

# LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL

*Allan Arbuola Valverde\**

## SUMARIO

1. Antecedentes históricos: La Sentencia Miranda.
2. Definición de prueba ilícita o espúrea.
3. Momento de producción de la ilicitud.
4. Causas de ilicitud.
5. La teoría del fruto del árbol venenoso.
6. La teoría de la fuente independiente.
7. La teoría del descubrimiento inevitable.
8. La teoría de la supresión hipotética.
9. La excepción de la buena fe.
10. La excepción de la atenuación.
11. La regla del Standing.
12. La regla de exclusión probatoria: argumentos a favor o en contra.

---

\* <http://www.allanarbuola.com/>

13. Argumentos a favor de la regla de exclusión probatoria.
14. Argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria.
15. Pruebas expresamente prohibidas por la ley.
16. Pruebas irregulares o defectuosas.
17. Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales.
18. Prohibiciones probatorias.
19. Inutilizabilidad de las pruebas ilícitas: como prohibición de admisión y valoración de la prueba.
20. El efecto psicológico de la prueba ilícita.
21. Excepción a la prohibición de valoración: la prueba ilícita a favor del reo. Literatura consultada.

## LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL

*Allan Arbuola Valverde\**

### **1. Antecedentes históricos: La Sentencia Miranda.**

El 13 de marzo de 1963, Miranda fue arrestado por secuestro y violación. Fue identificado por la víctima. Interrogado durante dos horas por dos oficiales, firmó una confesión que decía que la declaración que rindió fue dada voluntariamente con *"pleno conocimiento de mis derechos legales entendiéndolo que cualquier declaración que yo haga puede ser usada en mi contra"*. La confesión se admitió como evidencia, sobre las objeciones que hizo su abogado defensor y los oficiales testificaron sobre una confesión verbal anterior. El jurado lo encontró culpable y fue sentenciado de 20 a 30 años.

En su apelación, la Suprema Corte de Arizona sostuvo que los derechos constitucionales de Miranda, no fueron violados al obtenerse su confesión y se confirmó su convicción. Para llegar a ésta decisión, al Corte enfatizó que Miranda no había solicitado específicamente un consejo legal. Miranda entonces apeló a la Suprema Corte de los Estados Unidos y en una decisión de 5 a 4 la convicción fue rechazada. La mayoría de la Corte especificó los requerimientos y procedimientos que deben seguir los interrogatorios de un sospechoso.

### **Requerimientos para un interrogatorio bajo custodia**

La sentencia Miranda lo establece como mandatario. Todos los oficiales de Policía que deseen interrogar a un sospechoso sin la presencia de un consejero legal, cuando dicha persona está bajo custodia policiaca o privado de otro modo de su libertad de acción; en cualquier forma determinada, deberá advertirle:

1. Que tiene el derecho de permanecer callado;
2. Que cualquier cosa que diga, puede usarse y se usará en su contra, en la Corte;
3. Que tiene el derecho de consultara su abogado y que él lo acompañe durante su interrogatorio;
4. Que si él no tiene para pagar un abogado, se le designará uno de oficio para representarlo.
5. Después de la advertencia anteriormente indicada que se han hecho y que se han hecho todas y que el sospechoso las comprenda, él deberá renunciar a estos derechos en forma voluntaria, con pleno conocimiento e inteligentemente antes de hacer ninguna declaración que se admita en su contra.

La decisión indica claramente que en cualquier caso donde la prosecución trata de presentar cualquier declaración ya sea oral o escrita, exculpatoria (excusándose a si mismo del cargo) la prosecución tendrá dificultad en probar que al sospechoso se le advirtió debidamente sus derechos, que él entendió esos derechos y que entonces voluntaria y con conocimiento y entendimiento renunció a los mismos. La renuncia no se debe asumir o inferir. Si el sospechoso renuncia a sus derechos, deberá hacerlo expresa y preferiblemente por escrito. El escrito debe indicar una declaración de que el sospechoso las entendió y que voluntariamente está renunciando a ello. (*Vanderbosh, 1991, 201-202*).

## 2. Definición de prueba ilícita o espúrea

De previo a realizarse un abordaje de la definición de prueba ilícita o espúrea, es importante tener de previo algunas consideraciones en materia de garantías constitucionales.

Para todos los integrantes de una comunidad, resulta de mucha que se respeten sus derechos y garantías constitucionales, ya que tal respeto se fundamenta en un Estado de Derecho; consecuentemente cuando se violentan las garantías constitucionales de una persona, todos los demás miembros de una sociedad corren el riesgo de que sus derechos también sean conculcados; allí juega precisamente el concepto de prueba ilegal, impidiendo que se valoren en el proceso penal pruebas que se obtuvieron de manera ilícita. De ésta forma la prueba ilegal tutela

el respeto de las garantías constitucionales. Paralelamente, cualquier sociedad tiene derecho a la seguridad pública; sin embargo las políticas de seguridad deben respetar en forma irrestricta las garantías que consagra la Constitución Nacional. (*Edwards, 2000, p.21*).

La finalidad de privarle efectos jurídicos a la prueba ilícita en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales; es decir que el objetivo perseguido es la transparencia del proceso penal, que no se vea contaminado con la recepción de elementos logrados por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales. (*Edwards, 2000, p. 13*).

Veamos algunas definiciones:

Es cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción. (*Jauchen, 2002, p.614*).

Pruebas ilícitas son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso penal por medio de una transgresión a una norma constitucional o procesal. (*Echandía, 1994, p. 177*).

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a las formas de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. (*Montón, 1977, p. 174*)

Se definen las pruebas ilícitas como aquellas

que está expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad o libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. (*Devis Echandía, 1981, p. 539*).

Es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de pruebas ilícitas a las obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales. Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubieren violados un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba. (*González, 1990, p. 31*).

El concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; el investigador si se vale de un medio ilícito para lograr la prueba, como por ejemplo cuando obtiene la confesión del hecho, por parte del imputado, bajo apremios o tormentos, o cuando se allana un domicilio sin orden judicial. Así la ilegalidad puede derivar de: a) La prueba en si misma está prohibida; b) La prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito.

En el primer supuesto está en presencia de una medio de prueba que directamente se encuentra vedado por el ordenamiento procesal, como por ejemplo la interceptación de comunicaciones entre el imputado y su defensor técnico; en estos casos la ilegalidad

de ésta prueba surge por esta prohibida en la ley procesal penal. En cambio en la segunda hipótesis la prueba está permitida por el ordenamiento procesal; sin embargo el método para obtener ese medio de prueba resulta ilícito. Los códigos procesales autorizan el registro domiciliario cuando existen fundadas sospechas de que en un determinado lugar se encuentra el imputado o cosas relacionadas con el delito que es necesario; es decir que el allanamiento es una prueba autorizada por los digestos procesales; no obstante para practicar un allanamiento las leyes procedimentales exigen el cumplimiento de ciertas formalidades como puede ser una orden judicial para el registro domiciliario, salvo de que se trate de algunos supuestos de urgencia en los cuales se puede prescindir de dicha orden. El allanamiento será ilegal y por ende también el secuestro de los elementos convictivos, cuando se carezcan de la autorización judicial y no se trate de una supuesta excepción. En éste caso la ilegalidad deviene no del medio de prueba en sí mismo, sino del método para obtener esa prueba. Dos criterios respecto al alcance de la prueba ilegal: a) la regla de exclusión; y b) la doctrina del fruto del árbol envenenado. La regla de la exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales; la doctrina del fruto del árbol venenoso indica que no sólo se excluirá del proceso penal aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aún directamente

de la primera ilegalidad. (*Edwards, 2000, págs. 14-16*).

### 3. Momento de producción de la ilicitud

Se puede distinguir entre *ilicitud extraprocesal* y una *ilicitud intraprocesal*.

A) *La ilicitud extraprocesal* es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de la fuente de prueba. Afecta por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de la fuente de prueba (por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso [...]). A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita. (*Miranda, 1999, págs 26-27*).

B) *La ilicitud intraprocesal* es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo; el empleo en los interrogatorios del inculgado de medios coactivos). (*Silva Melero, 1963, págs 67-68*).

### 4. Causas de ilicitud

Atendiendo a la causa que origina su ilicitud, se puede distinguir entre prueba expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales y pruebas obtenidas

con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales). (*Miranda, 1999, págs. 29-30*).

- *Pruebas expresamente prohibidas por la ley:* Toda prueba ilícita es una prueba prohibida por cuanto al juez o tribunal le está vedada su admisión valoración como prueba.
- *Pruebas irregulares o defectuosas:* Son aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba.
- *Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales:* Son aquella obtenidas o realizadas con infracción de derechos fundamentales.

### 5. La teoría del fruto del árbol venenoso

Esta doctrina postula el principio que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no sólo a la prueba en sí, sino la fruto de la misma. Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva, si se le da validez al fruto de la violación constitucional. (*Pereira et al, 1996, p.7*).

La doctrina del árbol venenoso proyecta la invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial. Implica extender la invalidez probatoria a la prueba derivada de la ilegalidad inicial. Lo único que hace esta garantizadora doctrina es proyectar esa legalidad inicial a toda la prueba restante, ya que se encuentra contaminada con el quebrantamiento de la garantía fundamental. Es decir, que la doctrina del árbol venenoso está tutelando las garantías constitucionales, ya que para que opere esta doctrina se requiere imprescindiblemente el quebrantamiento de alguna garantía. Cuando los jueces advierten la imperiosa necesidad de extender la invalidez de las pruebas derivadas de la ilegalidad inicial, surge el concepto de la doctrina del árbol venenoso.

Esta doctrina puede ser conceptualizada como una modalidad de la prueba ilegal, que consiste en considerar inválida en el proceso penal, aquella prueba que sea derivada de una ilegalidad inicial. (*Miranda, 1999, p. 91*).

El concepto de la doctrina del árbol venenoso tiene su sustento en la doctrina norteamericana, siendo que el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o tenidos por la misma legalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, sino además toda aquella otra evidencia que son fruto de la ilegalidad originaria. (*Carrió, p.90*). La moderna tendencia procesal consiste en reconocer procesalmente a la doctrina del fruto del árbol venenoso, a través de

disposiciones expresas. (*Miranda, 1999, p. 95*). Por otro lado, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, en los ejemplos, el allanamiento o la confesión coactiva, tal ilegalidad se proyecta en todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o tenidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquella garantía las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, en los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma, sino además todas aquellas otras evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etc. La doctrina anteriormente indicada funcionaría en el siguiente contexto: si el agente de policía ingres ilegalmente en el domicilio de una persona o si interroga a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado los dichos vertidos, por quién siendo coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quiénes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales.

## **6. La teoría de la fuente independiente**

Como consecuencia del costo social que causó la doctrina del fruto del árbol venenoso, en la sociedad estadounidense, se comienza a introducir por parte de la Suprema Corte, alguna atenuantes a la regla surgiendo, así la excepción de la fuente independiente, que consiste en que si la fiscalía logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada

fue producto de una fuente independiente (obtenidas de otros medios distintos a los ilegales) la evidencia será admisible. Así en el caso EU vrs Crews, la Suprema Corte declaró que un reconocimiento judicial de un imputado no era fruto del árbol envenenado de su arresto ilegal, sino al momento del arresto, la policía ya tenía suficiente información sobre las identidades tanto del testigo como del imputado y el reconocimiento llenó las formalidades legales. También se podría entender esta excepción, en un caso en que el imputado mediante una confesión policial efectuada mediante engaño, le indique a la policía donde se encuentra el botín, pero a su vez la policía tenga un testigo que también les indique donde están los objetos robados por el acusado, de tal manera que aun cuando la evidencia lograda mediante la declaración policial obtenida mediante engaño es nula, se podría introducir al proceso por existir una fuente independiente, mediante la cual se obtuvo la evidencia. (*Pereira et al, op.cit, p.8*). Se define la *teoría de la fuente independiente* como la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales.

Se trata de una fuente autónoma, es decir, una vía distinta de adquisición de la prueba, que aquella que se considera ilícita; la autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten llegar a la obtención de medios de prueba que acrediten la existencia del hecho delictivo. (*Edwards, op.cit, p.127*).

La fuente independiente hace surgir el interrogante sobre si la prueba autónoma debe existir concretamente o basta con la mera posibilidad de su obtención. Para responder a la anterior interrogante se presentan dos alternativas: por un lado puede considerarse que basta con la simple "*posibilidad*" de lograr esa prueba autónoma a través de una vía diferente a la que se reputa ilegal, por otro, puede interpretarse que debe existir concretamente en la causa la vía independiente que permita obtener la prueba, distinta de la lograda ilegalmente. La segunda posición es la que mejor conduce con la filosofía que inspira en la prueba ilegal y a la existencia de una excepción a la misma; llevaría a un peligroso camino considerar solamente la mera posibilidad de adquirir la prueba independiente; para con ello solo bastaría sólo excepcionar al principio de prueba ilegal; no puede depender de una mera hipótesis, sino que debe existir una constancia explícita en la causa de las diligencias autónomas practicadas por el investigador que conduzcan al mismo resultado. (*Edwards, op.cit, págs.128-129*).

La finalidad que persigue la prueba ilegal indudablemente radica en suprimir aquella prueba que fue obtenida en quebrantamiento de garantías establecidas en la Carta Magna. Sin embargo se plantea el interrogante, de sí el principio de la prueba ilegal con sus modalidades pueden admitir algún tipo de excepción; es decir si a pesar de haberse obtenido una prueba violentando una garantía constitucional, por ejemplo de un

estupefaciente allanando un domicilio sin la pertinente orden judicial, el procedimiento igualmente puede ser válido, si puede ser acreditado la materialidad de ese delito a través de otras pruebas independientes de ese procedimiento ilegítimo. Fuente independiente de adquisición del material probatorio que viene a operar con una excepción al principio de prueba ilegal; efectivamente debe contemplarse la existencia de un cauce de investigación distinto que permita obtener pruebas independientes de aquellas obtenidas ilegalmente a través de la violación de una garantía constitucional. Esta fuente independiente se convierte en una verdadera excepción a la prueba ilegal, ya que en virtud de ella debe declararse inválida la prueba lograda ilícitamente, no obstante puede existir un cauce investigativo diferente que aporte otras pruebas que igualmente acrediten el delito. (*Edwards, op.cit, págs.125-126*).

Se considera la fuente independiente a la regla de la exclusión en caso de existir un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo de resultados, de lo cual puede afirmarse que existirá la posibilidad de adquisición de la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Advirtiéndose que ésta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente, sino tan sólo la posibilidad de que hubiese ocurrido en el caso concreto. Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo de manera poder afirmarse que existía la posibilidad de

adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida. (*Carrió, 1997, págs. 174-176*).

### **7. La teoría del descubrimiento inevitable**

Consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia es válida.

La Suprema Corte de los Estados Unidos admitió esta excepción en el caso *Nix vs Williams*. En este caso la condena de Williams por homicidio, se basó en la evidencia recogida del cadáver de una mujer, localizado luego de que el imputado aparentemente influenciado por un detective, quién le prometió que no sería interrogado por ningún abogado; le indicó, dónde estaba el cuerpo. La Corte Suprema anuló el fallo la primera vez por considerar que se violaba la Cuarta Enmienda, al extraer el detective la información sin contar al acusado con un defensor. La Corte hizo notar que la evidencia sobre el lugar donde se encontraba el cuerpo y su condición, hubiera sido admisible, si el cuerpo se hubiera podido localizar de todos modos, aun cuando no se hubieran extraído las declaraciones de Williams. Posteriormente Williams es nuevamente condenado al demostrarse que al momento en que daba sus declaraciones, ya una cuadrilla de la policía buscaba el cuerpo a sólo dos millas media

del lugar dónde se encontró y procederían a revisar esa zona en las próximas horas, de tal manera que el cuerpo sería localizado de todas maneras y en las mismas condiciones. Admitió la Corte Suprema por votación de 7 a 2, que incluso no se requería la prueba de la buena fe de los policías en sus actuaciones, ya que el policía nunca estará en posición de calcular si la evidencia buscada será inevitablemente descubierta. (*Pereira et al, op.cit, págs.9-10*).

### 8. La teoría de la supresión hipotética

Utilizando este instrumento de valoración de la prueba se puede en cada caso, brindar una solución a la exclusión o no del material probatorio, obtenido aparentemente con vulneración de garantías constitucionales. Para que la nulidad del acto ilícito prospere debe existir una dependencia jurídico-procesal y ésta existe cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia, existe una mera dependencia cronológica o circunstancial, o a pesar de que existe una derivación causal fáctica. La solución pretende atemperar la doctrina de los frutos del árbol envenenado, por lo menos pretende evitar algunos casos límite que se han conocido en los Estados Unidos. (*Armijo, 1997, p.154*).

### 9. La excepción de la buena fe

Consiste en que cuando en un registro o secuestro ilegal se comete sin que la policía sepa que se está violando la cuarta enmienda, la regla de la exclusión no tendrá ningún efecto descorazonamiento y por lo

tanto; tomando en cuenta el enorme costo asociado como la exclusión, no debe operar la regla para excluir la evidencia en juicio. Dicha atenuante de la regla de exclusión parte del principio de que la finalidad de la regla resulta inútil en estos casos, por cuanto la exclusión de la evidencia no hará que el policía en el futuro varíe su conducta, ya que actuó creyendo que cumplía con su deber.

Es precisamente en el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de Michigan contra De Fillipo de 1978, en el cual se reconoce esta atenuante. De Fillipo fue arrestado luego de incumplir la ordenanza “*deténgase e identifíquese*” conforme a la cual un oficial de Policía podrá detener a interrogar a un sujeto si existió causa razonable para creer que el comportamiento del sujeto justificaba una mayor investigación de una posible actividad criminal. De Fillipo se encontraba drogado y al negarse a identificarse fue detenido y al ser requisado se encontraron drogas en su poder, por lo que fue acusado de posesión de estupefacientes. Ante una apelación de un acusado, la Corte de Apelaciones de Michigan declaró inconstitucional la ordenanza “*Deténgase e identifíquese*” e invalidó el arresto y secuestro de la droga, pues habían sido obtenidos por la aplicación de la ordenanza. Al ser replanteado el asunto ante la Suprema Corte, ésta consideró que no había razón para que los oficiales debieran saber que la ordenanza iba a ser declarada inconstitucional. Al no existir ningún precedente anterior, la ordenanza se presumía válida y los oficiales actuaron de buena fe. (*Pereira et al, op.cit, págs.3-4*).

## 10. La excepción de la atenuación

Constituye una de las excepciones de la tesis o teoría del fruto del árbol envenenado. La misma establece que la evidencia fruto de la información ilegal, también puede ser desenvenenada si el Gobierno puede demostrar que la conexión entre la prueba ilícita y la evidencia de la fiscalía se ha vuelto tan atenuada que se la ha disipado la contaminación. En otras palabras entre más débil, sea la relación entre la conducta ilegal inicial y el subsiguiente descubrimiento legal de evidencia como resultado de la conducta inicial, hay menos probabilidades de que la doctrina de los frutos del árbol envenenado sea invocada. Esta excepción ha sido aplicada en algunos casos por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo no tiene en realidad principios generales bien definidos, por lo que ha sido muy casuística su aplicación. Uno de los casos resueltos por la jurisprudencia norteamericana mediante ésta excepción, es el caso *Rawhings vrs Kentucky*, en el cual luego del arresto ilegal del acusado, se consideró admisible su confesión, por cuanto se le habrían hecho las advertencias Miranda justo antes de la confesión, el imputado estaba en su casa, en un ambiente familiar con varios acompañantes presentes, cuando hizo la declaración. La declaración fue espontánea y sin preguntas directas, por lo que la Corte consideró que su declaración no obstante ser producto de un arresto ilegal, era válida por haberse atenuado la contaminación. (*Pereira et al, op.cit, págs.8-9*).

## 11. La regla del Standing

La regla del “*Standing*” o legitimación procesal para poder atacar la prueba ilícitamente obtenida, es otra de las atenuantes sufridas por la regla de la exclusión especialmente en la jurisprudencia estadounidense. El Standing se hace depender, en principio de la coincidencia entre el sujeto imputado e interesado en la admisibilidad de la prueba ilícita y el sujeto titular del derecho constitucionalmente vulnerado.

De manera que la prueba ilícita podrá ser producida válidamente contra el imputado, si el acto de ilícita obtención tuvo incidencia sobre los derechos constitucionales garantizados a un tercero. (*Pereira et al, op.cit, p.4*).

## 12. La regla de exclusión probatoria: argumentos a favor o en contra

Se define la regla de exclusión como aquella que impide utilizar en el proceso penal toda prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución Nacional sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.

La ilicitud de los medios significa que en la investigación de un delito no pueda emplearse “*vías ilegítimas*” para obtener una prueba, como resultaría practicar un allanamiento

sin orden judicial o lograr una confesión bajo apremios. La afectación de una garantía constitucional implica que con medios ilícitos se vulnera una garantía consagrada en la Constitución, como la inviolabilidad del domicilio, no una mera disposición procesal. (*Edwards, op.cit, págs.45-46*).

La regla de exclusión define también como aquella que consiste en prohibir el uso de la evidencia o testimonios obtenidos por oficiales del Gobierno a través de medios violatorios de la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda. La Cuarta Enmienda garantiza el derecho de los ciudadanos a tener seguridad sobre sus cuerpos, casas, papeles y efectos en contra de registros y secuestros irrazonables. Asimismo exige que las órdenes de registro reúnan ciertos requisitos para ser considerados válidas y finalmente se refiere al secuestro de personas, que generalmente llevan a su arresto. Existen dos razones para la existencia de ésta regla; que los oficiales de Gobierno, y especialmente la Policía, sean disuadidos de utilizar medios ilegales para obtener evidencias al no poder utilizarse la misma para fundamentar una condenatoria y, en segundo lugar; que los jueces no sean parte o legitimen la ilegalidad cometida por otra rama del Gobierno. Dicha regla ha alcanzado gran desarrollo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Sin embargo las consecuencias de su aplicación, que siempre son alarmantes para la comunidad dado que su efecto principal consiste en que un hecho punible en las que existe evidencia para fundamentar la culpabilidad del imputado, deban quedar impunes al excluirse esa evidencia por vicios constitucionales en su recolección; hizo que la Corte introdujera algunas atenuantes en su aplicación. (*Pereira et al, op.cit, p.3*).

Entre los argumentos a favor se tienen los siguientes:

- A. Tutela las garantías constitucionales.
- B. Prohíbe el empleo de medios ilícitos.
- C. Presenta un efecto disuasivo.
- D. Resulta insuficiente para sancionar el abuso.
- E. Es preferible la impunidad. (*Edwards, op.cit, p.51*).

Por otro lado, entre los argumentos en contra se señalan los siguientes:

- A. Que un delito no puede justificar otro.
- B. El alto costo social que presenta ésta regla social.

### **13. Argumentos a favor de la regla de exclusión probatoria**

A continuación se expondrán las reglas a favor de la exclusión probatoria:

#### **1) Tutela de las garantías constitucionales**

Por definición la regla de exclusión significa la inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; es decir que la prueba ilegal tutela en definitiva a todas las garantías que consagra la Constitución Nacional.

Por ende, el primer argumento que justifica la conveniencia de la aplicación de la regla de exclusión radica precisamente en proteger las garantías vulneradas. De nada sirve la consagración de las garantías tanto en nuestra Carta Magna como en tratados internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de garantías constitucionales, si luego podrían hacerse valer en el proceso penal los elementos de prueba logrados a partir del quebrantamiento de algunas garantías. (*Edwards, op.cit, p.52*).

En ese sentido se afirma que los defensores de la regla de exclusión de prueba obtenida en transgresión a garantías constitucionales sostienen naturalmente, que esa exclusión es un imperativo constitucional. Argumentan que es un régimen donde se consagran derechos fundamentales de los ciudadanos ante una violación de tales derechos la

respuesta no puede limitarse a sancionar al oficial de policía responsable de esa violación. Limitar la respuesta estatal a eso y al mismo tiempo aprovechar la prueba ilegítimamente obtenida implicaría algo así como “vaciar de contenido” a la garantía de que se trate. (*Carrió, 1989, p.4*).

#### **2) Prohibición de emplear medios ilícitos**

Toda la tarea investigativa tendiente a recopilar los elementos de prueba debe efectuarse de manera transparente, es decir, respetando las garantías que la Constitución Nacional consagra a favor del imputado; esa labor de compilar la prueba los investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique violentar una garantía constitucional y, paralelamente, contaminar al proceso penal, con una prueba obtenida ilegalmente; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haberse cumplimentado lo que determina la garantía constitucional; así en un allanamiento sin contar con la correspondiente orden judicial. En este sentido, la regla de exclusión vendría a jugar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, ya que la prueba lograda esas circunstancias carece de todo valor jurídico. Desde otra perspectiva, la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un verdadero comportamiento por parte del Estado, por un lado, descartar que el fin (en nuestro caso determinar la existencia de un delito y su autor) puede justificar la aplicación

de cualquier medio, aún los ilícitos por otro, que el Estado, en la persecución penal de ninguna manera pueda beneficiarse de una ilicitud. (*Edwards, op.cit, p.56*).

### **3) Efecto disuasorio**

Consiste en evitar las prácticas abusivas por parte de los investigadores en la tarea de recopilar la prueba. Tiene un objetivo trascendente: desalentar los abusos funcionales en la investigación de delitos.

El mecanismo disuasorio operaría de la siguiente manera: si el investigador sabe que si obtiene una prueba violando una garantía constitucional, la misma no podría ser aprovechada en el proceso penal para el futuro, tanto él como sus colegas observarán la ley en su labor de recopilar la prueba respetando las garantías constitucionales, a fin de que su tarea tenga valor en el procedimiento penal. Si la consecuencia de la prueba ilegal es excluir del proceso aquella prueba obtenida en violación de una garantía constitucional no tiene lógica continuar logrando pruebas de manera ilícita, ya que las mismas no tendrían eficacia jurídica alguna. Es la función docente que cumple la regla de exclusión para con los operadores del sistema penal tanto investigadores como fiscales y también jueces que deben procurar la transparencia del proceso penal.

El efecto disuasorio también pretende lograr una ejemplaridad en las conductas, concientizar a los investigadores sobre la innecesariedad de obtener pruebas de

manera ilegal, al carecer de valor probatorio. (*Edwards, op.cit, págs.59-60*).

Una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representado por la valoración procesal negativa, ya que el saber que la prueba obtenida mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad. (*Minville, p. 40*).

### **4) Insuficiencia de sancionar el abuso**

Una de las alternativas que ofrece el tema de la ilegalidad probatoria consiste en que en el supuesto de obtener una prueba violentando una garantía constitucional, la solución radicaría en sancionar al investigador que cometa el abuso pero manteniendo la validez de los elementos de prueba logrado en esas circunstancias. Es decir que la cuestión se limitaría únicamente a sancionar al funcionario que violó la garantía constitucional, pero la prueba lograda será plenamente aprovechable en el proceso penal; así por ejemplo, si se practica un allanamiento sin orden judicial, y si se secuestra algún objeto, se deberá sancionar al investigador por el delito de violación de domicilio, pero el secuestro efectuado tendrá validez probatoria, Surge entonces el interrogante de si dicha sanción es suficiente a fin de darle respuesta a la problemática de la regla de exclusión. Resultaría por ende

insuficiente con sancionar solamente el abuso y aprovechar la prueba obtenida si nos limitáramos solamente a ello, las garantías constitucionales no tendrían verdadera tutela, que es otro de los argumentos que legitima la regla de exclusión. Si únicamente sancionara la violación de domicilio, que operatividad concreta y práctica tendría la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; para que ésta garantía no se convierta en una entelequia, no sólo se debe castigar la violación domiciliaria, sino también prescindir de la prueba obtenida en esas ilícitas condiciones. (*Edwards, op.cit, págs.61-62*).

#### **4) Es preferible la impunidad**

La inaprovechabilidad de la prueba obtenida de manera ilegal implica una consecuencia lógica; que esa prueba no servirá para acreditar ni la existencia del hecho delictivo ni la eventual responsabilidad penal del imputado; es decir que ese delito no podrá ser sancionado penalmente. Entre las dos alternativas, es decir aprovechar la prueba y castigar el delito o privarla de efecto jurídico y consagrar la impunidad de ese hecho, la regla de la exclusión opta por la segunda. Obviamente el fundamento de esa elección por la impunidad radica en que se quebrantó una garantía constitucional; teniendo en consideración la importancia que tiene nuestro sistema penal el respeto por las garantías que consagra nuestra Carta magna, es que se debe recurrir a esta extrema solución: la impunidad del delito. Esta preferencia por la

impunidad es otro argumento que justifica plenamente la aplicación de la regla de exclusión. Dicha preferencia está subyacente en todos los fallos que receptan a la regla de exclusión; efectivamente cada vez que los tribunales invalidan una prueba obtenida de forma ilegal y absuelven al imputado están optando a favor de la impunidad del delito. En realidad la preferencia por la impunidad del delito es la “sanción” que el ordenamiento jurídico impone cuando se obtiene una prueba violando una garantía constitucional; la impunidad del delito es el “costo” por la obtención ilegal de las pruebas en el proceso penal. (*Edwards, op.cit, págs.64-66*).

#### **14. Argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria**

Se tienen como argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria, los siguientes:

##### **1) Un delito no justifica otro delito**

La dinámica de la regla de exclusión implica necesariamente, la violación de una garantía constitucional; a su vez esta violación configura un delito por parte del investigador que la quebranta, tipificando algunos de los delitos del Código Penal; así si se violentó la garantía de inviolabilidad de domicilio subsumiría en la figura penal de la violación de domicilio. Los críticos de la regla de exclusión probatoria utilizan la tipificación de estos delitos para plantear esta ecuación: el delito que surge del abuso funcional no puede justificar el delito que

se está investigando. Es decir que el delito cometido por el investigador no transforma en lícito el delito que se investiga. Lo que la regla de exclusión probatoria nos plantea es simplemente declarar ilegal aquella prueba obtenida en violación a una garantía constitucional. La tenencia de estupefaciente o de un arma de fuego, seguirá siendo un delito, pero la prueba obtenida en esas ilícitas circunstancias no serán aprovechable en el proceso penal. Es decir, que la regla de exclusión no produce ninguna conversión, sino que cada cosa sigue siendo lo que es pero con un agregado; la prueba ilegal no tendrá validez; la consecuencia de esa invalidez, que será la impunidad del delito, no debe confundirse con su licitud, estaremos siempre ante un delito, aunque no podrá ser castigado. (*Edwards, op.cit, p.67*).

## **2) Costo social**

Otro argumento que invocan los detractores de la regla de exclusión radica en el supuesto "alto precio" que debe pagar la sociedad al liberar un delincuente por la aplicación de ésta regla. Es decir, por un mero tecnicismo procesal un peligroso delincuente puede recuperar su libertad; y éste segundo argumento de la crítica de la regla de exclusión también se encuentra profundamente enraizado en la opinión pública, alarman a la comunidad cuando se produce la liberación de algún imputado por la invalidez en la obtención de la prueba, del peligro social que ello significa con una ignorancia total de lo que significa las garantías constitucionales

y de las pruebas obtenidas a partir de su violación. Sin embargo, este argumento es más efectivista que real por dos razones: En primer lugar porque no existen, dos intereses contrapuestos, el interés de la sociedad de castigar un delito y los intereses del imputado a que se respeten sus garantías fundamentales, sino que ambos deben complementarse; además se habla de un alto costo social, ello implica que es más importante castigar el delito que respetar los derechos del imputado y como se señaló estos dos intereses no están en pugna, sino que deben equilibrarse armónicamente. Si se trata de pagar costos, resultaría un precio muy alto el que tendrá que pagar la sociedad si privilegia la obtención ilegal de la prueba sobre las garantías del imputado, ya que ello supondrá concretar el antiético de que el fin justifica cualquier medio. En segundo término tampoco es correcto que el "alto precio" que implica la aplicación de la regla de exclusión, llegará a liberar a peligrosos delincuentes; el dato sociológico nos refiere a delitos graves, sino por el contrario a delitos leves, tenemos en consideración las escalas penales en los delitos previstos en la parte especial; a su vez desde el punto de vista cualitativo, la aplicación de la regla de exclusión se reduce a una escasa cantidad de causas sobre el total de las que se registran. Cuando se está en juego las garantías constitucionales no podemos hablar de costos (ni grandes ni mínimos), sin la necesidad imperiosa de respetar esas garantías. . (*Edwards, op.cit, págs.71-74*).

### **15. Pruebas expresamente prohibidas por la ley**

Toda prueba ilícita es una prueba prohibida, por cuanto el juez o tribunal le está vedado su admisión y valoración como elemento probatorio. La prohibición haría referencia a las consecuencias que derivan de la ilicitud. Las prohibiciones probatorias pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma que aún no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales. Nos encontramos, en este caso, ante lo que podríamos llamar prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no especificadas expresamente como tales en la ley. (*De Marino, 1983, p. 613*).

Dentro de las prohibiciones probatorias recogidas específicamente en la ley, se suele distinguir entre prohibiciones legales de carácter general y prohibiciones de carácter singular, según las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado.

#### ***Prohibiciones que afectan la materia objeto de investigación o de prueba***

La doctrina suele mencionar como ejemplo típico aquellas materias clasificadas de "secretas" o "reservadas", como sucede en los secretos oficiales.

#### ***Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba***

Resulta totalmente inadmisibles la utilización de cualquier medio o procedimiento que tienda a limitar la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado o acusado. La prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes suponen la ilicitud de todo tipo de conductas o normas que impliquen o permitan una actuación de este corte por cualquier poder del Estado. (*Moreno, 1987, p. 134*).

La prohibición implica a cualquier medio de investigación o medio probatorio, que de algún modo anule, limite o disminuya la libertad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite una declaración; aun contando con su autorización. De ahí que se pueda concluir que en el marco del actual proceso penal tanto la hipnosis como el narcoanálisis e incluso el detector de mentiras son métodos de investigación prohibidos. (*Miranda, 1999, p. 36*).

Para realizar los interrogatorios de las personas acusadas de un hecho delictivo no se puede utilizar, ni siquiera con la autorización de la persona interesada, métodos o técnicas susceptibles de influir sobre la libre determinación de la persona o que alteren la capacidad de recordar o de valorar la trascendencia del hecho. (*Martin, p.130*).

En todos los supuestos de prohibiciones legales, la inadmisión e ineficacia de la prueba derivada de la infracción de la propia norma jurídica que establece la prohibición. (Miranda, 1999, p. 39).

**Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba**

a) La prueba testifical: los testigos-pariente

El testigo pariente no podrá ser obligado a declarar, pero nada impide que pueda hacerlo voluntariamente, en cuyo caso se manifestaciones podrán ser valoradas a efectos probatorios. El fundamento del secreto familiar como una mera facultad o derecho y correlativamente como inexistencia de un deber de declarar, que asiste al testigo y no como una verdadera prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente-testigo, pero a su vez actúa como prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente testigo, pero a su vez actúa como prohibición de requerir testimonio dirigido al Juez.

Por otro lado en aquellos casos en que el juez requiere al testigo-pariente para que preste declaración sin advertirle de este derecho que le asiste su testimonio no será válida y no podrá ser utilizada como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita.

En conclusión, si la declaración del testigo-pariente tiene lugar, sin que previamente

haya sido informado de la no obligación de declarar, sus manifestaciones no podrán ser utilizadas como elemento probatorio. (Miranda, 1999, págs 40-42).

b) Los testigos de referencia

Existe la prohibición de utilización de la prueba testifical de referencias, cuando el testigo directo que está plenamente identificado, se encuentra a disposición del Tribunal juzgador y no concurre ningún obstáculo que le impide prestar declaración durante la sesiones de vista oral. El testimonio de referencias, en estos casos, es una prueba de valoración prohibida.

**16. Pruebas irregulares o defectuosas**

Podemos definir las pruebas irregulares o defectuosas como aquellas cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquellas cuyo desarrollo no se ajusta a la previsión o al procedimiento previsto en la ley. Desde una concepción amplia de prueba ilícita, la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de ésta última. En todos aquellos supuestos en que la ley procesal disciplina la forma de practicar una determinada prueba, la infracción de dicha normativa deberá producir, salvo los supuestos excepcionales, la inadmisibilidad e ineficacia del medio de prueba defectuoso practicado. (Miranda, 1999, p.47).

### **17. Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales**

Dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de la persona, se distinguen entre:

a) aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. Al referirse a las pruebas que por sí misma menciona no sólo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso integrar delito. (*Serra, 1991, págs 99-100*).

En los supuestos de prohibición implícita o tácita se incluyen todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado de una u otra forma alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en el texto constitucional.

Se les denominan pruebas inconstitucionales como aquellas pruebas adquiridas con vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por la Constitución. (*Allena, 1989, p.9*).

Desde una perspectiva distinta, la doctrina viene distinguiendo, según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna (por ejemplo, el derecho a la vida o integridad

física) por lo que cualquier violación de la misma es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requerimientos exigidos por ley (por ejemplo, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio. La vulneración de los derechos fundamentales pueden tener lugar no sólo en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. (*Miranda, 1999, págs.48-49*).

### **18. Prohibiciones probatorias**

Con las prohibiciones probatorias se pretende no sólo establecer límites referidos a la práctica o producción de pruebas, sino que excluye en el caso de la confesión, el uso de determinados métodos, lesivos de derechos fundamentales.

Por ello la prueba valorada debe ser el resultado de una actividad legalmente admitida o permitida, para que la misma pueda ser válida de conocimiento judicial. La actividad probatoria tiene un claro límite al mantener en un Estado de Derecho, el respeto por la dignidad del ser humano.

Tomando como base la distinción entre fuentes y medios de prueba, las prohibiciones probatorias se agrupan en dos grandes apartados a saber: a) aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos, búsqueda y obtención de la fuente de prueba y b) las que resultan de restricciones

relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso, admisión y práctica de medios de prueba. (*Pastor, 1986, p.339*).

Veamos a continuación las diversas prohibiciones probatorias.

### **1. Prohibiciones de obtención de prueba.**

La tutela de las garantías constitucionales aseguradas exige que todo dato o elemento probatorio que sea el resultado de una violación de éstas, debe ser considerado ilícito. Y por ende, carece de todo valor para crear en la conciencia del juzgador un conocimiento cierto acerca de los hechos imputados. Basta que exista una norma constitucional violada o la norma procesal que la instrumentaliza, para que la prueba ilícita deba ser considerada prohibida y por ende inadmisibile.

- Determinados hechos no pueden ser objeto de prueba.

En los sistemas procesales penales se acepta que todo se puede probar y por cualquier medio. Sin embargo, el principio no es absoluto porque existen distintos tipos de limitaciones: como las normas relativas a los secretos políticos o de seguridad, concernientes a los medios de defensa o de relaciones exteriores de la Nación. En estos casos, el ordenamiento jurídico elimina de la argumentación judicial los posibles efectos que pudieran producir. Por ello los rodea

de una protección especial que impide que puedan ser considerados para demostrar un hecho particular. (*Armijo, 1997, p. 133*).

- Ciertos métodos de investigación no son admisibles para la práctica de la prueba.

Se consideran ilícitas toda aquella forma de coacción directa, sea física o psíquica sobre las personas que pueden ser utilizadas para forzarlos a proporcionar elementos probatorios.

Estarían prohibidos algunos adelantos técnicos que permitan sortear los efectos de la voluntad del hombre con el fin de extraerle una vez eludida o anulada ésta, declaraciones o confesiones que él resistiría dar si conservara el pleno imperio de sus facultades. Entre estos instrumentos tenemos: el polígrafo o detector de mentiras, la hipnosis, ciertas pruebas o test sicotécnicos. (*Serra, 1984, p.570*).

El imputado no puede ser obligado a producir pruebas en contra de su voluntad por expresa disposición constitucional y legal. La prueba obtenida con violación a estos mandatos expresos es ilícita y no se podrá fundamentar legalmente una sentencia condenatoria, porque sería legalmente inmotivada. (*Armijo, 1997, págs. 134-135*).

- Determinados medios de prueba no pueden ser utilizados

La normativa procesal penal establece determinados supuestos en los que los

medios de prueba están prohibidos o no se pueden utilizar bajo concretos supuestos. La excepción se establece en virtud de que algunos intereses tutelados se consideran más importantes que la búsqueda y descubrimiento de la verdad en el proceso. Dichos intereses determinan en ciertos casos, la prevalencia de éstos sobre aquélla, lo cual deriva en la creación de obstáculos probatorios. (*Armijo, 1997, p.136*).

- Prohibiciones relativas de prueba

En determinados casos, la ley procesal establece una forma que debe ser observada para practicar una prueba. Por ejemplo; es necesario la autorización judicial previa para la entrada y registro del domicilio, interceptación de comunicaciones, etcétera. En otros supuestos, el ingreso del dato probatorio o del proceso deberá realizarse respetando ese modo previsto en la ley o que analógicamente sea más aceptable, en el caso de que el medio de prueba utilizado no estuvieren expresamente regulado. Cuando la ley impusiera alguna formalidad especial para su producción relacionado con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será condición sine qua non para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada. (*Armijo, 1997, p.141*).

## **2. Prohibiciones de valoración de prueba**

### **A. Doctrina Tradicional**

En primer lugar, hay una posición tradicionalista, según la cual deben admitirse

y valorarse las pruebas ilícitas por considerar superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva; implica sacrificar los intereses del imputado en el caso concreto. (*Armijo, 1997, p.142*).

### **B. Doctrina del fruto del árbol envenenado**

Se excluye no sólo la prueba ilícita, sino sus frutos.

### **C. Doctrina intermedia**

Una posición intermedia a los dos tesis anteriores (que admiten o niegan la regla de la exclusión de la prueba indirectamente viciada) la asumen algunos autores al afirmar que no es posible establecer reglas fijas para admitir o realizar la prueba es generalmente ilícita, sino que ello debe establecerse caso por caso, tomando en consideración muy diversos factores que deben analizarse en concreto para poder llegar a esa conclusión. (*Armijo, 1997, p.143*).

## **19. Inutilizabilidad de las pruebas ilícitas: como prohibición de admisión y valoración de la prueba.**

La inutilizabilidad de las pruebas ilícitas como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión de la prueba y en el momento de la valoración o apreciación judicial.

Es preferible quizás hablar de "Inutilizabilidad" de la prueba ilícita, es decir de la prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es la privación de eficacia probatoria, que de nulidad.

### ***La inutilizabilidad como prohibición de admisión de prueba***

Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta. (*Silva op.cit, p.70*).

La ilicitud debe motivar, por tanto, no sólo la inapreciabilidad de la prueba por el órgano judicial sentenciador, sino por su inadmisibilidad procesal. (*Armijo, op.cit, p. 93*).

La mejor forma de conseguir que las pruebas ilícitas no surtan efectos es impidiendo que entren en la causa y que han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material. En el trámite procesal de admisión el Juez deberá rechazar incluso de oficio, la prueba obtenida ilícitamente. Se estima que éste es el momento oportuno para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba que trata de incorporarse al proceso, no pudiendo contentarse con que la prueba sea relevante, pertinente y útil para el caso en cuestión. La ilicitud de la prueba debe actuar como causa de inadmisión procesal. (*Armijo, op.cit, p. 94*).

### ***La inutilizabilidad como prohibición de valoración de la prueba***

La prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiera producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez o tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas en forma ilícita. Los resultados probatorios devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. (*Gimeno, 1988, p. 132-133*).

Para el caso en que el juzgador hubiera infringido esta prohibición formando su convicción sobre la base de una prueba obtenida ilícitamente, la sentencia de condena que se dicte se podrá combatir mediante los recursos legalmente establecidos. (*Armijo, op.cit, p. 100*).

### ***20. El efecto psicológico de la prueba ilícita***

Implica la eventual incidencia que en la conciencia del juzgador puede llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos. (*Picó, 1996, p. 346*).

La simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta bastante difícil que el juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción. (*Silva, op.cit, p.70*). La declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar la incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso. Una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil prescindir consciente o inconscientemente de su resultado.

#### **21. Excepción a la prohibición de valoración: la prueba ilícita a favor del reo**

La regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita debería tener, quizás, como

única excepción aquellos supuestos en que los resultados obtenidos con la misma fuesen favorables para el imputado o acusado.

No se trata de reconocer con plena eficacia a la prueba de descargo que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculcado.

De todas formas la inadmisibilidad de la prueba ilícita a favor del imputado, como excepción a la prohibición general de valoración, no justifica la utilización de determinados métodos prohibidos de investigación. No estamos refiriendo al narcoanálisis, hipnosis o detector de mentiras, son inadmisibles, aun en los casos de sometimiento voluntario o consentido del acusado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allena, G (1989) **Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel proceso penale.** Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, fas.9.
- Armijo, G (1997) **Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal.** 1 era edición, San José; Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Carrió, A. **Las reglas de exclusión relativa a la prueba.** J.A Boletín No. 5651, 20/12/89.
- Carrió, A (1997) **Garantías constitucionales en el proceso penal.** 3era edición actualizada y ampliada. 1 era reimpresión. Editorial Hammurabi.
- Carrió, A. **Justicia criminal.** Lerner Editores Asociados, Argentina.
- Cortés, R et al (1996) **La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal.** 1 era edición. San José, Litografía e Imprenta LiL, Escuela Judicial.
- De Marino, R (1983) **Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba.** Primeras jornadas de Derecho Judicial. Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, España.
- Echandía, H (1981) **Teoría general de las pruebas.** Tomo I. 5ª edición. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina.
- Echandía, H (1994) **Pruebas judiciales.** Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín Colombia.
- Edwards, C (2000) **La prueba ilegal en el proceso penal.** Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina.
- Gimeno, V (1988) **El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida.** En Constitución y Proceso. Edit. Tecnos, Madrid, España.

- González J.L (1990) **La prueba obtenida ilícitamente obtenida con violación de los derechos fundamentales.** núm 1.
- Jauchen, E (2002) **Tratado de la prueba en materia penal.** Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.
- Martín Pallín, J.A **Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal.** Poder Judicial, núm. Especial IV.
- Minville, B **La prueba ilícita en el derecho procesal penal.** Marcos Lerner, Córdoba, Argentina.
- Montón Redondo, A (1977) **Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso.** Salamanca, España.
- Moreno, V (1987) **Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal.** Poder Judicial, número especial II.
- Pastor Borgoñon, B (1986) **Eficacia en el proceso de la prueba ilícitamente obtenida.** Justicia, núm. II.
- Picó, J (1996) **El derecho a la prueba en el proceso civil.** J.M. Bosh Editor, Barcelona, España.
- Serra Domínguez, M (1984) **El derecho a la prueba en el proceso civil español.** En el libro homenaje a Jaime Guasp. Colmenares: Comares.
- Serra Domínguez, M (1991) **Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.** Tomo XVI, Vol, 2º dirigido por Manuel Albaladejo, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- Silva Melero, V (1963) **La prueba procesal.** Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- Vandersbosh, CH (1991) **Investigación de delitos.** Sexta reimpresión. Editorial Limusa, México.