

IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO

PROCESAL GARANTISTA

***LA PRUEBA ILICITA Y SU  
EFECTO EN EL  
RAZONAMIENTO DEL  
JUZGADOR***

*– AB. CÉSAR LORENZÓN BRONDINO –*

AZUL (BUENOS AIRES)

AÑO 2007

## **INDICE**

---

INTRODUCCIÓN.....	pág. 3
PRUEBA – CAUSALES DE ILICITUD.....	pág. 4
PRUEBA ILÍCITA EN LOS DISTINTOS “TIPOS” DE PROCESO.....	pág. 6
EFFECTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO.....	pág. 8
EFFECTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR.....	pág. 10
SOLUCION PROPUESTA.....	pág. 13
DE LA “PRUEBA ILICITA” A LA “PRUEBA INCONSTITUCIONAL”.....	pág. 20
CONCLUSION.....	pág. 23
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	pág. 24

# **LA PRUEBA ILÍCITA Y SU EFECTO EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR**

por César **Lorenzón Brondino**

*“El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad.*

*En consecuencia, es de la esencia del gobierno democrático, la aplicación correcta de las formas jurídicas, pues ellas evitan tanto la arbitrariedad como el despotismo.”*  
(Montesquieu)<sup>1</sup>

## **INTRODUCCION**

---

La célebre frase de Montesquieu con la que comenzamos esta ponencia no es antojadiza. Si queremos hacer realidad nuestro anhelo de tener un proceso ajustado a Derecho, necesariamente, debemos respetar las *formas* que la Constitución nos indica.

Ello no significa un apego a formulismos o ritualismos sin sentido<sup>2</sup>; todo lo contrario, para que la justicia judicial se humanice, se limpie de los rezagos que tiempos oscuros dejaron y para que se logre con ella una tutela eficaz, de la persona humana y de sus derechos fundamentales<sup>3</sup> debemos “venerar” nuestra Ley Fundamental y “defenderla” de quienes no quieran acatarla.

Es la única manera de lograr la efectiva vigencia del derecho constitucional al debido proceso que toda persona tiene.

En este sentido, el concepto de “prueba ilícita” es de cabal importancia. El quitarle validez o eficacia a pruebas que estén manchadas de ilicitud sin

---

<sup>1</sup> **MONTESQUIEU** – “*D l'espirit des lois*” – Libro VI, Capítulo III, L. XI, Capítulo VI [Citado por **PERRACHIONE**, Mario C., “*La Casación como método de control de la función jurisdiccional*, Ed. Alveroni, Córdoba, Año 2003]

<sup>2</sup> “...conforme lo ha señalado la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal, “...las formas procesales han sido instituidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos insustanciales...” [Juzg. Federal N° 3 Cba. A.I. N° 107 de fecha 31/05/05, en Incidente de nulidad en autos Bulacio, Carlos Enrique y otro p.ss.aa. infracción a la ley 23.737, en Actualidad Jurídica de Córdoba N° 45 – Derecho Penal, p. 2863 y 2864]

<sup>3</sup> Conf. **DEVIS ECHANDIA**, Hernando, “*Pruebas Ilícitas*”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N° 1, Volumen I, Año 1984, p.15

duda alguna civiliza<sup>4</sup> a la justicia judicial. No puede aceptarse que la lucha procesal sea como una guerra en la cual el “fin justifique los medios” de manera que se pueda recurrir aún a las peores atrocidades con el pretexto de querer encontrar la verdad para aplicar la sentencia.”<sup>5</sup>

## **PRUEBA – CAUSALES DE ILICITUD**

---

El elemento probatorio estará “salpicado” de ilicitud, básicamente, por dos motivos:

◆ **por el procedimiento utilizado**

Dice Devis Echandía que “un testimonio es una prueba lícita; una confesión, es una prueba lícita; pero si aquel o ésta se obtienen mediante coacciones, mediante violencia, mediante tortura... se convierte en un medio ilícito de administrar justicia”<sup>6</sup>; no sólo la tortura<sup>7</sup> torna ilegal la “prueba judicial” obtenida. La prueba es ilícita “desde que se aplique coacción de cualquier clase y en cualquier magnitud sobre las personas. Coacción física, coacción psíquica, coacción moral...”<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> “...los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante —sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!)— le parece que quien pretende tiene la razón. Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*). En cambio, los procesalistas penales —que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios) — exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez! ...Extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce filosófico doctrinal: en tanto se pretende penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada más el proceso penal... [ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal*”, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org), p. 2]

<sup>5</sup> Conf. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 16

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 17

<sup>7</sup> “es la negación de la prueba, la negación de la justicia, pero no ha desaparecido, solamente han desaparecido las normas que la autorizan y se sigue practicando” [DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 19]

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 19

En una palabra, será ilícito todo aquel elemento probatorio que sea consecuencia de un procedimiento irrespetuoso de las formas que la Ley establece para la obtención de la prueba.

◆ **por la prueba misma**

Además, el elemento probatorio arrimado al proceso será ilícito “aun cuando el procedimiento adoptado sea corriente y normal”<sup>9</sup> si se trata, por ejemplo, de aquellos documentos que instrumenten secretos profesionales o de Estado – arts. 211 y 221 Cód. Proc. Penal de Córdoba; o de aquellos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo – art. 212 Código Proc. Penal de Córdoba; o de las cartas o papeles privados que hubieren sido sustraídos<sup>10</sup> – arts. 18 de la Const. Nacional y 41 Const. de Córdoba; etc.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> **DEVIS ECHANDIA**, Hernando, *ob. cit.*, p. 20

<sup>10</sup> **ART. 45 CONST. CBA.: INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO - ALLANAMIENTO.** *El domicilio es inviolable y sólo puede ser allanado con orden motivada, escrita y determinada del juez competente, la que no se sule por ningún otro medio. Cuando se trate de moradas particulares, el registro no puede realizarse de noche, salvo casos sumamente graves y urgentes.*

**ART. 46 CONST. CBA.: PAPELES PRIVADOS Y COMUNICACIONES.** *El secreto de los papeles privados, la correspondencia epistolar y cualquier otra forma de comunicación personal por el medio que sea, es inviolable. La ley determina los casos en que se puede proceder al examen o interceptación mediante orden judicial motivada.*

**JURISPRUDENCIA**

*La apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al imputado transgrede principios constitucionales regidos por el art. 18 CN y los que encierra el debido proceso, tildándolos, en consecuencia, de prueba ilícita.*

*Cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional, y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra carta magna. Cualquier apartamiento de estas premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias, y en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de su decisión de mérito.*

*La nulidad se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización.* [Cám. Nacional Crim y Correc. – Sala 4ª – Bs. As., Sent. de fecha 15/11/04, en Redruello, Fabián L. y otros s/ estafa – Nulidad, en Actualidad Jurídica – Derecho Penal Nº 41, p. 2586]

<sup>11</sup> Conf. **CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída (con la colaboración de AROCENA, Gustavo A.), “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado - Tomo I (arts 1 al 300)”, Editorial Mediterránea, Córdoba, Noviembre de 2003, p. 480.

En definitiva, como regla general<sup>12</sup>, no deben valorarse aquellas pruebas (que por sí o por el procedimiento llevado a cabo para obtenerlas) atenten contra el orden público, la moral o las buenas costumbres o estén prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico-positivo *íntegramente*<sup>13</sup> considerado.

Como pudimos advertir, la gran mayoría de los ejemplos que hemos dado “pertenece” al fuero penal; sin embargo en el proceso civil también podemos imaginar algunos: supongamos el caso de un oficio que no debió diligenciarse porque la parte a la que le correspondía hacerlo fue negligente, o el de la pericia ofrecida fuera del plazo de prueba y – no obstante ello – practicada.<sup>14</sup> No hay dudas de que el informe o el dictamen – incorporados a las constancias de autos – que resulten de aquel oficio o aquella pericia deberán ser “desglosados” del expediente.

## ***PRUEBA ILÍCITA EN LOS DISTINTOS “TIPOS” DE PROCESO***

---

La doctrina procesalista ha escrito mucho sobre el tema en materia penal; se han elaborado “teorías” que establecen en qué supuestos no será tenida en cuenta – por ilegítima – la prueba (a ingresar o) ingresada al proceso. Así tenemos la “*regla de exclusión*” que descarta, por ilegales, los actos que

---

<sup>12</sup> “La ilegalidad puede provenir de una norma específica o de la genérica prohibición de violentar los derechos fundamentales de las personas... [Así, la prueba] “... será ilícita cuando, en el momento de su ingreso o de su creación, se aparte de esas reglas jurídicas, impuestas con miras a tutelar particulares intereses considerados de un rango superior al del conocimiento -por el juez- de los hechos objeto de debate. La ilicitud puede provenir, entonces, no solo de la violación de los derechos fundamentales tutelados en normas superiores del ordenamiento jurídico estatal o interestatal sino, además, de particulares previsiones de la ley procesal, cuya violación impide reconocer eficacia probatoria a la prueba así ingresada u obtenida. [QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “*El derecho a la prueba como garantía constitucional*”, Anticipo de la Exposición del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista de Azul, Año 2007, [www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org), p. 8 y 9]

<sup>13</sup> **Ver artículos:** 18 CN; IX y X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 378 del CPCN; 41 Const. de Cba.; 192 y 193 del CPPCba; 199 y 200 CPCCba, etc.

<sup>14</sup> **ART. 212 CPCCba: OFRECIMIENTO Y RECEPCIÓN.** *Dentro de los diez primeros días de abierta la causa a prueba en el juicio ordinario, y de los cinco en los demás casos, si correspondiere, las partes deberán ofrecer la prueba testimonial de que se han de valer. Toda medida probatoria con excepción de la confesional y documental, deberá ser ofrecida, ordenada y practicada dentro del plazo de prueba. A los interesados les incumbe urgirla para que sea practicada oportunamente; pero si no lo fuera por razones ajenas a ellos, podrá practicarse vencido el período probatorio, siempre que hubiese sido instada oportunamente sin que pueda imputárseles negligencia.*

violentan por sí mismos las garantías constitucionales (por ejemplo, el allanamiento sin orden –previa– de autoridad competente); por otro lado, y complementando a la anterior, tenemos la “*doctrina del fruto del árbol envenenado*” que le quita eficacia probatoria a todos aquellos elementos de prueba que sean consecuencia necesaria del acto violatorio de la garantía constitucional (– siguiendo el ejemplo anterior – la documentación obtenida y secuestrada mediante el allanamiento ilegal)<sup>15</sup>.

Este análisis “especializado” no se ha realizado en todas las ramas del Derecho: apenas unos pocos trabajos doctrinarios hacen referencia a los efectos que la prueba ilícita producirá en los “juicios” civiles.

Lo mismo ocurre a nivel normativo. Veamos qué sucede en la Provincia de Córdoba: el Código Procesal Penal contiene un artículo específico<sup>16</sup> que establece el efecto que tendrán las pruebas ilícitas; en cambio, el Código Procesal Civil no.<sup>17</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto *supra*, creemos (al igual que Cafferata y Tarditti) que aunque no exista reglamentación o norma expresa “la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exige que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado *ilegal* y, por ende, sea excluido como elemento válido para fundar la convicción del juez. Se trata de un marco *ético jurídico* del principio de libertad probatoria: para eso están las garantías. Y si éstas no se respetan por su mera existencia, se impone su observancia forzada. Así, cuando la prueba que queda legalmente excluida de la valoración judicial es igualmente tenida en cuenta en ella, corresponde apelar a la sanción de nulidad, que constituye la herramienta

---

<sup>15</sup> Conf. **AYÁN**, Manuel N y **BALCARCE**, Fabián I.: registro domiciliario, requisita y allanamiento, en Cuaderno del departamento de Derecho procesal y práctica profesional N° 3 – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1998, p 96 y ss. [Citados por **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Principios y reglas que rigen la actividad probatoria*”, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org), en la nota n° 45, p. 19 y 18]

<sup>16</sup> **ART. 194 CPPCbA: EXCLUSIONES PROBATORIAS.** *Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.*

<sup>17</sup> Esta situación no debe desalentarnos; todo lo contrario, debe motivarnos a encarar un estudio responsable y serio de la cuestión en todas las disciplinas de la Ciencia Jurídica.

técnica para custodiar la efectiva vigencia de aquéllas.”<sup>18</sup> En el mismo sentido se expide Devis Echandía.<sup>19</sup>

En suma, por lo expuesto, se deduce que adherimos a la Teoría Unitaria del Proceso y, por dicha razón, entendemos que las teorías “penales” enunciadas son enteramente aplicables al resto de los “procesos”.<sup>20</sup>

### ***EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO***

---

El art. 194 del Código Procesal Penal de Córdoba – siguiendo a la Constitución Provincial<sup>21</sup> – reza que *“carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.”*

Este artículo nos está marcando – enfáticamente – que toda prueba ilícita será insalvablemente nula<sup>22</sup> y no susceptible de convalidación; en otras palabras, aquella no tendrá validez alguna.

---

<sup>18</sup> **CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída, *ob. cit.*, p. 496

<sup>19</sup> “Yo considero que no hace falta la consagración en los textos legales del principio del rechazo a todos los medios probatorios que puedan aparecer como ilícitos y el concepto de ilicitud, no es el separarse de las normas expresas establecidas por el legislador, sino además fundamentalmente el separarse de los principios de la moral procesal, de la ética procesal y del respeto a la persona humana dentro del proceso.” [**DEVIS ECHANDIA**, Hernando, *ob. cit.*, p. 18]

<sup>20</sup> (el de prueba ilícita) “se trata de un concepto que debe tener aplicación práctica en los procesos de todas las clases, civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, etc. y de ahí su importancia tan grande porque, cuando se olvida o no se aplica, se producen más deformaciones en la administración de justicia que la corrompen y que la convierten de instrumento para la tutela de las personas en instrumento para la violación de su vida, de su derecho, de su dignidad, de su honor.” [**DEVIS ECHANDIA**, Hernando, *ob. cit.*, p. 15]

<sup>21</sup> **ART. 41 Const. Cba.:** *La prueba es pública en todos los juicios, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución es motivada.*

*No pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos.*

*Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.*

*En caso de duda sobre cuestiones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado.*

<sup>22</sup> “...es lo que se conoce como nulidad absoluta (art. 186, 2º párrafo). Esta concepción de la nulidad la aleja de la idea de custodia de simples formalidades o rituales huecos, y rescata su función de *herramienta técnica garantizadora* (noción estricta de garantía) del respeto a los derechos del imputado, en la que se inspiran las formas sustanciales del proceso penal.” [**CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída, *ob. cit.*, p. 10]



Actualmente, no se discute que la invalidez de la prueba ilícita es absoluta. La prueba que haya sido obtenida vulnerando una garantía constitucional no debe tener valor conviccional alguno.<sup>23</sup> Esa ineficacia probatoria “impide la utilización procesal, tanto de las pruebas que implican el “corpus” de la violación al derecho fundamental (v.gr., confesión obtenida por apremios) como de las pruebas que de ella se deriven (v.gr., el secuestro de instrumentos del delito del lugar indicado durante la confesión bajo apremios). Si alguna decisión jurisdiccional [...] se fundara en cualquiera de ellas, incurrirá en nulidad.”<sup>24</sup>

Indudablemente, el “remedio” que el sistema legal “receta” para esta terrible “enfermedad” es el adecuado. El “principio de moralidad en el debate”<sup>25</sup> justifica – lógicamente – la “respuesta” que nuestro ordenamiento brinda al supuesto de violación constitucional en la actividad probatoria. *“Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...comprometería la buena administración de justicia constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito...”. Es que existen limitaciones<sup>26</sup> a la persecución penal; “el descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque hay por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor mas importante para la sociedad que el castigo al*

---

<sup>23</sup> “...la *ilicitud de la prueba* no importa sólo su *inadmisibilidad* para el proceso civil – ningún sentido tendría el establecimiento de prohibiciones en las leyes si su violación no tuviese por consecuencia la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida – sino también, para nosotros, su *ineficacia*, y ésta tanto *directa* como *indirecta*, esto es, no sólo respecto de la prueba *ilícita* originariamente obtenida sino también de la “adquirida” como *consecuencia de aquélla*, pues la ilicitud de una se extiende por fuerza a la otra por su común antecedente” [KIELMANOVICH, Jorge L., “La prueba ilícita en el proceso civil”, Revista de Derecho Procesal - 2005-1 - Prueba I, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 255 y 256]

<sup>24</sup> CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, *ob. cit.*, p. 9 y 10

<sup>25</sup> “...existen como principios fundamentales del proceso en general y como principios fundamentales de la prueba en particular los de la buena fe, la lealtad y la moralidad y no puede armonizarse estos conceptos con el uso en los procesos de las pruebas ilícitas.” [DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 18]

<sup>26</sup> “...la protección de algunos intereses considerados más importantes que el descubrimiento de la verdad, determina en ciertos casos la preeminencia de aquéllos sobre ésta, lo que puede derivar en obstáculos probatorios. Tal sucede, por ejemplo, cuando en aras de la cohesión familiar se permite a ciertos parientes del imputado negarse a declarar como testigos en su contra (art. 220), o se prescinde del conocimiento del delito que pueda haberse adquirido violando el secreto profesional, o de Estado, etcétera (art. 221). Consecuentemente, los datos probatorios logrados en violación de cualquiera de estas prohibiciones serán ilegales y no podrán ser válidamente utilizados para formar la convicción judicial.” [CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, *ob. cit.*, p. 489]

*autor del delito; el respeto a la dignidad del hombre y los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de derecho". Por ende, la clave a este respecto estará siempre dada por la imagen del Estado de derecho que como tal, no puede jamás quedar deteriorada mediante el aprovechamiento de actos delictivos o groseramente contrarios al derecho.*<sup>27</sup>

Idéntica línea argumental siguen Roxin y López Barja de Quiroga. El primero afirma que "el esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, agrega, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas del Estado. El segundo de los autores citados entiende que "el proceso penal de un Estado social y democrático de derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud"<sup>28</sup>

## **EFECTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR**

---

Sabido es que el juez debe fundamentar<sup>29</sup> "lógica y legalmente" toda resolución que adopte, bajo pena de nulidad (art. 326 CPCCba). Es que, "la motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión.<sup>30</sup>; "suministra cuál

---

<sup>27</sup> **AYÁN**, Manuel N y **BALCARCE**, Fabián I., *ob. cit.*, p 96 y ss. [Citados por **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, "*Principios...*", en la nota nº 45, p. 19 y 18]

<sup>28</sup> **ROXIN**, Claus / **LÓPEZ BARJA DE QUIROJA**, Jacodo [Citados por **CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída, *ob. cit.*, en la nota nº 1021, p. 496]

<sup>29</sup> La necesidad de fundamentación "...traerá como efecto que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino la consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación sensata sobre *por qué* se concluyó y decidió de esa manera, y no de otra, y que deberá ser naturalmente comprensible por cualquier otra persona mediante el uso de su razón (v.gr., partes, público, etcétera). [**CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída, *ob. cit.*, p. 495]

<sup>30</sup> Conf. **DE LA RUA**, Fernando, "*Proceso y Justicia*", Ed. Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, Año 1980, p. 82 [Citado por **CALVINHO**, Gustavo, "*El marco estructural para construir y motivar sentencias*", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista - Escuela de

ha sido el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y, en su caso, las pruebas que los verifican, para subsumirlos en la norma o en el micro sistema de normas aplicable que servirán de fundamento para su decisión.<sup>31</sup>; finalmente, “sirve como mecanismo de control de los actos que realizan los jueces, a la vez que legitiman su poder y protegen a los miembros de la sociedad de sus arbitrariedades.”<sup>32</sup>

A esos fines, el juez debe hacer una valoración sistemática y conjunta de todos y cada uno de los elementos probatorios ingresados –válidamente– al proceso<sup>33</sup> (aunque al momento de motivar el fallo sólo haga mención a aquellos que fueron determinantes para su decisión<sup>34</sup>). Esto significa, a contrario sensu,

---

Graduados Aguila & Calderón EGACAL - Centro de Altos Estudios Jurídicos CAE-JURIS-AQP, Anuario 2007, p. 35]

<sup>31</sup> **ALVAREZ GARDIOL**, Ariel, “Lecciones de epistemología, algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas”, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Año 2004, Cap. IX, p. 165/181 [Citado por **CALVINHO**, Gustavo, *ob. cit.*, p. 35]

<sup>32</sup> **CALVINHO**, Gustavo, *ob. cit.*, p. 37

<sup>33</sup> “...el criterio de valoración de la prueba, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, impone un análisis integral del plexo probatorio incorporado, en el que el instructor podrá -siempre fundadamente- incluir aquellos elementos que abonan su tesis y descartar otros de acuerdo a su eficacia conviccional, pero en ningún caso puede omitir su análisis, requisito esencial para arribar a una resolución motivada. [...] el único modo de producir una exclusión probatoria es precisamente por vía de su declaración, a los fines de permitir un adecuado contralor de las partes. Así lo entiende la doctrina cuando afirma que: “...la exclusión probatoria opera sólo en el acto de la resolución en que se la declara y hacia el futuro, consistiendo su consecuencia en la invalorableidad del elemento probatorio” [Juzg. Control Penal Económico y Anticorrupción Cba., Sent. N° 04/06, Trib. de origen: D. IV T° 5°, en Tapia, Julio Cesar p.s.a. extorsión calificada, en Actualidad Jurídica de Córdoba N° 72, p. 4764 a 4766]

<sup>34</sup> **ART. 327 CPCCb.a.: CONTENIDO.** ...Salvo disposición legal en contrario, los tribunales formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

**ART. 386 CPCNac.: APRECIACION DE LA PRUEBA.** Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

#### **JURISPRUDENCIA:**

➤ La obligación constitucional y legal de fundar la sentencia consiste en el deber de consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ella contiene. Ahora bien, si – como en el caso – el recurrente se agravia de la omisión de describir el contenido de los elementos de prueba que sustentan la existencia del hecho y la muerte de la víctima, resulta necesario precisar que cuando se está en presencia de prueba suficientemente explicitada, de por sí demostrativa del suceso acaecido, que por su simpleza y contundencia no requiere mayores consideraciones, la sentencia resulta suficientemente motivada si contiene una enunciación de la prueba de que se sirve y una sucinta valoración de aquella. [TSJ – Sala Penal, Sent. N° 124 de fecha 26/11/04, en Giacardi, Rodolfo Ramón p.s.a. homicidio culposo – Recurso de casación, en Foro de Córdoba N° 98, p. 241]

que el juez *NO* debe tener en cuenta la o las pruebas que fueron introducidas ilegalmente al pleito.

Para poder “suprimir de su mente” aquel elemento probatorio deberá hacer uso del “método de la exclusión hipotética”. De lo contrario (si intentara aprovechar el referido elemento probatorio) la sentencia será declarada nula.<sup>35</sup>

Sin embargo, dicha “operación mental omisiva” es – cuanto menos – muy difícil de lograr. No hace falta ser licenciado en psicología para darse cuenta que (aún inconscientemente) el juzgador se verá influenciado por el elemento probatorio ilícito.<sup>36</sup>

---

➤ *Entre las formas procesales cuya inobservancia el Código Procesal Penal castiga con sanción de nulidad, se encuentra la inobservancia en la fundamentación de la sentencia de las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 413, inc. 4, supuesto 2º C.P.P.). Tal requisito resulta incumplido, entre otros supuestos, cuando se omiten elementos probatorios pertinentes y decisivos para resolver la cuestión, vale decir, en los casos de fundamentación omisiva. Será decisivo el elemento probatorio que por sí o unido a otros, verosímelmente podría modificar la solución dada a la cuestión probatoria. [TSJ – Sala Penal, Sent. Nº 130 de fecha 21/12/04, en Stefanich, Juan Mariano p.s.a. homicidio culposo – Recurso de casación, en Foro de Córdoba Nº 98, p. 242]*

<sup>35</sup> “[...] En consecuencia, como sin la prueba tachada de ilegal [...] no resulta lógicamente posible armar la trama probatoria, la sentencia debe ser declarada nula por carecer de la debida fundamentación respecto de la participación culpable de los acusados en el hecho. Por tanto, se debe [...] anular la sentencia y el debate precedente, en lo que a la declaración de autoría y condena por asociación ilícita se refiere y remitir los autos al Tribunal que por turno corresponde, salvo que este haya sido el causante de la nulidad en cuyo caso deberá intervenir el Tribunal que le sigue por orden de nominación. [TSJ – Sala Penal Cba., Sent. Nº 12 de fecha 25/04/91, en Bardón, Oscar Eduardo y otros – p.ss.aa. asociación ilícita – Recurso de Casación, en [www.actualidadjuridica.com.ar](http://www.actualidadjuridica.com.ar)]

<sup>36</sup> A veces, y frente a la importancia conviccional de la prueba ilegalmente obtenida, se ha intentado aprovecharla, olvidándose que no se puede intentar la utilización de ningún acto contrario a la ley so *pretexto* de hacer cumplir la ley, sin incurrir en una contradicción fundamental, como así también que compromete la buena administración de justicia el pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito.

La tacha de ilegalidad, y la consecuente prohibición de asignarles alguna eficacia probatoria, deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas el *corpus* de la violación a la garantía constitucional (v.gr., la confesión obligada), sino también a las que se pudieran materialmente coleccionar gracias a aquel quebrantamiento, vale decir, a las que sean sus consecuencias necesarias e inmediatas -pruebas ilícitas por derivación- (v.gr., el secuestro de efectos del delito en el lugar indicado por la confesión forzada), siempre que éstas no hubiesen podido obtenerse igualmente sin la vulneración de aquélla.

Lo contrario importaría una interpretación indebidamente restrictiva del ámbito de actuación de la garantía constitucional, pues se la reduciría a los casos de quebrantamiento palmario y evidente, privándola de operatividad en las hipótesis de vulneración larvada o encubierta, legitimando así el *fruto* de su violación, lo que alteraría su esencia. Además, el otorgarle a la violación de la Constitución alguna eficacia (aun indirecta), significaría estimularla en la práctica. Es por todo esto que las decisiones jurisdiccionales que se funden *decisivamente* en estos “frutos” serán *nulas*.

Cierto es que estas soluciones pueden llevar a la falta de comprobación y, por ende, de castigo, de algún delito. Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado por ello en

Es que "...una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica..."<sup>37</sup>; lo que sucede es que la psiquis del juez, desde el mismo momento en que tome "contacto" con la prueba ilegal, quedará "contaminada" o "viciada".

Como vemos, el "método de la exclusión hipotética" no es garantía suficiente para el justiciable. Es muy probable que el juzgador, al valorar los elementos validamente incorporados se vea influenciado – aún sin quererlo – por aquel o aquellos que se incorporaron ilegalmente. De esta forma, puede suceder que el juez "fuerce" su razonamiento para concluir de una manera distinta a la que lo hubiera hecho si ese elemento ilegal no hubiera "existido".

## **SOLUCION PROPUESTA**

---

Debemos evitar a ultranza cualquier atisbo de subjetividad o parcialidad en el juzgador.<sup>38</sup> Por todo ello, estamos de acuerdo – claro – con que toda

---

muchos casos, si éste fuera el precio de la tutela de otros valores o intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional (y a veces, incluso, a través de legislación de jerarquía inferior). [CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, *ob. cit.*, p. 496 y 497]

<sup>37</sup> MUÑOZ SABATÉ [Citado por KIELMANOVICH, Jorge L., *ob. cit.*, p. 255]

<sup>38</sup> JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

En el caso "*Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones*" se planteó la recusación de la juez a cargo del Juzgado Correccional fundándose en la **sospecha y el temor de parcialidad** que siente el imputado, en virtud de que la recusada ya había dictado resoluciones en su contra para avanzar en el proceso, con sustento en las pruebas recolectadas en la etapa de investigación instructoria; en consecuencia, concluyó la defensa, no se encontraba en posición de neutralidad frente al caso, como para realizar el debate. Por ello, se solicitó el apartamiento de la juez, amparándose en la garantía que posee el imputado de ser juzgado por un tribunal imparcial, consagrada en los instrumentos internacionales incorporados a la CN por el art. 75, inc. 22.

La sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, declaró la competencia de la Juez Correccional para seguir interviniendo en la causa en orden a la presunta comisión de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego y abuso de armas, ambos en concurso real.

Contra tal resolución la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja. La CSJN resolvió hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y volver los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento.

## **SUMARIO**

- La garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las

---

garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado.

- La imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia. Si bien podría argumentarse que esta ausencia de prejuicios -por lo menos con respecto a la materia- nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de éste frente a la cuestión que deba resolver.

- En virtud de ello, puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

- Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a favor de éste se puede esgrimir este temor de parcialidad. En ella se sostiene el planteo de la defensa en este caso.

- El temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor que el magistrado realizara en el proceso -entendida como sucesión de actos procesales celebrados- previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez. En este sentido podría decirse que para determinar el temor de parcialidad no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar dichos actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual. Basta con que se hayan dictado estos actos -pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado- para que quede configurado este temor.

- La opinión dominante en esta materia establece que **la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.** [el resaltado me pertenece]

- Existe una idea generalizada en torno a que la persona que investigó no puede decidir el caso, toda vez que esta acumulación de funciones no sólo se contrapone al principio republicano de división de poderes -expresado en el principio acusatorio-, sino porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la posición de neutralidad de quien lo va a juzgar en el caso, luego de haber recopilado e interpretado prueba en su contra para procesarlo primero, y elevar la causa a juicio después.

- Esto se explica lógicamente porque en la tarea de investigación preliminar, el instructor va formándose tanto una hipótesis fáctica como una presunción de culpabilidad, en una etapa anterior al debate oral. Por lo tanto, por más que no resulte parcial esta hipótesis, lo cierto es que podría sospecharse que ya tiene un prejuicio sobre el tema a decidir, puesto que impulsó el proceso para llegar al juicio, descartando hasta ese momento, las hipótesis desincriminantes. Con mayor claridad se evidencia esta idea en las resoluciones de mérito que acreditan prima facie la existencia de un hecho, su subsunción típica -por más provisoria que sea- y la posible participación culpable del imputado en el suceso.

- La «...separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás» (Ferrajoli, L., op. cit., pág. 567). Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.

- Al conformarse a petición de la Organización de Naciones Unidas, un comité de especialistas de distintos países para establecer las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal -denominadas «Reglas de Mallorca»-, se dispuso en la regla 4, inc. 2° que «Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las

---

causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior», consagrando expresamente tanto la división de funciones, como el apartamiento del juez por temor de parcialidad.

- En este sentido, puede extraerse como doctrina de este caso que el TEDH, sostuvo que el hecho de que un juez haya actuado como instructor y luego haya participado como miembro del tribunal de juicio, presentaba signos exteriores que no garantizaban la imparcialidad del juzgador; máxime si en la etapa de investigación preliminar había interrogado varias veces al imputado y había dictado su prisión preventiva, puesto que estos actos procesales pueden comprensiblemente provocar sospecha en el imputado acerca de la parcialidad del magistrado.

- Dentro de esta misma línea de pensamiento el Tribunal Constitucional Español, ante un pedido expreso de los propios magistrados que consideraban que el procedimiento abreviado instaurado por la ley, en el cual el juez acumulaba las funciones de instruir y juzgar, declaró la inconstitucionalidad del procedimiento en cuestión, ya que consideró que la garantía de imparcialidad del juzgador, si bien no se encontraba expresamente prevista en la Constitución de ese país, se hallaba implícitamente consagrada pues remite al debido proceso y además resulta un pilar fundamental de la administración de justicia de un estado democrático.

- El hecho de que el juzgador haya actuado en la etapa de instrucción influirá "...a la hora de juzgar, (ya que) invariablemente le impedirá abstraerse 'a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora' (conf. Edberhardt Schmidt, 'Los fundamentos teóricos y constitucionales del proceso penal', pág. 195, Tratado de José Manuel Núñez, Buenos Aires, 1957)»

- Los actos procesales llevados a cabo por la jueza cuestionada, evidencian objetivamente la sospecha de su parcialidad que puede tener el imputado, toda vez que aquélla recopiló prueba, ordenó el allanamiento de su domicilio, lo interrogó, dictó su acto de procesamiento pese al descargo realizado, y posteriormente decidió la elevación a juicio de la causa. Es más, la propia juez involucrada reconoció el temor fundado de parcialidad que podía sentir el imputado, y en virtud de ello hizo lugar a la recusación planteada.

- El juez, que,...no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial» (Ferrajoli, Luigi, op. cit., págs. 581/582).

- La Convención Americana de Derechos Humanos -con valor constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la CN no contempla expresamente la imposibilidad de que el juez instructor actúe a la vez como juez de sentencia, su art. 8, párrafo 1, establece, en lo que aquí atañe, que «toda persona tiene derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...».

- No resulta admisible que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio, al menos en cuanto se trate del magistrado que dictó el auto de procesamiento. En efecto, parece obvio que aun cuando dicho auto no implique un juicio definitivo acerca de la culpabilidad del imputado, la circunstancia de que su base se halle en la existencia de «elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste» (art. 306 del Código Procesal Penal) implica que en cierto grado el juez que lo dicta considera que existe responsabilidad penal del procesado. Es decir, que en algún momento estuvo persuadido de que el imputado había realmente cometido el delito que se le achacaba, lo que involucra un prejuicio que puede influir en su ánimo en el momento de sentenciar.

- Si bien esa convicción puede quedar luego desvirtuada por la prueba producida en el proceso, su imparcialidad para la decisión final resulta, por lo menos, dudosa. De ahí que quepa llegar a la conclusión de que la supresión por la ley 24.121 de la causal de recusación basada en que el juez interviniente dictó el auto de procesamiento se encuentra en pugna con el art. 8, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, con el texto constitucional al cual dicha convención ha quedado incorporada. La conclusión es mucho más valedera, si cabe, en este caso, ya que la propia juez recusada admitió el planteamiento aceptando su sustitución por otro magistrado. (Del voto en disidencia parcial de los Dres. Belluscio y Argibay)

prueba ilícita incorporada (o que se incorpore de manera irregular) al proceso debe ser “*excluida*”. Pero advertimos que no debemos detenernos allí: que el juez tome contacto con este tipo de probanzas provocará en el justiciable un *temor fundado de parcialidad*. Este motivo, sin lugar a dudas, deberá constituir una “**causal de inhibición o de recusación**”.<sup>39</sup>

Llegamos a esta conclusión aplicando – analógicamente – al supuesto que aquí estudiamos lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba para el caso en que el sentenciante haya conocido el hecho (sobre el cual debe juzgar) como testigo (Art. 17 inc 8)<sup>40</sup>. Este artículo – que relaciona la garantía de imparcialidad<sup>41</sup> del juzgador con los principios de

---

[CSJN, Causa N° 3221 de fecha 17/05/05, Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal, en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal N° 44, p. 2769 a 2776]

<sup>39</sup> **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION**

- *Las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio.*

- *Si bien es cierto que las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva, ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso.*

- *Ante el compromiso asumido por el Estado argentino de garantizar la imparcialidad de los jueces, la violación que a dicha garantía implica la intervención de un mismo juez tanto en la etapa instructoria como en la etapa de juicio no puede ser soslayada, con fundamento exclusivo en el carácter taxativo de las causales de recusación de los jueces.*

- **No existe óbice alguno para que como regla procedimental en consonancia con la garantía, se interprete el temor de parcialidad como un motivo no escrito de recusación del juez** y a favor del imputado, manteniendo la competencia de la causa dentro del mismo fuero correccional, con el sólo cambio del juez que llevará adelante el debate -quien por regla y para hacer la normativa compatible a nivel constitucional- tiene que ser otro de aquel que llevó a cabo la instrucción. [el resaltado me pertenece]

- *Puede entonces tomarse como pauta orientadora que el mismo juez -entendido como la misma persona- que llevó adelante la instrucción y elevó a juicio la causa, se encuentra impedido para realizar el juicio y dictar sentencia con respecto a ese mismo caso, y por ende debe elevar al superior jerárquico la causa para que por algún medio -como por ejemplo el sorteo- se remita la causa a otro juez correccional para su juzgamiento, y en caso de que no lo haga, habrá motivo de recusación para el imputado por temor de parcialidad. De esta manera se respetan tanto la garantía como la normativa procesal vigente.*

[CSJN, Causa N° 3221 de fecha 17/05/05, Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal, en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal N° 44, p. 2769 a 2776]

<sup>40</sup> “Ello así, porque, como tal, tiene una visión de la cosa ya implementada, de carácter subjetivo que es difícil de borrar o anular como juez... Lo que la ley no quiere es que el oficio decida la cuestión por valoraciones subjetivas que pueda tener. Que sea totalmente imparcial”

[**FERRER MARTÍNEZ**, Rogelio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Tomo I”, Editorial Advocatus, Córdoba, Año 2000, p. 89]

<sup>41</sup> Esta garantía esta “reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y se deriva de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la CN y consagrada expresamente en los tratados internacionales que forman parte del



bilateralidad y publicidad de la prueba, cuyo corolario más importante es la prohibición de que el juez aplique sus conocimientos privados sobre los hechos – se redactó con la finalidad de evitar el prejuzgamiento del juez.

Tanto en el supuesto en que el juzgador haya tomado “contacto” con un elemento probatorio ilícito como en el caso en que haya presenciado – como persona – el hecho por el cual ahora debe decidir – como magistrado – existen dos valores en pugna: por un lado, el conocimiento personal y directo del juzgador y, por el otro, la imparcialidad que aquel debe mantener en el procesar. Ante esta encrucijada, el código procesal cordobés opta por la imparcialidad. Ello resulta acertado pues el contacto directo con la realidad en forma *no metódica* condiciona el razonamiento y la posterior decisión del juez e impide el control de las partes<sup>42</sup>. En palabras más simples, lo que se busca es garantizar la plena imparcialidad y neutralidad<sup>43</sup> de la autoridad judicial que

---

*bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la CN.*

[CSJN, Causa Nº 3221 de fecha 17/05/05, Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal, en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal Nº 44, p. 2769 a 2776]

<sup>42</sup> “Los datos probatorios deben provenir del mundo exterior al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva, y su trayectoria, desde fuera hacia dentro del proceso, debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes. Pero este control no se agota en la posibilidad de participación en el acto formal de incorporación del dato al proceso, sino que implica, además, que las partes puedan controlar todo el trámite previo de “construcción” de la prueba, su “encadenamiento causal”, abarcando desde la aparición del simple dato originario, su forma de obtención y sus procedimientos de corroboración, hasta su incorporación formal al proceso, no pudiendo reducirse el ámbito del control solamente a este último momento, ya que semejante limitación podría afectar gravemente el derecho de defensa.” [CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, *ob. cit.*, p. 476]

<sup>43</sup> La “verdad real” sobre la “etiología” del dato probatorio no puede quedar encubierta bajo el manto de su “incorporación formal” al proceso. Y aquí encaja el problema de una forma de “conocimiento privado del juez”: la de datos informales o ilegalmente obtenidos que sólo conoce aquél (v.gr. los informes de “inteligencia”), pero que le proporcionan detalles que le permiten (a él solo) comprender y acordarle sentido a otros datos, orientando la investigación “descubierta” en un sentido o en otro, y, sobre todo, creando en su ánimo prejuicios respecto de la culpabilidad del acusado. Como esos datos son normalmente desconocidos para la defensa, pues generalmente no se incorporan formalmente al proceso, ésta se ve incorrectamente impedida de ejercer plenamente su ejercicio frente a esta “prueba invisible” para ella, pero no para el juez. Lo mismo ocurre con las piezas procesales agregadas al expediente, pero que no se incorporan al debate por razones formales (v.gr., declaraciones anuladas o prestadas sin observar las exigencias de la instrucción, etcétera). El modo indirecto de aprovechar (muchas veces inconscientemente, pero siempre ilegalmente) el impacto conviccional de la “prueba invisible” suele ser la sobrevaloración de la prueba de cargo visible, que sin aquel (invisible) impacto no tendría la fuerza probatoria que el juzgador le asignará en la fundamentación. Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4ª edic.,

finalmente decida la causa – lo que sólo se logrará a través del *método previo del procesar* – evitando, como contrapartida, cualquier tipo de subjetividad en el conocer (como la intuición<sup>44</sup> por ejemplo).<sup>45</sup> El expediente, en definitiva, deberá **remitirse** a otro juzgado.

Algún sector de la doctrina podrá cuestionar esta propuesta por entender que es incapaz de sortear el “obstáculo” de la intermediación. No es legalmente posible, dirán, que el juez que no tuvo contacto directo con el material probatorio incorporado en autos sea el que finalmente falle la cuestión.

Sin embargo, entendemos, junto a González Castro, que ese sector incurre en un error conceptual. En la doctrina procesal existe una gran confusión al tratar lo referido a los principios y reglas procesales; lo que para unos es un principio, para otros tantos es una regla. Este no es un tema menor, no se trata sólo de una cuestión terminológica. Tiene implicancias prácticas y por ello debemos dilucidar el problema: nos encontramos frente a un principio procesal o ante una regla, pero no ante dos cosas diferentes bajo una misma e idéntica denominación.<sup>46</sup>

Veamos: los principios procesales<sup>47</sup> “*instrumentan directivas unitarias*” (esto es, no admiten otras antagónicas) y “*sin su presencia efectiva no pueda*

---

Depalma, 2001, p. 18). [Citado por **CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída, *ob. cit.*, en la nota nº 966, p. 476]

<sup>44</sup> “La prueba directa o inmediata es el fundamento de la evidencia o sea la convicción de la verdad de un hecho. Esa convicción no puede ser interna (en ciertos estados emotivos) o externa (que percibimos por los sentidos). La convicción interna es consecuencia de un proceso mental autónomo, que está fuera del control de las partes y, por consiguiente, no puede fundar una decisión; por eso el juez debe excluir su conocimiento personal y toda clase de apasionamiento que pueda influir en su criterio” [**ALSINA**, *Tratado Teórico Práctico de Derecho procesal Civil y Comercial, T III*, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 228 – Citado por **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Principios...*”, en la nota 24, p. 9]

<sup>45</sup> Conf. **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Principios...*”, p. 10

<sup>46</sup> Conf. **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Principios...*”, p. 2

En el mismo sentido se pronuncia Gozáini: “No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios a auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.” [**GOZAINI**, Osvaldo Alfredo, “*El principio de congruencia frente al principio dispositivo*”, La Ley - Año LXXI Nº 117, Miércoles 20 de junio de 2007, Buenos Aires (Argentina), p. 2]

<sup>47</sup> “son las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.” [**ALVARADO VELLOSO**,

*hablarse seriamente de un proceso*"; por su parte, las reglas técnicas<sup>48</sup> son "líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*"<sup>49</sup> (escritura-oralidad; intermediación-mediación, etc.)

Así, las reglas "ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso"<sup>50</sup>, pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso."<sup>51</sup>

Concluimos, entonces, que si existe "una diferencia conceptual esencial entre principios y reglas procesales, dicha diferencia debe darse también en principios y reglas que rigen la actividad confirmatoria, y que, si la doctrina los ha confundido al tratarlos en el ámbito de la Teoría general del proceso, también por deducción ha llevado dicha confusión a los denominados "principios" que rigen la prueba procesal."<sup>52</sup>

Estamos persuadidos de que la intermediación se trata de una "regla procesal" de la actividad confirmatoria; por ello, la falta de **inmediatez**<sup>53</sup> con los elementos probatorios no impedirá que la causa sea remitida; "en nada invalida

---

Adolfo, "Introducción al estudio del Derecho Procesal - Primera Parte - Reimpresión", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 14 de Marzo de 1995, p. 255]

<sup>48</sup> Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. [GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *ob. cit.*, p. 2]

<sup>49</sup> **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo, "Introducción...", p. 263

<sup>50</sup> "si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento." [ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Introducción...", p. 262]

<sup>51</sup> **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo, "Introducción...", p. 262

<sup>52</sup> **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, "Principios...", p. 2

<sup>53</sup> "...hoy se encuentra en crisis ya que en los procesos escritos las normas que consagran la intermediación no son cumplidas pues el magistrado no se encuentra presente al momento de la recepción de la prueba en la audiencia.

Ello en nuestro criterio en nada invalida el proceso, siendo que el mayor contralor aparece dado por las partes en el desarrollo de la audiencia... no debe incluirse norma alguna que consagre como principio la intermediación ni sanciones (como) la nulidad de la audiencia celebrada sin la presencia del magistrado." [GONZALEZ CASTRO, Manuel Antonio, "Principios...", p. 22 y 23]

el proceso, siendo que el mayor contralor aparece dado por las partes en el desarrollo de la audiencia.”<sup>54</sup>

Reiteramos: la finalidad de la solución propuesta no es otra que garantizarle al justiciable que la autoridad que decidirá será absolutamente objetiva y, por ende, que no estará influenciada por cuestiones o elementos probatorios que no deben ser tenidos en cuenta.

### **DE LA “PRUEBA ILICITA” A LA “PRUEBA INCONSTITUCIONAL”**

---

Existen “formas” de introducir elementos probatorios al proceso que, aunque regulados por los códigos adjetivos, violentan mandamientos o principios de jerarquía constitucional – como el de imparcialidad del juzgador<sup>55</sup>, igualdad de las partes, moralidad en el debate, entre otros –.

Eso es lo que sucede, por ejemplo, con las medidas para mejor proveer<sup>56</sup> Estas facultades probatorias que (inconstitucional – y por ello –

---

<sup>54</sup> **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “Principios...”, p. 22

<sup>55</sup> **Art. 8 inc 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:** “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”; **Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:** “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e *imparcial*, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”; **Art. 14 inc 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...” [lo resaltado me pertenece]

<sup>56</sup> Hoy la doctrina no discute la ineficacia de la prueba ilícita en materia penal recitando todos la aplicabilidad de la teoría del fruto del árbol envenenado, incluso reconocida doctrina afirma que la misma es de aplicación en otras materias. Sin embargo nuestros códigos mantienen normas inconstitucionales respecto de la prueba.

Así por ejemplo las amplias facultades de iniciativa probatoria que los Códigos de rito le atribuyen al Juzgador, y las denominadas medidas para mejor proveer, las cuales, rompiendo el sistema dispositivo establecido para el debido procesar, se tornan en medidas probatorias contrarias a la ley, y por ende violatorias del principio de legalidad de la prueba.

La inconstitucionalidad señalada, la tornan por sí misma ilegales como consecuencia directa de su invalidez, y por lo tanto violatoria del principio probatorio reseñado.

No debemos reducir nuestra mirada tan solo a la ley procesal como pareciera en un primer momento reducir el nombre de este principio sino que el mismo significa la concepción total del ordenamiento jurídico con el total respeto de su principal complejo normativo que es el

lamentablemente) muchos códigos procesales le otorgan a los jueces atentan contra “*el bloque de constitucionalidad*” argentino puesto que el sólo dictado de una medida de esas características provoca irremediable y automáticamente la pérdida de imparcialidad del juez y rompe, así, el perfecto equilibrio que debe haber entre las partes.

Sin embargo, muchos podrían decir que los elementos probatorios producto del diligenciamiento de una medida para mejor proveer<sup>57</sup> son “legales” por estar previstos en el código de rito.

Esto no es así pues el término “legal” no se limita a la ley local de procedimientos sino que comprende también a la “Ley de Leyes”.

En rigor de verdad, entonces, resulta más acertado sostener que nos encontramos ante un caso de “***prueba inconstitucional***”. Este es el concepto que debemos adoptar y utilizar de aquí en más.

Por todo lo dicho, cuando estén ante una situación semejante, **los jueces (no solo pueden sino que) deben desconocer la norma procesal local<sup>58</sup> que contraría la norma internacional de derechos humanos.**

---

constitucional y ello se comprende desde la posibilidad de la denuncia de antinomias entre la mera ley y la constitución, es decir si una ley procesal faculta actividad probatoria contraria a norma constitucional y que en consecuencia violenta la imparcialidad no estamos precisamente ante una norma procesal sino ante una norma inconstitucional y por lo tanto carente de toda validez. [GONZALEZ CASTRO, Manuel Antonio, “Principios...”, p. 20]

<sup>57</sup> “Deben incorporarse al Código de Procedimiento Civil los siguientes artículos: “Es nula la sentencia que razona sobre prueba agregada de oficio”. “Es nula la sentencia que altere las reglas de la carga de la prueba”. “Es nula la sentencia que altera las reglas de valoración o apreciación de la prueba”. [BOTTO OAKLEY, Hugo, “La congruencia Procesal (Principio base para una Teoría General del Procedimiento Civil. Planteamiento general en relación a la prueba en el Código de Procedimiento Civil Chileno)”, Editorial de Derecho de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.358]

<sup>58</sup> **Por ejemplo: Art. 325 CPCCbA:** *Una vez concluida la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer:*

1) *Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.*

2) *Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión.*

3) *Ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias.*

4) *Disponer que se amplíen o expliquen las declaraciones de los testigos y, en general, cualquiera otra diligencia que estimen conducente y que no se halle prohibida por derecho.*

*Agregadas las medidas para mejor proveer, deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten dicha prueba.*

Si tenemos en cuenta que en nuestro sistema legal las garantías procesales consagradas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución (art. 75 inc. 22) tienen una “jerarquía legal” superior a las normas procesales locales, éstas deben necesariamente corresponderse<sup>59</sup> con aquellas pues de ser contradictorias o negatorias de las mismas, la inmediata consecuencia es la invalidez<sup>60</sup> de la norma procesal inferior. Si a esta afirmación sumamos el hecho de que los derechos y garantías reconocidos por nuestro “sistema de constitucionalidad” no necesitan de norma reglamentaria alguna para que sean respetados plenamente, nada empece a que los jueces apliquen dichos Tratados y Convenciones en forma directa e inmediata.<sup>61</sup>

Esta “revolución procesal” es consecuencia de la moderna concepción de “Estado Constitucional de Derecho” que reemplaza al vetusto “Estado de mera legalidad” y modifica sustancialmente el concepto de juez, quien como bien lo ha afirmado Barrera Buteler siguiendo a Sagüés, deja de ser el denominado “juez de la ley” para convertirse en el “juez de la Constitución”. Naturalmente, esta nueva visión “obliga a repensar a todo el derecho positivo en *clave constitucional* y a decidir los casos primero (y no después o nunca) desde la perspectiva constitucional. El veredicto judicial, en definitiva, tiene que estar insuflado de constitucionalidad, lo que implica la condena de la sentencia ‘*abstemia*’ de la Constitución, y no sólo de la opuesta a la Constitución”<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> La contradicción o falta de correspondencia, en un ordenamiento dado, de una norma inferior respecto de otra jerárquicamente superior, en un ordenamiento dado, se denomina “antinomía”. [Conf. **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Jerarquía, aplicación y eficacia de las garantías procesales en los pactos internacionales de derechos humanos*”, Ponencia presentada en el XIX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción (Paraguay), Noviembre de 2006, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org), p. 41]

<sup>60</sup> “Una norma es válida dentro de un ordenamiento jurídico dado, cuando la misma es dictada por los órganos competentes, respetando los procedimientos establecidos para ello, y cuando la misma tiene correspondencia con la norma de rango superior.” [**GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Jerarquía,...*”, p. 40]

<sup>61</sup> Conf. **GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio, “*Jerarquía,...*”, p. 40 a 43

<sup>62</sup> **SAGÜES**, Néstor, “*Del juez legal al juez constitucional*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 4, Año 2000, p. 337

## **CONCLUSION**

---

Algunos autores, en aras de alcanzar la verdad y la justicia, defienden institutos “modernos”<sup>63</sup> como las medidas para mejor proveer, las medidas autosatisfactivas, y tantos otros. Sostienen que aquellos valores justifican todo tipo de “medios” a la hora de alcanzarlos.<sup>64</sup>

No advierten, sin embargo, que ***pretender hacer justicia violando la Constitución es una “paradoja jurídica” inadmisibile***. El único camino hacia la “justicia” es el de la Constitución. Y los únicos vehículos que nos llevarán a aquel “destino” son las Garantías.

Sólo respetando *religiosamente* la *Biblia Jurídica* que todos los *fieles* del *Derecho* tenemos “haremos que sea la justicia judicial realmente un instrumento de tutela y no un instrumento de agravio y de lesión de todo aquello que debe tutelar un órgano judicial, dentro de cualquier sociedad civilizada.”<sup>65</sup>

No olvidemos este *mandamiento*: ***sólo habrá justicia efectiva cuando exista un respeto pleno por las garantías procesales***.<sup>66</sup> No cometamos el *pecado capital* de no acatarlo.

Por último, a modo de cierre, diremos que con este ensayo pretendimos, humildemente, dejar sentadas las bases mínimas para encarar un posterior estudio pormenorizado de la prueba ilícita en el proceso civil (y en el resto de las disciplinas de la Ciencia Jurídica). Esperemos haber estado a la altura de las expectativas.

---

<sup>63</sup> Las garantías no tienen edad ni pasan de moda.

<sup>64</sup> “Tampoco se puede aceptar que con el pretexto de investigar los hechos y buscar la verdad se viole el derecho constitucional de defensa. Y con estas pruebas ilícitas ocurre que no puede decirse que se está respetando el derecho constitucional de defensa, cuando a una persona lo someten a torturas para arrancarle una confesión, por ejemplo.” [DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 17]

<sup>65</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *ob. cit.*, p. 29

<sup>66</sup> Así también se entendió al momento de sancionar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española en el año 2000. (Exposición de motivos – Ley 1/2000)

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

---

**ALVARADO VELLOSO**, Adolfo

- *“Introducción al estudio del Derecho Procesal - Primera Parte - Reimpresión”*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 14 de Marzo de 1995
- *“La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal”*, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org)

**BOTTO OAKLEY**, Hugo

- *“La congruencia Procesal (Principio base para una Teoría General del Procedimiento Civil. Planteamiento general en relación a la prueba en el Código de Procedimiento Civil Chileno)”*, Editorial de Derecho de Chile, Santiago de Chile, Año 2007

**CAFFERATA NORES**, José I. – **TARDITTI**, Aída (con la colaboración de AROCENA, Gustavo A.)

- *“Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado - Tomo I (arts 1 al 300)”*, Editorial Mediterránea, Córdoba, Noviembre de 2003

**CALVINHO**, Gustavo

- *“El marco estructural para construir y motivar sentencias”*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista - Escuela de Graduados Aguila & Calderón EGACAL - Centro de Altos Estudios Jurídicos CAE-JURIS-AQP, Anuario 2007



**DEVIS ECHANDIA**, Hernando

- *“Pruebas Ilícitas”*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Nº 1, Volumen I, Año 1984

**FERRER MARTÍNEZ**, Rogelio

- *“Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba - Tomo I”*, Editorial Advocatus, Córdoba, Año 2000

**GONZALEZ CASTRO**, Manuel Antonio

- *“Jerarquía, aplicación y eficacia de las garantías procesales en los pactos internacionales de derechos humanos”*, Ponencia presentada en el XIX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción (Paraguay), Noviembre de 2006, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org)
- *“Principios y reglas que rigen la actividad probatoria”*, [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org)

**GOZAINI**, Osvaldo Alfredo

- *“El principio de congruencia frente al principio dispositivo”*, La Ley – Año LXXI Nº 117, Miércoles 20 de junio de 2007, Buenos Aires (Argentina)

**KIELMANOVICH**, Jorge L.

- *“La prueba ilícita en el proceso civil”*, Revista de Derecho Procesal - 2005-1 - Prueba I, Editorial Rubinzal-Culzoni

**QUEVEDO MENDOZA**, Efraín I.

- *“El derecho a la prueba como garantía constitucional”*, Anticipo de la Exposición del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista de Azul, Año 2007, [www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org)

**SAGÜÉS, Néstor**

- *“Del juez legal al juez constitucional”*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 4, Año 2000