

CURSO SOBRE LA PRUEBA¹

Universidad Andina Simón Bolívar

J. Nuñez de Arco, B11.,MsC.,PhD.

En el proceso penal, las partes presentan su teoría del caso, argumentada en base a pruebas, que el órgano jurisdiccional tendrá que escoger la más verosímil, la que más coincida con la verdad de los hechos. Una verdad histórica, material o real, no una verdad formal o legal. Lo que Mittmaier² considera por verdad: "la concordancia entre un hecho real y la idea que de él forma el entendimiento".

La prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos investigados y respecto a los cuales puede actuar la ley sustantiva. Para Francesco Carrara³, "prueba" es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición".

- El hecho es la expresión material de la conducta humana. Plasmada en algo visible.
- Es algo que ya está cumplido, y no puede negarse sus existencia⁴.

Justamente la Prueba es uno de los temas más controvertidos y que a lo largo de su evolución ha sufrido el "constante vaivén de las condiciones sociales, políticas y sobre todo psicológicas de las naciones"⁵. En sentido amplio, cabe decir que *prueba* es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente⁶.

Roxin⁷, atribuye a la dogmática penal, el facilitar la resolución de casos penales, ordenar el sistema como presupuesto de aplicación equitativa y diferenciada del Derecho, simplificar y proporcionar una mayor manejabilidad del Derecho y establecer una orientación y mejora de la formación jurídica en las universidades. Pero los penalistas en ese afán para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento "cientifista". Y de tanto

¹. Basado en el cap. La prueba. En J. Nuñez de Arco. La Criminalística, Investigación de la escena de hechos. (en prensa)

². Mittmaier Tratado de la prueba en materia criminal. Reus, Madrid 1979:71 y ss

³. Francesco Carrara, Programa de derecho criminal, t. II, § 900

⁴. Núñez de Arco, J.: La Autopsia. Sucre: GTZ. Cooperación Técnica alemana. 2005:108

⁵. Eugenio Florián. De Las Pruebas Penales. Trad. de Jorge Guerrero; Editorial Temis, Bogotá (Colombia) 1990: 21.

⁶. Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, 1.1, p. 9

⁷. Claus Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tomo I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 3ª Edic. Munich, 1997:158.

complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende⁸.

O al revés, diría yo, a veces, estamos intentando ser demasiado garantistas, solo debemos, simplificar y proporcionar una mayor manejabilidad del Derecho, para una mejora de la formación jurídica en las universidades. Y que a su vez los alumnos puedan ser capaces de aplicar un mejor derecho sustantivo, en servicio de la comunidad.

DEFINICION DE LA PRUEBA

La palabra prueba, en derecho, se usa para designar los distintos medios aportados para llegar a la convicción del Juez, así se habla de prueba instrumental, testimonial, indiciaria, etc. En otro sentido se hace referencia a la acción de probar y se dice, por ejemplo, que al actor le corresponde la prueba de su demanda.

La prueba es el medio que produce, un conocimiento cierto o muy probable, de hechos y circunstancias relacionadas con el delito.

- Se puede “definir a la prueba penal como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación.”⁹

Etimológicamente prueba proviene del latín probus que significa bueno, honrado, que te puedes fiar de él¹⁰. En sentido lato, la palabra prueba puede tener los siguientes significados: Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Indicio, señal o muestra que se da de algo¹¹.

Según Carnelutti y Rocco la expresión prueba tiene un distinto significado en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico, pues prueba judicial es la comprobación, no de los hechos, sino de las afirmaciones¹², a ello podríamos agregar que en materia procesal se puede hablar de prueba solo cuando se trate de comprobar hechos que están sujetos a contradicción y que no han sido admitidos por ambas partes dentro del proceso judicial, es por eso que tiene características propias que la diferencian de la prueba en sentido común. Un hecho, generalmente, deja rastros y

⁸. Emiliano Borja Jiménez. Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal. Nuevo Foro Penal Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia (Colombia). N° 62 1999: 95 Y SS

⁹. Lino Palacio, E.: La prueba en el proceso penal. Bs. As.: Abeledo Perrot. 2000:12

¹⁰. Valentín Anders. Diccionario Etimológico. En línea: etimologias.dechile.net. Revisado el 8 de octubre de 2016.

¹¹. RAE. Prueba. Diccionario de la lengua española. Revisado el 8 de octubre de 2016.

¹². Carnelutti. Sistema de derecho procesal civil. p. 674.

circunstancias que ayudan a armar mentalmente lo que ahí sucedió. Se debe probar la existencia del hecho delictivo y la participación y consecuente responsabilidad de una persona.

También, los hechos negativos pueden y deben probarse, dado que toda proposición negativa implica una proposición positiva o afirmativa que es su antítesis. Si una persona refiere que no estaba en la ciudad ese día, puede probar que estaba en otra ciudad.

Ángel Martínez Pineda, dice que, "La prueba es premisa de demostración, apta para derivar conclusiones, mediante procedimientos, esencialmente silogísticos con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras, a fin de llegar a la precisión, a la claridad y correspondencia exacta de pensamiento, para lograrlo exige curiosidad, técnica, sagacidad, atención, imparcialidad, probidad y disposición perseverante"¹³.

Desde principios del siglo XIX, Bentham estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba (*proof*), "el hecho principal", existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador" el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal"¹⁴. De acuerdo a José Cafferata, la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente¹⁵.

"Prueba" es "todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición"¹⁶. Y se halla íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal vigente. En nuestra legislación está vigente el sistema procesal acusativo. Por ejemplo, en el sistema inquisitivo o en el mixto, se acepta que la reina de las pruebas es la confesión, no válida para el sistema acusativo, en el que se puede decir que la reina de las pruebas, es la huella genética, el ADN. De manera similar hay una gran diferencia en el sistema acusativo y en el inquisitivo a la hora de la colecta de evidencias. Algo que vemos en las series de televisión, que pueden hacer una colecta de evidencias sin presencia del fiscal y de testigos.

Situación que no es permitida en nuestro país. En el que hay una libertad probatoria. El código de procedimiento penal boliviano, en los Medios de Prueba, en el título I, en su artículo 171, indica que: El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado. Asimismo, en nuestra constitución, en el artículo 16, párrafo 1, dice: "Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad".

¹³. Martínez Pineda, Ángel, Filosofía Jurídica de la Prueba. (2º ed.) Editorial Porrúa, México 2001: 11.

¹⁴. Jeremy Bentham. A Treatise on Judicial Evidence, trad. al inglés por M. Dumont, London, Law Journal, 1825:8.

¹⁵. Jose Cafferata Nores. La prueba en el Proceso Penal. DEPALMA. Buenos Aires. 1998: 3

¹⁶. Máximo Castro, Procedimientos penales, t II, p. 283. Vease también: Maximo Castro. Curso de derecho procesal [texto impreso] (3a. ed.). Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina , 1957

La prueba es lo que nos permite indagar sobre el pasado, de lo que ha sido modificado en contra del bien jurídico protegido por el autor.

La prueba, son los diversos medios por los cuales la inteligencia, puede llegar al descubrimiento de la verdad histórica. Y los medios de prueba son los instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende demostrar o verificar la teoría del caso, plasmadas en un informe pericial.

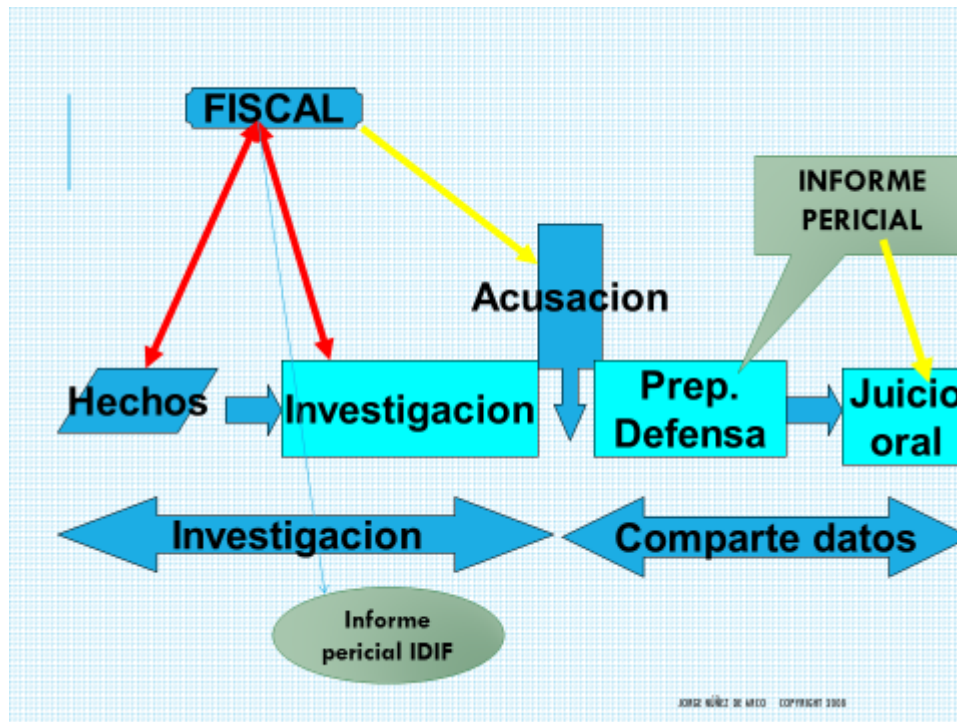
El tema de la prueba se halla íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se acepte. Por ejemplo, en el sistema inquisitivo o en el mixto, se acepta que la reina de las pruebas es la confesión, no válida para el sistema acusativo, en el que se puede decir que la reina de las pruebas, es la huella genética, el ADN. De manera similar hay una gran diferencia en el sistema acusativo y en el inquisitivo a la hora de la colecta de evidencias. Algo que vemos en las series de televisión, que pueden hacer una colecta de evidencias sin presencia del fiscal y de testigos. Pero que, en nuestro país, regido por el sistema acusativo, no es permitido. Asimismo, en nuestra constitución, en el artículo 16, párrafo 1, “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”.

La convicción

La investigación en el proceso penal, tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva, siguiendo el camino científico de demostración de la prueba. En virtud de ella, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación.

La investigación criminal es un conjunto de saberes interdisciplinarios y acciones sistemáticas integrados para llegar al conocimiento de una verdad relacionada con el fenómeno delictivo. La prueba es el medio más seguro de lograr una reconstrucción de modo comprobable y demostrable, los rastros o huellas que se pudieron dejar en la escena de hechos, que usando los principios de la criminalística, o de los resultados de experimentaciones o de inferencias en el laboratorio forense, nos mostraran la verdad real. La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad judicial, en las sentencias.

¿Lo que se busca con la investigación criminal, es encontrar la verdad, ahora bien, Cual es la verdad real? La históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad correspondencia o verdad real. El concepto de verdad va ser diferente, para la fiscalía, y para la defensa. Para además se pude hablar de una verdad histórica, de una verdad forense y de una verdad jurídica.



La verdad histórica, o real, es algo que solamente el imputado sabe. Una verdad forense es lo que encuentran los investigadores criminalísticos y forenses y además lo pueden demostrar, y una verdad jurídica, es lo que saldrá en la sentencia. Cuyos fundamentos son muy importantes para justificar la verdad jurídica. Si hay una diferencia entre la verdad forense y la verdad jurídica, quiere decir que los fundamentos o resultados forenses, no han podido crear una convicción de su verdad en el tribunal de sentencia o la percepción judicial y las necesidades de solución del caso han determinado algo diferente. Por ejemplo las técnicas de litigación de una de las partes.

Partiendo de las definiciones clásicas, cabe decir que "verdad", es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad. La verdad, como correspondencia entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se haya podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal.

Por ello la verdad que se obtenga en el proceso, debe ser lo *más* cercana posible a la realidad de lo ocurrido, permitiendo crear una convicción en los jueces de una certeza sobre la inocencia o culpabilidad. Comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos a tal fin.

Clasificación de la prueba

En relación al alcance del término se puede hablar de la Prueba, de los Medios de Prueba y de la Fuente de prueba.

Las fuentes de prueba existen antes del proceso, según se indica en el artículo 171 del código de procedimiento penal, “El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado.” Pero no quiere decir que todo lo que se ofrezca como medio de prueba y sea admitido va a tener actividad probatoria, son solo Fuentes de prueba.

Y Medios de prueba, es todo aquello que sea ofrecido como tal mientras no sea contrario a la moral, ni al derecho. Es lo que se indica en el artículo 171 del código de procedimiento penal, en el párrafo segundo y tercero: “Podrán utilizarse otros medios además de los previstos en este Libro. Su incorporación al proceso se sujetará a un medio análogo de prueba previsto. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. El juez limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos o impertinentes”. En este apartado se incluye los títulos II. Comprobación inmediata y medios auxiliares., Título III Testimonio, Título IV. Pericias y el Título V. Documentos y otros medios de prueba, del Código de procedimiento penal.

Y también se indica en el artículo 173, de la Valoración. “El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”.

Hay otra gran clasificación de la prueba legal o tasada, en la que prevalece el criterio de la ley sobre la del Juez, ya que se ha señalado anticipadamente el grado de eficacia y la prueba de libre convicción o de la sana crítica, en la que el tribunal tiene libertad de apreciación de la prueba presentada.

Aunque Sentís Melendo¹⁷, considera inútil en términos prácticos una clasificación de la prueba, en virtud de su nula repercusión en el proceso, ya que “no se puede tratar de manera distinta a unas que a otras manifestaciones probatorias, por el hecho de catalogarlas como simples o compuestas, como internas o externas, como integrales o sintácticas”.

¹⁷. Santiago Sentís Melendo La prueba. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978:156.

La clasificación más tradicional de las Fuentes de Prueba es la elaborada por Bentham¹⁸, quien consideraba existen ocho posibles clasificaciones:

a) Primera, contempla a los medios de prueba personales y reales, las primeras son aquellas aportadas por el ser humano y las segundas son generalmente deducidas del estado de las cosas.

b) Segunda, medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales, el testimonio se aplica al "hecho principal", la testimonial es el más claro ejemplo de ésta, la circunstancial se refiere a objetos o bien vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio. Añadiendo, prueba directa es la que no requiere de un razonamiento, es lo que se puede percibir. Prueba indirecta requiere un esfuerzo intelectual, un razonamiento, por ejemplo en las pruebas testimoniales, periciales, documentales. Circunstancial se refiere a lo que se pueda descubrir durante el proceso, por ejemplo durante la reconstrucción.

c) Tercera, medios de prueba voluntarios y medios de prueba involuntarios, la primera se refiere a aquella llevada al juzgador a la primera solicitud o sin necesidad de solicitud judicial, sin la amenaza o bien sin necesidad de ninguna medida coercitiva.

d) Cuarta, medios de prueba por práctica (*deposition*) y medios de prueba por documento, este carácter dependerá de la producción de éstos, si surgen como consecuencia y durante el proceso o bien de manera independiente y sin la intención de utilizarlos en él.

e) Quinta, medios de prueba por documentos ocasionales y medios de prueba por documentos preconstituidos, el más claro ejemplo de los primeros son la correspondencia personal, la agenda personal, el diario o cualquier otro documento análogo que no se haya realizado por el autor con la manifiesta intención de utilizarla en un proceso judicial. Por otra parte, si los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con el objetivo de ser destinado posteriormente en un proceso, entonces recibe la denominación de medios de prueba preconstituidos. Por ejemplo un certificado medico o un diagnostico elaborado, antes de los hechos

f) Sexta, medios de prueba independiente de cualquier otra causa y medios de prueba dependientes, (*borrowed evidence*) si se refiere a una declaración judicial rendida en el mismo país o bien en otro, bien pueden ser denominados medios de prueba dependientes.

¹⁸. Jeremy Bentham. A Teatrise on Judicial Evidence, trad. al inglés por M. Dumont, London, Law Journal, 1825:12-15.

g) Séptima, medios de prueba originales y medios de prueba derivados, el testimonio sería un medio de prueba original, siempre y cuando sea un testigo presencial y directo de los hechos, pues en caso contrario estaríamos ante medios de prueba derivados. La misma suerte resulta aplicable a los documentos originales y las copias fotostáticas.

h) Octava, medios de prueba perfectos y medios de prueba imperfectos, con la aclaración previa de que la perfección absoluta no es dable de conseguirse ante la imposibilidad de evitar el error de manera plena, debe mencionarse que en esta clasificación la perfección a la que se alude es relativa, en atención a la ausencia de imperfecciones de las que humanamente es posible identificar. Existen medios de prueba imperfectos por naturaleza, cuando por ejemplo la mente de un testigo lo imposibilita a declarar con apego a la verdad y, por otro lado, existen medios probatorios imperfectos en la forma cuando no se respetan las formalidades a seguirse para tomar la declaración de un testigo.

Las pruebas para García Ramírez¹⁹, pueden ser:

a) Artificiales, creaciones del artificio o de la lógica, tales como la deducción o la presunción, y, naturales, son las probanzas que se traducen o representan una concreta e histórica realidad (testigos y documentos).

b) Pruebas de cargo, tienden a comprobar la inculpación, en tanto las de descargo sirven para exonerar al reo.

c) Genérica, demuestra la existencia del delito, y, específica, acredita a los participantes en el ilícito.

d) Directa, en la que el hecho a comprobar puede ser advertido por los sentidos, e, indirecta, en la que no existe relación inmediata entre la prueba y el hecho a probar, sino que éste se esclarece con auxilio de una cadena de inferencias (indicio).

e) Histórica, es la que reproduce el hecho que se trata de probar, y, crítica, es la que permite deducir la existencia de tal hecho o su inexistencia.

f) Personal, recae sobre seres humanos, y, real, que recae sobre cosas u objetos.

g) Preconstituídas, se preparan antes del proceso para acreditar oportunamente los hechos; en el derecho romano se hablaba del apoderamiento de animales u objetos que llevasen las personas que se introducían en el fundo ajeno o que conducían a los animales que efectuaban ese allanamiento, la posesión tenía un propósito probatorio. La prueba constituyente se produce una vez surgido el proceso.

¹⁹. Sergio García Ramírez. Derecho procesal penal. Porrúa, México, 1974:287-288.