie N°2

*mientras los roles son bien definidos al interior de él y las destrezas adquiridas por todos sus actores*⁷.

III

Las otras preguntas son aquellas que -- a *contrario sensu*—no son aclaratorias en los términos precedentemente expuestos y que en puridad denotan interrogación, averiguación o indagación. Tal es así que, a nuestro entender, el juez al echar mano a dicha posibilidad rompe con la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador. Realiza, queriendo o no, preguntas que por un imperativo jurídico corresponde únicamente a una parte en atención a su propio interés de acuerdo a su ubicación funcional⁸.

Así, “no es recomendable que el juez formule preguntas de indagación; esa es una labor que corresponde a las partes quienes tienen como misión convencer al Tribunal sobre los hechos relatados por el testigo, y en ese sentido podemos afirmar que por muy imparciales que pretendan ser las preguntas del Tribunal, ellas pueden afectar negativamente la estrategia del abogado litigante y por ende al juicio mismo”⁹.

IV

Desde la Constitución ¿“deben” los jueces preguntar al testigo?

El juez se legitima o se deslegitima en la medida en que cumpla su función de garante de los derechos fundamentales.¹⁰ Y ello acontece con sus conductas por acciones o abstenciones.

Con relación a este segundo cuestionamiento, en superior jerarquía encontramos a la Constitución Nacional que en su artículo 16 afirma que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes,

7 Recordemos que la reforma del sistema procesal penal tuvo su inicio efectivo y completo en junio de 1999 (*11 años atrás*), empero, desde 1992 (*19 años atrás*) la Constitución ya asignaba roles específicos a los sujetos de la relación procesal, y entre ellas, atribuía facultades de investigación y del ejercicio de la acción al Ministerio Público, así como de juzgamiento al Poder Judicial. Sin embargo, a la fecha a pesar del tiempo transcurrido, persisten idénticas actuaciones a las señaladas al comienzo de este trabajo.

8 Las cargas son los imperativos del propio interés (*funcional para la Defensa o para la Acusación Pública; particular, para el acusador privado*) y su incumplimiento genera la pérdida de la facultad o chance por falta del ejercicio oportuno de la actividad requerida. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al Estudio del Derecho Procesal, 2da Parte, Rubinzal-Culzoni, 2004, página 252. Tal es así que el acusador al no hacer uso de una pregunta —*que por la carga de la prueba está obligado a hacerla*— y que es realizada por el Juez, claramente se nota que éste hace lo que la parte acusadora no lo realizó y que en función a su propio interés (*sostener objetivamente la acusación*) debía hacerlo.

9 SERVIN, José Waldir. Técnicas de Litigación Penal Oral. AGR SA, Asunción, 2011, página 46

10 “*Se rompe, así, con el tópico de la jurisdicción como ejercicio de la función con algo sacramental. El juez no se justifica por el mejor hecho formal de serlo, sino, materialmente, acto por acto, y sólo en la medida en que cumpla con determinados deberes constitucionales y legales*”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En torno a la Jurisdicción. Editores del Puerto, Bs. As, 2007, página 47.

independientes e imparciales. De igual manera, instrumentos internacionales refieren a la imparcialidad como una garantía de juicio¹¹. Así, y en lo que interesa, el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocando en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).¹²

La imparcialidad como principio en el Derecho Procesal ha sido desde antaño objeto de estudio minucioso por parte de la doctrina especializada (*fundamentalmente, que es, quien la debe tener, a favor de quienes se constituye, para que sirve, donde y cuando funciona*), pero a la hora de la aplicación concreta (*cómo funciona en el plano de la realidad*) tropieza con ciertos inconvenientes que la ubican de contramano al sistema que fija la Constitución por prácticas adquiridas del pasado y repetidas sin mayores cuestionamientos de los operadores del sistema judicial.

Cuando nos referimos al deber de imparcialidad (*calidad de "no parte"*), ella está dada pues el tercero *—que por propia esencia se halla ajeno a la controversia inter partes—* no debe estar colocado en la posición de parte ni realizar lo que ésta normalmente efectúa en el ejercicio del interés que representa. Por ende, el tercero no debe tener iniciativa probatoria autónoma ni poder impulsorio, caso contrario desdibuja su propia naturaleza y reemplaza la inacción de la parte.

Empero, advertimos que el Tribunal de Sentencia que colabora con el acusador, mediante una pregunta que excede lo aclaratorio, a fin de despejar una duda para formar su convicción, no está haciendo otra cosa que reemplazar al acusador en el papel que a éste le corresponde y autosatisfacerse con una información desconocida o conocida a medias.

Y con ello el tercero rompe la *imparcialidad* que debe tener en perjuicio de la parte y en beneficio de la otra, por lo general, acusada y acusadora, respectivamente. El tercero que no es ni el primero (*que acusa*) ni el segundo (*quien se defiende*) justamente debe distinguirse por una labor distinta a la de las partes, concretamente preguntar a un testigo, pues de ser así sería juez (*por su ubicación funcional*) y parte (*por la conducta concreta que realiza*).

11 Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (*Ley N° 1/92*), artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Ley N° 5/92*). También, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el contexto de los instrumentos normativos del Sistema Interamericano e Internacional de Protección a los Derechos Humanos, la imparcialidad es una garantía judicial que el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación alguna, de acuerdo al compromiso asumido desde la propia Constitución: "*Artículo 143. De las relaciones internacionales: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: ... 5) la protección internacional de los derechos humanos ...*"

12 ALVARADO VELLOSO. Adolfo. El Debido proceso de la Garantía Constitucional. Editorial Zeuz, Rosario, 2003, pag. 256 (notas omitidas)

El elemento de prueba (*el dicho*) que debía aflorar espontáneamente del testigo o por acción de una de las partes es provocado por el Tribunal de Sentencia que lo utiliza para valorar ante sí mismo su decisión que en mayor proporción es condenatoria.

Se podrá decir que el dato desconocido que se desea incorporar con la pregunta del Tribunal de Sentencia puede beneficiar a la persona acusada. A ello se responde que no se sabe a quién se beneficia pero sí a quien *–intencionalmente o no–* se perjudica.

Veamos: Ante una situación determinada (*juzgamiento de un hecho punible de homicidio doloso en contra de una persona acusada*), al juez no le queda clara una cuestión ventilada por el testigo (*el último en prestar declaración, y sin otros medios confirmatorios determinantes sobre la participación del procesado*), luego de que la parte acusadora y la defensa hayan formulado sus respectivos interrogatorios. Y ante el ello se plantea a sí mismo si pregunta o no.

Si el juez no pregunta:

- Persiste la duda inicial y no ve con total certeza la participación del acusado en el hecho, y por ello debe absolver de acuerdo al artículo 17 apartado 1 de la Constitución.

Si el juez pregunta, caben, en principio, las posibilidades siguientes:

- La información puede ser inocua, indiferente, neutra, ni suma ni resta para formar su convicción: entonces, el juez persiste en su posición inicial (*no lo ve claro*) y debe absolver al acusado al amparo del artículo 17 apartado 1 de la Constitución, pues se deberá fallar contra quien debía probar la acusación y no lo hizo.
- La información introducida con la pregunta promovida por el juez confirma el supuesto a favor de la suerte del acusado: entonces abandona su posición inicial previa a la pregunta y absuelve por certeza negativa ya que el estado de inocencia no se ha quebrado.
- La información obtenida como respuesta es en perjuicio del acusado: entonces abandona su posición inicial previa a la pregunta, se convence de la participación del acusado y lo condena por certeza positiva.

De todas las opciones sólo con la una se obtiene la condena que es lo que finalmente se busca, en forma consciente o no, pues de otra forma correspondería la absolución *–artículo 17, 1 de la Constitución–* ya que ésta (*la absolución*) es indiferente en sus efectos si ella es producto de la duda o por certeza negativa.

Al interrogar al testigo por parte del Tribunal, la pregunta siempre tiende a favorecer a quien tenía la obligación de preguntar para probar sus dichos (*acusación pública o privada*) y que sin embargo no lo hizo, y siempre tienden a perjudicar al que nada tenía que probar pues el estado de inocencia se mantiene por mandato

constitucional. Si se observa con atención, el juez al realizar un interrogatorio al testigo, indica a la parte que no lo hizo cómo debía probar –*en rigor, preguntar*-- su extremo alegado para que ello genere al órgano jurisdiccional la convicción necesaria a los fines de una sentencia, con lo que pierde la neutralidad que ha de ostentar en todo el desarrollo del procedimiento.

Entonces, nos inclinamos que los jueces no “deberían” preguntar a los testigos pues de hacerlo rompen –*queriendo o no*-- con la imparcialidad (*en rigor, imparcialidad*) del juzgador¹³ al atribuirse facultades que claramente no la tienen¹⁴. Al inmiscuirse en cuestiones confirmatorias de exclusiva responsabilidad de las partes y materialmente busca una información, abandona su carácter neutral. Así, “*a los neutrales les incumbe un deber de imparcialidad (nota omitida). Los neutrales no son partes, no son beligerantes en sentido formal, y, por ello, deben abstenerse de ayudar a los mismos*”¹⁵.

Por lo que si un mismo sujeto introduce un medio probatorio –*por sí mismo*- y luego los valora –*ante sí mismo*- y en un mismo procedimiento, se convierte claramente en juez y parte sobre aquello que se pretende confirmar en colisión abierta con el artículo 16 de la Constitución.

V

¿Y qué acontece con la verdad real? El Código Procesal Penal se refiere a la búsqueda de la verdad real por parte del Juez, del Tribunal y del Ministerio Público en el artículo 172. En otras partes habla de su “descubrimiento” (*artículos 173, 279*). De acuerdo al diseño constitucional, dicha búsqueda debe ser de responsabilidad exclusiva y excluyente del acusador y no del juez puesto que si sale a buscarla estará realizando una actividad que corresponde a una parte en perjuicio de la otra.

Más allá de que el concepto que encierra la verdad real está en discusión¹⁶⁻
¹⁷ --*y que no constituye el objeto de este trabajo*--, partimos de la base que la

13 Constitución, artículo 16

14 “*Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciables con todas las calidades que el vocablo involucra*”. ALVARADO VELLOSO. Adolfo. El Debido proceso de la Garantía Constitucional. Editorial Zeuz, Rosario, 2003, pag. 260 (notas omitidas)

15 GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. (La Parcialidad y la parcialidad). Discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y Norma”, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, p. 133 y ss.

16 “*Mucha tinta se derrochó tratando de explicar esa pretendida diferencia entre verdad real para el enjuiciamiento penal, y verdad formal para los juicios civiles. Entiendo que todas esas doctrinas entran en crisis cuando se considera que la verdad es un valor y que como tal no puede ser adjetivado*” ... “*el proceso no puede alcanzar la verdad, al juzgador no se le puede pedir que logre la verdad, porque es lo mismo que pedirle al navegante que se guía por una estrella que llegue a esa estrella*”. SUPERTI, Héctor. Derecho Procesal Penal, Temas Conflictivos. “Inquisidores o Jueces”, Editorial Juris, Rosario, 1996, s/p.

17 CABALLERO, Ricardo Juan. *La Justicia inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición española*. Ariel Historia, 2003. *Utilizando una óptica no convencional al analizar la “verdad real”, afirma dicho autor que en tiempos de las primeras monarquías absolutistas no existía el “estado de inocencia”*

Constitución y los tratados internacionales regulan celosamente la imparcialidad del juez como garantía del justiciable y no así la búsqueda de la verdad real por parte del juzgador. Es decir, la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio ostenta jerarquía mayor por sobre las finalidades de la ley procesal penal.

Recientemente, BINDER ha manifestado que *el juez no debe buscar la verdad sino que debe exigirla al acusador y éste debe demostrarla a los fines de una condena*, por lo que *la exigencia de la búsqueda de la verdad es para el acusador y no para el juez*¹⁸. Por lo que la búsqueda de la “meta” (*verdad real*) debe ser tenida como guía con característica infra legal en comparación con otros principios supra legales de orden Constitucional e Internacional a los fines de una decisión en la cual concurren justicia y legalidad.

VI

Ahora sí, ¿pueden objetarse las preguntas del Tribunal?

De acuerdo a lo expuesto, las preguntas de indagación o averiguación a testigos y peritos que realice el Tribunal de Sentencia pueden objetarse ya que el Tribunal está reemplazando el papel de la parte acusadora que lleva la carga de la prueba, pues desea probar por sí y ante sí aquello que espontáneamente el testigo no dijo o el acusador no provocó en aquel¹⁹. Rompe la calidad de juez y pasa a ser *partenaire* del acusador público o privado.

En cuanto a la posibilidad de objetar las preguntas del Tribunal de Sentencia, agregamos que en todo el Código Procesal Penal no existe enunciado normativo que prohíba a las partes hacerlo. Y lo que no está prohibido está permitido en forma implícita de acuerdo a la Constitución²⁰ y a la ley²¹, dependiendo su ejercicio

sino la “presunción de culpabilidad” emergente de la mera imputación efectuada por el propio rey y que esa afirmación era nada menos que la verdad real: la verdad del rey, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado del objeto investigado con lo querido por el rey. Ver ALVARADO VELLOSO. Adolfo. La Prueba Judicial. Reflexiones Críticas sobre la confirmación judicial. Editorial Juris, Rosario, 2007, página 27).

¹⁸ “El juez tiene un compromiso importante con la verdad que jamás debe buscarla”. BINDER, Alberto. Conferencia Magistratal en el marco del “Fortalecimiento de la Defensa Pública en la Construcción de un Estado de Derecho”, organizado por CODEHUPY, INECIP-PY, y la Universidad Nacional de Pilar, viernes 21 de mayo de 2011, Salón Auditorio del Palacio de Justicia, Asunción.

¹⁹ La posibilidad de objetar las preguntas no aclaratorias del Tribunal existe, sin embargo, la conveniencia de hacerlo dependerá de cada litigante de acuerdo a la estrategia que adopte y a la dinámica propia del juicio oral.

²⁰ Artículo 9, segunda parte: “(...) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

²¹ Código Procesal Penal, Artículo 10. INTERPRETACIÓN. Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. / La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades.

del sujeto facultado. También parte de la doctrina nacional sobre litigación oral consiente la posibilidad de objetar las preguntas del Tribunal²².

A más de la inexistencia tal prohibición existe una permisón implícita según el artículo 390²³, 3er párrafo, in fine del Código Procesal Penal. Desglosando al mismo tenemos que: las partes podrán: a) plantear la reposición de las decisiones del presidente que limiten el interrogatorio u b) objetar las preguntas que se formulen.

Dicho artículo refiere que las partes podrán objetar las preguntas que se formulen. ¿De quién? El texto de la ley no lo dice. Por ende, si el Código Procesal Penal no lo prohíbe en forma expresa a nuestro entender sí pueden objetarse las preguntas de las partes²⁴ y también del Tribunal ya que esto último no está restringido²⁵.

Además, si a la parte procesal se le permite preguntar y a su contraparte a objetar, que sentido tendría facultar al Tribunal de Sentencia a preguntar y cercenar a la parte la posibilidad de objetar la pregunta.

VII

Procedimiento propuesto.

Nos habíamos referido al procedimiento que para el Juez constituía una *barbaridad jurídica*. Sin embargo nos permitimos disentir. Al analizar el artículo 390 del Código Procesal Penal, en particular su anteúltimo párrafo, encontramos que *“las partes podrán plantear la reposición de las decisiones del presidente que limiten el interrogatorio u objetar las preguntas que se formulen”*. Así, separando los supuestos, las preguntas realizadas²⁶ pueden ser objetadas y las decisiones impugnadas vía recurso de reposición. De acuerdo a esto último, la posibilidad que el juez resuelva ante sí mismo acerca de una determinación suya confirmándola o modificándola, está dada por la revocación por contrario imperio.

Ahora bien, cuestión distinta es la objeción formulada por alguna de las partes a la pregunta de su contraparte, que no merece mayor análisis, pues lo que interesa es la objeción realizada a una pregunta del Tribunal de Sentencia en el caso que ella tenga características de interrogatorio, indagación, averiguación, y que por tanto exceda lo meramente aclaratorio.

22 **“Procedimiento para Plantear las Objeciones. Oportunidad.** *Las objeciones se deben plantear en las audiencias orales cuando una de las partes o el mismo Presidente del tribunal interroga a un testigo o perito”* (el resaltado es nuestro). LLANES OCAMPOS, María Carolina. Manual de Litigación Oral. Incip-Py, 1ª Edición, 2005, página 157. También SERVIN, José Waldir: *“Nuestra sugerencia es la siguiente: que el defensor, antes de que el testigo conteste la pregunta, solicite al presidente del Tribunal el uso de la palabra, y luego de que le sea concedida haga saber al Tribunal, muy respetuosamente, que considera que la pregunta fue formulada incorrectamente, en el caso concreto, sugiriendo la respuesta, solicitando en consecuencia que dicha pregunta no sea formulada en esas condiciones”*. Técnicas de Litigación Penal Oral. AGR SA, Asunción, 2011, páginas 167/8.

23 Artículo 390. INTERROGATORIO (...) Las partes podrán plantear la reposición de las decisiones del presidente que limiten el interrogatorio u objetar las preguntas que se formulen ...

24 Ídem anterior.

25 Al respeto, artículo 10 Código Procesal Penal.

26 Insistimos, el Código Procesal Penal no se refiere al origen de quien pregunta.

Así, sugerimos de acuerdo al caso presentado los pasos posibles y que son: Si el Tribunal de Sentencia formula una pregunta al testigo y el defensor la objeta, existen dos alternativas: a) se hace lugar a la objeción y b) se rechaza la objeción.

En el caso que se haga lugar a la objeción – *por mayoría o unanimidad*—se puede: a.1) reformular la pregunta por parte del Tribunal de Sentencia; o bien a.2) el Tribunal deja sin efecto la realización de la nueva pregunta.

Ahora bien, si el Tribunal de Sentencia formula una pregunta al testigo y el defensor la objeta, rechazándose la objeción y disponiendo que el testigo conteste a la pregunta, caben dos alternativas: b.1) se plantea el recurso de reposición en contra de la decisión del Tribunal que dispuso la contestación de la pregunta, ante lo cual: b.1.1) se hace lugar –*por mayoría o unanimidad*— y se deja sin efecto la contestación a la pregunta; o b.1.2) se rechaza el recurso de reposición –*por unanimidad o por mayoría*—y se dispone la contestación de la pregunta por el testigo. b.2) no se plantea el recurso de reposición y el testigo contesta la pregunta²⁷.

Estimamos que las mismas reglas pueden ser utilizadas para el juzgamiento de hechos punibles con pretensión pública o privada, salvo, claro está los relativos al sentido de los votos (*mayoría, unanimidad*). Por tanto, no vemos inconvenientes que el Juez, en pleno juzgamiento oral, pueda desdecirse de su posición original al ser presentados argumentos más fuertes de los que tuvo en consideración al tiempo de decidir o de plantear una pregunta.

Por ello, la posibilidad de rectificación por parte del Tribunal de Sentencia existe lógica y legalmente, y lamentamos profundamente que se afirme “eso no va a suceder”. Es más, constituiría un acto de suprema honestidad intelectual dar cuenta de un error y rectificarlo a tiempo en aras de una decisión en la que concurran justicia y legalidad. Autores de peso específico propio como Carnelutti²⁸, Morello²⁹, Caferata Nores³⁰, Alvarado Velloso³¹, entre otros, en las más variadas materias han transitado una vida en busca del permanente aprendizaje personal y superación, tanto

²⁷ En términos similares, SERVÍN, José Waldir, obra citada, páginas 167/8.

²⁸ *“Una de las experiencias más ricas de mi vida es la de la imperfección de mis propios conceptos, advertida por mí mismo, a veces casi inmediatamente”* CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil. Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Depalma, 2000, en la Introducción a la Segunda Edición Italiana.

²⁹ *“Hemos suprimido algunos pasajes que pueden llevar a equívocos (...), por mediar diferencias en los textos, haber cambiado nuestro punto de vista, o ser éste distinto al de los congresales, cuya opinión, como informantes, hubimos de transmitir a la Asamblea”* MORELLO, Augusto Mario. Régimen Procesal del Amparo. Editorial Platense, La Plata, 1966, página 33.

³⁰ *“Aquí se puede advertir la evolución de mi pensamiento sobre las atribuciones probatorias de las tribunales, respecto de lo sostenido en ediciones anteriores de este libro. Cfr.: Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, ps. 606 y 611”*. CAFFERATA NORES, José I. La Prueba en el Proceso Penal, 5ta Edición, Lexis Nexis-Depalma, 2003, página 39. Justamente, el destacado jurista se refiere a la evolución de su pensamiento acerca quien carga con la responsabilidad probatoria. Y agrega: “... el principio propio de un Estado de Derecho es que toda acusación debe ser probada, y “le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones”. Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta la prueba en contrario, esa prueba en contrario debe aportarla quien niega aquella, formulando su acusación”.

académica como profesional, sin cesar de autocriticarse y modificando su punto de vista original al percibir una equivocación, argumentando las razones de ello y no por esto dejaron de ser refinados hombres de derecho reconocidos por todos.

VIII

Casi para concluir

En aras a un proceso en sintonía con la Constitución y los Tratados Internacionales, el Tribunal de Sentencia no debe realizar preguntas de indagación o averiguación a los testigos y peritos pues *—conscientemente o no—* asumen un papel que no les corresponde y rompen con la igualdad de las partes y su imparcialidad (CN, artículo 16).

La responsabilidad del órgano jurisdiccional consiste en valorar y decidir conforme a la producción provocada o espontánea por las partes de los elementos probatorios, y no ayudar a éstas a fin de que aflore una información no ventilada por su propia iniciativa.

Reconociendo que el Código Procesal Penal faculta a preguntar al Tribunal de Sentencia, únicamente caben las preguntas aclaratorias en los términos expuestos precedentemente. Cualquier pregunta, que no tenga las características de clarificar algunos dichos oscuros no debería ser formulada, pues en caso contrario la imparcialidad del juzgador se vería afectada.

En caso que los Miembros del Tribunal de Sentencia realicen preguntas distintas a las aclaratorias, las mismas pueden ser objetadas pues no existe proposición normativa que lo prohíba y por ende, su objeción está tácitamente permitida

No en vano el diseño de la ley suprema consagra que la investigación y acusación con los medios confirmatorios que la sustentan recaen en el actor penal (*acusación pública o particular*) y su juzgamiento a un tercero (*Poder Judicial*) que como tal no debe intervenir en la investigación ni en la acusación con sus probanzas.

Finalmente

Carnelutti recuerda a *aquel sensacional filósofo que todos deberíamos ver en Cristo*³² y una enseñanza suya que está más subestimada y olvidada que

31 "Hoy, en honesto acto de contrición, debo reconocer que su publicación fue un simple pecado de soberbia que ruego sea ignorado por el lector". ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al Estudio del Derecho Procesal, 2da Parte, Rubinzal-Culzoni, 2000, página 228

32 CARNELUTTI, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. 4ta reimpresión. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prefacio, s/p.

*cualquier otra: nolite iudicare [no juzguéis]*³³. A propósito de ello, el Evangelio³⁴ nos relata que los fariseos y maestros de la ley acusaron a una mujer de adulterio (*hechos*) y que en la ley de Moisés se castigaba con la muerte por apedreamiento (*derecho*). Empero, luego de un *mini juzgamiento* se retiraron sin probar ni argumentar sobre la razón de sus dichos (*carga, como imperativo que hace a su propio interés*).

El Nazareno pudo haber preguntado (*por propia iniciativa*) a la mujer sobre sus pecados pero no lo hizo³⁵ a pesar de que ambos conocían “la verdad” de su conducta indecorosa (*pues le dijo “vete y no vuelvas a pecar en adelante”*). Sin embargo, a pesar de todo ello, El manifestó que tampoco la condenaba, y por llamarlo de alguna manera, la absolvió. De ésta forma (*ex profeso o no, lo cual ya no se puede conocer con certeza*), Cristo, al aplicar a rajatabla los principios del sistema acusatorio nos delineó que quien debe resolver una controversia debe ser únicamente protagonista de la decisión y no del debate.

33 CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso 3a reimpresión. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Balance XV, s/p

34 Juan 8, 1-11. Entonces los maestros de la ley y los fariseos le trajeron una mujer sorprendida en adulterio; y poniéndola en medio, le dijeron: —Maestro, esta mujer ha sido sorprendida en el mismo acto de adulterio. Ahora bien, en la ley Moisés nos mandó apedrear a las tales. Tú, pues, ¿qué dices? Esto decían para probarle, para tener de qué acusarle. Pero Jesús, inclinado hacia el suelo, escribía en la tierra con el dedo. Pero como insistieron en preguntarle, se enderezó y les dijo: —El de vosotros que esté sin pecado sea el primero en arrojar la piedra contra ella. Al inclinarse hacia abajo otra vez, escribía en tierra. Pero cuando lo oyeron, salían uno por uno, comenzando por los más viejos. Sólo quedaron Jesús y la mujer, que estaba en medio. Entonces Jesús se enderezó y le preguntó: —Mujer, ¿dónde están? ¿Ninguno te ha condenado? Y ella dijo: —Ninguno, Señor. Entonces Jesús le dijo: —Ni yo te condeno. Vete y desde ahora no peques más.

35 Lo que se pretende resaltar, sin que al efecto interese si es testigo, perito o acusada, es el método de resolución de la controversia: **puramente contradictorio con nula incidencia probatoria de quien está llamado a resolver el asunto.**

Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, 1ª Parte, Reimpresión. Rubinzal-Culzoni, 2004.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, 2da Parte, Rubinzal-Culzoni, 2000.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La Prueba Judicial. Reflexiones Críticas sobre la confirmación judicial*. Editorial Juris, Rosario, 2007.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido proceso de la Garantía Constitucional*. Editorial Zeuz, Rosario, 2003.

AAVV. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*. Egagal, Lima, Anuario-2006.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal Juicio Oral y Prueba*. Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

CAFFERATA NORES, José I. *La Prueba en el Proceso Penal*, 5ta Edición, Lexis Nexis-Depalma, 2003,

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Depalma, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. 3a reimpresión. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá, Temis, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Bogotá, Temis, 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso. (La Partialidad y la parcialidad)*. Discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en "Conducta y Norma", Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *En torno a la Jurisdicción*. Editores del Puerto, Bs. As, 2007.

LLANES OCAMPOS, María Carolina. *Manual de Litigación Oral*. Inecip-Py, 1ª Edición, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2da Edición, 1996.

SERVIN, José Waldir. *Técnicas de Litigación Penal Oral*. AGR SA, Asunción, 2011.

SUPERTI, Héctor. *Derecho Procesal Penal, Temas Conflictivos*. Editorial Juris, Rosario, 1996.

VIRGONINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano. *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*, en www.pensamientopenal.com.ar, Sección Doctrina.



OUI-IOHE

ORGANISATION UNIVERSITAIRE INTERAMERICAINE
INTER-AMERICAN ORGANIZATION FOR HIGHER EDUCATION
ORGANIZACION UNIVERSITARIA INTERAMERICANA
ORGANIZAÇÃO UNIVERSITÁRIA INTERAMERICANA



COLAM

College des Amériques
College of the Americas
Colegio de las Américas
Colégio das Américas



Dr. Raúl Arias Lovillo
Presidente de la OUI

Dra. Patricia Gudiño
Secretaria General Ejecutiva OUI

Fernando Daniels
Director Ejecutivo COLAM

Dr. en C. Eduardo Gasca Pliego
Consejero COLAM- Región
México

I.I.S. Manuel A. Garduño Oropeza
Director Ejecutivo COLAM -México

M. en E.S. Jose Luis Vera
Edición

Arq. America J. Esteban Urquiza
Diseño

Dr. en C. Eduardo Gasca Pliego
RECTOR

M. A. S. S. Felipe González Solano
SECRETARIO DE DOCENCIA

Dr. Sergio Franco Maass
SRIO. DE INVESTIGACION Y ESTUDIOS
AVANZADOS

Dr. en C. Pol. Manuel Hernández Luna
SRIO. DE RECTORIA

M. A. E. Georgina María Arredondo Ayala
SRIA. DE DIFUSION CULTURAL

M. en A. Ed. Yolanda E. Ballesteros Senties
SRIA. DE EXTENSION Y VINCULACION

Dr. en C. Jaime Nicolás Jaramillo Paniagua
SRIO. DE ADMINISTRACIÓN

Dr. en Ing. Roberto Franco Plata
SRIO. DE PLANEACION Y DESARROLLO
INSTITUCIONAL

Dr. en D. Hiram Raúl Piña Libien
ABOGADO GENERAL

Lic. en Com. Juan Portilla Estrada
DIRECTOR GENERAL DE COMUNICACIÓN
UNIVERSITARIA

CONTACTO:

<http://www.uaemex.mx/COLAM/>

DIRECCIÓN: Av. Lopez Rayón 510. Col. Cuau-
témoc, Toluca, Edo. de Méx. CP. 50130
TEL: 722 2232600 Ext: 2060-2061