



**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA  
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL “DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO”**

**CURSO**

**EL CONTROL DE LOS ACTOS DE  
INVESTIGACIÓN Y PRUEBA EN EL NUEVO  
PROCESO PENAL**

**NOMBRE DEL MATERIAL:  
TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIAL PENAL**

**TEMA:  
PRINCIPIOS Y CONCEPTOS GENÉRICOS**

**AUTOR: EDUARDO M. JUACHEN**

## CAPITULO II PRINCIPIOS Y CONCEPTOS GENÉRICOS

Sin perjuicio de la diversidad de medios probatorios y de las particularidades de cada uno, lo cual será tratado en el capítulo destinado a los mismos, existe un cúmulo de cuestiones constituidas por conceptos y principios generales, que resultan rectores en toda la actividad probatoria del proceso penal, y por igual todos los medios probatorios no obstante su naturaleza y características individuales. Muchos de ellos integran la teoría general de la prueba judicial, de modo que no solo son inherentes al proceso penal sino también a cualquier otro proceso, sea civil, fiscal, administrativo o laboral. En cada caso se harán las menciones diferenciadoras, no obstante, a cada uno de ellos con motivo de la especial naturaleza que sella al enjuiciamiento penal.

Se exponen entonces seguidamente, y en forma concreta, cada uno de estos genéricos enunciados

### **Prueba. Acepciones.**

El vocablo prueba tiene varias acepciones, incluso dentro del mismo Derecho Procesal. Se utiliza como "medio de prueba" para indicar los diversos elementos de juicio con los que cuenta en definitiva el magistrado para resolver la causa, hayan sido estos introducidos al juicio oficiosamente o por producción de parte. Se denomina con el término también a la "acción de probar" como aquella actividad que deben desplegar las partes y a menudo el mismo órgano jurisdiccional, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos del órgano requirente y el decisor. Con el vocablo se denomina además lo "probado", para indicar el fenómeno psicológico o estado de conocimiento producido en el juez por los distintos elementos producidos en el proceso.<sup>1</sup>

### **Noción de prueba. Implicancias**

Toda sentencia que pone fin a un proceso penal implica invariablemente determinar la existencia o inexistencia del hecho que constituye el objeto del mismo, configurando esta faz la materia puramente fáctica sobre la cual recaerá la aplicación de la ley al caso particular. La primera es una labor sobre los hechos, previa a la segunda, de adecuación al derecho. Para ello es menester realizar investigaciones, cálculos, comparaciones, conjeturas y análisis. En principio, todo hecho es introducido como incierto en la causa, debiendo ser objeto de comprobación. En el proceso penal esta comprobación debe estar referida a la realidad histórica, en cuanto mayor acercamiento a la verdad objetiva o material. El descubrimiento de tales extremos se obtiene mediante la prueba. Esta reconstrucción del pasado se procura efectuar mediante la producción de elementos que constituirán la base de credibilidad para establecer la existencia o no del hecho. Este último es el "hecho principal", que se pretende conocer mediante el "hecho probatorio". De forma tal que la sentencia como decisión fundada en pruebas llegará siempre a una declaración por las siguientes vías: "Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro"<sup>2</sup>

### **Concepto de prueba**

En su sentido más estrictamente técnico-procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir<sup>3</sup>

### **Actividad probatoria**

La actividad probatoria está constituida por la actuación que realizan dentro del proceso todos los sujetos procesales (órgano jurisdiccional, Ministerio Público, imputado, partes civiles) con el fin de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos objeto del proceso. Este despliegue está referido no solamente a la actividad tendiente a introducir el material

<sup>1</sup> Cfr. DELLEPIANE. Antonio, Nueva teoría general de la prueba, Valerio Abeledo, Buenos Aires. 1939. p. 17

<sup>2</sup> Cfr. BENTHAM. Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales, trad. de Manuel Ossorio Florit. Ejea. Buenos Aires. 1971. p. 21, DELLEPIANE. ob. cit. ps. 20 y 24

<sup>3</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA. Hernando, Compendio de las pruebas judiciales. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1984. t. I. p. 33

probatorio (ofrecimiento, producción, contralor, etc.) sino también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el momento crítico, o sea en oportunidad de valorar lo colectado<sup>4</sup>.

### **Método reconstructivo**

Como consecuencia de los conceptos vertidos más arriba se ha sostenido con razón que la labor del juez estriba precisamente en realizar una historiografía; en escudriñar en el pasado para saber como han acontecido los hechos. Cuando el magistrado declara en definitiva que tal o cual hecho ha existido o no, y con tal modalidad, no hace mas que efectuar un juicio histórico. Y así la similitud con todas las otras ciencias reconstructivas estriba en que se parte de los rastros, dejados por las cosas o personas, para conocer mediante el juicio crítico reconstructivo como pudieron acontecer los hechos en el pasado. En este sentido Dellepiane señala cuáles son los distintos pasos de esa reconstrucción: "1) Busca de rastros. 2) Recolección de los mismos, directamente o con auxilio de peritos, o inspección in situ. 3) Conservación de los rastros. 4) Descripción o representación figurada de los mismos. 5) Descripción del lugar y reproducción por medio de fotografía, etcétera. 6) Observación y estudio de los rastros directamente o auxiliándose con peritos. 7) Formación de inferencias e hipótesis basadas en los rastros recogidos. 8) Crítica de las mismas para establecer su valor. 9) Comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos10) Exclusión de hipótesis contradictorias.<sup>5</sup>

### **Necesidad de prueba**

Este principio se enuncia como la necesidad de que todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado solo mediante pruebas introducidas legalmente *a/* mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el órgano jurisdiccional. Esto no impide que sea oficiosamente el mismo juez quien introduzca el elemento probatorio, pero no podría suplirlo por su conocimiento privado. Este ultimo no puede ser Fuente legítima de prueba, pues si así se permitiera se violaría la publicidad y el contradictorio en *la* producción de la prueba, (mica vía por la cual puede comprobar el hecho objeto de la investigación<sup>6</sup>

### **Objeto de la prueba**

El objeto de la prueba en el proceso penal esta constituido por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión. Esta noción, cuando se la refiere al proceso penal, queda íntimamente ligada al principio de la libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba<sup>7</sup>

### **Hechos exentos de prueba**

En razón del principio de libertad de prueba indicado anteriormente, no existen en el proceso penal las limitaciones propias del proceso civil en cuanto a los medios. Ello es así en razón de la necesidad de alcanzar la verdad histórica, para lo cual es menester eludir cualquier obstáculo que pudiera imposibilitar conocerla, de manera que todo se puede probar Y por cualquier medio. Sin embargo existen ciertas limitaciones que, por diversos motivos, tienden a garantizar tanto la celeridad del proceso como la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Así, no será necesario probar los hechos evidentes y normales, los hechos notorios, ni los que de ninguna manera estén relacionados con el objeto del proceso, o sea los impertinentes. Tampoco podrán ser objeto de prueba cuando exista una prohibición de la ley al respecto. En cuanto a medio probatorio, cualquiera puede ser utilizado, aun cuando no este previsto legalmente. En este último caso se le aplicaran las normas que analógicamente resultan más compatibles con la índole y naturaleza del mismo. Pero no serán admisibles aquellos medios que afecten la moral o estén prohibidos por la ley, o que de alguna manera resulten manifiestamente inconciliables con el sistema procesal aplicable. En otros supuestos excepcionales, será menester obligatoriamente acreditar ciertos hechos solo por los medios de prueba que la ley impone; así lo determina imperativamente la misma ley procesal al establecer que, en principio, las limitaciones establecidas por las leyes civiles

<sup>4</sup> Cfr. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar. Buenos Aires. t. V, p. 6

<sup>5</sup> Cfr. CARNELUTTI. ob. cit. p. 67; DELLEPIANE. ob. cit. ps. 34. 36 y 37

<sup>6</sup> Cfr. DEVIS ECHENDÍA ob. cit. p. 43; VÉLEZ MARICONDE. Alfredo. Derecho Procesa Penal, Lerner. Córdoba. 1981. t. I. p. 342

<sup>7</sup> Cfr. CLARIA OLMEDO. ob. Cit. p. 18; RUBIANES, Carlos J. . Manual de Derecho Procesal Penal. Depalma. Buenos Aires. t II, p. 210; DEVIS ECHANDÍA. Ob. Cit. P. 89

respecto de la prueba no son aplicables, salvo las relativas al estado civil de las personas. De manera que estos últimos extremos solo podrán ser corroborados aun en el proceso penal, mediante los medios que establece el Código Civil al respecto, lo cual constituye el principal límite al principio de la libertad probatoria.<sup>8</sup>

### Hechos evidentes

Son aquellos que resultan de las máximas de la experiencia, que se expresan como normales en oposición a todo aquello excepcional o extravagante: son los que comúnmente acontecen como una consecuencia habitualmente natural. Cuestiones tales como la ley física de la gravedad se presentan tan evidentes a raíz de la experiencia práctica, que realmente resulta innecesario recurrir a medios probatorios para corroborar extremos semejantes<sup>9</sup>

### Hechos notorios.

Son hechos notorios todas aquellas cuestiones que aparecen como general mente conocidas por el hombre medio en razón de su evidente divulgación o publicidad, y que en consecuencia no es menester su prueba, pues se presuponen también conocidas por el juzgador. Empero, así conceptualizado, su notoriedad será siempre relativa, circunscripta a los límites espaciales y temporales en don de la circunstancia tiene publicidad. Así, es un hecho notorio la existencia y ubicación del Río de la Plata, el 25 de Mayo como fecha patria quienes la persona del gobernador provincial actual. Sin embargo, no lo serán todas aquellas cuestiones sobre las que se pueda dudar su necesario conocimiento en el juzgador como hombre medio. En caso de duda se deberá proceder a corroborarlo mediante la prueba pertinente<sup>10</sup>.

### Prueba del estado civil de las personas.

Dijimos que el principio de libertad de la prueba tiene legislativamente su principal excepción en lo referente al estado civil de las personas, extremos que sólo se podrán acreditar por los medios de prueba que impone la ley civil<sup>11</sup>. El estado civil de las personas es la situación jurídica que puede derivar de su propia condición, como las derivadas del nacimiento, o de sus vínculos de familia, como el matrimonio o la adopción<sup>12</sup>

### Prueba del derecho

Las normas que integran el Derecho positivo no son objeto de prueba, se presumen conocidas y su aplicación es obligatoria con absoluta prescindencia de su corroboración específica en el caso singular. No ocurre lo mismo cuando se trata de una ley extranjera, en cuyo caso se la considera como un hecho que deberá ser acreditado por los medios de prueba pertinentes para conocer su contenido. Sin embargo, si dichas normas extranjeras han sido incorporadas al ordenamiento vigente nacional en virtud de un tratado internacional (art. 31, Const. Nac.), su conocimiento se presume y no será necesaria su acreditación.<sup>13</sup>

### Pertinencia de la prueba

Prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. La referencia puede aludir al hecho que constituye el objeto del proceso, como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades o bien a la participación que en el tuvo el imputado. En razón de la indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, la pertinencia del medio probatorio no estará determinada por la circunstancia de que las partes hayan controvertido o admitido el hecho sino por la vinculación del elemento con los hechos que es necesario probar para verificar la verdad histórica. Empero, no será solo la proximidad directa con el hecho delictuoso La pauta para verificar su pertinencia, pues de esta cualidad puede gozar el medio que tiende a comprobar un hecho incidental dentro del proceso a raíz de un incidente, oposición o excepción articulada dentro del mismo y para cuyo caso sea menester recurrir a la corroboración de hechos que no tengan una vinculación directa con el fondo que suscita el proceso. También puede estar dirigido a verificar la idoneidad misma de otro elemento probatorio que este relacionado directamente con el hecho principal, como sedan las pruebas tendientes a comprobar la dudosa veracidad de un testigo que refiere haber presenciado el hecho ilícito objeto del proceso, la prueba pericial para verificar la autenticidad de la documental que materializa el ilícito, etcétera.

<sup>8</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA ob.cit. p. 89; CLARÍA OLMEDO. Ob. Cit. P 18: CAFFERATA NERES, José I. La Prueba en el Proceso Penal, 2ª ed. Desalma Buenos Aires. 1986. p.25

<sup>9</sup> Cfr. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho Procesal Civil, Desalma, Buenos Aires, p. 229, y ver también LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. II ps. 168 y ss

<sup>10</sup> Cfr. FLORIAN, Eugenio, De la Pruebas Penales t. I, p. 89, y LEONE, ob, cit t. II ps. 168 y ss

<sup>11</sup> Cfr. Atrs. 206 N.C.P.P.N y 209 de Santa Fe.

<sup>12</sup> Cfr FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratados de derecho Penal. Parte especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. V, p. 207; BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, t. I p. 29

<sup>13</sup> Cfr. RUBIANES, ob. Cit., p. 234

Además la prueba puede ser directa o indirecta según que de la misma se obtenga una referencia del delito mismo, o bien de algún otro hecho que haga posible inferir o conocer indirectamente aquel; ambas serán obviamente pruebas pertinentes. En caso de dudas deberá estarse por un criterio amplio que considere pertinente al elemento probatorio. Prueba impertinente será, en consecuencia, aquella que evidentemente no tenga vinculación alguna con el objeto del proceso en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal<sup>14</sup>

### **Utilidad de la prueba**

La utilidad de la prueba esta directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo. Pues además de ser pertinente, la prueba debe ser útil. Será inútil aquel elemento que carezca de toda importancia en cuanto relevancia para verificar el hecho investigado. Salvo en la etapa de instrucción, el juez no puede evaluar por anticipado la utilidad del elemento probatorio<sup>15</sup>.

### **Prueba superabundante**

Aun cuando los códigos<sup>16</sup> refieran sólo a las pruebas impertinentes y superabundantes como aquellas susceptibles de rechazo por parte del juez o tribunal, estas últimas son en realidad una especie dentro de las pruebas inútiles que hemos conceptualizado en el punto anterior. Sin embargo, como ya se dijo, el aspecto exclusivamente utilitario, en tanto idoneidad, no puede ser meritado anticipadamente por el magistrado, lo cual constituirá un prejuzgamiento, salvo las facultades que tiene el instructor para no admitir durante esa etapa las pruebas que considere inútiles, las que en tal supuesto podrán ser ofrecidas nuevamente en la etapa del juicio<sup>17</sup> De manera que será preciso deslindar claramente cuales son aquellas pruebas que el juez podrá rechazar por considerarlas superabundantes sin incurrir en arbitrariedad o prejuzgamiento. Y así, cabe señalar que al igual que la impertinencia la superabundancia debe resultar "evidente" según lo exige expresamente la norma del artículo 387, de modo que como ya se dijo, en caso de dudas la prueba debe admitirse y producirse. Será superabundante entonces aquella prueba que resulte evidente y manifiestamente excesiva para verificar un hecho. Esta calificación es relativa, en cuanto lo será conforme a la índole del hecho a verificar, y a la calidad y cantidad de los elementos con los que se pretenda comprobarlo. Además, la superabundancia no estriba en cada elemento considerado singularmente sino en la cantidad de ellos<sup>18</sup>

### **Principio de investigación integral**

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil donde prevalece fuertemente el sistema dispositivo y sólo las partes son las encargadas de introducir el material probatorio referente a las cuestiones privadas que ellas propusieron al trabar la litis, en el proceso penal, debido al interés público comprometido en su objeto, el órgano jurisdiccional tiene un poder autónomo de investigación sobre los hechos sometidos a su decisión, característica propia del proceso inquisitivo, tendiente a conocer la verdad real sobre ellos y con absoluta independencia de la voluntad de las partes. En otras palabras, a pesar de que las partes no ofrezcan pruebas o no controviertan un hecho, y aun cuando el imputado confiese, el órgano jurisdiccional puede y debe investigar la verdad material con independencia de aquellas conductas partivas. Se configura así no solo como una facultad, sino fundamentalmente como un deber funcional. Este principio es directa consecuencia de la naturaleza de los bienes en juego en todo el proceso penal de acción pública que, como tal, comprometen el orden público, convirtiendo en indisponible el objeto del mismo<sup>19</sup>

### **Cuerpo del delito**

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales constituidos por los instrumentos, el objeto y los efectos del hecho ilícito. Es en gran parte el principal objeto de prueba en el proceso penal. El cuerpo del delito debe probarse, y de él puede inducir el juez el conocimiento sobre la existencia fáctica del delito. Está constituido por el conjunto de materialidades perdurables que ha dejado la comisión del hecho criminoso. En los códigos antiguos, como el de la Justicia Federal, se hace mención expresa al "cuerpo del delito", regulándose incluso en forma tabulada la exigencia y forma de

<sup>14</sup> Ver arts. 356, N. C. P. P. N. Y 387. C. P. P. de Santa Fe: cfr. CLARIA OLMEDO, op. cit., ps. 25, 26 Y 27.

<sup>15</sup> Cfr arts. 201 y 202, C. P. P. de Santa Fe: CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 27

<sup>16</sup> Cfr. arts 356. N. C. P. P. N. y 387, C. P. P. de Santa Fe

<sup>17</sup> Cfr. Arts 199. N. C. P. P. N., Y 201 Y 202, C. P. P. de Santa Fe.

<sup>18</sup> Cfr CLARIA OLMEDO, ob. Cit, p. 27

<sup>19</sup> Cfr. BAUMANN, Jürgen. Principios de Derecho Procesal Pen/al. p. 74: CAFFERATA NORES. ob. cit. p. 34: VÉLEZ MARICONDE. ob cit. t II. p. 197

probarlo. Esto es así como parte integrante de un sistema tasado en la valoración de la prueba. Casualmente en los códigos modernos, que han adoptado el sistema de la libre convicción para la valoración del plexo probatorio, no se hace mención alguna dentro de su normativa, debido a que la comprobación del cuerpo del delito no tiene exigencias legales prefijadas, sino que queda sujeto a la libre convicción del juez extraer su existencia del material colectado, el que valorará conforme a la sana crítica. Empero, ello no significa en modo alguno que en este sistema pueda prescindirse de la comprobación plena de la existencia del delito para poder llegar a una conclusión condenatoria, sino que la forma en que el juez obtiene ese conocimiento difiere en razón del sistema de valoración de la prueba<sup>20</sup>

### Elemento de prueba

Se puede denominar bajo estos términos al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. De manera que es menester que el dato sea "objetivo" en cuanto ajeno al conocimiento privado del juez, y que sea incorporado al proceso en forma legal, esto es respetándose las garantías constitucionales y las reglas procesales de incorporación de pruebas. Pero su utilidad, entendida como idoneidad probatoria, será meritada Por el juzgador en el momento de dictar sentencia<sup>21</sup>

### Medio de prueba

Medio de prueba es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, la inspección judicial, etcétera Cada medio tiene una regulación específica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para las partes. El considerar abierta a la enumeración que la ley hace de ellos implica que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de prueba, en cuyo caso deberán aplicársele analógicamente las normas del medio que mas se adecuen a su naturaleza y características<sup>22</sup>

La omisión de respetar las formas que la ley procesal establece para cada medio de prueba importara su producción en forma irregular<sup>23</sup> y por ende su exclusión probatoria, siendo invalorable como elemento de conocimiento<sup>24</sup>.

Algunos autores sostuvieron con serios argumentos la taxatividad absoluta de los medios probatorios<sup>25</sup>. En este sentido resultarían inadmisibles aquellos elementos probatorios que, a pesar de su eficacia y pertinencia, no estén previstos en forma expresa entre los medios que la ley procesal establece. La adopción de esta postura extrema llevaría a no considerar como medios de prueba a la confesión, la documental, o la prueba de informes, que los códigos modernos omiten reglamentar. Por lo demás, el continuo y vertiginoso avance científico ofrece a menudo la utilización de medios probatorios no expresamente tabulados con anterioridad, creando nuevos canales de información de maneras muy variadas. En estos casos no es posible impedir su utilización, el cual deberá incorporarse mediante las formas del medio probatorio que analógicamente mas se adecue, y fundamentalmente, respetando el contralor de las partes<sup>26</sup>

### Los indicios

Es tradicional en materia penal la utilización de esta denominación, no siempre usada correctamente, para catalogar ciertas pruebas o aludir al grado de eficacia que aquella puede tener. Sin embargo, el indicio, conceptualmente, no refiere más que a lo que modernamente conocemos con el nombre de elemento probatorio. Constituye una circunstancia o hecho que, probado, permite mediante un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros. La operación mental mediante la cual se pueden inferir circunstancias desconocidas tomando como base un hecho probado en la causa<sup>27</sup> es

<sup>20</sup> Cfr. FENECH, Derecho Procesal Penal, Barcelona. t. 11. p. 299; DÍAZ. Clemente A., El cuerpo del delito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1987; RUBIANES. ob. Cit. p. 220

<sup>21</sup> Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit. t. I. p. 314; t II. p. 201

<sup>22</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., t. I, p. 273

<sup>23</sup> Cfr. CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 18; CLARIA OLMEDO, ob. cit., ps. 32/33; MAIER. Julio B. J.. Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1-B, ps. 588/589

<sup>24</sup> Ver al respecto el punto referido a la regla de exclusión probatoria

<sup>25</sup> Cfr. LEONE, ob. cit., t. II, p. 175; FLORIAN, ob. cit., t. I, ps. 23 y ss

<sup>26</sup> Cfr. BINDER. Alberto M., El Relato del Derecho y la Regularidad del Proceso: Función constructiva y destructiva de la prueba, en la doctrina Penal. 1990, ps.86/87 y ss

<sup>27</sup> Ésta es una de las características, no sólo de este tradicional elemento probatorio sino de cualquier otra prueba; esto es, la de estar debidamente acreditado en el proceso. El dato del cual parte la inferencia debe estar objetivamente corroborado. De ahí que resulte criticable la definición que Pietro Ellero brinda del indicio, expresando que es aquella "circunstancia probada perfecta o imperfectamente de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga" (De la certidumbre de las pruebas de los juicios criminales. 3ª ed. Reus, Madrid, 1944. p. 63

característica de toda la actividad probatoria en la causa, es la mecánica permanente y propia de la reconstrucción histórica del hecho objeto del proceso y de todos los hechos accesorios pero relevantes. Si en verdad convenimos que el proceso deviene necesario desde que la fugacidad del acontecer humana hace imposible su vivencia directa, será preciso sostener que toda la actividad probatoria, aunque con mayor o menor eficacia o proximidad, no representa mas que un cúmulo de datos que procuran otorgar las bases para poder inferir el acaecimiento del hecho objeto del proceso. Framarino sostuvo que el "indicio es aquel argumento probatorio indirecto que va a lo desconocido de lo conocido mediante relación de causalidad"<sup>28</sup> Es forzoso que, si tomamos como referencia no el elemento probatorio que se incorpora sino el hecho objeto del proceso, se concluya que todo elemento o dato probatorio será siempre indirecto respecto del segundo. Y que la mayor o menor proximidad en la relación de causalidad o necesidad entre ambos datos, el verificado y el desconocido, responderá sólo al grado de eficacia del elemento comprobado. Esta característica es inherente a cualquier prueba, de donde resulta impropio catalogar a algunas como indicios. Por lo demás, si conceptualizamos al "medio de prueba" como el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba, y al "elemento de prueba" como al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, se advierte que lo que tradicionalmente se denominó como indicio no es un medio de prueba, sino un elemento de prueba como cualquier otro<sup>29</sup>. Erróneamente, por lo tanto, los códigos antiguos lo regulaban entre los medios de prueba junto con las presunciones. Los códigos modernos, precisamente por estas razones, no incluyen ninguna mención sobre los indicios<sup>30</sup>.

### Órgano de prueba

Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba. El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, interprete o traductor) o bien accidentalmente (en el caso del testigo, o la parte que confiesa). El juez no es órgano de prueba sino el destinatario de los datos que aquellos traen al proceso<sup>31</sup>

### Fuente de prueba

Fuente de prueba es el hecho que, conocido en el proceso por medio de pruebas, le sirve al juez para llegar al hecho que se quiere probar y que constituye el objeto de prueba. Para ello es menester que el juez realice una deducción mental desde el hecho percibido que sirve de fuente, para llegar a conocer el que se desea. Así, los distintos medios (testimonio, pericial, documental) le hacen llegar al juzgador los hechos fuentes, de los cuales el mismo puede deducir los hechos a probar. Esta comprobación será a veces indirecta cuando el magistrado llegue a conocer el hecho objeto de prueba mediante una operación mental, o bien directa cuando el medio de prueba introduzca el hecho mismo que se desea comprobar<sup>32</sup>

### Principio de la verdad real.

En el objeto del proceso penal esta comprometido el orden publico. La comunidad esta interesada en que se conozca lo realmente acontecido. De ahí la indisponibilidad de aquel objeto. Como consecuencia, tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Publico tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima de la voluntad de las partes. De manera que la negligencia, omisión, inactividad de las partes y aun la confesión del imputado no relevan de la obligación de indagar la verdad, más allá incluso de cualquier artificio formal. Este principio de investigación integral de la verdad real esta delimitado por el objeto del proceso en cada caso, el que debe ser determinado por el fiscal en su acusación. Le incumbe al juez procurar el conocimiento de la verdad histórica con total independencia, ejerciendo esa actividad por si solo, sin necesidad de requerimiento de parte. La misma actividad debe

<sup>28</sup>FRAMARINO. N., Lógica de las pruebas en materia criminal, t I, p. 256.

<sup>29</sup> El perito que dictamina sobre la antigüedad de una tinta con la cual se efectuaron unos grafismos en un documento permite inferir que el mismo no debió necesariamente ser confeccionado en la época que en el mismo se hace constar sino mucho mas recientemente. y en consecuencia concluir sobre su falsedad puede ser tomado como un ejemplo imaginario para demostrar que la "antigüedad de la tinta" no es (como indicio tradicional) un medio de prueba. El medio probatorio, en cambio, es la pericial la que permitió introducir el dato sobre la edad de la escritura que no es mas que un elemento mas como lodo dato que ingresa objetivamente al proceso

<sup>30</sup> Sobre la prueba de indicios en general puede consultarse: GORPHE, François, De la apreciación de las pruebas. Ejea. Buenos Aires. p. 248; MITTERMAIER, K. tratado de la prueba en materia criminal. Reus. Madrid. p. 358; CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 26; CARNELUTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ejea. Buenos Aires. I. I. p. 322; ELLERO, ob. cit., p. 63; FRAMARINO, ob. cit. . t. I. p. 256; MANZINI. Vicenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 272

<sup>31</sup> Cfr LEONE. ob. cit., t. II, p. 173

<sup>32</sup> Cfr. BENTHAM, ob. cit. t. II. Cap. VII; CARNELUTTI. Francesco, La prueba Civil. trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, p. 89

realizar el fiscal, aun cuando el juez no se la imponga, por que esta obligado a ello no por una resolución judicial sino como un deber funciona<sup>33</sup>.

No obstante cabe aclarar que la modernización paulatinamente se va operando en la legislación argentina, adoptándose cada vez más el sistema acusatorio, aunque obviamente no en toda su pureza: ciertos cuerpos normativos limitan o impiden al órgano jurisdiccional la incumbencia de procurar las pruebas oficiosamente. Así, el nuevo Código Procesal Penal Nacional ha adoptado el sistema mixto, con valiosos rasgos acusatorios, pero sigue conservándole al tribunal facultades autónomas para ordenar el ingreso de pruebas. En cambio, por ejemplo, los nuevos Códigos Procesales Penales de las Provincias de Córdoba y Buenos Aires han estructurado un sistema acusatorio que, salvo algunas normativas aisladas, podría decirse que se acerca sensiblemente a la puridad del mismo.

La verdad real o histórica, antes expuesta, es un principio de aspiración del proceso penal, que si nos atenemos alas concepciones ontológicas y filosóficas de la misma, no puede menos que concluirse que importa una ilusión, en cierta medida exagerada<sup>34</sup>, que en la mayoría de los casos no es posible de concretizar desde el punto de vista realista, tomando al mentado principio como una "ficción", como tantas otras propias de la ciencia del Derecho por devenir en necesarias y útiles a sus fines y metodología,

De ahí que se ha afirmado con todo acierto que "Lo que el proceso penal alcanza es una declaración aproximativa de la verdad convencionalmente aceptable en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica por la invocación explícita de ciertas constancias e implícitas por el convencimiento subjetivo de los juzgadores. Esa reconstrucción efectuada mediante una actividad oficial sujeta a reglas no es una autentica indagación de la realidad, sino la búsqueda de una plausibilidad social y jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso, una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son en definitiva, garantías [...] el conocimiento judicial no es un conocimiento de lo real ni, mucho menos, de lo absoluto, sino una plausibilidad verosímil ajustada a reglas apreciativas que implican formas de mutuo control, sobre cuya validez debe insistirse<sup>35</sup>.

### **Principio de contradicción de la prueba**

Como derivación de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio y del principio de contradicción del proceso en general, tiene particular importancia el de contradicción específicamente referido a la prueba. Concretamente se enuncia explicitando que la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla. Para conocer de la prueba es preciso que se notifique no solo el ofrecimiento y el proveído por el cual el órgano jurisdiccional la admite como tal, sino también el día, hora y forma de su producción, como también todos los actos procesales que refieran a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza. Todo ello permite a la o las partes, según corresponda, conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se hará, posibilitando la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes. Y luego la posibilidad de discutir la prueba ya producida, lo que refiere alas alegaciones sobre su merito probatorio, para lo cual las leyes procesales establecen un periodo específico.

Cabe destacar que si bien en puridad el principio se postula, como se lo hizo, con referencia a la parte contra la que se opone una prueba, entendiéndose portal aquella a la que supuestamente su producción habrá de perjudicar, lo cierto es que conforme al principio de comunidad del proceso y de la prueba, el que juega necesaria y armónicamente con este, la contradicción debe extenderse a todas las partes admitidas en la causa, aun cuando pueda conjeturarse que el resultado de la prueba no habrá de perjudicarlo.

Este principio comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Cfr. VÉLEZ MARICONDE. ob. cit, t II, p. 185

<sup>34</sup> Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., Reflexiones sobre la cuestión probatoria enEl proceso penal, en Juris 1980-61-207

<sup>35</sup> VÁZQUEZ ROSSI. Jorge E., Curso de Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, t. II. ps. 229/230

<sup>36</sup> Cfr. DEVIS ECHANDIA, ob. cit.. t. I. p. 49

Así lo establecen expresamente algunas leyes procesales que permiten ofrecer nuevas pruebas una vez conocidas las ofrecidas por la parte contraria<sup>37</sup>

### **Principio de la libertad probatoria**

Como derivación directa del principio de la verdad real que ya hemos tratado mas arriba, se presenta el de la libertad probatoria; para procurar llegar a lo realmente acontecido es indispensable que no surjan obstáculos formales como existen en el proceso civil. De allí que sea menester la libertad probatoria, entendiéndose por ella la posibilidad genérica de que todo se puede probar Y por cualquier medio.

Se advierte que el enunciado esta referido tanto al objeto de la prueba como a los medios. Sin embargo el principio no es absoluto. La principal excepción esta referida al estado civil de las personas, extremos que solo se pueden acreditar por los medios de prueba que fija la ley civil<sup>38</sup>. Obviamente quedan también exceptuadas aquellas pruebas prohibidas por la ley, las que resulten incompatibles con el ordenamiento procesal aplicable Y las que no estén reconocidas por la ciencia. Algunos autores y tribunales exceptúan también del principio a la prueba de los contratos, en cuyo caso se sostiene que deben respetarse las limitaciones que establece la ley civil a pesar de lo que establezcan las leyes procesales, pues lo contrario sería violatorio del artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, según el cual corresponde al Congreso de la Nación legislar sobre contratos y en consecuencia establecer cuáles son las pruebas que al respecto deben regir para resguardo de la institución contractual<sup>39</sup>

También se encuentran las limitaciones referidas a las garantías individuales y a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso. En cuanto a las primeras, las Constituciones, con la finalidad de proteger la intimidad, la vida privada, la salud y la propiedad particular, fijan condiciones formales insoslayables para que puedan alterarse estos valores en pro de la averiguación del delito. De modo que para la obtención de la prueba es menester el respeto de las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio; de lo contrario, el material colectado en violación de estas normas será invalorable<sup>40</sup>

El nuevo Código para Córdoba (ley 8123) introdujo este principio en forma expresa consagrándolo en el artículo 192 enunciando que todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. En este sentido la disposición contiene el condicionante de la pertinencia, de un modo concreto, por lo que la libertad probatoria tiene como limite la necesaria relación que siempre debe existir entre lo que se quiere probar con los hechos de la causa.

También en atención a este principio, el nuevo digesto para Córdoba ha suprimido la prohibición de que rijan en el proceso penal las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, que antes establecía el artículo 215. De modo que ahora, acogiendo los argumentos expuestos mas arriba, imperan todas aquellas normas que establecen la forma en que deben acreditarse los contratos y demás hechos, previstas en las leyes civiles.

### **Principio de comunidad de la prueba**

Es una derivación del principio de investigación integral. Su enunciado involucra a cualquier medio de prueba. Se lo denomina también principio de "adquisición procesal". Implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello con absoluta prescindencia de la voluntad de las partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando la hayan ofrecido. Debe destacarse, además, que una vez que el órgano jurisdiccional ha asumido la prueba ordenando su recepción tiene la obligación de producirla. El termino "comunidad" da así la idea de que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, y que su resultado perjudica o favorece indistintamente a cualquiera de ellas, con prescindencia de quien haya sido la

<sup>37</sup> El C. P. P. de Santa Fe en su art. 395 hace remisión y aplicación supletoria en lo referente al ofrecimiento, admisión y recepción de pruebas a lo establecido en el Cód. Proc. Civ. y Com., en el que su art. 402, último párrafo, establece que "Las partes podrán ofrecer pruebas ampliatorias dentro de los cinco días de notificado el decreto de ofrecimiento del adversario".

<sup>38</sup> Cfr. arts. 206. N. C. P. P. N. Y 209. C. P. P de Santa Fe

<sup>39</sup> NUÑEZ, Ricardo C. Limitaciones sobre la prueba en el proceso penal, en Comercio y Justicia del 11-4-77; VÉLEZ MARICONDE. ob. cit. t. II. p. 198 CAFFETA NORES, ob. cit. p.

24

<sup>40</sup> Cfr MAIER ob cit. t I-B. ps. 462. 584 Y 590

oferente del medio. El imperativo para el juez de valorarla en la sentencia tiene obviamente su excepción en aquellos casos de pruebas nulas o evidentemente inconducentes para decidir la cuestión planteada en la causa<sup>41</sup>.

### **Carga de la prueba**

En aquellos procesos en los que impera el principio de la carga de la prueba, su noción implica dos aspectos diferentes: por un lado, determina las reglas que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta cuando, debiendo resolver sobre un determinado hecho, no se ha producido la prueba sobre el mismo, estableciéndose que si la parte que tenía un interés jurídico en la existencia de ese hecho no produjo la prueba que verifique su afirmación, el juez debe tenerlo por no existente. Como consecuencia, en segundo lugar, el principio señala cuál de las partes es la que "debe" probar determinado hecho para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión implica, debido ello a que esa parte tiene interés jurídico en que ese hecho se tenga como existente. Empero, ello no obsta a que la parte que no tiene interés suministre la prueba, siendo igualmente obligatorio para el juez tenerlo por acreditado. Lo que no puede el magistrado, en principio, es introducir oficiosamente la prueba del hecho, invadiendo de este modo los poderes dispositivos de las partes. Salvo que se trate de cuestiones de orden público. Incluso ciertas corrientes de la moderna doctrina procesal civilista han ampliado el margen del poder autónomo de investigación del juez civil.

En el proceso penal no existe esta distribución de carga de la prueba, según la cual trae como consecuencia cierta fijación formal de los hechos constitutivos de la litis, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma. Ello así, debido a que en razón del interés público que gobierna el proceso penal, es al Estado, por medio de sus órganos predispuestos jueces y Ministerios Públicos), a quien incumbe probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva. El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada "debe" probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia de que omita esa actividad no acarrea para el ningún perjuicio procesal. Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso hasta debe investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el imputado con independencia de la prueba que este introduzca al respecto, pues el principio de investigación integral así lo impone<sup>42</sup>

### **Grados del conocimiento**

El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta "sospecha" en su contra. Mas adelante, para decidir su situación procesal, podrá optarse por el procesamiento si cabe la "probabilidad" de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en el. Solo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, solo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la "certeza" sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente puede tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en el. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido. Y así, para que sea factible la génesis de un proceso penal, para que pueda luego continuarse con la investigación estando el imputado ligado a la relación procesal, para que pueda elevarse la causa a juicio y, en definitiva, para que se concluya en una decisión condenatoria, será preciso que las pruebas puedan ir edificando los tres grados que para ello se requiere y que son: la sospecha, la probabilidad y la certeza. Veamos la noción de cada uno de ellos separadamente<sup>43</sup>.

#### **a) Sospecha**

Como estado psicológico, es el recelo o la desconfianza que con relación a algo o alguien se forma en el ánimo, debido a las conjeturas que se elaboran tomando como base ciertos datos reales. La sospecha es tal si va acompañada de un gran margen de duda sobre el resultado de las conjeturas. Pues si nuevos datos hacen superar esa duda, o parte de ella, se pasara a otro grado que será la "posibilidad", y luego a la "probabilidad". Pero más allá de ese aspecto subjetivo, la

<sup>41</sup> DEVIS ECHANDÍA. ob. cit. t. II. p. 87; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit. t II, p. 198; CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. V, p. 35

<sup>42</sup> Cfr ELLERO. ob. Cit, p. 324; CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de Derecho Procesal Civil. trad. de José Casais y Santaló. Reus. Madrid. p. 782; VÉLEZ MARICONDE, ob.cit. t II, p. 44; BONNIER. Tratado de las pruebas. t I. p. 38.

<sup>43</sup> Crf. CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá. 1977. I. II, p. 381

ley procesal exige cierta entidad objetiva, en el sentido de que ese estado tenga como origen y sustento elementos ciertos existentes en el proceso y no el mero arbitrio del instructor.

Y así, para que pueda convocarse a una persona para recepcionársele declaración indagatoria, es preciso que ya existan contra ella elementos que la incriminen con cierta entidad, suficientes por lo menos como para poder sospechar de que ha participado en el hecho ilícito que se investiga. Deben existir para ello "motivos bastantes"<sup>44</sup>, entendiéndose por tal, como sostuvo Vélez Mariconde, la presencia de "fundamento serio y objetivo". De modo que la "objetividad" indica que ello debe extraerse de algún elemento probatorio específico que ya se haya obtenido previamente, y no obedecer a los designios arbitrarios o marginales del juez. Y la "seriedad" da la pauta de la entidad o peso racional que esos elementos como cualidad inherente deben tener. Es preciso entonces que, para convocar a una persona para declaración indagatoria, esta ya se encuentre previamente indicada en alguna medida por pruebas previamente existentes. Si no hay ningún elemento que pueda llevar a la sospecha de que haya tenido participación en el hecho, la convocatoria no puede tener lugar<sup>45</sup>

#### b) Probabilidad

Al momento de decidir sobre la situación procesal del imputado, el instructor cuenta con tres opciones: el procesamiento, el sobreseimiento o la falta de merito. Para poder optar por el primero será necesario que, conforme a la investigación, se hayan obtenido elementos que lleven a superar aquella inicial sospecha hasta el grado de probabilidad. Ello implica más que la mera posibilidad. Y estando referida a la existencia del hecho y a la participación del imputado, requiere que los elementos positivos o incriminantes superen a los negativos o desincriminantes. Si de las pruebas obtenidas hasta ese momento no surge con suficiente eficacia esa necesaria superioridad objetiva, no se podrá procesar. La mera posibilidad no es suficiente. Se deberá resolver una falta de merito, decisión que precisamente indica la duda sobre esos extremos, o sea, la ausencia de la "certeza" negativa que obliga al dictado del sobreseimiento. Esa probabilidad debe subsistir al momento de elevar la causa a juicio, de lo contrario se deberá revocar el procesamiento<sup>46</sup>

#### c) Certeza

El estado de inocencia del imputado solo podrá ser quebrantado mediante una sentencia condenatoria. Para que ello sea posible, es menester que las pruebas obtenidas tengan, en cuanto a su eficacia, la aptitud suficiente como para hacer madurar en el estado intelectual del juez el pleno convencimiento de la existencia del hecho y de la participación del imputado en el mismo. La verdad histórica de esos extremos debe ser alcanzada de manera tal que la noción ideológica que de ella se tiene se corresponda con la realidad. No es posible en materia penal elaborar una verdad formal o ficticia, tampoco es aceptable que se la obtenga (en el sistema de la libre convicción y sana crítica) mediante pura intuición o exclusivas conjeturas. Los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de forma tal que resulten evidentes. Esto involucra necesariamente que de la prueba se obtenga una conclusión objetivamente unívoca, en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan acontecido de diferente manera. Pues si los elementos existentes admiten una conclusión diferente, aceptable en cuanto a su criterio lógico en el mismo grado que aquella que incrimina al imputado, se está ni solo ante contingencias equívocas que en manera alguna pueden legitimar un quebranto del estado de inocencia. En otros términos, es imprescindible no solamente superar toda duda sobre los hechos, sino también, fundamentalmente, la mera probabilidad sobre los mismos. Al momento de la decisión final no basta con que los elementos convergentes superen a los divergentes, es menester que aquellos tengan la suficiente idoneidad como para edificar solidamente en el juez la plena convicción de haber obtenido la verdad. Esto es, la certeza sobre los hechos concretamente descriptos en la acusación. A su vez, es importante destacar que dentro del sistema de la sana crítica o libre convicción en cuanto a la valoración de la prueba, ese grado de certeza se debe obtener únicamente de las pruebas que se hayan producido regularmente en la causa, debiendo el juez o tribunal fundar su decisión dando las razones analíticas de las cuales se desprenda que su subjetiva certeza se corresponde objetivamente con aquellas pruebas<sup>47</sup>.

#### Duda: *in dubio pro reo*

<sup>44</sup> Cfr. art. 316. C. P. P. de Santa Fe

<sup>45</sup> Cfr. NUNEZ, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado, Lerner. Córdoba. 1978, p. 258

<sup>46</sup> FRAMARINO, ob. cit., p. 67; CARNELUTTI, Lecciones... cit., t. II, p. 181; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 439

<sup>47</sup> Cfr. FRAMARINO, ob. Cit., t.I. p. 20; MITTERMAIER, ob. Cit., p.56

El avance progresivo del proceso esta directamente condicionado a la eficacia del material probatorio obtenido, del cual el juez elaborará las razones para ir superando los diferentes grados del conocimiento con relación al objeto de la causa. Y así, la sospecha, la probabilidad y la certeza serán estados del intelecto del juzgador que producirán un avance de la secuela procesal. Por el contrario, la duda sobre los extremos de la imputación hace desvanecer esa tendencia progresiva del proceso, imponiendo, incluso, el dictado de resoluciones que desvinculan al imputado de la persecución penal deducida en su contra.

La primera oportunidad en que el estado de duda adquiere relevancia es al decidir la situación del imputado, desde que si no existe la "probabilidad" necesaria para procesar, y tampoco resulta "evidente" alguna de las circunstancias que hacen procedente el sobreseimiento, se estará en el estado intermedio de duda que impone el dictado del auto de falta de merito. Esta resolución, si bien permite, por cierto plazo, la continuación de la investigación, importa un principio de desvanecimiento del progreso de la acción penal, pues vencido aquel termino sin que se hubieren reunido nuevos elementos que hagan superar la duda, será imperativo para el instructor el dictado del sobreseimiento. Y finalmente, la importancia suprema esta en el momento de dictar sentencia. En esta ocasión, la existencia de duda sobre los hechos concretados en la acusación, por mínima que sea, obliga a una resolución absolutoria con todos los alcances de la cosa juzgada.

La duda es un particular estado del intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido ello a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan lo suficientemente explícitos para determinar una opción convincente. Ocurre cuando los datos existentes son susceptibles de despertar razonamientos equívocos y disímiles, de suerte que se desencadena un contraste tal que no es posible afirmar que, intelectivamente, se ha obtenido el convencimiento pleno sobre alguna de las contingencias existentes.

El estado de inocencia del imputado, como uno de los principios fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación, con grado de certeza. De forma que la duda sobre alguno de esos extremos impone una decisión absolutoria que, con fuerza de cosa juzgada, mantenga aquel estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado.

Este principio denominado des de antiguo *in dubio pro reo*, cuya traducción lleva claramente al enunciado de que en caso de duda se estará en favor del imputado, deriva de la Constitución (art. 18) y tiene expresa consagración legislativa<sup>48</sup>

De tal modo que no es solo una pauta indicativa sobre la forma en que el órgano jurisdiccional debe valorar la prueba sino una exigencia que no puede soslayar. El estado de duda resulta así de relevancia vinculante al momento de dictar sentencia pero solo con referencia al aspecto puramente fáctico, ya que la duda en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley, a pesar de las numerosas polémicas suscitadas en la doctrina, no da lugar a la aplicación del principio<sup>49</sup>.

### **La valuación de la prueba**

Este es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis critico, razonado, sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Este examen de merito, si bien lo realiza en definitiva el juez o tribunal al momento de decidir, siempre esta precedido de la actividad critica que las partes hacen de las pruebas, traducida en los alegatos sobre el merito de las mismas, colaborando de esta manera en aquel análisis.

Determinar de que manera el juzgador debe valorar las pruebas es uno de los temas más trascendentales y propios de la ciencia procesal, habiendo dado origen, desde antiguo, a diferentes criterios al respecto, pudiendo sintetizarse en tres grandes sistemas existentes actualmente en el mundo, que son: el sistema de la intima convicción, el de la prueba tasada y el de la libre convicción.

<sup>48</sup> Cfr. Arts. 3º N, P.P.N. y 5º C.P.P. de Santa Fe.

<sup>49</sup> Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. Cit, t. II p 48; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E, El principio del "in dubio pro reo" en relación a la defensa, en juris 54-doct- 54; SENTÍS MELENDO, Santiago, In dubio pro reo, Ejea, Buenos Aires. P 25

Cada uno de ellos importa la adopción de una especial política procesal, la cual a su vez determinara necesariamente la adecuación de todo el proceso a una serie de particularidades propias del sistema escogido. Establecer un sistema de valuación de la prueba importa entonces adherir a una determinada política procesal que indicara cuales son las formas con las que el juzgador debe ponderar la eficacia acreditante de las pruebas introducidas al proceso, y como debe, en consecuencia, expresar su conclusión decisoria en base a la meritación efectuada en esos términos.

### **Intima convicción**

Este método es característico del juicio por jurados, adoptado, por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón. Importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio. Y, por otro lado, el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia. De esta manera el juzgador percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta la intimidad de su conciencia. Así, el jurado al momento de resolver solo debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, solo en base a su íntimo convencimiento y sin necesidad de fundar su determinación. De modo que resuelto lo decidido por el órgano es vinculante aun cuando pudiera ser contradictorio con las pruebas que se hayan producido durante el juicio.

Así concebido sintéticamente el sistema, tiene como principal sustentación la presunción de que, en el fiel cumplimiento de sus deberes cívicos, el ciudadano convocado a integrar el jurado habrá de decidir, no impulsado por los sentimientos y las pasiones, sino por la razón y la lógica, movido por el apetito de justicia, aun cuando puede hacerlo sin expresar los motivos y solo en base a la sinceridad de su conciencia. Generalmente este sistema exige como estructura procesal coherente el juicio oral, la adopción del sistema preponderantemente dispositivo y acusatorio, y el juzgamiento de las cuestiones de hecho a cargo de un jurado integrado por legos, junto al magistrado letrado que dirige el debate y resuelve las cuestiones de Derecho<sup>50</sup>

### **Prueba tasada**

Según este sistema, el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley. La valuación la hace el legislador de antemano recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba.

Un claro ejemplo de este sistema es el del viejo Código de Procedimientos en Materia Penal para la Justicia Federal de nuestro país. Así, la ley establece en algunos casos los modos en que algunos extremos deben probarse para tenerlos por acreditados. En otros supuestos, la misma ley predetermina el valor que a cada elemento deberá otorgarle el juez si el mismo reúne ciertas condiciones que en ella se prevén. Se advierte entonces la verdad meramente formal que puede llegar a establecerse en muchos casos con este sistema, pues el magistrado tiene muy poco margen para decidir por su libre convencimiento en relación con el valor real que expresan las pruebas, ya que solo puede hacerlo de conformidad con la tasación previamente establecida en la ley, aun cuando este convencido de lo contrario y de las pruebas surja lógica y racionalmente una conclusión contraria.

Estas características llevan necesariamente a requerir un juez técnico o letrado, al contrario de lo que sucede con el sistema de la íntima convicción, pues en este es imprescindible el dominio del ordenamiento legal, el que constriñe al juzgador con la determinación casuística del peso probatorio de cada uno de los elementos tradicionales. Así, por ejemplo, se establece que la confesión prestada bajo las condiciones que se establecen, produce plena prueba; que la declaración de dos testigos hábiles, contestes en las circunstancias de lugar, tiempo y de buena reputación y fama, hacen plena prueba; que en consecuencia la declaración del testigo único con relación a un hecho carece de valor, resabio de la antigua formula latina *unus testis, nullus testis*. Y cabe destacar que bajo estos esquemas no solamente se regula en la ley la forma de valorar la prueba sino también al objeto de la prueba, los medios por los cuales se debe obtener el conocimiento del mismo y la forma de su ofrecimiento y producción<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Reflexiones sobre la cuestión probatoria en el proceso penal, cit; del mismo autor. Curso de Derecho Procesal Penal Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 363; VÉLEZ MARICONDE, ob cit., t. I. p 354; GORPHE, ob, cit. P 20

<sup>51</sup> VÉLEZ MARICONDE, ob. Cit., t.I, p. 357

### **Libre convicción (sana crítica)**

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, se alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea".

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual solo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba<sup>52</sup>, ya que alcanza también al principio de la libertad de la prueba según el cual todo se puede probar y por cualquier medio<sup>53</sup>, y al principio de la debida fundamentación de la resolución judicial expresando las razones que motivan la decisión<sup>54</sup>; de ahí su denominación global de "libre convicción" y no solamente sana crítica que solo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas solo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental.

Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y no en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido de cada razonamiento debe estar claramente sustentado en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano. La omisión de cumplimentar con estos requisitos torna arbitraria por inconstitucional la sentencia, y como tal su nulidad<sup>55</sup>...

El nuevo Código para Córdoba (ley 8123), además de contener una norma que sanciona con nulidad la sentencia cuando no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 412, inc. 4º), tal como lo hacía el digesto anterior, ha incorporado el principio de la sana crítica como sistema de valoración en la norma expresa del artículo 193 del nuevo Código.

### **Principio de originalidad de la prueba**

Toda prueba que se presente en juicio consiste en definitiva en personas o cosas. Desde esta perspectiva, las pruebas se clasifican en personales o materiales. A su vez, la forma en que la prueba se introduce al juicio puede ser mediante la asistencia personal del testigo que presencié el hecho en forma directa por medio de sus sentidos y de los objetos mismos que constituyen las pruebas materiales, o bien el testimonio de una persona que depone sobre lo que escuchó decir a aquel sobre su observación del hecho, y en el otro caso, un dibujo, fotografía, reproducción, filmación,

<sup>52</sup> Cfr. Arts 398, N.C.P.P.N y 279, C.P.P de Santa Fe

<sup>53</sup> Arts. 209 C.P.P. de Santa Fe

<sup>54</sup> Arts. 399 N.C.P.P.N., y 127 C.P.P de Santa Fe.

<sup>55</sup> Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., Los límites de la sana crítica en materia penal, en Zeus 13-D-25

etcétera, de los objetos materiales probatorios. En el primer caso se estará frente a las "pruebas originales"; en el segundo, a "pruebas no originales" o indirectas.

Así, "La originalidad de la prueba, pues, no es otra cosa que la condición subjetiva de la prueba, considerada en su sustancia; viene a ser la presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba, o, en otros términos, la identidad del sujeto extrínseco y del intrínseco de la misma"<sup>56</sup>

De más esta destacar la inautenticidad y debilidad de la prueba no original, pues constituye la prueba de una prueba, que como tal importa el riesgo de desvirtuar los hechos y conducir a conclusiones erróneas. Además, si tomamos en consideración la posición del juez a quien se le debe proporcionar todos los medios adecuados para que logre conocer un hecho que no presenció, toda prueba resultara en definitiva para él, aun siendo original, un elemento indirecto respecto del hecho. Con lo cual se llega al grave inconveniente de que la no original sería la prueba de una prueba de otra prueba.

Si bien el principio de la libertad probatoria en el proceso penal permite que todo se pueda probar y por cualquier medio, lo cual conduce a concluir que pueden resultar admisibles las pruebas no originales, es también necesario en virtud de la debilidad de estas, y ante la posibilidad de que en su lugar puedan ser presentadas las pruebas originales, exigir necesariamente la incorporación de estas últimas, lo cual se erige como el principio de originalidad de la prueba.

Éste es el modo insoslayable para poder realizar una eficaz investigación integral que responda al objetivo de la obtención de la verdad real como aspiración del proceso penal. Si en el caso concreto puede incorporarse la prueba original, así se debe proceder<sup>57</sup>

<sup>56</sup> FRAMARINO, N. Lógica de las pruebas en materia criminal. t.I, p. 374.

<sup>57</sup> Cfr. DEVIS ECHENDÍA, ob. Cit., t I p. 53