



Revista de CIENCIAS JURIDICAS

Departamento de Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Santiago, República Dominicana

ISSN 0379-8526

Tercera Epoca

Comité de Redacción: Prof. Víctor José Castellanos E.
Br. Awilda Alcántara
Br. Gina Frías
Br. Dayana De la Cruz C.
Br. Wendy Mena
Br. Claritza Angeles
Br. Rafael Despradel
Br. Raquel Bueno
Br. Angel Cabrera

CONTENIDO

Doctrina:

El código del menor

Ineficacia de la presunción de paternidad en ciertos casos de fecundación humana asistida.

La apreciación judicial de la prueba penal.

Legislación:

Decreto 65-96

Reglamento para la ejecución de las multas impuestas por los tribunales a personas que hayan agotado las penas privativas de libertad.

DOCTRINA El Código del Menor

Julián Ramia*
Darío Balcácer*

En la Legislación que surge a partir del año 1990, nuestro Congreso ha preparado y aprobado diversas leyes, unas por iniciativa del Poder Ejecutivo y otras por la promoción de una u otra Cámara. Entre estas Leyes hay tres que se destacan por su importancia, bajo el formato de códigos, que han introducido una transformación en el orden social y jurídico; ellas corresponden al Código de Trabajo, al Código Tributario y al Código del Menor. El primero y el último han introducido, cambios profundos ante los reclamos de los tiempos, en una sociedad de grandes iniciativas, que han conmovido el sistema precedente de la Legislación, transmutándola para los hombres

*) Abogados en ejercicio.

del trabajo asalariado hasta elevar su estatuto social, y a los menores para proteger su salud y educación intelectual y cultural. Esto es materia de un estudio profundo para destacar los cambios que han promovido al ordenamiento jurídico que les concierne, pero, por el momento, nos limitaremos en este trabajo a un enfoque ligero del Código del Menor.

La minoridad es el estado del individuo que por el poco desarrollo de sus facultades, no tiene voluntad y discernimiento suficiente para su propia protección y gozar de los derechos que otros de más avanzada edad pueden defender y ejercer. La edad fijada por nuestras leyes de la vigencia de la minoridad es hasta los diez y ocho años, aunque dentro de esta escala del Código de Trabajo distingue la niñez de la adolescencia, la primera comprendida hasta los 12 años y la segunda desde los 13 años hasta los 18 cumplidos, para los fines de las revisiones y medidas protectoras, que ha inspirado dicho Código.

Después de estudios y prolongadas discusiones, el Código del Menor fue promulgado el día 22 de abril de 1994. Este Código está dividido en cuatro libros que se inician bajo los títulos de principios generales, disposiciones generales, política de atención y organismo rector, los cuales están subdivididos en capítulos, en los que se desarrolla toda la materia que comprende la Legislación.

El primero de estos libros establece las bases institucionales y los procedimientos para lograr la protección integral de los niños y adolescentes, así como las reglas para determinar su estatuto jurídico en la familia natural y la adoptiva, que aunque recurre como complemento a las disposiciones de estas instituciones del Código Civil, aporta nuevos conceptos que esclarecen las previsiones de la ley general. Igualmente contiene

normas relativas al trabajo, en las cuales adopta la práctica del trabajo independiente de los menores aplicando las normas contenidas en el Código de Trabajo en cuanto a la forma de la autorización, la cual es sometida a las mismas regulaciones para el trabajo dependiente de los menores, o sea, asalariado, así como disposiciones para preservar su libertad y dignidad, a fin de que sea respetada su integridad física, psíquica y moral. También legisla en el sentido de imponer la educación de los niños y adolescentes en el seno de la familia y en las escuelas con acceso a los centros de la cultura y el arte, a la vez que el deber de Estado de proporcionarles educación gratuita y la atención de la educación a los afectados de discapacidad.

En el sentido arriba señalado, merece mención resaltante la importante conquista que introduce en el orden familiar y social, por la reivindicación de la abyecta e injusta condición de los hijos nacidos de uniones no matrimoniales, borrando el signo ignominioso del hijo natural, con que los marcaba la tradición y la ley, elevando su estatuto a la paridad con el hijo legítimo, en lo social, familiar y sucesoral, y así dispone: "Todos los hijos nacidos de unión consensual, de matrimonio y adoptados, gozan de iguales derechos y calidades, incluyendo los sucesorales; se prohíbe el empleo de cualquier denominación discriminatoria de su filiación".

En la institución de la adopción también introduce modificaciones que facilitan que, una persona pueda ser beneficiada con una nueva familia que ofrezca mejores condiciones para gozar de un hogar más cómodo y estable, en el cual encuentre más calor afectivo y educativo para un mejor futuro, figurando también la reducción de la edad de los adoptados de 40 años que exigía el Código Civil a 25 años, sin necesidad de que éstos no tengan hijos. También introduce la innovación

de que una pareja sin ser casada, con una convivencia de no menos de 5 años, de manera ininterrumpida, tenga capacidad para adoptar, pudiendo adoptar cada uno el hijo de otro, así como otras disposiciones tendientes a ampliar el área de la adopción y aligerar el procedimiento.

El segundo libro se inicia refiriéndose a los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono; en peligro físico y moral, y procede a definir estas situaciones expresando que, el abandono consiste: cuando el menor carece de personas que deban suministrarle alimentos, cuidados y educación o cuando no le prodigan atención, afecto, vigilancia o corrección suficientes; en peligro, cuando están embarazadas y abandonadas; los que reciben tratos físicos o psíquicos graves o habituales; los que sean víctimas de explotación física y sexual y otros. Cubre otro capítulo, el cual trata de los menores infractores, que son los que incurren en hechos sancionados por la ley y observan una conducta típica que revelan actos de carencia de sensibilidad moral y social.

Dedica otro capítulo a los niños, niñas y adolescentes discapacitados físicos, sensoriales y mentales. Define éstos cuando presentan una limitación temporal o definitiva de su capacidad física, sensorial y mental, que les impide velarse por sí mismos para sus actividades cotidianas y su integración al medio social. También impone al Estado sus deberes para asegurar iguales oportunidades a todos los niños de manera idéntica que los demás en el orden familiar, vigilando que las personas de quienes dependan cumplan sus obligaciones para lograr su rehabilitación, que les asegure el respeto a la dignidad y disfrutar de los beneficios de los derechos fundamentales de los menores normales;

así como propiciar por medio de los organismos oficiales la elaboración de programas para la protección de la deficiencia; por la proporción regular de la educación especial; la creación de talleres para su capacitación; la recreación y demás medios dirigidos a la rehabilitación integral de los deficientes.

El libro tercero se ocupa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuya prescripción encausa por la acción de organismos no gubernamentales y gubernamentales, instituyendo un organismo rector del sistema de protección al niño, niña y adolescentes a nivel nacional, con filiales en cada provincia y Consejos Nacionales y Regionales de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con carácter deliberativo y supervisión de las actividades a todos los niveles, que permitan la cooperación de agrupaciones populares y representativas de los diferentes sectores sociales. En el resto de los capítulos establece la conformación de estos organismos, sus atribuciones y funcionamiento, así como las medidas de protección; la atribución de su custodia a las personas encargadas de ejercerla; la orientación, apoyo y vigilancia; la matriculación a un establecimiento de enseñanza básica; el tratamiento médico; la educación de los padres a fin de determinar su responsabilidad y proceder a la evaluación o amonestación si fuere pertinente, y procediendo a definir estas medidas y los medios de su ejecución.

Abarca este libro una sección de gran interés e importancia que se refiere a la modalidad de la niñez y víctimas de la pobreza, medio ambiental y educación doméstica y escolar; la delincuencia infantil, a la que agregaremos hoy la adolescencia; define el Código, la infracción, la conducta del menor tipificada como crimen, delito y contra-

vención, sancionados por las leyes penales. Desarrolla la materia bajo el presupuesto de la imputabilidad de los menores, por lo que establece que si se les atribuye la comisión de un hecho delictivo, no podrán ser enjuiciados por los tribunales ordinarios. A estos fines crea una policía especial de niños, niñas y adolescentes, la cual tiene por funciones cumplir y hacer cumplir las normas y resoluciones impartidas por el Organismo Rector del sistema de protección y en este orden vigilar los parques, sitios públicos abiertos al público; evitar el ingreso en casas de lenocinio o similares; controlar que el material pornográfico no esté al alcance de los menores; inspeccionar los lugares de diversión o espectáculos públicos que le soliciten las empresas, el Juez de niños, niñas y adolescentes, y rendir un informe, y otras funciones similares para apartar los menores de los sitios en que puedan ser afectados su moral y educación.

Igualmente crea los tribunales de niños, niñas y adolescentes, los cuales estarán integrados por un Juez, un psicólogo, un defensor que actuará como Ministerio Público y otros auxiliares profesionales, los cuales se establecen en el Distrito Nacional y en otras catorce provincias. Crea también Cortes de Apelación de las jurisdicciones establecidas por la ley de organización judicial, las cuales estarán constituidas, por lo menos, por tres jueces, de ambos sexos. las condiciones de los jueces, la competencia, las atribuciones de los tribunales y cortes, así como los auxiliares, que serán abogados, psiquiatras, trabajadores sociales, están descritos en detalle y algo prolíficas, que en un trabajo de toque no ofrece márgenes para analizar cada uno de estos aspectos, aunque debemos resaltar que este organismo ha sido plasmado con los más modernos conceptos de la protección de la niñez para encausar sus futuras vidas por

senderos de la mayor dignidad y protegerlos de los ambientes insanos que conspiran contra su formación moral y educativa, y prepararlos para compartir con los más favorecidos sin mácula discriminatoria.

En el cuarto libro se crea el organismo rector del sistema de protección al niño, niña y adolescentes; un organismo de alto nivel estructural, por estar compuesto por los Secretarios de Estado de Salud Pública y Educación, Bellas Artes y Cultos; por la Procuraduría General de la República; el Consejo Nacional de la Niñez; Secretario Técnico de la Presidencia y dos representantes de los organismos no gubernamentales. Son sus atribuciones: formar y ejecutar la política nacional de protección de los menores; recomendar al Poder Ejecutivo la política, planes y programas en beneficio de la niñez; velar por los derechos de los menores; promover las normas legislativas referentes a los niños, niñas y adolescentes; suscitar la participación nacional y sistemática de los sectores públicos y privados en la búsqueda de una adecuada solución al problema de la niñez y otras muchas más funciones, hermosas y útiles, propendientes a la conducción de la niñez a un nivel de vida del más noble y apropiado a la condición humana.

Incluye este libro un capítulo contentivo de las sanciones en que incurren las personas, profesionales o no, que tengan que cumplir funciones de protección, cuidado y vigilancia de los menores, como el Director de un Centro de Atención Materno Infantil que no cumpla con las disposiciones de mantener un registro de las actividades desarrolladas en beneficio de las madres gestantes y suministrarles la certificación de parto y las circunstancias que rodean el mismo, con penas de reclusión y multas entre RD\$5,000.00

RD\$10,000.00 y contra los enfermeros de los mismos centros al no identificar un recién nacido, con penas de 6 meses a dos años de detención o multa de RD\$1,000.00 hasta RD\$5,000.00; a aquellos que abusan psicológica y sexualmente de un menor, con penas de dos a cinco años y multa de RD\$5,000.00 a RD\$15,000.00 y otras muchas más infracciones sancionadas con penas graves, como lo demanda la protección de la niñez en contra de la prevaricación, que debe funcionar no sólo como correctivo a una conducta tan aberrante contra seres indefensos como un menor y una madre en proceso de gestación, sino, también, como prevención contra hechos tan bochornosos.

Por último el capítulo con que se cierra el Código versa sobre las infracciones cometidas por los funcionarios administrativos. Incluye los médicos, profesores o personas responsables de la salud y enseñanza, que dejen de comunicar los casos que conocen de los usos contra los menores, a los cuales sanciona con multa de 3 a 4 meses de sueldo; el funcionario o empleado que sin autorización divulgue el nombre, hechos y documentos relativos a un procedimiento policial, administrativo o judicial que se atribuya a un menor, sancionándolo con multa de 3 a 20 salarios; quien no comparezca por ante un juez, en un plazo de cinco días, con el objeto de regularizar algún asunto relativo a menores; los que hospeden niños en un hotel, sin la compañía de sus padres o sin su autorización; los que den entrada a menores en un trabajo, en violación a las disposiciones del código; el que venda, ceda o alquile videos a menores, con carácter pernicioso, peligroso, dañino o inadecuado y otras más infracciones, sancionadas todas con penas de privaciones de salarios hasta de 20 meses. Trata además este capítulo, de las fuentes presupuestarias, las cuales

dice serán determinadas por el Poder Legislativo, las cuales dice serán determinadas por el Poder Legislativo, con las que se financiarán los organismos destinados a su funcionamiento y entrenamiento del personal.

El Código del Menor, en consecuencia, es un instrumento legal concebido y estructurado con el más altruista y elevado propósito de proteger la niñez y proveerla de la asistencia y educación apropiadas, el cual ha sido plasmado siguiendo los más modernos sistemas conceptuales y didácticos, bajo la orientación de los textos y principios de la Convención de las Naciones Unidas, encaminado, como consagra el mismo código en su primera parte: "a permitir y preservar la salud física y psíquica, así como el desarrollo espiritual, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, respetando su dignidad". Creo que nuestro legislador ha logrado su objetivo con los conceptos y reglas establecidos en ese legado legal, que aunque pueda o pudiera hacerse una ligera observación, en cuanto al ordenamiento de las materias y el lenguaje técnico, no rasgaría el fondo, sino que serían hechos deseando que los organismos que tienen la función de ponerlo en ejecución, cumplan sus deberes en raudo tiempo, y las instituciones oficiales suministrar los recursos para su financiamiento, para beneficio de es niñez que mora en el vientre sórdido de la sociedad o que deambula por las calles fija sus pupilas en el horizonte lejano de la justicia social.

Un prohombre vietnamita sentenció: "Un pueblo digno que desea conservarse como tal, deberá proteger su niñez y venerar su ancianidad".

El Código del Menor llena pues, una aspiración siempre sentida por la humanidad: proteger al infante de los embates de la sociedad, de los cuales no puede defenderse por sus propios medios.

DOCTRINA

Ineficacia de la Presunción de Paternidad en Ciertos Casos de Fecundación Humana Asistida

Víctor José Castellanos*

En estas reflexiones, pretendemos incursionar, en los temas de filiación y, como ésta, con miras al futuro, tiene grandes retos de posibles transformaciones conceptuales y corrientes doctrinales tradicionales, dejando a un lado, en muchos casos, la "presunción de paternidad" que prescribe el Art. 312 del Código Civil Dominicano.

Veamos, pues, que al dejar a un lado la fecundación tradicional natural, sobre todo, para aquellas parejas con dificultad de procreación, el hecho de la multiplicación de la especie por métodos asistidos abren un campo muy amplio de opiniones positivas y negativas que hacen de la temática un problema a resolver por la legislación y jurisprudencia dominicanas.

LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA

La participación de la ingeniería genética en la inseminación artificial, consiste en la introducción de espermatozoides de un hombre en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal o en la manipulación externa de la espermatozoos masculina y el óvulo femenino, para que una vez fecundado, éste último, se introduzca en el vientre materno femenino.

La medicina, la biología y otras ciencias afines, en los tiempos actuales, plantean opciones de procreación humana muy distantes del método tradicional natural. Esas opciones, por su profundidad, contenido y fines, producen serias reflexiones en el pensamiento cristiano, así como, en las prescripciones legales, doctrinales y jurisprudenciales de las ciencias jurídicas.

A los fines de este trabajo, por razones obvias, solamente vamos a reflexionar en el campo del derecho y, en algunos momentos nos permitiremos emitir consideraciones de carácter humano-ético.

La procreación humana asistida se desarrolla en dos vertientes principales:

1ª La inseminación artificial, que a su vez, puede ser organizada de dos formas:

1.a) La inseminación artificial con semen del cónyuge (IAC), la cual también se le conoce como "inseminación artificial homóloga".

1.b) La inseminación artificial con semen de donante (IAD) y, que también recibe el nombre de "inseminación artificial heteróloga".

2ª La fecundación "in vitro" con transferencias de embriones (FIVITE); y

2.b) Fecundación "in vitro" por transferencias de gametos (GIFT).

Independientemente de estas clasificaciones, es preciso hablar de otras formas de reproducción humana que hoy en día también están bastante desarrolladas como son: La reproducción asexual o "clonning" y, aquella fertilización que, aunque siguiendo los métodos ya clasificados, se puede producir después que el donante ha dejado de existir y cuyo semen previamente obtenido antes de su muerte, se manipula en pro de una fecundación efectiva. En esta última, el semen se coloca como en un proceso de hibernación hasta su utilización en el seno materno.

*) Licenciado en Derecho, UCMM, 1971. Especialista en Psicología Industrial, UASD. Profesor Asociado PUCMM. Premio Nacional de Literatura en el género de Didáctica, 1990. Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, PUCMM.

En todos y cada uno de estos casos empiezan a plantearse, tal y como hemos expresado al principio, una serie de interrogantes ético-legales de gran trascendencia que pueden modificar a través del tiempo concepciones tradicionales, en especial aquellas que se refieren a los asuntos de filiación para su incubación y luego procreación. O sea, que en todos los casos de fecundación humana asistida, se pretenden salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre un hombre y una mujer.

INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DEL MARIDO (IAC) (HOMOLOGA)

Esta forma de fecundación humana, generalmente, se prescribe en aquellos casos, en que real y efectivamente los esposos tienen dificultades preferentemente anatómicas para procrear. Consiste en la introducción por médicos especialistas, de esperma de un hombre (esposo), en el interior de los órganos femeninos.

En este primer caso de fecundación humana asistida se presentan algunas vertientes jurídicas muy interesantes y que es preciso dilucidar, previo al hecho mismo de la inseminación. Veamos. Los esposos y el médico especialista, por razones obvias, previo a toda asistencia deben celebrar presumiblemente un contrato de asistencia a los fines de fecundación. **Seriaux** sostiene que "todos estos contratos son nulos porque ellos comportan un atentado al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano que está fuera del comercio"¹. Agrega otro autor, **Vouin**, que "tal principio no tiene un alcance absoluto, puesto que, la donación de otros productos del cuerpo como la sangre y la leche es válida"².

Obviamente, que la doctrina está dividida en este aspecto del contrato. Sobre todo, hay un aspecto básico en esta forma contractual: el comercio de la fecundación de un ser humano. Pero hoy se hacen transplantes humanos cuya validez no se cuestiona; ahora bien, el derecho siempre debe estar subordinado a la dinámica moral y, ésta, realmente, en especial la moral cristiana rechaza toda forma de comercio que atente contra la dignidad humana.

La doctrina, legislación y jurisprudencias dominicanas, creo, no han tenido oportunidad para pronunciarse sobre el tema de la fecundación humana asistida. Pero, ¿podría encuadrarse este contrato entre aquellos que trasgreden el orden público y las buenas costumbres?

Recordemos que no es lo mismo donar un "órgano" que "dar vida a otro ser" por medio de un simple contrato.

Ahora bien, veamos el hecho de la inseminación con el semen del esposo.

El producto de esa manipulación genética, en principio, sin dudas, está amparado por la presunción de paternidad prevista por el Art. 312 del Código Civil. Es decir, a los términos de la ley, son hijos nacidos dentro de matrimonio.

Basta para justificar esta aseveración. Lo que plantea en su primera parte el referido Art. 312, cuando dice: "se reputa hijo nacido en el matrimonio..." Es preciso puntualizar, que existe una relación biológica hijo, padre y madre.

Ahora bien, ¿podrá el marido "a posteriori" alegar que el profesional de la medicina actuante manipuló su líquido seminal y, que en vez de aquel de su propiedad, se inoculó en su mujer la esperma de otro hombre? Es decir, el marido alegará que si bien es cierto que la criatura fue concebida y nacida en el matrimonio no es de él,

porque fue el producto del semen de otro hombre. Así planteado el asunto, el hombre, el marido, podría intentar utilizar el procedimiento de desconocimiento de paternidad. No obstante, su esposa y en su anhelo de tener descendencia dejaría sin efecto cualquier acción de esta naturaleza. Pero, si los padres son de color blanco, y el niño nace con facciones morenas ¿cómo justificar socialmente esto? Obviamente, que todo va a depender de la madurez de los esposos y de la dificultad de prueba de la manipulación que haya podido haber acontecido.

En fin, sobre este tenor hay que concluir que surge una figura novedosa en el derecho, "la donación de paternidad".

Es preciso examinar en esta misma parte aquellos casos en que no existe matrimonio, sino que lo que hay es un concubinato público y notorio. Posiblemente, el fruto de esta inseminación, cuando el semen procede del concubino, no existe dudas que el padre podrá "reconocer" como su hijo a la criatura que nace. Pero, si se manipula su semen con el de otro hombre, se presenta la cuestionante que ya hemos explicado y el padre podrá negarse a reconocerlo. Pero, si aún el padre "donando" su semen, teniendo la certeza, además, de que ese fue el inoculado a su concubina no quiere reconocer al hijo; obviamente, que el hijo podrá reclamar con más fuerza probatoria (contrato con el médico) su filiación con respecto a su padre.

No queremos dejar de enfatizar, y en este último caso con más fuerza, la cuestionante sobre la ilicitud del contrato entre los concubinos y el médico. *Recordemos que las convenciones con concubinos no está debidamente protegidas porque al parecer de la ley son relaciones inmorales.*

INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE (IAD) (HETEROLOGA)

La inseminación artificial con semen de donante se realiza no con el semen del esposo de la mujer receptáculo, sino, con semen de un tercero. Posiblemente, estos casos son comunes cuando el marido de la mujer tiene deficiencias para engendrar. También hay que agregar que, a estos fines, existen bancos de semen en el extranjero (que yo sepa aquí no existen), que permiten obtener semen hibernado para efectuar la fecundación.

Existe la posibilidad que el "donante" sea un hombre anónimo o, podría ser, que éste sea conocido por los cónyuges. Lo que si creo que debe asegurarse en estos casos es que el donante sea sano y que por lo menos, reúna los caracteres morfológicos parecidos al de los padres.

En los niveles que se maneja el tema hoy día, sería intrascendente puntualizar sobre el contrato mismo por medio del cual el donante o el banco de semen transfieren el mismo a la mujer receptáculo. Para todos hay que señalar lo ya expresado; es un contrato que pretende legitimar la creación de una vida diferente a lo establecido por el método natural, más aún, con la intervención de un tercero que no es el marido de la mujer casada. Enfatizaremos, otra vez, que se encuentra en los términos actuales de la legislación dominicana muy en entredicho la licitud del mismo. Más aún, podríamos estar en presencia de un posible incesto, si el semen donado pertenece a un familiar de la mujer, de aquellos que le está prohibido esa relación.

El hijo así concebido y su posterior nacimiento dentro del marco del Art. 312 del Código Civil, en principio, su filiación no se cuestiona, su filiación es legítima.

No obstante, hay que hacer algunas puntualizaciones: ¿Podría posteriormente al hecho del nacimiento accionarse en contra de la legitimidad, por el hecho de que nació en un matrimonio en que el marido es impotente?

¿Podría el donante de semen alegar su paternidad y reclamarla como tal?

¿Debemos descartar en el caso de la especie que el producto de ese "negocio" no es el fruto del adulterio de la madre?

¿Debe negársele al hijo así concebido el conocimiento de su génesis? ¿No se le estaría negando un derecho inalienable que como persona posee?

Vamos a estudiar en primer lugar la primera cuestionante. El Art. 313 del Código Civil plantea, que el marido no puede invocar su impotencia natural para negar al hijo, más aún, el Art. 312 del Código Civil señala, que la impotencia sólo puede ser invocada si es por efecto de un accidente. A estos fines, el legislador francés ha considerado que la prueba de la impotencia natural, sino es imposible, por lo menos resultaría muy difícil de suministrar. Ahora bien, para que "haya accidente", es preciso, que exista un atentado material contra los órganos sexuales masculinos, tales como: heridas mutilaciones, operaciones quirúrgicas... En esta última, las operaciones quirúrgicas, *La Morandiere* expresa: "La impotencia resultante de una enfermedad debe ser asimilada a la impotencia natural"³. No obstante, al parecer ningún otro hecho diferente de los admitidos por el texto puede justificar el desconocimiento, pero la jurisprudencia francesa señala, que la impotencia resultante de una operación en los órganos sexuales masculinos debe ser asimilada a la impotencia accidental y, por tanto, sería admisible como válida una acción

en desconocimiento basamentada en este último argumento.

O sea, que el desconocimiento de paternidad fundada en la impotencia del hombre, sólo funciona cuando es a consecuencia de un accidente.

En segundo lugar, en lo referente a si el donante de semen puede alegar su paternidad y reclamarla como tal. Hay que precisar algunas cosas:

La acción en reclamación de estado es aquella por medio de la cual una persona pretende establecer su derecho a un estado civil del cual no goza, demostrando su filiación. Es decir, que nació de una mujer casada. Esta acción por su naturaleza familiar se encuentra sometida a restricciones particulares, y se refieren: 1º a la competencia del tribunal; 2º a las personas que pueden intentar la acción; 3º sobre la prescriptibilidad de la acción y, por último, 4º la autoridad de la cosa juzgada en materia de filiación. Al tenor de lo expresado por el Art. 326 del Código Civil, sólo los tribunales civiles son competentes para conocer de las acciones en "reclamación de estado". Aún el texto sólo hable de la acción en reclamación, no cabe dudas, que debe extenderse a las acciones en contestación de estado.

Planteado así, si un asunto de filiación se presenta por ante una jurisdicción de excepción, el tribunal deberá declararse incompetente y enviar el asunto por ante la jurisdicción civil. Esto a pesar de que "el juez de la acción, es el juez de la excepción". Sin embargo, este principio sufre algunas restricciones cuando no impide que la cuestión de filiación sea examinada incidentalmente por una jurisdicción represiva. Por ejemplo, en caso de parricidio, se presenta el caso de saber si el acusado es hijo de la víctima. Pero, existe un caso, en que

de manera tajante, la ley le otorga exclusividad a los tribunales civiles para el conocimiento del asunto de la filiación y, resulta, de lo prescrito por el Art. 327 del Código Civil, en lo relativo a las acciones de los delitos de "supresión de estado". El autor de estos hechos no puede ser penalizado si ante el tribunal civil no haya establecido su verdadera filiación. Contrario a todo principio procedimental, aquí, lo "civil mantiene lo penal en estado". Esto quiere decir que la acción criminal no puede concluirse hasta que no haya intervenido sentencia definitiva sobre la cuestión del estado.

¿Qué personas pueden intentar la acción en reclamación?

En principio, sólo puede ser ejercida por el hijo mismo o, por sus representantes legales. No obstante, la jurisprudencia francesa, parece admitir, sin embargo, que puede ser ejercida por la madre cuyo hijo no ha sido declarado conforme a su verdadero estado civil y, aún, por el marido de la madre. A todas luces, esta acción en reclamación es negada a los acreedores. Además, se permite el ejercicio de esta acción a los herederos, en los casos previstos en los Art. 329 y 330 del Código Civil.

Es decir, que a los fines de una inseminación heteróloga, el padre verdadero, el donante de semen, podrá reclamar válidamente su paternidad, lo que podría hacer caer las prescripciones del Art. 312 del Código Civil, aún el niño haya sido concebido o nacido durante la vigencia del matrimonio.

Recordemos que los hijos que se encuentran sometidos a la presunción del Art. 312 del Código Civil son: 1º los hijos concebidos; 2º los hijos nacidos durante el matrimonio.

Ahora bien, ¿cómo podrá establecerse que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio? La

ley para evitar cuestiones médicas delicadas ha establecido: "que la concepción del hijo debe colocarse en el tiempo transcurrido desde los trescientos hasta los ciento ochenta días anteriores al nacimiento del niño". A consecuencia de esta presunción, aún si lleva el niño otra paternidad diferente a la del matrimonio se reputa hijo de éste. Pero, no obstante, el marido, por un lado, puede retractarse de esta presumida admisión de paternidad probando que la concepción del niño ha tenido lugar en condiciones inconciliables con la idea de filiación legítima y, por otro lado, el donante puede intentar reclamar su paternidad al ser el donante del semen que dio lugar a la criatura.

En otro sentido, pero, siguiendo la línea de la acción en reclamación y, en lo referente a las restricciones que ésta impone, agregamos que también se tiene que tomar en cuenta la prescriptibilidad de la acción. De manera general, la acción en reclamación es imprescriptible cuando ella es acordada a un individuo en un interés personal. Es más, el padre reclamante no puede renunciar a ella y no sería susceptible de ninguna transacción.

Y por último, la autoridad de la sentencia en materia de filiación se discute. Unos alegan que las sentencias dictadas en esta materia poseen un carácter absoluto. Es decir, que producen efectos "erga omnes". Mientras que la jurisprudencia francesa, después de ciertas vacilaciones, se ha pronunciado afirmando que las sentencias que intervienen en materia de filiación tienen un carácter relativo, tal y como lo dispone el Art. 1351 del Código Civil. No conozco la apreciación de la jurisprudencia dominicana sobre este tema.

Ahora bien, ¿debemos descartar en este caso que el fruto del negocio de la donación de esperma no presenta visos de adulterio?

El Art. 336 del Código Penal establece que el adulterio del marido o de la mujer no podrá ser denunciado sino por el otro cónyuge⁴. Eso significa que el cónyuge, pretendidamente ofendido, lo sería el esposo de la mujer objeto de la inseminación heteróloga. Pero creemos que si él y la esposa son los requerientes para tener un hijo, sería muy cuesta arriba, que luego, el marido quisiera impugnar ese pacto y sobre todo, inculpar a su esposa de adulterio y al donante como cómplice. A todas luces, todo esto nos parece absurdo y fuera de la realidad, sobre todo, que falta la intención en uno y otro; además, no hubo relación coital entre la esposa y el donante.

Por último, debemos expresar que todo ser humano tiene derecho a saber su origen y, en un momento dado, conocer que nació del fruto del esperma de otro hombre que no es el marido de su madre. Puede resultar traumatizante para el hijo, ya que las relaciones familiares deben estar sustentadas en la sinceridad de todos los componentes familiares, porque cualquier sospecha daría al traste con la estabilidad familiar.

FERTILIZACION "IN VITRO"

Tal y como hemos expresado, la fertilización "*in vitro*" puede concebirse de dos formas: 1º con transferencias de embriones (FIVITE); 2º transferencias de gametos (GIFT). La primera, con transferencias de embriones (FIVITE), se define "como una técnica en la cual el óvulo (ovocito) inmaduro, es removido de la mujer y puesto cuidadosamente en un medio preparado para su cultivo y fertilizado luego con esperma"⁵.

El informe **Warnok** la define como aquella que "se produce mediante la extracción del óvulo humano maduro para que se fecunde "*in vitro*"

con el semen, bien de su esposo, de manera que una vez que hubiera ocurrido la fecundación se transfiera el embrión al útero, bien de la pareja comitente, bien en el útero de una tercera persona que lleva a cabo con aquella pareja un contrato de gestación"⁶.

El procedimiento médico que se sigue en estos casos, comienza por una estimulación ovárica que permite recoger directamente en el ovario, bajo anestesia y mediante una laparoscopia, un número de óvulos variantes de uno a diecisiete. Estos óvulos puestos en presencia "*in vitro*" de los espermatozoides del marido son fecundados en una proporción mediana del 60%. Tres o cuatro de los embriones así producidos son implantados de los primeros... en el útero, en el curso de un nuevo ciclo, si la implantación ha sido seguida de un embarazo⁷.

En el aspecto jurídico, cuando los gametos provienen de la propia pareja afectada del problema de esterilidad, se puede concluir que las soluciones jurídicas apreciadas dentro del marco del Art. 312 del Código Civil son similares a la inseminación homóloga. En este caso, la pareja casada ofrece el fruto (semen y óvulo) para que manipulado, científicamente, se reimplante de nuevo en la mujer casada y, surja así un nuevo ser, hijo de ambos. El hijo así procreado resulta hijo legítimo si la pareja está unida por el vínculo del matrimonio o, puede ser considerado hijo natural reconocido por ser consanguíneo de ambos padres. Obviamente, que en este último caso, debe ser expresamente reconocido por su padre genético. Hay que observar que lo único que faltó en el caso de la especie para la fecundación es la "era cópula"; es decir, no se produjo la fecundación como resultado de una relación sexual.

Esta fecundación asistida, a nuestro modo de entender, no permite la existencia de dudas acerca de la maternidad y/o paternidad, porque la manipulación genética es con el producto sexual de ambos padres biológicos, de suerte que adquiere todo su rigor la regla según la cual "pater is quem sanguis demonstrat".

Pero, aún en estos casos de tanta seguridad para la maternidad y paternidad se puede presentar la situación de que el padre fallezca o se divorcie ambos esposos. Aquí sería importante determinar la fecha posible de la concepción; pues existe el riesgo de que la criatura nazca después de los 300 días y no se encuentre entonces amparado por la presunción de paternidad. Para **Rubellin-Devich**⁸ el niño se reputará concebido a partir del día de la transferencia de los embriones en el útero y cuando se verifique un embarazo. Creemos que debe haber una apertura mental más amplia y, pensar que el hecho de que el padre haya consentido en la fecundación, es una muestra irrefutable de su paternidad y, que por tanto, en todo caso, el hijo sea legítimo o natural reconocido. Una segunda hipótesis que puede aparecer, es la que se realice con un óvulo donado y el semen sea del esposo. En este caso se recurre cuando la mujer puede dar a luz, pero, es incapaz de producir óvulos o que exista algún riesgo de transmitir alguna enfermedad.

Aquí, el espermatozoide es del esposo y, por tanto, la paternidad resulta incuestionable. Pero, lo que sí es discutible, es la maternidad. Existe una maternidad ovular o genética y, por otro lado, la maternidad gestante.

La madre ovular o genética tendría, obviamente, una posible alternativa jurídica: reclamar su filiación materna⁹, pero, en este sentido, el informe **Warnock**¹⁰ señala que, "cuando nazca un niño de

una mujer como consecuencia de la donación del óvulo de otra mujer, la mujer que alumbró al niño sea considerada, a todos los efectos, como la madre de ese niño, y que la donante del óvulo no tenga derechos o deberes con respecto al niño"¹¹. Además, el Art. 312 del Código Civil plantea el asunto de la paternidad y, como ésta resulta incuestionable la filiación de la criatura sería legítima. Más aún, de ese mismo artículo se infiere que lo imprescindible es una gestación y un alumbramiento de la mujer que se pretende la madre, y la existencia de un matrimonio entre ésta y el padre.

Otra forma de fecundación "*in vitro*", podría ser por la donación de embriones con gametos, provenientes de terceros (donantes). Este caso resultaría, posiblemente, de un esposo infértil o, evitando la transmisión de una enfermedad del mismo. El embrión implantado a la mujer no produce, en lo jurídico, ningún problema para la maternidad (existe la gestación y el parto de la mujer). Pero, con respecto al padre, la situación es parecida a la inseminación heteróloga y se plantearía las mismas opciones jurídicas que nos hemos planteado en este trabajo.

Resultaría también osado plantearse la adopción del "non nato", porque nuestra legislación positiva no concibe la adopción prenatal.

LAS MADRES SUSTITUTAS O PORTADORAS

Presenta dos modalidades: que exista una sustitución completa de la madre o, que estemos en presencia de una madre portadora. Veamos la diferencia entre ambas. En la primera existe una contratación de una mujer que accede a desarrollar en su vientre una criatura en una etapa determinada, dar a luz y luego entregarla a una

pareja contratante. A estas madres también se les llama "madre prestada", "madre por procuración", "madre de reemplazamiento", etc..

El caso no presenta para la esposa ni una gestación, ni un parto. La esposa simplemente fue la receptora del producto de un embarazo de otra mujer y que, por medio de un contrato, se le ha entregado el resultado: un niño.

Independiente del juicio ético y moral, el "negocio jurídico", resulta también altamente cuestionable. No podríamos concebir la naturaleza del contrato, ni a la luz del artículo 1710 del código Civil (locación de obra), ni tampoco en el ámbito del Art. 1130 del Código Civil (venta de cosa futura)¹².

Nuestra opinión muy particular es que tanto el objeto, como la causa contractual son ilícitos. Recordemos que "sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos"¹³ y, el hombre como tal, no es un objeto de comercio. Son contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

De todo esto resultaría que la mujer gestante, podría negarse a entregar el producto de su "negocio jurídico" y, consecuentemente, los padres presuntos (los esposos) no dispondrían de ninguna acción para hacer cumplir lo pactado. De ahí que, el Art. 312 del Código Civil no tendría ninguna vigencia real. Pero, aún después de una posición tan radical, habría que plantearse una distinción, entre la maternidad de sustitución completa y la que solamente es portadora.

Veamos en el primer caso. Los esposos aportan sus células germinales, que fecundadas "in vitro", serán con posterioridad implantadas como cigoto o embrión en el útero de la mujer gestante.

La madre no es otra que la que dio a luz "mater certa semper est". Parecería que el niño es hijo

natural del padre y de la madre gestante. Pero, ¿la mujer gestante puede ser a su vez casada? ¿Y entonces? El Art. 312 del Código Civil recobra su imperio y el marido de ella sería en este caso el padre. Naturalmente, que "su marido" podría desconocerlo por las causas establecidas por la ley.

Por otra parte, si la mujer gestante es soltera, tampoco cabría aplicarle el Art. 312 al producto de ese "negocio", porque la pareja de esposos contratantes podrían incurrir en el delito de suposición de parto que prevee y sanciona el Art. 345 del Código Penal.

En otra segunda hipótesis, uno de los esposos aporta su gameto reproductor. En ésta la maternidad de sustitución es muy ambivalente. Una mujer aporta su óvulo para ser inseminado con el semen del marido y, a su vez, se compromete a asumir el embarazo para después cumplir con su obligación contractual de entregar el hijo. A nuestro modo de ver no existe una clara y fundamentada relación de filiación, sobre todo, por lo ilícito del contrato. Pero, podría ser también, que una mujer acepte la gestación de un embrión formado por los gametos del marido contratante y el óvulo, a su vez, de una donante. Aquí realmente, se presenta tamaño problema jurídico. El niño tendría una madre genética, una madre gestante y una posible madre afectiva o contratante.

La madre genética no cabría imputársele de responsabilidad materno filial, en cierto modo, porque ella aportó "algo" que no era definitivamente un niño en gestación. Pero ¿qué decir de las dos restantes?

La madre gestante tendría que aplicársele lo expresado, por aquello que "mater certa..." Notemos que el marido contratante no es esposo

de la mujer gestante y por tanto no podríamos aplicar la presunción de paternidad. Pero, le es entregado a una mujer contratante, que a su vez es casada y que por tanto, podría ampararse en el Art. 312 del Código Civil, por lo de que "se reputa hijo del marido..." Pero quizás no debemos flexibilizar tanto el asunto, por lo de aquello que expresábamos que el contrato entre los esposos y la gestante aparentemente es nulo.

En este último caso, la ley no plantea una solución posible y que pueda ser amparada la criatura por la presunción de paternidad establecida en el Art. 312 del Código Civil.

REPRODUCCION ASEJUAL O CLONNING

El Clonning: "es una reproducción asexual caracterizada por la creación de individuos genéticamente idénticos, a partir de un solo padre"¹⁴. En esta forma de reproducción el acto sexual le es ajeno.

Más aún, por su forma todavía experimental, que implica altos riesgos de producir "seres malformados o con taras genéticas"¹⁵. A todas luces, los problemas jurídicos que esta reproducción pueda generar, todavía están en potencia, como lo está la misma reproducción. Pero, de antemano, pensamos que la omisión misma de la relación sexual implica desestimar de plano la vigencia del Art. 312 del Código Civil, en base, sobre todo, a ese deber de cohabitación que debe existir entre los esposos, para fundamentar el fondo de la presunción.

Es más, no debíamos incluir esta reproducción como técnica asistida, porque al final, lo que ésta procura es la duplicación de personas idénticas, con algunas características mentales o físicas posiblemente superiores a los demás de la especie.

INSEMINACION POST MORTEN

No es propiamente una forma de inseminación asistida, sino que, utilizando los métodos ya explicados, se usan cuando ya el marido ha fallecido y la madre a supervivido. o, lo que es lo mismo, una mujer que fue casada se hace inseminar con el semen de su marido fallecido, pero, que previamente, sometió a un proceso de hibernación su semen en un banco destinado a esos fines.

El informe **Warnock**, aunque no la prohíbe, aconseja que no les asista a los así procreados derechos sucesorios¹⁶. No obstante, a esto podemos agregar una interrogante, ¿a la luz del derecho dominicano, ese contrato de hibernación no estaría sometido a caerse por ser nulo? Más aún, ¿por la muerte del esposo se rompe el vínculo matrimonial y por ende, el Art. 312 del Código Civil no tendría una aplicación plena y efectiva? Ha sido concebido fuera del vínculo del matrimonio. Pero, ¿y cuál sería la filiación del hijo?

El Art. 315 del Código Civil responde, "podría ser puesto en duda y reclamarse contra la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio o la separación personal"¹⁷. No existiría pues una filiación legítima.

Ahora bien, ¿podría concretizarse una filiación natural reconocida? Tampoco, porque no podría oficializarse, en principio, el reconocimiento puesto que el padre murió. Tampoco podríamos hablar de reconocimiento póstumo, porque no existía la condición de padre al momento de la concepción.

Quizás haciendo un uso extensivo de la declaración judicial de paternidad planteada en el Art. 7 de la Ley 985 del 5 de septiembre de 1945 (G.O. 6321) podría resolverse el problema de la

paternidad. Pero, en el fondo sería ese el sentir de lo que quiso expresar el legislador de aquella época cuando se redactó la ley 985?

Al final de cuenta, el hijo así concebido se va a reputar, a nuestro entender, hijo natural de la madre.

En Francia, el hijo no se beneficia de la presunción "pater is et..." Es la opinión dominante en jurisprudencia y doctrina. Pero, parece que la ley francesa considera que el hijo así concebido es legítimo, siempre y cuando, "que el marido antes de morir hubiera expresado su consentimiento a tales fines", o en el caso de ampliar la presunción de paternidad más allá de los 480 días siguientes al fallecimiento del marido¹⁸. Es decir, que se crea una nueva presunción de paternidad, con una prescripción mucho más amplia en cuanto a tiempo que aquella que prevee la legislación dominicana.

En definitiva, una fecundación "post mortem", independiente del análisis del contrato mismo de asistencia para la inseminación, estaría fuera del abanico de protección del Art. 312 del Código Civil, y, en consecuencia, el producto de la misma se reputaría como nacido fuera del matrimonio.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Seriaux, A. *"Droit Naturel et Procreation Artificielle: quelle jurisprudence?"* Dalloz, París, 1985. Chronique No. 9, pág. 55. (Citado por Laura Arzeno en su tesis de grado "De la protección debida al Nasciturus; implicaciones en la Fecundación Humana Asistida, el ordenamiento romano y legislaciones actuales", PUCMM, pág. 16).
2. Vouin, Jean Francois. *"Le Corpus Humain Personalité Juridique et famille en Droit Francais"*, Dalloz, París, 1975, tomo XXVI, pág. 123. Citado por la misma autora Laura Arzeno.
3. De la Morandiere, León Juliot. *"Droit Civil"*, Tomo I Dalloz.

4. Pérez Méndez, Artagnan. *Código Penal Dominicano Anotado*. UCMM, 1983. Libro III. Título II, Cap. I, Editora Taller, pág. 508.
5. Tumer, Paula Diane. *"Love's labor est; Legal and Ethical Implications in Artificial Human Procreation"*. University of Detroit, Journal of Urban Law 1981, pág. 471.
6. Informe Warnock: *Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y Embriología*. Depto. de Sanidad y Seguridad Social. Imprenta de su Majestad la Reina, Londres, julio de 1984, pág. 29.
7. Morgan, Derek. *"Assisted Conception and Clinical Practique: Whose freedom is it?"*. Law Journal. University College of Siuansea, Siuansea, April 1990, pág. 602.
8. Rubellin-Devichi, Jacqueline. *"Les Procréations Assistées: état des questions"*. Revue Trimestrielle de Droit Civil No. 3 julio-septiembre, Sirey, París, 1987, pág. 486.
9. Lledó Yaque, Francisco. *"Fecundación Artificial y Derecho"*. Tecnos, S.A., 1era. edición, Madrid, 1988, pág. 64.
10. Informe Warnock. Op. Cit., pág. 38.
11. Kayser, Pierre. *"Les Limites Morales et Juridiques de la Procreation Artificielle"*. Recueild Dalloz-Sirey. Jurisprudencia Générale Dalloz. París, 1987, págs. 194-195.
12. Artículo 1710: "La locación de obras es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer una cosa por la otra, mediante un precio convenido entre ellas". Artículo 1130: "Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. Sin embargo, no se puede renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer estipulación alguna sobre ella, ni aún con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trata".
13. Artículo 1128 del Código Civil. "Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos".
14. Tumer, Paula Diana. *Op. Cit.*, pág. 480.
15. Asexual Reproduction and Genetic Engineering: A Constitutional Assessment of the Zechnology of Clonning California Leu Revee No. 47, 1974, pág. 484.
16. Consejo de Europa. *Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los Problemas Derivados de las Técnicas de Procreación Artificial*. Strasbourg, 17 octubre 1984, CAHGE, G.T. (84) 2, appendix 1.
17. *Código Civil de la República Dominicana*. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana, 1984, pág. 53.
18. *"Proposition de Loi Relative aux Consequences Juridiques de l'insemination post-mortem"*. No. 257, Seriat, Seconde Sesion Ordinaire de 1984-1985, pp. 2 y 55.

BIBLIOGRAFIA DE CONSULTA

- Bercovitz Rodríguez, Cano. *La Filiación Inducida y las Clasificaciones Legales*. Congreso Mundial Vasco, Congreso de Filiación, 28 de septiembre – 2 de octubre, Victoria, 1987.
- Bonnicksen, Andra. *"In vitro fertilización"*. Columbia, University. Press New York, 1989.
- Botella Llusá, J. *"Tratado de Ginecología"*. T.J. Ediciones Científico-Médicas. 2da. Edición, Barcelona, 1980.
- Carbonnier, Jean. *"Droit Civil"*. T. Themis, París, 1962.
- Code Civil François. *"Jurisprudence Generale Dalloz"*. París, 1990.
- Consejo de Europa. *"Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los Problemas Derivados de las Técnicas de Procreación Artificial"*. Strasbourg, 17 de octubre de 1984.
- Comu G. *"Droit Civil: La Famille"*. Montchrestien, París, 1984.
- Finegold, Wilfred. *"Artificial Insemination"*. Thomas Books, 2da. Edición USA, 1976.
- Foyer, Jacques. *"La procreation artificielle et le droit"*. Institut de Recherches juridiques comparative, Uvry France, 1985.
- Herrero del Collado, Tarsicio. *"La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal"*. Universidad de Granada, España, 1969.
- Knoppers, Bartha. *"Reproductive Technology and International Mecanisms of Protection of Human Person"*. Mc. Gill Law journal Revue de droit de Mc. Gill Trandex Limitée, Montreal, 1987.
- Labrusse-Riou, V. *"La filiation et la medicine moderne contributions françaises au 12e. congris internationale de droit comparé"*. Revue Internationale de Droit Comparé. Sirey, París, 1986.



DOCTRINA

La Apreciación Judicial de la Prueba Penal*

José Lorenzo Fermín Mejía

INTRODUCCION

Ya antes se destacó, de modo minucioso el contenido y alcance de las principales ciencias criminalistas. Disciplina auxiliar por excelencia del Derecho Penal Moderno.

Ahora bien, estimo que estaría incompleto su contexto de estudio, sino situamos su tratamiento, en la esfera del régimen jurídico de la apreciación judicial de la prueba penal.

En efecto, es este peculiar régimen el que le otorga su fáctica dimensión jurisprudencial.

Es por esto, que constituye uno de los aspectos más apasionantes y ricos del derecho procesal penal, el sistema de apreciación judicial de las pruebas.

Dentro de este singular mundo procesal, se fija no sólo lo que a fin de cuenta se erige en la cuestión que brinda razón de ser a la acusación penal; la prueba, sino también se reglamenta el accionar de las autoridades públicas o los propios particulares, respecto su manejo o administración. En fin el contenido y límite legal de la apreciación judicial de la prueba penal.

A partir de tales ideas, la tarea que nos proponemos iniciar nos conducirá a cabalgar por los siguientes tópicos. En el capítulo primero, nos detendremos a esbozar De la Prueba Penal, sus

*) Ensayo preparado para el Simposium sobre: Criminalista y Apreciación Judicial de la Prueba Penal, PUCMM, Santiago de los Caballeros, R.D., 9 de marzo de 1996.

consideraciones generales; mientras que ya en el último capítulo, abordaremos el Régimen Jurídico de los Medios de Pruebas Penales.

De modo pues, que en las líneas por venir, usted podrá encontrar oportunas respuestas a sus inquietudes, sobre: Qué se entiende por Prueba Penal; Cuál ha sido el devenir histórico de su tratamiento judicial; Cuáles son los principios generales que le gobiernan; Quiénes y bajo qué criterios han de administrarse las pruebas penales; Cuáles son los medios de pruebas propios del Proceso Penal Moderno, y en fin Cuáles son sus méritos y límites legales.

Acompañenos pues, en este divertido trajinar académico por los senderos de: La Apreciación Judicial de la Prueba Penal.

I. DE LA PRUEBA PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de adentrarnos en lo que será el quid de este ensayo, es útil recoger aspectos que a nuestro juicio revisten trascendental relevancia para una acabada comprensión del tema abordado.

En consecuencia, juzgo oportuno el situar a título de preámbulo de este trabajo, el estudio de dos aspectos medulares del mismo: **1. El Sistema Probatorio Penal. Precisiones**, y **2) La relación estrecha existente entre: Proceso Penal Probatorio y Policía Judicial.**

1. El Sistema Probatorio Penal. Precisiones

No es posible tratar y comprender el ámbito de la prueba penal, sin antes estudiar por lo menos en pinceladas, asuntos tan relevantes de esta

temática como son: a) **Su Conceptualización y Trascendencia**; así como b) **Su Devenir Histórico.**

a) Conceptualización y Trascendencia

a.1.) Conceptualización:

No hay duda que si existe una actividad que ha decir verdad suele manejarse con archi-frecuencia en el mundo del derecho, este es el de la prueba.

En su sentido lato, el Vocabulario Jurídico, de Henry Capitant, le define como:

“La demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, en las formas admitidas por la Ley”.

Como se estudiará más luego, los hechos jurídicos propios por lo general de la materia penal, pueden ser probados de modo libre en nuestra legislación procesal penal, mientras que los actos jurídicos, privativos más usualmente de la materia civil, por lo general, están sujetos al régimen de la prueba preconstituida.

De su parte, el maestro francés **Jean Vincents-Serge Guinchard**, al brindar su concepto acerca de la prueba, pretende retomar aspectos ligados al objeto y escenario de ésta, cuando nos precisa:

“La prueba es la demostración de la verdad de un hecho, que es afirmado en una instancia por una de las partes y que es negado por la otra”.

Estimo incompleta dicha definición, ya que si bien es cierto que hablar de prueba es necesariamente referirse a búsqueda de la verdad, a propósito de un proceso judicial, no menos cierto es que no en todas las ocasiones la exposición de la prueba, es objeto de negación por otra parte del proceso.

Finalmente el **Dr. Salvador Jorge Blanco**, al

aportar su definición de lo que él juzga como prueba, nos dice:

“Es pues, la averiguación que se hace de un hecho con el fin de hacer resplandecer su veracidad o también su falsedad en el curso de un juicio”.

En definitiva, aludir a la prueba en materia penal, es referirse a la aportación de las evidencias físicas o no, que permitan al juzgador, el fijar de modo legal y equitativo, la culpabilidad o inocencia del procesado.

a.2.) Trascendencia

La presentación, discusión y administración de la prueba, es consustancial con el proceso penal. Hoy más que ayer, cuando se reivindica el mérito probatorio de las pruebas físicas, o científicas, lo relativo a la prueba representa una cuestión de primer orden, en el procedimiento penal moderno.

En efecto, no importa la fase del procedimiento penal que estudiemos: en la persecución oficiosa, instrucción preparatoria, o juicio al fondo, lo concerniente a la prueba, saldrá a relucir como asunto estelar. Y es que ella, está íntimamente ligada a la infracción y su existencia, así como al sujeto a quien se le imputa su comisión u omisión, que constituye el motivo de este derecho.

El prominente doctrinario galo **C. J. A. Mittermaier** al resaltar la trascendencia de este aspecto, nos destaca en su clásica obra: **Tratado de la Prueba en Materia Criminal**:

“La sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación, tiene por base la prueba. Suministrar la prueba de los hechos del cargo, tal es la misión de la acusación; en cuanto el acusado, se esfuerza en hacer venir a tierra el aparato de las pruebas contrarias, y presenta las que le disculpan. Un tercer personaje, el

Magistrador instructor, establece por su parte la prueba de diversos hechos decisivos en el proceso; y por fin, los Jueces fundan su decisión sobre aquellos hechos que miran como demostrados. Se ve, pues, que sobre la prueba gira la parte más importante de las prescripciones legales en materia de procedimiento criminal”.

No se concibe pues, la ducha y sabia labor desplegada por el juzgador, sino tiene a su merced, las herramientas que le pongan en condiciones óptimas de cumplir con su noble función social de aplicar la ley. Este insumo vital, no hay duda lo constituye la prueba. Es por esto, que nuestros jurisconsultos **Luis R. del Castillo Morales, Juan Ml. Pellerano Gómez e Hipólito Herrera Pellerano**, al valorizar el mérito procesal que exhibe la prueba penal, nos apuntan:

“Para ejercer su ministerio de la manera más idónea posible, antes de pronunciar sus fallos, los jueces necesitan de datos, informes, comprobaciones, etc., en fin, de pruebas que los pongan en condiciones de forjar su convicción. Pero no basta con que dispongan de ellas, sino que es necesario, además, que las pesen y las ponderen con mayor ecuanimidad posible, pues en ello pueden ir el que sus decisiones sean justas o injustas”.

b) Su Devenir Histórico

Si existe una evolución que describe de un modo gráfico y exacto la propia historia del hombre en comunidad, y el de la actividad represiva a través del tiempo y el espacio, esta es la privativa de la prueba penal.

La historia de la prueba penal, es la expresión del esfuerzo colectivo del género humano por alcanzar hitos de tecnificación de la administración

de la prueba. En otras palabras su tránsito es, la propia manifestación del accidentado sendero recorrido por el Derecho Penal.

La doctrina moderna tiende a identificar unas cinco fases en la evolución del sistema probatorio penal. A saber estas son:

b.1.) La Fase Etnica

Propia de sociedades primitivas, en donde imperaba el período de la venganza privada. No existiendo reglas que pauten ningún arbitraje social, las pruebas eran dejadas al criterio arbitrario y personal del ofendido y/o colectivo del grupo a que éste pertenecía. La prueba propia del delito flagrante era también una forma típica de este trivial procedimiento.

b.2.) La Fase Religiosa o Mística

Se sitúa en las comunidades de la Edad Media, en donde se expresaban ciertos rasgos de civilización y de arbitraje social religioso. Cubrió el período de la Justicia Privada, dentro de lo que constituye el devenir de la actividad represiva. Se sujeta la administración de las pruebas a los juicios de Dios o las Ordalías, los Co-juradores. Así pues, el criterio de apreciación de las pruebas, continúa siendo de carácter arbitrario y de marcado origen divino.

b.3.) La Fase Legal

El imperio de la justicia pública y de la antigua legislación, trae consigo una reglamentación

legalista de la administración penal de las pruebas. Se consagraba toda una jerarquización de los méritos de las pruebas y sus grados de convicción. La prueba por excelencia era la confesión. No importando como se haya obtenido ésta, mediante torturas o espontánea.

El jurista **Vincenzo Manzini**, al reseñar los perfiles que identifican este estadio, nos sostiene:

"La prueba legal sustituía a la libre convicción del juez una serie de medios probatorios previamente indicados por la ley y clasificados según una cierta gradación tarifados casi aritméticamente, de manera que el juez estaba obligado a condenar si se habían adquirido aquellas determinadas pruebas y a absolver en caso contrario, o a condenar a pena arbitraria si sólo se habían conseguido algunas pruebas. Las reformas determinadas por la Revolución Francesa dieron el golpe de gracia al sistema de pruebas legales, poniendo en pleno valor el principio de la libre convicción".

En algunos aspectos, hoy aun subsisten algunos de sus postulados. Ejs. Pruebas de flagrancia en algunos delitos, Presunciones legales, Procesos verbales, etc.

b.4.) La Fase Sentimental o Moral

Como se sostuvo ya, nace con la Revolución Francesa, de 1789. A partir de aquí se expande por toda Europa y el mundo occidental.

Es el período que se define por el inmenso influjo de la íntima convicción del juzgador. De modo libre y apegado a los criterios del sentido común y del propio instinto natural, deberá éste apreciar las pruebas que se le sometan, guiándose definitivamente al tomar su decisión por el criterio,

en ocasiones autoritario, de su propia conciencia o convicción.

En una buena medida, ha venido a significar el *modus operandi* de nuestros administradores de justicia penal tradicional, basado en el sistema procesal mixto.

b.5.) La Fase Científica

Es propia del presente y futuro Derecho Procesal Penal. Los conocimientos de las ciencias naturales, básicamente, son puestos a disposición de la investigación criminal moderna. La ciencia criminalística, ya antes esbozada, pretende contribuir con la tarea compleja del juzgador, de hacer acopios de las pruebas materiales, apreciarles de modo científico, para posteriormente fundamental en ellas su sentencia de condena o descargo del procesado. De interés juzgo, insertar aquí el visionario juicio que emite el **Doctor François Gorphe**, quien al destacar la trascendencia de las reglas propias de esta fase, nos dice:

“Esta es la fase del porvenir, en la que la prueba por excelencia es suministrada por los peritajes y busca no sólo probar los hechos delictuosos, sino también explicarlos metódicamente por medio de datos obtenidos por la experiencia”. Para luego, apuntar: “La antigua imagen de la justicia con los ojos vendados brinda un concepto erróneo; debería ser reemplazada por otra con una antorcha en la mano iluminando una balanza moderna: una justicia que cierra los ojos a las preferencias personales y los oídos a las solicitudes, sin duda, pero que también se ilumina con la luz de la ciencia para descubrir la verdad y pesar con medidas exactas”.

2. El Proceso Penal Probatorio y la Policía Judicial

Siendo la prueba penal, consustancial con la jurisdicción represiva, no es posible abordar su estudio, de una manera desconectada de esta.

Y es que, no es recomendable soslayar, a propósito del tratamiento de este tema, aspectos nodales que le conciernen tan estrechamente, como son los principios generales que le gobiernan, en nuestro sistema de derecho, así como el quien (es), cuándo, dónde, y cómo y se tendrá que administrar judicialmente la prueba penal.

a) Principios Generales de la Prueba Penal

El acopio y manejo de la prueba penal, es una actividad privativa del proceso penal, que por lo regular se plantea en medio de un conflicto judicial.

Es por esto que, por ende está en juego dos intereses: el de la colectividad y/o la víctima, y el del presunto agente infractor o procesado.

Por tal peculiaridad, ha sido preocupación constante del legislador moderno el sentar ciertas reglas que se erijan en justo equilibrio, de los derechos que se le reconocen a las partes enfrentadas en dicha controversia pública, de modo pues, que la administración judicial de la prueba quede sometida a un marco reglamentario de legalidad.

Ahora bien, antes de entrar en el estudio de los enunciados principios, considero de extrema conveniencia, el por lo menos referir, los fundamentos en que descansa la admisión y manejo de la prueba penal en nuestro actual sistema procesal represivo.

1. La Contradicción de las Partes

Es el propio acápite j) el ordinal 2) del Artículo 8 de la Constitución, que le consagra cuando dispone:

“Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa...”

De la vigencia de dicho texto, se infiere que las partes en litis, deben ser tratadas como tales, en un plano de igualdad y de respeto a las reglas del debido proceso de ley. Dicho principio, obliga pues, a la jurisdicción represiva, a ceñir sus actuaciones a un marco de legalidad, en donde las pruebas sometidas, sean por ende también sujetas a la contradicción de los debates, por lo menos en la fase de juicio, ya que como sabemos en la jurisdicción de instrucción, desaparece tal contradicción, dado el carácter secreto que se le reconoce a la misma. Aspecto este último que, por demás ha merecido acertadas críticas doctrinales, y que en la actual legislación procesal francesa, tiene ya una muy limitada vigencia.

2. La Publicidad

El segundo párrafo del texto constitucional pre-citado, le consagra cuando dispone:

“...Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres”.

Su vigencia se explica por dos razones:

- 1.— por el carácter público, que hoy exhibe la actividad represiva desplegada por el Estado, y
- 2.— por el interés especial perseguido por el cons-

tituyente de sujetar el enjuiciamiento penal del procesado, a ciertos preceptos que salvaguarden sus derechos y libertades individuales.

Oportuno es destacar, que por lo menos respecto de la jurisdicción de juicio, tal principio se tiende a observar, como regla, ya que como es sabido, en lo que atañe a la jurisdicción previa, de instrucción, tal fundamento o norma legal, se excluye, en razón de la naturaleza clandestina o secreta, que presenta dicha fase del procedimiento criminal.

3. El de la Inmediatividad

Su vigencia se colige del sistema procesal penal mixto existente en nuestro país. Implica que en principio, constituye una tarea exclusiva del juzgador el percibir y/o apreciar de modo directo o personal los medios de pruebas que se sometan a los debates, en pro o en contra de la fundamentación de la acusación.

Es obvio suponer que, con su observancia se pretende no sólo resguardar la calidad de los medios de pruebas, sino en consecuencia el garantizar una expedita administración de justicia penal.

4. El de Oralidad

De igual modo, su razón de ser, se desprende de las características generales que adornan al procedimiento penal positivo.

Por lo menos en la fase de juicio, no importa la materia de que se trate, las partes, tienen derecho de exponer de modo libre sus pretensiones, alegatos, y pruebas, de modo que se vaya forjando la convicción del administrador del conflicto judicial de que se trata.

Su existencia, entraña pues, un eficaz mecanismo de garantía a los derechos que asisten a las partes en el proceso, así como un modo de contribuir con la deseada celeridad propia de la materia que nos concierne.

Habiendo esbozado, la fundamentación en que descansa nuestro sistema probatorio represivo, estamos en condiciones, para destacar los principios generales que rigen la prueba penal en este régimen.

a) El de la Intima Convicción del Juez

Como se pudo apreciar precedentemente, en este principio descansa fundamentalmente el actual sistema probatorio penal moderno. En nuestro caso, a pesar de no consagrarse en ningún texto legal positivo en específico, se acepta que por aplicación consuetudinaria, rige esta modalidad probatoria.

El juzgador penal, ha de basar la solución que tome, respecto de la controversia plantada, en la apreciación y/o convicción moral libre, voluntaria y espontánea que se haya forjado de los medios probatorios sometidos a su escrutinio, en el curso mismo del proceso, así como de la propia legalidad.

Ahora bien, el alcance del señalado principio, no es en modo alguno ilimitado. Y es que, no puede en modo alguno servir para que el administrador de justicia penal, haga de su ejercicio un uso abusivo o arbitrario, en perjuicio de los legítimos derechos de las partes del proceso.

Es precisamente esto, lo que sienta nuestra Suprema Corte de Justicia, cuando al respecto, sentenció:

"...Que si en virtud del principio de la íntima convicción que gobierna el sistema de la prueba en

materia represiva, los jueces del fondo pueden formar libremente su convicción de todos los elementos de la causa, y aun del testimonio único del agraviado, en cuya ponderación deben proceder con la más grande prudencia y cautela, no puede quedar abandonado a su discreción ya que con ello violarían el derecho de defensa del prevenido, el limitar la prueba a dicho elemento único, cuando el testimonio del agraviado es susceptible de ser compulsado con otros medios de pruebas que se revelen en el proceso..."

Uno de los vicios que precisamente más se le suelen achacar a nuestros magistrados, es su irresistible tendencia a fallar en dispositivo, o lo que es lo mismo, obviando la fundamentación en hechos y derechos, de la sentencia dictada. Es útil anotar que el propio Artículo 15 la ley No. 1014, dispone que las sentencias, no importa el grado que la dictare, ni la materia que fuere, deben ser objetos de motivación, a los 15 días máximos de su pronunciamiento. Es por esto, que no han faltado autores, que hayan tildado esta mala práctica, como la tiranía de íntima convicción. En efecto, al externar su inquietud sobre la arraigada incorrecta práctica jurisprudencial, el **Dr. Juan Ml. Pellerano Gómez**, sostiene:

"Es por eso, que puede afirmarse, sin temor al equívoco, que cuando un juez, cual que fuere su jerarquía en el ordenamiento judicial o administrativo, no da motivos que fundamenten lo que decide, comete un deliberado acto de insubordinación a la ley, y por vía de consecuencia, se levanta y se erige superior al principio de legalidad que consagra la Constitución y al Estado de Derecho que ella organiza. Además, al no dar motivos sobre lo que decide, el juez viola el derecho a la defensa de la parte a, quien agravia, que consagra el acápite j) del ordinal 2 del artículo

8 de la Constitución... La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional".

Finalmente es oportuno formular estas precisiones.

Sólo lo que ha apreciado como juez, es objeto de mérito para forjar una sana y efectiva íntima convicción, no así lo que a título personal o extrajudicial ha percibido éste, y

El juez debe forjar su íntima convicción, y por ende fallar, sólo en virtud de los medios probatorios obtenidos conforme la ley.

La vigencia del indicado principio, no soporta un carácter absoluto, pues en ocasiones el propio legislador, deroga dicho principio, al otorgar cierto valor probatorio per se a ciertos medios probatorios, procesos verbales, o al consagrar presunciones de culpabilidad en perjuicio del justiciable.

b) La Presunción de Inocencia del Procesado y el Indubio Pro Reo

Se reconoce que constituye uno de los pilares de las normas del debido proceso penal, el respeto a la presunción de inocencia del procesado. Su vigencia se acoge, en principio, a cualquiera de las fases que integran el procedimiento penal.

El párrafo 1 del Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, le consagra cuando reza:

"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..."

Huelga señalar que además se consagra similar derecho, en el Art. 14, acápite 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el

Art. 5, acápite de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estatutos normativos estos del derecho internacional público, que al ser signatarios de ellos nuestro Estado, tienen el status legal, de norma jurídica positiva también.

A pesar de no encontrarse de modo expreso dispuesto en nuestra Ley Sustantiva, se tiende a considerar que se encuentra implícitamente consagrado en el Art. 8 de la citada Ley.

Sus principales efectos jurídicos, tienen que ver con aspectos tan relevantes como el fardo de la prueba y la aplicación de la máxima, corolario de este, **del in dubio pro reo**.

En efecto, como resultado de la existencia del principio de presunción de inocencia, es al Ministerio Público y/o la Parte Civil Constituida, si la hay, quien tendrá que aportar la prueba, que lleven al convencimiento del juez que el procesado ha cometido o no los hechos que se le imputan como infracción. Corresponde pues, a tales partes del proceso, es destruir en principio la presunción señalada. Manifiesta pues, todo su imperio aquí el aforismo: **actori incumbit probatio, previsto en el artículo 1315 del Código Civil**.

Salvo el caso, en donde por voluntad formal del propio legislador se invierta dicho criterio, y pese sobre el procesado una presunción de culpabilidad, como es caso del **Art. 66 párrafo a.-) de la Ley de Cheques No. 2859; el Art. 367 del Código Penal, respecto de la Difamación e Injuria; el Art. 329 del Código Penal, la existencia de ciertos procesos verbales, etc.**

Y por último, dado que el juez no puede bajo pretexto de oscuridad del texto de ley aplicado, o insuficiencias de los medios probatorios aportados en el debate en contra del procesado, optar ni por no decidir la controversia planteada, pues estaría incurriendo en el delito de denegación de justicia,

incriminado en el **Art. 185 del Código Penal**, mucho menos puede optar, ante esta incertidumbre profesional, por condenar al justiciable, pues se le manda a descargarle.

Es esto por esto, que el maestro **René Garraud** acuñó la sabia frase: **que más vale descargar a un culpable que condenar a un inocente**.

El espíritu humanista que inspira el derecho penal moderno, y el respeto de las normas del debido proceso de ley, parecen en fin asegurar la conveniencia de dicha máxima.

c) El de la Libertad de Pruebas

A diferencia como ocurre en otras materias: laboral o comercial, donde expresamente el legislador consagra de igual modo la vigencia de este principio, para su particular régimen probatorio, en materia penal, su vigencia debe inferirse, como resultado necesario, de la validez del principio de la Íntima Convicción del Juzgador Penal.

Su fundamentación, pretende resguardar el objeto propio del arbitraje penal, asegurar en fin su cometido social, así como el proteger los derechos y libertades de las partes o actores del proceso penal.

Ahora bien, por lo menos en nuestra legislación, este principio soporta saludables restricciones. Al formular su parecer, al respecto **los pre-citados autores de la obra: Derecho Procesal Penal, T. II, V.I.**; nos sostienen:

"Libertad de prueba no quiere decir que se pueda recurrir a ciertos procedimientos que conspirarían contra la dignidad de la Justicia o que son contrarios a las libertades individuales, como sería el caso de aplicar torturas materiales o psicológicas a un inculpaado para arrancarle la

confesión (artículo 8, ordinal 1 de la Constitución) y como sucedería con el uso de tretas o de procedimientos capciosos. Tampoco significa que la prueba pueda ser obtenida ilegalmente, como ocurre cuando se interceptan conversaciones telefónicas o se usan otros medios semejantes".

Las restricciones legales que sufre en nuestro sistema probatorio, el principio ahora estudiado, soporta novedosas e interesantes variantes en el actual derecho procesal probatorio francés. Donde sólo para dar una muestra, sería posible el obtener la prueba, por medio de intervenciones efectuadas a los aparatos telefónicos del presunto infractor.

Como todo principio, el de la especie, también sufre sus excepciones. En efecto, por voluntad expresa del legislador, el juzgador penal, no podrá permitir su imperio, debiendo ceñirse a determinado tipo de medio probatorio. Es el caso prototipo del régimen de prueba civil, que debe observarse, para el conocimiento y apreciación de infracciones, como el abuso de confianza, incriminado en el Art. 408 del Código Penal.

d) De los Administradores Judiciales de la Prueba

No resulta posible aprehender la apreciación judicial de la prueba en materia penal, si no tenemos por lo menos una idea general, de la organización y funcionamiento de una de las instancias de mayor relevancia del proceso penal, como es la Policía Judicial. de modo pues, que como afirmó en alguna ocasión **J. Bentham**, **el arte del proceso esencialmente es el arte de administrar las pruebas; es precisamente a esta agencia pública, a quien le corresponde pues, tan preciada y relevante función.**

El término policía, de uso tan usual por el vulgo,

pueda que nos mueva a confusión. Y es que, lo podemos interpretar en sus dos dimensiones institucionales. Como entidad pública dependiente del Poder Ejecutivo, que tiene por misión fundamental el prevenir la infracción y mantener el orden público. Aquí nos estaremos refiriendo a la actividad privativa del cuerpo, denominado: **Policía Nacional**.

Pero, el que nos interesa a los fines de este ensayo, es el segundo. La organización pública, que como consagra el propio, **Art. 8 del Código de Procedimiento Criminal** tiende a: **“...investigar los crímenes, delitos y contravenciones, reúne sus pruebas y entrega sus autores a los tribunales encargados de castigarlos”**.

A la policía judicial es en fin de cuenta, a quien le corresponde el ejercer la acción pública. Es a quien le corresponde pues, la trascendental gestión pública, de instruir de modo preliminar, oficiosa o no, las pruebas que serán utilizadas en la jurisdicción de juicio, para condenar o descargar al presunto infractor.

Ahora bien, conforme lo disponen los textos combinados, Arts. 9 del Código de Procedimiento Criminal y 61 de la Ley de Organización Judicial, **la Policía Judicial es ejercida bajo la supervigilancia de el Procurador General de la República y de los Procuradores generales de Cortes de Apelación**.

En un rango menor, se encuentra los **Oficiales Superiores de la Policía Judicial**. Estos son el **Procurador Fiscal, sus ayudantes y el Juez de Instrucción**. Su mandato legal, es la de ejercer la dirección de la misma, guardando sus delimitaciones, en razón de la materia y la demarcación territorial que abarque su Distrito o Circunscripción Judicial.

A su vez se consideran **auxiliares del**

Procurador Fiscal, los Fiscalizadores y los oficiales de la Policía Nacional.

Por debajo de este sitial, nos encontramos con los **Oficiales Inferiores de la Policía Judicial**. Le integran **los Alcaldes Pedáneos y los inspectores de Agricultura**. Su objetivo es básicamente el investigar y comprobar las contravenciones y ciertos delitos, así como actuar en determinados casos.

En la base de la pirámide orgánica, nos encontramos, los simples agentes de la Policía Judicial. Son los funcionarios que por mandato expreso de algunas leyes, se les encomienda la atribución de constatar los hechos por ellas incriminadas. **Aquí nos encontramos, los simples agentes de la Policía Nacional, Inspectores de Rentas Internas, Trabajo, Salud Pública, etc.**

Como señalamos antes, principalmente a estos funcionarios judiciales, es que le corresponde la puesta en movimiento y ejercicio de la Acción Pública. Es por esto, que serán los más llamados para hacer acopio de las pruebas que permitan justificar o no el juicio al fondo del presunto sujeto infractor.

Dada, la pronunciada desinstitucionalización en que opera el Estado dominicano, y la manifiesta situación de precariedad como funciona la Policía Judicial, y el propio sistema de justicia pública nacional, no resulta extraño ya observar, como el cuerpo policial, en las personas de sus oficiales, o miembros, han prácticamente invertido la regla ya señalada. **Los Oficiales Superiores y demás integrantes civiles de la Policía Judicial, son sus auxiliares o subalternos**.

Tal desafortunada e ilegal práctica, tan arraigada en nuestro país, implica que el cuerpo policial, en la generalidad de las veces, es quien no sólo asume la prevención y comprobación de ciertas

infracciones, sino también quien persigue al presunto infractor, no importa la materia de que se trate, hace acopio de los medios de prueba, califica su mérito, en algunos casos la "custodia y administra" y hasta realiza una pre-calificación oficiosa del hecho en cuestión.

Con la ejecución de dicha mala práctica, no sólo se está vulnerando la organización y el funcionamiento de la Policía Judicial, sino también se está soslayando uno de las reglas que más se recomienda respetar, en toda investigación criminal científica, **la Cadena de Custodia.**

Como tal se entiende: "...la fuerza o cualidad probatoria de la evidencia. Deberá probarse, (si fuera requerido por el tribunal), que la evidencia o prueba presentada en juicio es realmente la misma recuperada en la escena del crimen, recibida por el testigo, la víctima, o sospechoso, o adquirida originalmente de alguna forma", para posteriormente señalar, "Para cumplir con este requerimiento debemos mantener un registro minucioso de la posesión, una cadena de custodia, de la evidencia, lo cual puede asegurarse, mediante un sistema de recibos de entrega y llevando un récord minucioso.

Su observancia se erige pues, no sólo en un instrumento científico y confiable para la administración de la prueba, sino también en un medio eficaz, para la preservación de las normas del debido proceso de ley, dispuestas como garantía de los derechos del justiciable.

Finalmente, es oportuno destacar, que una vez concluida la fase, más bien inquisitoria del proceso penal, propia de los funcionarios o administradores judiciales referidos, se inicia la fase de naturaleza acusatoria y contradictoria.

Es este el momento estelar del proceso penal. Aquí se discutirán y apreciarán ya, los medios

probatorio por las partes del proceso: Ministerio Público, Parte Civil Constituida, y el propio Justiciable. Y él o los magistrado(s) que habrá(n) de presidir en todo caso este proceso, tendrá(n) que justipreciar el mérito, idoneidad, eficacia y legalidad de las pruebas aportadas al debate, juzgar en hecho y derecho los hechos imputables al presunto infractor, forjarse su convicción y en consecuencia determinar la culpabilidad o no de éste.

II. DE LOS MEDIOS DE PRUEBAS PENALES. REGIMEN JURIDICO

No estaría completo este ensayo, si no hacemos un esbozo por lo menos, sobre los principales tipos de pruebas que suelen ser sometidos a apreciación en la justicia penal.

Este segmento del ensayo pretende pues, hacer especial énfasis, en la tipología general de las pruebas penales, su marco legal, y méritos particulares. En efecto, de la lectura de las líneas que se insertan en este capítulo, usted amable lector, sabrá porque hoy, la criminalística, constituye una actividad científica, indispensable de toda administración de justicia penal moderna.

A) Prueba por Conocimiento Indirecto

Se califican como tal, los medios probatorios, a que tiene acceso el administrador de justicia penal, por la propia exposición o intervención mediata de los hechos, que forjaran su convicción. Son los que expresan por lo regular una apreciación de carácter más subjetivo y por ende equívoco. Pasemos pues, a detenernos en su especial estudio.

1. La Confesión

Como tal se considera la declaración ofrecida por el propio procesado, mediante la cual admite la comisión u omisión de hecho que le incrimina.

En la antigua legislación penal francesa, constituía, como estudiamos antes, la reina de las pruebas. Se le bautizó como la probatio probatissimo. Poco importaba el medio como se obtuviera, lo cierto es que la declaración de verdad asumida por el procesado, equivalía, ipso facto a su condena. Precisamente, dado su extrema vulnerabilidad, por el marcado carácter subjetivo que implica, ha tenido mucho que ver, en la generación de los más lamentables errores judiciales, que se conocen.

En efecto, con la nueva legalidad, impuesta con la legislación francesa revolucionaria, de 1789, se empieza a restringir el mérito de este medio probatorio. Se reivindica por el contrario, la prueba basada en la íntima convicción del juez. Hoy por hoy, goza de un arraigado cuestionamiento, y prácticamente sólo en el sistema anglo-sajón se reconoce la confesión del procesado, como causa inmediata de su culpabilidad y posterior pena.

Al emitir su parecer sobre lo antes expuesto, **los citados juristas co-autores de la obra: Derecho Procesal Penal, sostienen:**

“En la actualidad se considera a la confesión como uno de los medios de prueba más deleznable en materia penal, al extremo de que es un precepto constitucional el que nadie está obligado a declarar contra sí mismo”.

La confesión bien puede ser verbal o escrita. Es posible que se haya formulado de modo judicial o extrajudicial. El modo más usual, como tiende a expresarse es por medio del interrogatorio efectuado en el curso del proceso. Huelga destacarse que

conspira contra los preceptos constitucionales y legales positivos, el aplicar cualquier tipo de atentado contra la dignidad del presunto infractor, para obtener **“espontáneas confesiones”** de su culpabilidad.

En fin dos reglas gobiernan, fundamentalmente este medio probatorio en casi todas las legislaciones procesales penales modernas:

a) La libre apreciación de la misma que hace el juez. Es posible pues, condenar sin confesión del procesado, o descargar a pesar de la confesión de culpabilidad del justiciable, siempre que el magistrado haya forjado su convicción en otros medios probatorios que revistan mejor idoneidad; y

b) La confesión es en sí mismo divisible. A diferencia de la materia civil, en donde no lo es, en derecho penal, el enjuiciado, bien puede confesar un hecho que retiene en principio su culpabilidad, y simultáneamente, declarar sobre otro que asegure su irresponsabilidad penal.

2. El Testimonio

Constituye sin lugar a duda, el medio probatorio de mayor uso en materia procesal penal. Conforme sostiene **el maestro Jeremías Bentham:**

“Los testigos, son los ojos y los oídos de la justicia”.

Durante la Edad Media, y por la vigencia de la institución legal, de los cojuradores, los testimonios eran pesados en cuanto a su número, por ende pocas veces apreciados, según su mérito. **Tiempos aquellos superados, por suerte.**

En tanto, está íntimamente relacionado con cuestiones tan subjetivas del ente social, como son la percepción, la imaginación y la memoria, su apreciación tiende a convertirse en una situación compleja. Es por esto que concierne al juez, el

descifrar cuan de veraz es el testimonio expuesto en o fuera del plenario. Al respecto, la opinión del **especialista François Gorphe, es muy esclarecedora, cuando nos apunta:**

“El testimonio es un dato complejo, un producto psicológico, que importa analizar para controlar si su formación es correcta. Del mismo modo que para juzgar bien un acto es necesario colocarse con el pensamiento en la situación de su autor, para apreciar bien un testimonio se debe comenzar por imaginarse en las condiciones en que se encontraba el testigo”.

En aras de asegurar el mayor grado posible de confiabilidad a este medio probatorio, el legislador tiende a establecer diferencia entre el testimonio y la simple declaración brindada por el informante. Respecto del primero se impone el juramento previo, mientras para el segundo no. En tal virtud, sólo para el testigo se puede tipificar el delito de perjuro.

En igual sentido, no cualquier persona está en aptitud de ostentar la calidad de testigo. A título de ejemplo vale decir, que se consagran incapacidades legales para serlos: los menores de edad, los condenados a penas criminales; los que están ligadas al procesado en grado cercano de parentesco o alianza, la parte civil constituido, etc. Es esto lo que se disponen en los Arts. 156, 189 y 254 del Código de Procedimiento Criminal.

Los testigos están obligados en principio a comparecer, así como a satisfacer la citación formulada. Una vez hayan comparecidos, serán escuchados por separados, en deposición oral, pública, contradictoria e inmediata. Debe estar claro si, que quien conserva algún secreto profesional, no está obligado a revelarle.

Uno de los aspectos más controversiales planteados en doctrina y jurisprudencia, es el

mérito que tiene un testimonio sobre otro. A este tenor estimo útil insertar dos valiosas opiniones. La primera que recoge la postura de nuestra jurisprudencia, sobre lo antes expuesto, a decir de los **citados juristas, co-autores de la obra: Derecho Procesal Penal, T. II, V.I.:**

“Una jurisprudencia constante atribuye a los jueces del fondo, so capa de la soberana apreciación de la prueba que le es reconocida, un verdadero poder arbitrario de evaluación de los testimonios, pues ellos no tienen que consignar en sus decisiones las razones que los inducen a creer más en un testigo que en otro, pero ni siquiera a reproducir el contenido de sus declaraciones”.

Mientras que, al abordar el valor que debe ejercer en la íntima convicción del juez, el testimonio o declaración de un co-acusado sobre otro, el **eminente autor Nicolás Framarino, nos señala:**

“Desde el momento en que el acusado cree que atribuyendo hechos de complicidad disminuye su responsabilidad, su testimonio contra el cómplice se puede presumir dictado, no por la verdad, sino por personal interés, siendo éste un motivo de descrédito que surge precisamente de la relación entre la cualidad del acusado confeso del testigo y el contenido inculpador de su declaración”.

3. Las Presunciones

Dada la complejidad que suele caracterizar la actividad desplegada por el juzgador penal, el legislador pone a su disposición una serie de figuras, que obviamente pretenden aligerarle su noble tarea pública.

En efecto, no debe existir duda, que una de estas valiosas e innovadoras figuras jurídicas, lo constituyen las presunciones.

Como tal se consideran las consecuencias que en virtud de mandato de la propia ley, o circunstancias de hechos, permiten al juez, conocerlo en principio incierto. El propio Art. 1349 del Código civil así por lo menos lo dispone.

De acuerdo a su fuente de origen, se tienden a clasificar: las legales, que en verdad lo que garantiza es una dispensa de prueba en provecho de alguien; o de hecho, de indicios o judiciales, que habrá de ser apreciada de modo soberano por el juez de la circunstancias o indicios que hayan aflorado en la propia instrucción al fondo del proceso conocido.

Otra diferencia que salta de una y otra, es que mientras la legal, tiende a ser irrefragables, o jure et jure, por ende que no admite, como regla, la prueba en contrario, la judicial, simple o circunstancial, soporta la prueba en contrario, y en consecuencia se deja a la libre apreciación del juez.

A título de muestra, juzgo que sería de interés el ejemplificar con algunos casos en concreto, cuando estamos en presencia de una figura legal u otra.

Constituye una presunción legal irrefragable, la presunción de irresponsabilidad penal sancionado en el Art. 231 de la Ley No. 14-94, o Código de Protección de niños, niñas o adolescentes.

Mientras que, será del mismo modo legal pero, ahora sujeta a que se aporte la prueba en contrario, la presunción de inocencia, o la presunción de legítima defensa del Art. 329 del Código Penal.

Y estamos en presencia de una presunción judicial o circunstancial, cuando el juez de los hechos y circunstancias expuestas en el plenario, induce la existencia o la ausencia de la infracción, la culpabilidad o inocencia del procesado.

Al resaltar el estelar rol, que están jugando y que

están llamado a seguir desplegando este tipo de presunciones judiciales, indiciarias o circunstanciales, dentro del sistema procesal penal probatorio, **el profesor galo Jean Larguier, nos apunta:**

“Los indicios o circunstanciales juegan en la actualidad, un rol de mucha importancia, que se explica por los grandes avances registrados en las técnicas de laboratorios. Se puede decir que los indicios, constituyen los testigos mudos, que no mienten. Y es que los progresos técnicos, dejarán muy ilusorio el crimen perfecto, ya que la criminalística es al mismo tiempo que una arma para la represión, un poderoso medio de prevención”.

B) La Prueba por Examen Directo

El otro mecanismo de que disfrutaban los administradores judiciales de la prueba penal, para forjar su íntima convicción razonable, es por medio de la prueba por examen directo. A través de este recurso experimental y fáctico, de origen más reciente y progreso técnico más destacado, es que fundamentalmente, se expresa la criminalística moderna.

De inmediato, nos disponemos a estudiar por separado los medios probatorios de este tipo, de mayor relevancia.

1. El Peritaje

El hecho jurídico penal, se manifiesta por lo regular de un modo complejo. El juez penal es un administrador de medios probatorios. **Ahora bien, en muchas ocasiones, dada sus naturales limitaciones científicas, éste debe recurrir al auxilio de informaciones técnicas especializadas o**

experticios, que le arrojen luz sobre lo por juzgar. Esto es el peritaje. Al resaltar el enorme rol, que modernamente se reconoce a este medio probatorio, **el profesor francés, Jean Larguier, nos afirma:**

“El experticio es presentado en ocasiones como la justicia penal del futuro. Ayer reinó el sistema de las pruebas legales, hoy domina el principio de la íntima convicción, pero mañana se impondrá la prueba científica”.

Son perfiles propios de este nobel medio probatorio, el ser el producto de un mandato jurisdiccional, es limitado, es independiente, no contradictorio en principio y no liga necesariamente al juez o funcionario judicial que lo ordenare. Precisamente, por esta singular fisonomía que reviste el peritaje, acusa sensibles diferencias con el testimonio. Se descarta, sí que ambas calidades se expresen simultáneamente en un sujeto.

En principio, toda persona que tenga conocimientos técnicos especializados en determinada área del saber científico, está en aptitud de fungir como tal, salvo que se encuentre afectado de alguna incapacidad legal, como por ejemplo, las que disponen los Arts. 34 y 42 del Código Penal.

Al resaltar el carácter limitado, que expresa el peritaje en materia penal, el maestro C.J.A. Mittermaier, nos brinda el exquisito juicio siguiente:

“La fuerza probatoria del examen pericial es el resultado de presunciones encadenadas entre sí. Por efecto de una presunción reconocemos en los peritos los conocimientos especiales necesarios; les atribuimos el deseo leal de encontrar la verdad como único término de sus investigaciones; pero es fuerza que todas las circunstancias de la causa vengan a corroborar estas presunciones, para que

los dichos de los peritos puedan producir la suficiente convicción en el ánimo del Juez; de aquí el derecho importante que éste tiene para examinar a fondo sus informaciones”.

No obstante, dada la peculiaridad que exhibe este tipo de prueba, se reconoce que en la mayoría de las veces la convicción del magistrado, está significativamente permeada por los resultados de las indagaciones expuestas por el o los peritos designados por éste.

2. Las Piezas de Convicción y los Escritos

La infracción es la razón de ser del proceso penal. El agente infractor en su comisión u omisión suele exteriorizar su conducta delictuosa, por medio de la utilización o el aprovechamiento de objetos o documentos, que sirven pues, para su propósito.

Como tal se designan pues, cualquier objeto inanimado o documento que viene a demostrar la ocurrencia de algún hecho jurídico incriminado.

De la indicada definición se puede inferir que tienden a ser de dos tipos: piezas u objetos materiales y documentos o escritos.

Los primeros constituyen el instrumento, el producto del delito, por ejemplo el arma homicida, el dinero sustraído, etc. Mientras que los segundos son aquellos actos, que han sido expresamente creados para servir de prueba de las relaciones jurídicas acontecidas, a raíz del delito cometido. Son el medio probatorio por excelencia del proceso civil.

El Código de Procedimiento Criminal, en su Art. 32 dispone la capacidad del Procurador Fiscal, de apersonarse a la escena del crimen, si el

hecho es de carácter flagrante, para entre otras constataciones, el recoger el cuerpo del delito, su estado, el de los lugares, etc. Idéntica atribución se consagra para el Juez de Instrucción, ante un flagrante delito.

El apreciar su identidad y/o especialidad, así como su vinculación o no con el presunto infractor, constituye uno de los aspectos que por lo regular le aporta al juez, los trabajos técnicos del criminalista.

Como apuntamos antes, del óptimo y profesional procedimiento de reconocimiento y levantamiento de las evidencias, o pruebas físicas dejadas en la escena del crimen, así como de la idoneidad como su maneje la cadena de custodia, irá a depender cuán confiable o no, sea este tipo de pieza de convicción.

Es útil sí, anotar que por lo menos en nuestra legislación, el medio como se obtenga dicho medio probatorio, habría de ser ceñido a la legalidad, no teniendo valor alguno, cuando se haya alcanzado por el empleo de prácticas, respecto de los documentos o escritos de convicción, vale decir que la clasificación más importantes de estos, son: los que guardan la confesión, del infractor, o de un tercero testigo, los que en sí mismo constituyen el cuerpo de la infracción, verbigracia, documento privado o público falsificado, los que son por sí la mejor prueba de la infracción, los que simultáneamente se erigen en la infracción misma y su propia prueba, verbigracia, escrito contentivo de amenazas o difamación; y por último los que se instrumentan especialmente para comprobar la infracción.

Precisamente por la relevancia y la propia economía de este ensayo, nos detendremos básicamente en este tipo de sui generis documento o pieza de convicción.

De entrada, es necesario retener el concepto que la doctrina ofrece de proceso verbal, ya

que ni el legislador ni la jurisprudencia nos lo brindan:

“Es el escrito por el cual un agente depositario de la autoridad pública, habilitado por la ley para constatar infracciones, para reunir pruebas de aquellas, y perseguir los autores, rinde cuenta de sus diligencias realizadas en el cumplimiento de sus funciones”.

Los propios artículos 154 y 189 del Código de Procedimiento Criminal, sólo disponen que estas actas, relatos o procesos verbales no constituyen el título de la acción pública, sino sólo medios para evidenciar su prueba. Será la obra de legislaciones penales especiales, especialmente, las que al incriminar ciertos hechos u omisiones humanos, disponen que su propia constatación será la tarea, del especial agente, al cual le ordenan la instrumentación de su proceso verbal.

De ordinario se consagra que el levantamiento de dichas actas, requiere el observar determinadas reglas de forma o fondo, para que adquiera el valor probatorio perseguido. Las que revisten mayor importancia son:

De forma, se reconoce el ser escrituras en español, en un plazo cercano al delito comprobado, deben reseñar los hechos y circunstancias de la prevención, el nombre y la calidad del agente actuante, han de estar firmadas por éste, etc.

La mera ausencia de una cualquiera de tales formalidades no implican, como principio, la invalidez ipso facto del acta en cuestión; y

De fondo, se han de exigir que el agente haya comprobado de modo personal los hechos incriminados, que su relato se le circunscriba sólo a la exposición de los mismos, y que el agente actuante sea capaz para hacerlo.

De acuerdo a la fuerza probatoria misma que represente el proceso, se encuentra su tipi-

ficación más interesante. Los que hacen fe hasta inscripción en falsedad y los que sólo hace fe, hasta prueba en contrario.

Los primeros revisten una frecuencia excepcional. Su valor probatorio, se impone indefectiblemente al juzgador penal. Con su vigencia se abroga el principio de la íntima convicción de éste, así como sólo mediante la inscripción en falsedad de su letra, podría ser atacado legalmente.

A pesar del enorme valor probatorio que entrañan, no son privativos de los Oficiales de la Policía Judicial, como se podría pensar, sino de agentes inferiores, a los cuales leyes especiales le otorgan tan singular potestad legal. **Verbigracia: agentes de Policía que constatan las simples contravenciones, agentes que comprueban infracciones a las leyes de Rentas Internas, etc.**

Mientras que los segundos, son los de ocurrencias más usual. Su mérito probatorio, se podrá atacar por cualquier otro medio probatorio legítimo.

Es esto lo que dispone la parte in fine del Art. 154 del Código de Procedimiento Criminal. Son instrumentados especialmente por oficiales inferiores o agentes de la Policía Judicial. **Verbigracia: Las levantadas por los miembros de la Policía Nacional, y sus agentes de tránsito, al amparo de los dispuesto en los Arts. 1 de la ley de Policía y 237 sobre Tránsito de Vehículos; los Alcaldes Pedáneos, conforme el Art. 16 del Código de Procedimiento Criminal, y los propios inspectores de migración, en atención a la ley de Migración, etc.**

Respecto de dicho proceso verbal, el fardo de la prueba propio de la materia penal, es invertido. En efecto, es ahora al propio presunto infractor, a quien le toca probar lo contrario, constatado en dicha acta. En todo caso, por lo menos ante este tipo de proceso,

el juez es soberano para apreciar su contenido.

Finalmente es oportuno precisar, que cualquier otro relato o documento instrumentado por un agente u oficial público, que no encuadre en una de las dos categorías probatorias preanotadas, será considerado, como simples datos. Es el caso prototipo de las investigaciones oficios y sometimientos que son reseñados, en los expedientes que suele realizar la Policía Nacional, con una base constitucional y legal muy crítica, como señalamos antes.

3. Los Descensos o Visitas a los Lugares

A pesar que sólo los Arts. 295 y siguiente del Código de Procedimiento Civil expresamente, le consagra, no menos cierto es que en materia procesal criminal, también se tiende a realizar este medio probatorio, dada su incuestionable valor.

Huelga destacar los beneficios que suele arrojar los mismos, para una eficaz instrucción penal. Y es que, el traslado que efectúan las autoridades judiciales competentes hasta la escena misma del crimen, para allí recoger de modo personal y directo, las impresiones, indicios, pruebas físicas o testimonios más directos, representa un mecanismo eficaz y confiable para forjar una convicción robusta, al juzgar el hecho de la especie. No se puede confundir con las visitas domiciliarias, o allanamientos, ni con el apoderamiento de objetos ligados a la comisión de la infracción que realizan las indicadas autoridades.

En muchos casos, se recomienda que tales constataciones sean realizadas por los oficiales superiores de la Policía Judicial, Procurador Fiscal o Juez de Instrucción, en el auxilio inmediato de

peritos o investigadores técnicos, que aseguren, una mucho más confiable recolección, identidad y manejo de las evidencias o pruebas físicas encontradas. Es por esto que se aconseja su realización al poco tiempo de la ocurrencia de la infracción.

Al respecto nuestra Suprema Corte de Justicia, ha tenido la oportunidad de emitir la postura que sigue:

"Ha sido juzgado que la inspección de lugares es necesaria solamente cuando en los lugares quedan vestigios capaces de indicar las características de esos hechos, y cuando no hay testigos presenciales de esos hechos que con sus declaraciones permitan apreciar la forma en que verosimilmente ocurrieron".

Ahora bien, no hay duda que, la indignante precariedad material, como opera nuestra administración de justicia penal en el país, su desafortunada dependencia institucional y fáctica de otros agencias administrativas del gobierno, y el grado de desprofesionalización en que se desenvuelve nuestro cuerpo policial, conspira sensiblemente para reivindicar este medio probatorio, como los demás medios propios de la investigación criminal moderna.

CONCLUSION

Las líneas que anteceden han puesto de manifiesto diversas facetas del Derecho Penal y del Procesal Probatorio Penal, así como su entrañable vinculación.

Uno de los aspectos que nos interesa resaltar aquí, es como el régimen probatorio de este derecho, ha trazado el rumbo en la humanización y modernidad del Derecho Punitivo.

Ha sido básicamente por consagraciones normativas probatorias o muy cercanas a éstas, que el procesado ha sido visto, como un sujeto investido también, de dignidad, derechos y libertades, a quienes por ende se debe protección legal.

Y es por medio, del resurgir y expansión del propio sistema probatorio penal, que el Derecho Penal más se ha profesionalizado y tecnificado.

En efecto, justo es reconocer que no siempre tales eslabones del progreso, se han expandido y arraigado con igual intensidad, en todos los Estados modernos.

Unos como siempre, se muestran mejor aventajados que otros, en esta noble tarea. Razones múltiples, objetivas y subjetivas podrían explicar tales desfases.

Nos interesa sólo destacar, como aun está en cierne en nuestro sistema probatorio penal, el uso de la criminalística y con ella, como la parte fáctica de este derecho acusa, desafortunados y pronunciados signos de rezagamiento.

En muchas ocasiones, nuestros administradores de pruebas penales, no han llegado siquiera, al uso de la cámara fotográfica. Las precariedades más elementales marcan su infeliz existencia institucional.

En efecto, estimo que una de las razones por la que se hace cada vez más imperioso el reivindicar el enorme rol social e institucional que está llamado a jugar en la sociedad, el Poder Judicial, es precisamente, porque sólo con su efectiva Independencia, Honestidad, Capacidad, se podrá implantar en el país, el imperio de la Legalidad y la Modernidad en el Derecho Probatorio Penal. Sentido anhelo de todos los buenos dominicanos.

LEGISLACION:**Decreto 65-96****Reglamento para la Ejecución de las Multas Impuestas por los Tribunales a Personas que hayan agotado las Penas Privativas de Libertad****NUMERO: 65-96**

CONSIDERANDO: Que el decongestionamiento de las cárceles del país constituye una permanente preocupación del Poder Ejecutivo.

VISTOS: La Ley 674, del 21 de abril de 1934, sobre Multas, 78, acápite 9 de la Ley 821, del 21 de noviembre de 1927, sobre Organización Judicial, 2 de la Ley 224, del 22 de junio de 1984, sobre Régimen Penitenciario, y 53 del Código Penal.

En ejercicio de las atribuciones que me confiere el Artículo 55 de la Constitución de la República.

DECRETO:

Artículo.— Se aprueba el siguiente Reglamento para la Ejecución de las Multas Impuestas por los Tribunales a personas que hayan agotado las Penas Privativas de Libertad.

CONSIDERANDO: que de conformidad con los principios en que se sustenta nuestra legislación penal, las penas privativas de libertad, tienen “por objeto, fundamentalmente, la protección social y la readaptación del condenado, a fin de restituirlo a la sociedad con voluntad y capacidad para respetar la ley”, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 224, del 22 de junio de 1964, sobre Régimen Penitenciario,

CONSIDERANDO: que la pena de multa cuando ella se impone acompañada de una pena privativa de libertad, constituye una medida fiscal que aspira procurar al Estado los recursos para combatir el crimen,

CONSIDERANDO: que cuando el condenado ha cumplido la pena privativa de libertad que le ha sido hoy ésta de manera principal, se presume que ha satisfecho la previsión de la ley y de la justicia en lo que se refiere a su readaptación social,

CONSIDERANDO: que de conformidad con la Ley 674, del 21 de abril de 1934, sobre Procedimiento para el pago y Cobro de las Multas, éstas se compensarán con prisión en caso de insolvencia a razón de un día por cada peso, salvo previsto en otras leyes,

CONSIDERANDO: que la referida disposición legal no impide sino que el contrario manda a respetar lo que dispongan otras leyes al respecto en lo que toca a la ejecución de las multas compensables a razón de un día por cada peso dejado de pagar en caso de insolvencia con un límite de dos años de prisión correccional,

CONSIDERANDO: que dentro de ese concepto el artículo 53 del Código Penal dispone que “Cuando las multas y las costas se pronunciaren a favor del fisco, si después de la expiración de la pena, sea aflictiva o infamante, sea correccional, el condenado probare por las vías de derecho su insolvencia, el tribunal ordenará su libertad”,

CONSIDERANDO: que resulta socialmente ineficaz que en los casos de insolvencia de una persona que haya sido condenada a una pena privativa de libertad y a multa, se exija la compensación por prisión de la dicha multa en adición a la pena privativa de libertad impuesta y ejecutada.

Artículo 1.— En caso de insolvencia demostrada de una persona condenada a pena privativa de libertad y multa por la comisión de un crimen o delito, y cuando la misma haya cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad, podrá dispensársele del pago de la multa sobre solicitud formulada a tal efecto al tribunal que dictó la sentencia que impuso la multa en último recurso, a través del Procurador General de la Corte de Apelación del Departamento.

Artículo 2.— Para demostrar la insolvencia del condenado, se aplicará el procedimiento establecido por el acápite 9 de la Ley 121, sobre Organización Judicial, debiendo el solicitante suministrar:

- a) Una certificación de la Dirección General de Impuesto Sobre la Renta, en que se haga constar los bienes, rentas o utilidades que el imperante tenga en la República,
- b) Sendas certificaciones del Registrador de Títulos y del Conservador de Hipotecas correspondientes, en que figuren los bienes o créditos registrados o inscritos en favor del solicitante,
- c) Una certificación expedida por el Juez de Paz del Municipio o del Distrito Municipal del último domicilio del interesado, en que se compruebe su estado de indigencia y se consigne que está en la imposibilidad de satisfacer el pago de la multa,
- d) Una declaración jurada del recluso ante el alcaide o administrador del establecimiento penitenciario donde se encuentre, de que no dispone de bienes ni recursos para satisfacer el pago de la multa.

Párrafo I.— Asimismo deberá acompañar su solicitud de una certificación de la Dirección General de Prisiones en la que se haga constar que ha demostrado hábitos de trabajo y observado una conducta intachable en el establecimiento donde ha cumplido su condena o la mayor parte de ésta.

Párrafo II.— La presentación de la documentación indicada podrá ser dispensada en cualquier caso en que se demuestre la imposibilidad de obtenerla, a juicio del Procurador General de la Corte del Departamento. Asimismo éste funcionario podrá admitir cualquier documentación equivalente o satisfactoria.

Artículo 3.— Corresponde a los Procuradores Generales de las cortes de Apelación formar el expediente correspondiente, y apoderar con su dictámen u opinión en cada caso, al tribunal competente para estatuir.

Artículo 4.— En todos los casos en que cualquier tribunal acoja el pedimento de exoneración de la multa, corresponderá al Procurador General de la Corte de Apelación del Departamento, dictar la orden de libertad correspondiente, haciendo consignar en la misma, los motivos que la originan y los datos de la sentencia intervenida.

Artículo 5.— El tribunal apoderado de la exoneración de la multa, deberá decidir en Cámara de Consejo y su sentencia a este respecto no estará sujeta a ningún recurso.

Artículo 6.— Cuando se trate de ciudadanos extranjeros condenados a prisión y multa y que hayan agotado el término de la prisión, alegando su insolvencia para el pago de la multa, éstos deberán presentar, no sólo de la República Dominicana sino de su país de origen la documentación equivalente a la determinada en el artículo 2 del presente Reglamento. En estos casos se requerirá

por el Procurador General de la Corte de Apelación correspondiente, la opinión de la autoridad consular dominicana en el país de que se trate, o en su defecto la opinión de la autoridad diplomática dominicana en el mismo.

Artículo 7.— En caso de que se comprobare con posterioridad que el recluso disponía de recursos y que, en consecuencia la declaración jurada era falsa, se impondrá a éste las penas previstas en el literal d) del artículo 4 de la Ley (antigua Orden Ejecutiva) 202, del 28 de agosto de 1918, sobre el Falso Testimonio. En ningún caso la multa a que resulte codenado por dicha declaración falsa será inferior a la multa cuyo pago le fue dispensado. En todo caso, las previsiones del literal e) de dicho artículo y del artículo 5 de la mencionada ley, serán aplicables.

Artículo 8.— La previsión del artículo anterior cesará de ser aplicable cuando a partir de la orden de libertad hayan transcurrido dos años.

Artículo 9.— Las previsiones del presente Reglamento se aplicarán a todas las multas aplicadas por los tribunales de la República.

Artículo 2.— Comuníquese a la Suprema Corte de Justicia, la Procuraduría General de la República, la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, la Dirección General de Prisiones, la Dirección General del Impuesto Sobre la Renta, al Registro de Título y al Conservador de Hipotecas, para su estricto cumplimiento.

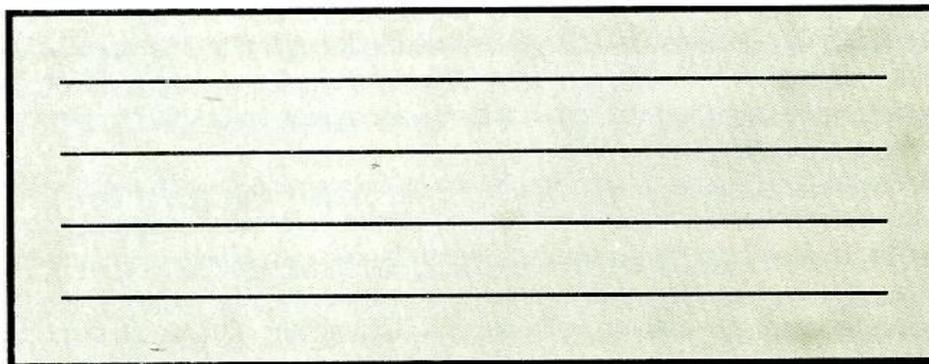
DADO en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, Capital de la República Dominicana, a los nueve 99) días del mes de febrero del año mil novecientos noventa y seis, año 152 de la Independencia y 133 de la Restauración.

JOAQUIN BLAGUER

Si resulta imposible entregarla, favor de devolverla a:

Revista de Ciencias Jurídicas

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra



**Colección Revistas Ciencias Jurídicas
PUCMM**

Obra donada a la biblioteca virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Esta colección contiene doctrina, legislación y jurisprudencia de los volúmenes históricos de la revista desde el año 1977 a 2015, constituyendo un aporte a la cultura jurídica y el estudio del Derecho.

