

# “CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO”

## “LA PRUEBA ILÍCITA”

### Sumario

1. Introducción. 2. El caso “<Gürtel>”. 3. La verdad en el proceso penal. 4. Derechos de las víctimas del delito en el plano internacional. 5. El respeto a los derechos humanos fundamentales como presupuesto vinculante en la búsqueda de la verdad. 6. Teoría de la ilicitud de la prueba. 7. Reglas de exclusiones probatorias. 8. Doctrina del fruto del árbol envenenado. 9. Consecuencias de la prueba ilícita y aplicación de la regla de exclusión probatoria. 10. Garantías a los derechos de las víctimas frente al régimen de la prueba ilícita. 11. Conclusiones. 12. Bibliografía. 13. Fallos citados.

### **Resumen:**

Este trabajo persigue reflexionar críticamente la cuestión de la prueba excluyente en el proceso penal y los criterios de valoración de la misma en el Sistema Interamericano, teniendo en consideración que la victimología ha conquistado un espacio relevante en el derecho penal contemporáneo, habiéndose ido consolidando como derechos fundamentales de las víctimas del delito.

Si bien los derechos humanos en la esfera del derecho penal pretendía inicialmente fijar límites al poder punitivo del Estado, protegiendo al implicado contra las injerencias arbitrarias, desmedidas o irrazonables, en la actualidad ha optimizado su actuar incluyendo también a la víctima del delito, quien había sido relegada del proceso penal, siendo tomada como un mero instrumento probatorio. Los derechos humanos de las víctimas ha impuesto al Estado la obligación de actuar para salvaguardar sus intereses.

En la actualidad la víctima del delito es incluida como sujeto de derechos dentro del ejercicio del **ius puniendi**, circunscribiéndola como ser humano al que hay que atender y considerar en la dinámica de la justicia penal, como un fin en sí misma y no como un medio para la realización de la justicia. Así las cosas los derechos humanos que protegían con prioridad la dignidad del delincuente, hoy también contemplan la dignidad de la víctima, reconociéndole sus derechos esenciales, los cuales deben coexistir y materializarse dentro del proceso penal junto con los derechos del victimario.

Si bien es cierto que entre víctima y victimario existen una serie de derechos que deben procurarse dentro del ámbito del proceso penal, también es cierto que la disparidad de intereses que se presentan entre ellos genera pugnas e incluso contrariedades en la efectividad y logro de sus derechos y objetivos; pues la realización de uno implica prácticamente el desconocimiento del otro, encontrándose así los derechos humanos de las víctimas opuestos a las restricciones generadas por los derechos humanos del victimario.

Dentro de las variadas restricciones o enfrentamientos a los que se ven amenazados la realización de los derechos de las víctimas, se encuentra la regla de exclusión de la prueba ilícita, máxime cuando en diversas oportunidades se presenta como única prueba de cargo dentro del proceso penal.

La regla de exclusión de la prueba ilícita es una garantía fundamental no solo del perseguido penalmente, sino también de la estructura básica del Estado democrático de derecho, que se asienta en la estricta observancia y respeto a los derechos fundamentales.

La regla de exclusión de la prueba ilícita, de rango constitucional, preceptúa que toda prueba que haya sido obtenida con violación al debido proceso (vulneración de derechos, garantías fundamentales o formalidades esenciales) será nula de pleno derecho, **asemejándola a inexistencia**, lo cual no surtirá ningún tipo de eficacia procesal.

Excluir una prueba que haya sido obtenida mediante violación a los derechos fundamentales es una garantía a la vigencia de los derechos en el Estado contemporáneo y también del Sistema Interamericano, que va en esa dirección, conforme se dirá a lo largo de este trabajo.

Cuadra remarcar que el costo que la ineficacia de la prueba ilícita genera puede llegar a ser incluso la impunidad de un determinado hecho, conforme se verá del caso **<Gürtel>** al que se hará específica referencia para ilustrar el tema, lo cual es una consecuencia que debe afrontar el Estado por su actuar ilegítimo en la realización de la justicia. Frente a ello la cuestión que surge es: ¿Qué pasa con los derechos de las víctimas frente a la prueba ilícita? Resulta evidente que la ineficacia de la prueba es consecuencia del obrar del Estado a través de sus representantes, ¿Esta consecuencia también debe afrontarla la víctima? ¿Cómo garantizar los derechos de las víctimas frente al régimen de la ilicitud de la prueba sin llegar a transgredir las garantías fundamentales de los perseguidos penalmente?

El objetivo de este trabajo es despejar dichos interrogantes a partir de los criterios vigentes desde una perspectiva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y más propiamente desde la vigencia de los derechos fundamentales en la dinámica del escenario jurídico-penal.

De este modo si bien la temática abordada en este ensayo se encuentra incluida en algunos códigos modernos, aunque en los clásicos de orden inquisitivo lo enmarcan dentro de la nulidad, lo cierto es que los límites éticos infranqueables adoptados por nuestra Constitución Nacional al brindar ciertas garantías constitucionales a favor del imputado no pueden ser soslayadas bajo pena de nulidad, menos aún por el mismo Estado ejecutor de un determinado sistema procesal penal. Así como en el deporte existe el *“fair play”*, en un proceso judicial que se asemeja a un juego donde gana el que lo hace mejor, no resulta aceptable que se pudiera jugar haciendo trampa, y creo que la analogía concurre a reforzar que las reglas de exclusión de la prueba ilícita deben existir desde que **no resulta coherente que el Estado que debe juzgar a un ciudadano y que es quien debe garantizar un sistema legítimo, recurra a artimañas ilícitas o ilegítimas para lograr propósitos indignos de un sistema procesal penal serio.** Entiendo que la mejor prueba de lo expuesto lo constituye el caso del ex Magistrado español, Dr. Baltasar Garzón, quien fuera destituido en un intrincado caso de escuchas ilegales de detenidos en España en el marco de otro proceso judicial.

De allí que resulte indispensable revisar los criterios de valoración de las pruebas en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ciñéndonos específicamente al régimen de la prueba ilícita en el sistema interamericano.

#### **Abstract:**

This work aims to reflect critically the issue of excluding evidence in criminal proceedings and the endpoints of the same in the Inter-American System, considering that victimology has conquered a significant space in contemporary criminal law, having been consolidated as rights fundamental crime victims.

While human rights in the area of criminal law originally intended to set limits punitive power of the State, involved protecting against arbitrary interference, excessive or unreasonable, currently has optimized its act also including the crime victim, who had been relegated to criminal proceedings, be taken as a mere instrument of evidence. The human rights of the victims to the state have imposed a duty to act to safeguard their interests.

Today the victim of the offense is included as a subject of rights in the exercise of the right to punish, restricting it as a human being that you should take note and consider the dynamics of criminal justice as an end in itself and not as a

means for the realization of justice. So things that protected human rights priority offender's dignity, today also include the victim's dignity, recognizing their essential rights, which must coexist and materialize in the criminal proceeding with the rights of the offender.

While it is true that between victim and victimizer are certain rights that must be pursued within the framework of criminal proceedings, it is also true that the disparity of interests arising between them generates conflicts and even contradictions in the effectiveness and achievement of their rights and objectives, for the realization of one implies the other virtually unknown, being so human rights of victims oppose restrictions generated by human rights abuser.

Among the various restrictions or clashes which threatened the realization of the rights of the victims, is the rule of exclusion of illegal evidence, especially when on several occasions presented as the only evidence against him in criminal proceedings.

The rule of exclusion of illegal evidence is not only a fundamental guarantee of criminal prosecution, but the basic structure of the democratic rule of law, which is based on the strict observance and respect for fundamental rights.

The rule of exclusion of illegal evidence, constitutional, stipulates that any evidence that was obtained in violation of due process (rights violations, fundamental or essential formalities guarantees) shall be null and void, comparing it to non-existence, which is not take any procedural efficiency.

Exclude evidence that was obtained through violation of fundamental rights is a guarantee for the duration of the rights in the contemporary state and also the inter-going in that direction, as will be explained throughout this work.

It is worth mentioning that the cost inefficiency of illegal evidence can be generated even impunity of a particular event, as will be the case that will <Gürtel> specific reference to illustrate the subject, which is a consequence confronting the State for his illegitimate act in the realization of justice. Against this the question arises: What about the rights of the victims from illegal evidence? Clearly, the ineffectiveness of the test results from the State acting through their representatives, Are therefore also the victim must confront it? How to ensure the rights of victims against the regime of the wrongfulness of the test without actually violate fundamental guarantees criminally prosecuted?

The aim of this paper is to clear these questions from existing criteria from the perspective of international standards on human rights and more properly from

the observance of fundamental rights in the dynamics of the criminal legal scenario.

Thus although the topics addressed in this paper is included in some modern codes, but in order classic inquisitive frame it within the void, the truth is that insurmountable ethical limits adopted by our Constitution to provide certain guarantees constitutional in favor of the accused can not be bypassed under penalty of nullity, let alone by the same executor of a given state criminal justice system. Just as in sports there is “fair play” in a judicial process that resembles a game where you win that makes it better, it is not acceptable that cheating could play, and I think the analogy attends reinforce the exclusionary rules of evidence should be illegal since it is not consistent that the State should judge a citizen and who has to ensure a legitimate, resort to trickery to achieve illegal or illegitimate purposes unworthy of a serious criminal procedure. I understand that the best proof of the above it is the case of former Spanish Judge, Dr. Baltasar Garzon, who was ousted in an intricate case of eavesdropping arrested in Spain in connection with another trial.

Therefore it is crucial to review the criteria for evaluation of evidence in the framework of the Inter-American Commission on Human Rights, specifically limiting ourselves to the regime of illegal evidence in the American system.

**Palabras clave:** “Reglas de exclusión”. “Prohibiciones probatorias”. “Prueba excluyente”. “Prueba ilícita”. “Fruto del árbol envenenado o venenoso”. El caso “Gürtel”. “Baltasar Garzón”. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”.

**Keywords:** “Exclusion rules”. “Evidentiary prohibitions.” “Try exclusive.” “Illegal evidence”. “Fruit of the poisonous tree or poison.” The case “Gürtel” “Baltasar Garzón”. “Exclusionary rule”. “surpresion doctrine”. The case “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” from CoIDH.

## 1. Introducción

Para la elaboración de este trabajo de investigación he partido de la hipótesis basal de *“un enjuiciamiento penal que responda efectivamente a las máximas constitucionales y estándares internacionales”*, más aún a partir de la incorporación del bloque constitucional en la reforma constitucional de 1994. Y en tal sentido, tras el análisis minucioso del temario de la materia, y teniendo por norte que el proceso penal como sistema de enjuiciamiento es un

esquema epistemológico de averiguación de la verdad, me he inclinado por profundizar y efectuar un juicio crítico en torno a un aspecto muy controvertido a nivel mundial, **que es la regla de exclusión probatoria cuando se busca la verdad mediante la invasión lisa y llana, o bien, el avasallamiento de garantías individuales con protección constitucional que constituyen por su esencia derechos humanos elementales.**

Debo reconocer que el punto de partida para la elección de mi tema de trabajo estuvo dado por el caso **<Gürtel>** que involucra al ex Magistrado **“Baltasar Garzón”**, juzgado y condenado en España a principios del año 2012, por las implicancias del mismo.

Si partimos de la base que un proceso penal tiende a alcanzar la **verdad material**, es obvio que cualquier cuestión que se intente introducir con ese propósito debiera ser bienvenido, en la medida que contribuye a encontrar esa verdad. **Pero el problema se suscita cuando lo que se procura incorporar al proceso judicial es prueba ilícita o bien lícita pero obtenida de manera ilícita, circunstancia que abre un abanico de inquietudes que se pretenden tratar en el presente trabajo maximizando las garantías constitucionales y su tutela por parte del Sistema Interamericano.**

**Moral y Estado son a mi juicio inescindibles.** Es impensable suponer que el Estado pudiera recurrir a falta de moralidad para ejecutar sus políticas de Estado, **como también que el Sistema Interamericano pudiera válidamente homologar este tipo de situaciones irregulares.** Al respecto en alguna oportunidad el Papa Juan Pablo II afirmó que la pérdida de valores morales debilitaba la democracia, y que una democracia sin valores se convertiría con aptitud en un totalitarismo no visible. Y es por ello que el estado de derecho nace con nuestra Constitución Argentina de 1853, que consagró la división de los poderes del Estado, la necesidad de su sustento en el consenso de la mayoría, el contralor y límite al ejercicio de sus facultades y el reconocimiento de esenciales derechos individuales, delineando precisamente un modelo que quería distanciarse **nítidamente** del modelo autoritario, que en el ámbito que nos ocupa se había caracterizado por procedimientos penales que evidenciaban total menosprecio por la dignidad del hombre sujeto de la persecución penal estatal. Los constituyentes delinearon un esquema de enjuiciamiento, inspirado en el sistema anglosajón cuya consagración constitucional no encontró su correlato legislativo.

En efecto, los legisladores nacionales en uso de las facultades conferidas por el Art. 67, inc. 11, hoy 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, sancionaron en 1888 un Código de Procedimiento Penal de corte netamente inquisitivo, que con ligeras variantes fue adoptado por todas las provincias argentinas.

Agregado a ello cabe acotar que la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, en su carácter de último intérprete del espíritu de la Constitución Nacional como ley suprema de la Nación, no fue muy feliz en la creación de su jurisprudencia; por el contrario, **siempre se advirtió su tendencia a tornar abstractas las garantías individuales que tan nítidamente aparecen plasmadas en nuestra carta magna y también en las constituciones provinciales.**

En 1939 la provincia de Córdoba da el puntapié inicial en lo que significaría una aproximación a la voluntad del constituyente con la puesta en marcha de un procedimiento penal que por lo menos en su fase esencial, el juicio plenario, receptaba principios básicos del sistema acusatorio. En la misma línea de transformación legislativa continuaron muy lentamente otras provincias, y en 1992 lo hizo la Nación con la puesta en vigencia del Código que consagra el juicio oral. Encolumnados en un sistema nítidamente acusatorio se sancionan en los últimos años los códigos de Córdoba, Tucumán, Buenos Aires y Chaco. No se ha cumplido aún el mandato constitucional del juicio por jurado (se advierte cierta aproximación en el de Córdoba), pero sí se ha conseguido ir abriendo un fecundo camino jurisprudencial en la interpretación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, **con lo que se está finalmente logrando hacer operativas las garantías que sabiamente nos fueran impuestas hace más de un siglo.**

A través de este trabajo se razonará en qué medida los objetivos y finalidades de nuestro sistema de enjuiciamiento penal **resultan compatibles** con las diversas garantías individuales que se derivan del texto constitucional y su congruencia con el Sistema Interamericano, más aún a partir del pronunciamiento de la Co IDH en el caso **“Cabrería García y Montiel Flores vs. México”**, de la Co IDH (sentencia del 26/11/2010), párrafos 163-177, “regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante coacción”.

Finalmente se verá de qué forma puede hacerse operativa la regla de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, de forma tal que respete los derechos humanos de los individuos juzgados, **impidiendo que el proceso se transforme en una “trampera” operada por Jueces y Fiscales.** Cabrá tal vez hacer una excepción para casos de **terrorismo**, dado que se supone que en determinadas circunstancias, se suspenden las garantías constitucionales propias de un estado de derecho, en cuyo caso cabría admitir determinadas pruebas que en condiciones naturales pudieran resultar inviables o inadmisibles.

## 2. El caso **<Gürtel>**

El 09 de febrero de 2012 el Tribunal Superior de España condenó por unanimidad de sus siete (7) miembros al magistrado Baltasar Garzón, titular del Juzgado de Instrucción Central número cinco (5) de la Audiencia Nacional desde

1988, a once (11) años de inhabilitación y expulsión de la carrera judicial a instancias de los cabecillas de la trama corrupta <Gürtel> vinculada al Partido Popular Español.

El juez que destapó el resonante caso español <Gürtel>, que desarticuló una trama corrupta especializada en el saqueo de fondos públicos, y que sacó de la política a dos decenas de dirigentes del Partido Popular Español que colaboraron en el crimen fue en efecto expulsado de la carrera judicial por el empleo de métodos y prácticas ilegítimas en la desarticulación de esa red corrupta <Gürtel> en el año 2009 tras casi un año de investigación secreta. La sentencia embiste contra el juez con una dureza extraordinaria, **tildando al Juez Baltasar Garzón de “arbitrario” y “totalitario”, y acusándolo de “laminar derechos” y ordenar prácticas “propias de sistemas políticos ya superados” al intervenir las comunicaciones en la cárcel de los corruptos con sus abogados.**

Tras el fallo dictado, el polémico Juez Baltasar Garzón rechazó enérgicamente su condena, la cual calificó de “injusta y predeterminada”, arguyendo que **“sus derechos habían sido sistemáticamente violentados” con “una sentencia que ya estaba anunciada desde hace meses”**. Defendió asimismo su actuación en el caso <Gürtel>, **criticando que le hayan impedido aportar pruebas** y considerando una **“aberración”** que la sentencia diga que la cláusula en la que previno el derecho de defensa “revela que sabía que su resolución afectaba a ese derecho”.

Ahora bien, **más allá de las connotaciones puntuales que sin duda tiene el pronunciamiento en cuestión, en lo que aquí interesa cuadra remarcar la actitud reprochable del Magistrado destituido de reprochar el avasallamiento de sus garantías individuales cuando precisamente su juzgamiento se debió a idéntica conducta respecto a sus imputados en la causa que hemos estado haciendo referencia.** En definitiva, una suerte de incursión en la teoría de los actos propios, al intentar cuestionar lo que le fuera objeto de reproche: **la vulneración de las garantías individuales enmarcadas en derechos humanos fundamentales.**

La sentencia mantiene una redacción profesional hasta el fundamento jurídico 12, en el que se ensaña con el juez de la Audiencia, al que acusa de haber **“laminado los derechos de defensa”** y otros añadidos. De hecho, el resto del fundamento parece reforzar la idea de que el Magistrado Baltasar Garzón ha colocado a todo el sistema procesal penal **“al nivel de sistemas políticos ya superados”** y **“ha admitido prácticas propias de regímenes totalitarios”** en los que **“todo se considera válido para obtener la información que interesa al Estado, prescindiendo de las garantías mínimas para los ciudadanos”**.

El Tribunal Supremo resuelve las posibles dudas sobre la legalidad de la intervención de las comunicaciones en prisión señalando que estas solo pueden decretarse, “acumulativamente”, si son acordadas por la autoridad judicial en casos de **terrorismo**. Es decir, las escuchas entre los internos y sus letrados **“solo pueden acordarse en casos de terrorismo”** y **previa orden del juez competente**. Para resolver otros casos en que una intervención pudiera ser imprescindible, “sería precisa una reforma legal que contuviera una habilitación de calidad suficiente”.

En el juicio, Baltasar Garzón y los policías que testificaron coincidieron en que no había otra solución que las escuchas para impedir que los de la trama siguieran delinquiendo. **La sentencia dice en este punto que la investigación criminal “no justifica en sí misma cualquier clase de actuación”**. Y añade que así planteado, conduce a la desaparición de “controles efectivos sobre el ejercicio del poder, lo que afectaría a la misma esencia del Estado de derecho”. Para el tribunal **“nada impedía”** desarrollar otra clase de actuaciones, como **“vigilar las actividades”** de la trama Gürtel hasta **“identificar a los culpables”**, tomando entonces **“las medidas pertinentes”**.

El Tribunal Supremo rechaza también que el Juez Baltasar Garzón previniera el derecho de defensa, porque “una vez que la policía, el juez y el fiscal del caso oyen las conversaciones” su exclusión de la causa **“solo evita su utilización como prueba”**. El tribunal le considera asimismo autor de un delito de interceptación de comunicaciones con aparatos de escucha y grabación, pero por aplicación del concurso de normas le aplica solamente el delito de prevaricación por ser el más amplio.

La Asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades (Medel), en representación de unos 15.000 jueces y fiscales de países miembros de la Unión Europea presentaron luego del pronunciamiento ante el Ministerio de Justicia la **petición de clemencia**, esto es, una suerte de **indulto**, alegando que, cuando el entonces juez de la Audiencia Nacional ordenó grabar las conversaciones de los cabecillas de Gürtel con sus abogados en la cárcel, su motivación no respondía a ninguna **“perversión ética”** sino al intento de **frenar la actividad delictiva de la trama**.

Como vemos el caso traído a estudio es abundante para este ensayo, ya que trata las cuestiones vertebrales que son pertinentes para la reflexión: Acaso... **¿el fin justifica los medios? ¿Es prudente alcanzar la verdad a cualquier precio, aún soslayando las garantías individuales constitucionales de los imputados? ¿Existe algún tipo de excepción?**

Intentaré en los capítulos siguientes despejar dichas incógnitas.

### **3. La verdad en el proceso penal**

Históricamente se desarrolló cierto concepto de verdad sobre el cual se edificó un procedimiento penal. El éxito de la investigación redundaría, en términos ideales, en alcanzar la **verdad histórica**, descubrir los hechos que ocurrieron “realmente”. En este sentido, debe señalarse que el método de investigación penal vigente durante el tiempo de la Conquista en la parte continental de Europa era el Inquisitivo, cuya búsqueda principal consistía en descubrir la **“verdad histórica objetiva” o “absoluta”** mediante el método de la **“indagación”**. Foucault fija el “nacimiento” de tal método en la Iglesia merovingia y carolingia, en la Alta Edad Media con fines espirituales. Más allá de las características principales de aquel método en la Iglesia, en lo que aquí interesa, lo relevante sería establecer el entramado político que ese método trasluce. Al respecto, el citado autor tiene dicho que *“la indagación deriva de un cierto tipo de relaciones de poder, de una manera de ejercer el poder. Se introduce en el derecho a partir de la Iglesia y está, en consecuencia impregnado de categorías religiosas (...) En los albores del método de indagación, la práctica principal para “arrancar” la verdad del sometido a proceso consistía en torturarlo, siendo posible como consecuencia inmediata su muerte. Ello, resultaba incluso inútil para la búsqueda propuesta, ya que el “imputado” podría decir otra verdad distinta de la histórica, con el objeto de que cesaran las prácticas de tortura sobre su cuerpo. Ahora bien, más allá de estas prácticas y las consideraciones que puedan hacerse, su ejemplo resulta útil a los fines de “visualizar” un extremo del método de la indagación, que comenzó a “humanizarse” (al menos en lo formal) durante el pasaje, en clave “Foucaultiana”, de las “sociedades de soberanía” a las “sociedades disciplinarias”*.

En efecto, la obtención de la **verdad histórica** en el sistema inquisitivo es a toda costa y aún sobre la violación de derechos humanos fundamentales del imputado. El objetivo central del Juez era encontrar la **verdad histórica o material** por sobre los derechos fundamentales del imputado en la investigación pertinente, **posición que se erradica en el actual sistema procesal penal propenso al garantismo y que aparta al Juez de toda facultad investigativa, y colocándolo en un plano de controlador y guardián de las garantías del imputado y de la víctima incluso.**

Así se debe entender por **verdad histórica** a aquella que procuramos obtener siempre que se pretenda asegurar la realidad de ciertos acontecimientos como hechos realizados en tiempo y espacio. MITTERMAIER distingue la **verdad histórica** de la **verdad lógica**, que es aquella que se obtiene del razonamiento, y que resulta cuando las nociones concebidas de las cosas no se ponen en contradicción con las leyes conocidas.

**Desde luego que no podemos abordar el tema de la verdad sin detenernos en el paradigma de la teoría de la prueba, ya que el derecho a valerse de pruebas en el derecho penal no es absoluto.** La razón de estos límites esta presente tanto en el curso de la investigación cuanto en el desarrollo del debate oral, pues existen numerosos aspectos rigurosamente regulados, tanto en lo concerniente a las formas en que se puede válidamente acceder a los medios de prueba como a la manera en que éstos han de ser incorporados al juicio. En consecuencia es la prueba ilícita la que limita la búsqueda de la verdad material, dando origen a lo que parte de la doctrina ha denominado como **verdad procesal**, que es aquella que surge de aplicar la regla o principio de exclusión de prueba ilícita en respeto a los derechos fundamentales de las partes, siendo que el tribunal se encuentra imposibilitado de valorar la prueba obtenida con inobservancia de derechos fundamentales o cuando esta proceda de actuaciones declaradas nulas.

**FERRAJOLI** sostiene que si una justicia penal completamente “sin verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a una arbitrariedad. **Siguiendo estos lineamientos resulta preciso alcanzar la verdad respetando los derechos fundamentales de las partes.**

---

**En consecuencia la verdad como fundamento de una condena será la verdad formal o procesal alcanzada mediante el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, mediante el acatamiento estricto a las reglas precisas y relativas a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes mediante la prueba lícita.**

Esta verdad, concluye el distinguido jurista italiano, no pretende ser la verdad pura o absoluta; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; esta condicionada en si misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de defensa. De que es una verdad solamente probable y opinable y de que la duda razonable, o la falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas prevalece la presunción de no culpabilidad (presunción de inocencia) o sea, de falsedad formal o procesal de las tesis acusatorias.

---

El concepto de verdad como garantía de libertad definido por **FERRAJOLI** ha sido explicado del siguiente modo:

“La verdad juega un papel preponderante en el esquema garantista que propone **Luigi FERRAJOLI** en *Diritto e ragione*. De acuerdo con su concepción, la verdad, es decir, la correspondencia aproximativa de una hipótesis con el objeto

que refiere, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, constituye uno de los **requisitos fundamentales** que debe respetar un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho y respetuoso de la dignidad humana. Desde este punto de vista, la **verdad constituye una garantía del procedimiento**, mientras que la característica de sistemas autoritarios es la de relativizar dicha correspondencia y sustituirla por consideraciones sustancialistas por ejemplo, características personales, tendencias, estado de peligrosidad no verificables o falseables directamente. Inversamente, el procedimiento penal respetuoso de los derechos individuales constituiría no sólo una garantía de libertad, en el sentido de evitar la privación arbitraria de derechos, sino también una garantía de verdad, en la medida en que sólo permite la imposición de una pena cuando el requisito de la correspondencia fáctica y jurídica es estrictamente observado. Esta garantía de verdad es empleada por **FERRAJOLI** como medida de adecuación a todo el sistema penal... y por ello, no se ciñe estrictamente a la verdad como objetivo del procedimiento”

El proceso penal es el espacio legítimo de reconstrucción de la verdad<sup>1</sup> el cual otorga al juez una convicción para tomar una decisión, con la finalidad de mantener el orden y la paz social, como valores fundamentales del Estado.

Para que el proceso penal pueda cumplir con su cometido de mantener el orden y la paz social, debe servir como ámbito para la **redención de la verdad**, y la verdad la aprehende a través de las pruebas; luego, dentro del proceso penal, son las pruebas el medio idóneo para llegar lo más cercano posible a tal mencionada veracidad.

Ahora bien, si la verdad depende de las pruebas y a su vez las pruebas dependen del proceso, y se dice que el proceso es un espacio legítimo, entonces ha de entenderse que en ese mismo sentido **las pruebas penales también deben ser legítimas**, así como también la verdad a la que se llegue. **Es decir, del proceso penal, como ámbito legítimo, solo puede resultar una verdad legítima.**

El concepto de verdad material queda entonces supeditado a las exigencias de la verdad legítima, convirtiéndose la verdad material en una verdad jurídica procesalmente válida<sup>2</sup> distinta a lo que es una verdad absoluta. Luego, la

---

<sup>1</sup> URBANO, José Joaquín. (2006). “*Los nuevos fundamentos de las pruebas penales*”. Ed. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C.

<sup>2</sup> PELLEGRINI Grinover, Ada. (2010). “Pruebas ilícitas”. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Obtenido el 29 marzo de 2010 desde <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA> Nro. 2010/pellegrini10.htm.

búsqueda de la verdad se sujeta al proceso y en consecuencia a todo lo que a éste le atañe.

El proceso penal como forma civilizada de justicia<sup>3</sup> hace parte del ordenamiento jurídico integral, que no solo se vislumbra en el restricto cumplimiento del principio de legalidad, sino en la legitimidad de la dignidad humana y de los amplios procesos históricos en la conquista de los derechos humanos como límite al poder del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

La búsqueda de la verdad, como acción jurídica supeditada al proceso penal, responde en la actualidad a una **estricta adecuación de la práctica probatoria a las exigencias de los estándares internacionales en materia de derechos humanos**, a los fines del Estado Social de Derecho y en particular, a los fines del proceso penal como realización del desempeño eficaz del *ius puniendi* con observancia a la dignidad de la persona. Los derechos humanos, los valores del Estado Social de Derecho y los fines del proceso penal integran los fundamentos de la búsqueda de la verdad en materia jurídico-penal.

Ahora bien, **¿cuales son los estándares internacionales sobre derechos humanos en el proceso penal?**

Los derechos humanos son facultades inherentes a la persona, para que ésta pueda vivir y desarrollarse dignamente dentro del Estado y la sociedad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de instrumentos jurídicos de orden internacional que protegen los derechos humanos. A través de estos instrumentos el “derecho internacional de los derechos humanos” define los límites del poder del Estado sobre los individuos e impone obligaciones positivas a los Estados respecto de ellos<sup>4</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos, conformado por el conjunto de instrumentos internacionales que se sustentan en el ideal de los derechos humanos con miras a lograr su materialización efectiva, constituye parte integrante de nuestra Constitución Nacional, integrando el bloque constitucional

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. (2005). “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 18 Nro. 2, Diciembre 2005.

<sup>4</sup> CEJIL, (2008). “*La tortura en el derecho internacional*”. Guía de jurisprudencia. Center for justice and International law –CEJIL– y Association for the prevention for torture –APT–. Washington D.C. page 2, versión electrónica obtenida el 12 de febrero de 2010 desde <http://cejil.org/publicaciones/la-tortura-en-el-derecho-internacional>.

por disposición del Art. 75 inc. 22 de nuestra Ley fundamental, lo que implica que los instrumentos internacionales se igualaron en supremacía a la Constitución Nacional.

De conformidad a la **Convención de Viena (1969)**, los tratados internacionales no pueden ser desconocidos por los estados partes, ligándolos al ejercicio de su cumplimiento, incluso sin la posibilidad de excusarse con el argumento el ejercicio de normas internas.

Asimismo, como se anticipara, la Constitución Nacional Argentina en su artículo 75 inc. 22 establece un bloque que armoniza el derecho interno con el internacional, al indicar que los tratados internacionales tienen la misma supremacía que la propia Constitución Nacional. De este modo los tratados internacionales ratificados por la República Argentina que versen sobre derechos humanos prevalecen en el orden interno, armonía que atañe igualmente al proceso penal. Siendo así, los derechos humanos deben ser orientadores de las actuaciones procesales penales en la República Argentina y en cierta perspectiva el derecho internacional de los derechos humanos conforma precepto fundante en el orden jurídico-penal interno.

En consecuencia, el régimen penal interno, se encuentra sujeto a los parámetros establecidos por el orden internacional, ello en virtud de constituir una garantía en la limitación del *ius puniendi* y salvaguarda de los derechos y libertades individuales.

En lo que respecta a las exigencias de los estándares internacionales sobre derechos humanos relacionados con la práctica de pruebas penales o la búsqueda de la verdad dentro del marco del proceso penal, tres (3) son esencialmente los principales instrumentos que fundamentan las pruebas penales. **Estos instrumentos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984).**

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)** comienza estableciendo que la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana; luego la dignidad es el soporte, centro y supremo orientador de la justicia, como pretensión del proceso penal.

En este sentido, el Pacto protege derechos inherentes a la dignidad humana y relevantes a considerar en el ejercicio de la búsqueda de la verdad procesal, como son: prohibición de torturas, tratos crueles e inhumanos (artículo

7), libertad y seguridad personales (artículo 9.1), presunción de inocencia (artículo 14.2), debido proceso con especial énfasis en la proscripción de autoincriminaciones o declaraciones involuntarias (artículo 14.3) y la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la privacidad del individuo (artículo 17).

Por su parte la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969) reafirma el valor de la “justicia social”, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo).

La Convención Americana como piedra angular del sistema interamericano de derechos humanos, **extiende a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la presente declaración (artículo 1º)**. En tal sentido, salvaguarda garantías fundamentales como: prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5.2); libertad y seguridad personales (artículo 7.1); presunción de inocencia, respetando garantías mínimas como la no autoincriminación (artículo 8.2); confesión libre de toda coacción como presupuesto para su validez (artículo 8.3); y protección de la honra y dignidad, mediante la proscripción de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, familia, domicilio o correspondencia (artículo 11.2).

En este mismo orden de ideas, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) exalta la dignidad inherente a la persona humana, como la fuente desde donde emanan los derechos de todos los miembros de la familia humana<sup>5</sup>

Para los fines relacionados con la prohibición de la tortura en la búsqueda de la verdad, la Convención define ésta práctica como “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión (...) cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” (Artículo 1º).

Siendo la práctica de la tortura una conducta ilegítima para la adquisición de la verdad, **la Convención protege la dignidad humana de ésta práctica abominable, generando herramientas para evitar la consecución de pruebas por medio de la tortura**, comprometiendo a los Estados partes a adoptar prevenciones idóneas, entre ellas: la toma de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir tortura (artículo 2.1); sancionar penalmente la tortura (artículo 4); vigilancia de métodos y prácticas de

---

<sup>5</sup> Epílogo de reconocimiento.

interrogatorio (artículo 11); la exclusión de declaraciones producto de torturas que pretendan hacerse valer como pruebas (artículo 15).

Dado que la tortura ha sido la práctica que mayor transgrede la dignidad de la persona, y que ha sido la más utilizada por sistemas totalitarios y destrezas judiciales en el transcurso de la historia para la búsqueda de la verdad, hace que se convierta en una acción facilista de justicia, **pero con un precio de ilegitimidad desbordante, por ser inhumana y de desmedro al sistema jurídico integral, pues atenta contra los valores que el mismo sistema justifica para su existencia.**

La tortura es una práctica prohibida de “naturaleza absoluta”<sup>6</sup>, cuyo interés de protección trasciende los intereses de las naciones, en su orden interno, para pasar a ser parte de los intereses de la comunidad internacional en la dignidad de la persona como miembro de la familia humana universal.

Las exigencias internacionales de protección a los derechos humanos en el marco del proceso penal, establece la dignidad humana como el presupuesto eje en el ejercicio de reconstrucción de la verdad, protegiendo los derechos inherentes a la persona contra el poder arbitrario del Estado; teniendo especial relevancia por la proscripción de la tortura como práctica inhumana en la búsqueda de la verdad entre otras cuestiones.

#### **4. Derechos de las víctimas del delito en el plano internacional**

Desde la faz internacional la víctima recibe un tratamiento de protección que se aborda desde el **Derechos Internacional de los Derechos Humanos** y desde el **Derecho Internacional Humanitario**; ambos ligados a la justificación de la dignidad humana<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CEJIL, (2008). “*La tortura en el derecho internacional*”. Guía de jurisprudencia. Center for justice and international law –CEJIL– y Association for the prevention for torture –APT– Washington D.C. p. 31, versión electrónica obtenida desde <http://cejil.org/publicaciones/la-tortura-en-el-derecho-internacional>.

<sup>7</sup> La perspectiva filosófica Kantiana que considera a la persona como un fin en sí mis inspira la dignidad del ser humano en el ámbito constitucional contemporáneo, el cual eleva persona como fundamento central y razón de ser en la concepción de un Estado Soci Democrático de Derecho. La ontología de la dignidad humana implica una concepción humanista de la persona, que conlleva a que dentro de la estructura Estatal sea tratada conforme a su categoría humana, esto es, en condición de sujeto y no de objeto; como un ser

Desde la perspectiva del derecho internacional la condición de víctima del delito se concibe a partir del daño sufrido como consecuencia del crimen. Así se evidencia en el concepto de víctimas que la **Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder**, en su primer principio establece, concibiéndola como las personas que hayan sufrido daño como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

El daño sufrido como consecuencia del crimen es el elemento orientador que se adopta para entender la concepción de la víctima del delito desde el plano internacional; concepción ésta que se adopta para, a partir de allí, iniciar la edificación del cuerpo de derechos reconocidos y protegidos a las víctimas del delito en los distintos instrumentos internacionales, los cuales conforman el conjunto de derechos internacionales de las víctimas.

Se destacan instrumentos internacionales que fijan estándares de protección a los derechos de las personas, que asumidos desde el plano de los daños sufridos en ocasión de crímenes, configuran una serie de derechos internacionales de las víctimas de delitos; los que se plasman en instrumentos como la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, la **Resolución 40/34 del año 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas** y el **Estatuto de Roma**, entre otras.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (1948), en su Preámbulo, destaca los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana como elemento reafirmador del ejercicio de los Estados.

---

representa un fin y no un medio de instrumentalización para la consecución de otros fines respeto de la dignidad humana es el fundamento del Estado Social de Derecho; la dignidad humana es el fondo y marco de los derechos humanos. Ello significa que el poder del Est está supeditado a la dignidad humana y no la dignidad sometida al poder del Estado; indica la dignidad humana determina el actuar Estatal en reconocimiento de la persona y en reconocimiento y vigencia de los derechos de las víctimas. El estricto respeto a la dignidad humana, como principio constitucional del Estado Social de Derecho y pilar fundamental de derechos de las víctimas de delito, comporta el deber del Estado en la obligación de ejercer poder en aras de rescatar la condición de dignidad deteriorada como consecuencia del acto delictivo. Cuando el Estado omite sus deberes, en particular el de establecer la verdad realización de la justicia y la reparación integral, afecta la dignidad de las víctimas desconociendo el fundamento del Estado Social de Derecho que lo obliga a actuar en estricto respeto a la dignidad de las personas.

Asimismo, declara que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales para proteger sus derechos fundamentales<sup>8</sup> y a ser oída públicamente, en condiciones de plena igualdad por un tribunal para la determinación de sus derechos<sup>9</sup>

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1966), reconoce que los derechos derivan de la dignidad inherente de la persona humana. En consecuencia, establece la igualdad ante los tribunales y cortes como derecho de todas las personas, sin distinción alguna, para acceder a la justicia y ser escuchadas a fin de determinar sus derechos<sup>10</sup>.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969), impone a los Estado miembros el deber de respetar los derechos reconocidos y garantizar su pleno ejercicio<sup>11</sup> el acceso a la justicia<sup>12</sup> como facultad de toda persona para la determinación de sus derechos; y la protección judicial, mediante el derecho del recurso judicial efectivo para proteger sus derechos fundamentales<sup>13</sup>.

La Resolución 40/34 de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, proclama veintiún (21) principios de protección a los derechos de las víctimas, de los cuales diecisiete (17) atañen a las víctimas del delito y cuatro (4) a las víctimas de abuso poder, como categoría especial que dicha Declaración confiere. En lo que respecta a las víctimas de delitos, la Declaración establece cuatro categorías de derechos: (i) acceso a la justicia y trato justo; (ii) resarcimiento; (iii) indemnización; y (iv) asistencia. Esta Declaración apunta más a aspectos de consideración de la víctima en la operación de la justicia y la reparación integral; destacándose el énfasis que imprime al rol de la víctima en el acceso y participación en los mecanismos de justicia.

---

<sup>8</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 8.

<sup>9</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 10.

<sup>10</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.

<sup>11</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1.1.

<sup>12</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8.1.

<sup>13</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 25.

El **Estatuto de Roma** (1998), creado para combatir la impunidad, como propósito medular, preceptúa el derecho de las víctimas a la reparación<sup>14</sup> indicando que será aplicable bajo los principios de restitución, indemnización y rehabilitación; dando participación a las consideraciones de las víctimas para tomar la decisión.

Dentro de estos instrumentos se recalca que todos se fundamentan en la dignidad humana de la persona, estableciéndose para los mismos la garantía a los derechos fundamentales, mediante la participación en el sistema judicial a través de recursos efectivos en condiciones de igualdad.

**En el campo internacional los derechos de las víctimas del delito se comporta en el reconocimiento del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación**, como derechos universales, llevando implícita la participación de las mismas en el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, siendo la víctima un protagonista activo en el proceso penal. **La corriente internacionalista crea unos estándares de respeto a los derechos fundamentales de las víctimas, que adquieren la categoría de universales, cuales son verdad, justicia y reparación**; así lo corrobora el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas<sup>15</sup>.

Con relación al derecho a la verdad, que corresponde a la facultad de conocer los hechos que originaron las violaciones a los derechos humanos y a conocer la identidad de las personas que participaron en ellos, según apunta el **Informe 136/99 de la CIDH**<sup>16</sup> (citado por Huertas & otros)<sup>17</sup>, constituye una

---

<sup>14</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 75.

<sup>15</sup> Informe JOINET: “Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra impunidad, 1992”; en la cual establece los derechos de las víctimas a saber, a la justicia y reparación.

<sup>16</sup> Informe CIDH Nro. 136/99 del 22 de diciembre de 1999.

<sup>17</sup> HUERTAS DÍAZ, Omar; MEDINA, Roberto; CHACÓN Triana, Natalia; CÁCEFI TOVAR, Víctor Manuel. (2006). El derecho a la reparación para las víctimas de violación de los derechos humanos. Revista de temas constitucionales. No. 3, octubre – diciembre 2006. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/3/cnt/cnt12.pdf>

obligación que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad en general.

El derecho a la verdad, desde la perspectiva internacional, alude a un doble aspecto: al individual y al colectivo. Huertas & otros<sup>18</sup> explica que el aspecto individual concierne el derecho a saber quiénes fueron los responsables, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las motivaciones que produjeron los hechos y el destino de las personas en caso de desapariciones forzadas; el aspecto colectivo de la verdad, es el derecho de la sociedad a conocer lo ocurrido, en cuanto razones y circunstancias, para que éstos hechos no vuelvan a suceder, garantizando el derecho de los pueblos a mantener viva la memoria histórica sobre hechos atroces, para que en un futuro no se repitan nuevamente. El derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad, señala el Informe 37/00 de la CIDH<sup>19</sup> (citado por Huertas & otros)<sup>20</sup>, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los Derechos Humanos, en modalidad de satisfacción y garantía de no repetición.

El esclarecimiento de la verdad es el derecho universal primario para la realización de los otros derechos. La verdad, como derecho humano de las víctimas del delito, comporta una obligación que debe asumir el Estado para garantizar derechos inherentes a la víctima. Desde la órbita internacional, la búsqueda y esclarecimiento de la verdad para conocer los hechos de un crimen, no son una potestad facultativa de los Estados, **sino una obligación para garantizar la dignidad de las víctimas, que puede verse afectada por no saber la realidad de los hechos.**

**El derecho a la justicia, responde a las contemporáneas corrientes humanistas que buscan proteger a la persona y la conservación de los valores sociales mediante el rechazo a toda forma de impunidad.** En el pensamiento derecho-humanista la justicia se asimila como el derecho que tienen las víctimas a la no impunidad, a que los responsables sean castigados.

---

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Informe CIDH 37/00 del 13 de abril de 2000, caso Monseñor Oscar Arnulfo vs. El Salvador, párrafo 148.

<sup>20</sup> Huertas Díaz, Omar; Medina, Roberto; Chacón Triana, Natalia; Cáceres Tovar, Ví Manuel. (2006). El derecho a la reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Revista de temas constitucionales. No. 3, octubre – diciembre de 2006. Biblio Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido el 10 de abril de 2010 desde

**BOTERO**, Catalina y **RESTREPO** (citados por Huertas & otros)<sup>21</sup> señalan los deberes Estatales sobre el derecho a la justicia pronunciados por los organismos internacionales de protección a los derechos humanos, mencionando los siguientes: (i) sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos, (ii) investigar los asuntos de graves violaciones a los derechos humanos, (iii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, (iv) respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso, (v) imponer penas adecuadas a los responsables.

Finalmente, frente al derecho a la reparación, el derecho internacional contemporáneo, abarca los derechos de las víctimas del delito desde una doble dimensión: la individual y colectiva<sup>22</sup>. La dimensión individual comprende los daños y perjuicios padecidos por la víctima, los cuales se concretan en la adopción de aquellas medidas relativas a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. La dimensión colectiva comprende las medidas de restauración, indemnización y readaptación de las comunidades directamente afectadas por el delito.

## **5. El respeto a los derechos humanos fundamentales como presupuesto vinculante en la búsqueda de la verdad**

El profesor **URBANO** establece que la búsqueda de la verdad está sujeta a los derechos fundamentales, dicho enunciado constituye la premisa fundamental sobre la cual se sostiene el proceso en la actividad probatoria. La vía legítima para el descubrimiento de la verdad son los derechos fundamentales, los cuales componen los “parámetros de legitimidad del sistema político y jurídico”<sup>23</sup>

La premisa fundamental consiste en que la búsqueda de la verdad está ceñida al respeto de los derechos fundamentales. Ello se explica en razón a que la verdad se encuentra sujeta a las reglas del proceso penal, el cual ostenta unos fines armónicos con el ordenamiento jurídico penal en sentido integral, lo que implica que **la verdad ha de ser consecuente con el ideal de los derechos humanos, las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos y los**

---

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-454 de 2006. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>23</sup> Urbano, José Joaquín. (2009). El sistema probatorio del juicio oral. Documento de trab Ed. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. P.14. Bogotá D.C.

**fines del Estado Social de Derecho; esto es, una verdad en consonancia con la dignidad humana.**

La búsqueda de la verdad, en tanto reglas para su ejecución como en prácticas judiciales, se desarrolla en esferas legislativas y en el ámbito jurisdiccional. Por lo tanto, estas instancias, explica **URBANO**<sup>24</sup> se sujetan al catálogo de los derechos fundamentales como una exigencia sustancial para la práctica probatoria.

Los estándares internacionales en materia de derechos humanos, así como el principio del Estado Social de Derecho y los fines del proceso penal, guardan una relación en común: todos apuntan al respeto de la dignidad humana como presupuesto eje del ordenamiento; donde todas las injerencias del poder estatal a través del derecho acatan el deber de cuidado frente a la dignidad humana para no transgredir la esfera de los derechos humanos. Es a partir del respeto a los derechos de la persona, como se garantiza la paz social y las máximas exigencias de los derechos humanos.

Las pruebas penales no son prácticas aisladas de los fines del proceso penal, ni muchos menos desconocedores de los parámetros de derechos humanos ni de los fines del Estado Social de Derecho reflejado en las garantías de los derechos fundamentales en el orden constitucional. La práctica probatoria, como acción epistemológica de averiguación de la verdad, hace parte del andamiaje procesal y por ende se inmiscuye en los fines constitucionales y universales, en términos de respetar los derechos de la humanidad. Es por ello que la verdad, en términos de **ALARCÓN**<sup>25</sup> ha de conseguirse con un acento en las garantías de los derechos fundamentales.

## **6. Teoría de la ilicitud de la prueba**

Efectuadas las precisiones que anteceden, me encuentro en condiciones de abordar eficazmente la problemática que trata esta investigación.

La teoría de la ilicitud de la prueba surge a finales del siglo XIX en los Estados Unidos de Norteamérica a fin de amparar los derechos consagrados en la cuarta y quinta enmienda constitucional de la Unión, relacionados con la proscripción

---

<sup>24</sup> Urbano, José Joaquín. (2006). Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C.

<sup>25</sup> Alarcón Granobles, Héctor Javier. (2006). Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano. Editorial Ibáñez. Bogotá D.C.

de injerencia en la vida privada de la persona y el derecho de no autoincriminación; dando origen a la que se conoce como la teoría de la “**exclusionary rule**”, a la cual me referiré Infra, la cual impone unos límites en la obtención de las pruebas, explica **GONZÁLEZ GARCÍA**<sup>26</sup>.

El caso “**Weeks vs. United States**” de 1914, citado por **MIRANDA**<sup>27</sup> prohíbe en el juicio la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas, justificando que si tales pruebas fueren admitidas, entonces con ellas los derechos constitucionales carecerían de valor; estableciéndose así la teoría de la **exclusionary rule**.

La exclusionary rule marcó una pauta de confinamiento para la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas, prohibición ésta que se elevó al rango de exclusión absoluta para salvaguarda de los valores constitucionales de la Unión.

La exclusionary rule se fundamenta en la protección de los derechos constitucionales. Pese a lo anterior, la exclusionary rule, como prohibición absoluta, generó una serie de dificultades que en la práctica impedían la realización de la justicia; lo que llevó a replantear la teoría, permitiendo la evolución jurídica de los Estados Unidos en unos parámetros de reducción de ésta figura.

**RIVES**<sup>28</sup> expone los elementos correctores que reducen la exclusionary rule, explicando las tres teorías que surgen posteriormente y con ocasión de la exclusionary rule. Estas teorías son: (i) *balancing test*, (ii) *good faith exception* y (iii) *fruit of the poisonous tree doctrine*.

La teoría del *balancing test*, otorga al juez la facultad para sopesar en cada caso concreto los supuestos en que debe aplicarse o no la exclusionary rule. *Good faith exception*, surgida en el año de 1984, genera una expresa excepción a la regla general de exclusión, permitiendo como válidas las pruebas ilícitamente obtenidas por la policía, siempre que se den dos (2) requisitos: (i) que hayan actuado razonablemente y (ii) que dicha actuación se haya realizado creyendo

---

<sup>26</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. (2005). “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen 18 Nro. 2. Diciembre de 2005, versión en línea obtenida desde [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=095020050002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=095020050002&lng=es&nrm=iso).

<sup>27</sup> MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. (2004). “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”. Editorial J.M. Bosch Editor, 2ª edición. Barcelona España.

<sup>28</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. (2000). “*La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis jurisprudencial*”. Documento de trabajo. Albacete, España.

obrar de forma legal. Finalmente, *fruit of the poisonous tree doctrine* o doctrina de los frutos envenenados, la cual merecerá un capítulo exclusivo Infra, mediante la cual se argumenta que así como un árbol envenenado solo puede dar frutos envenenados, sucede lo mismo con las pruebas, sustentando que toda prueba derivada de prueba ilícita se encuentra igualmente viciada de ilegitimidad por ser procedente de una misma fuente nociva. La transmisión de los vicios de ilicitud que ostentaba la prueba derivada de la prueba ilícita, no debe tomarse en sentido estricto, sino bajo un grado de flexibilización, como es la posibilidad de establecer una desconexión causal entre las pruebas que fundamentan el fallo y la ilícitamente obtenida y que esa desconexión sea producto de hallazgo inevitable.

A manera de síntesis, puede establecerse que la teoría de la ilicitud de la prueba surge como una protección a los derechos constitucionales, en específico a los derechos personalísimos para ampararlos de las injerencias desmedidas o arbitrarias del *ius puniendi*. Recalcando, claro está, que no es una teoría blindada o absoluta, ya que está equilibrada con los principios de justicia material.

En cuanto al concepto de prueba ilícita la doctrina es un tanto controvertida aludiendo al concepto de prueba ilícita como sinónimo de prueba ilegal, prueba inconstitucional, prueba irregular o prueba prohibida, entre otros interrelacionados, cuando presentan sutiles diferencias más allá de integrar un mismo género.

El autor español **MIRANDA**<sup>29</sup> parte de una conceptualización demasiado amplia en cuanto a lo que respecta prueba ilícita, definiéndola como toda aquella que vulnera cualquier norma jurídica. Señalando, que puede ser clasificada de acuerdo al momento y la causa que la origina.

El momento tiene que ver con el tiempo en que se produce la ilicitud de la prueba, siendo ésta extraprocesal o intraprocesal. Será extraprocesal cuando su ilicitud deviene por fuera del marco del proceso, esto es, en el ejercicio de la búsqueda, localización u obtención de la prueba, afectado propiamente la investigación judicial. A su turno, la intraprocesal es aquella cuya ilicitud se produce dentro del marco del proceso, afectando la actuación procesal, esto es, en lo que respecta a la proposición, admisión o práctica de la prueba.

---

<sup>29</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. J.M. Bosch Editor, 2ª edición.

De acuerdo a la causa, la ilicitud de la prueba tiene que ver con la fuente que la origina. En ese entendido, la prueba ilícita puede ser: prohibida, irregular o inconstitucional; siendo prohibida aquella que está proscrita por la ley; irregular la que es obtenida sin el lleno de las formalidades normativas requeridas para su producción; e inconstitucional aquella que viola derechos fundamentales.

Nótese que este autor establece la prueba ilícita en un contexto general, siendo la violatoria de cualquier norma jurídica, y dentro de las ilícitas ubica clasificaciones de ilicitud, entre ellas las pruebas inconstitucionales que son las violatorias de derechos fundamentales. Es decir, la prueba ilícita es el género y la inconstitucional la especie; lo cual técnicamente podría ser un tanto impreciso si se considera que la teoría de la ilicitud de la prueba y su evolución se centra en la ilicitud como la vulneradora de derechos fundamentales en cuanto valores constitucionales, más no en irregularidades jurídicas fuera de éste rango.

**PELLEGRINI**<sup>30</sup> define la prueba ilícita, desde un sentido estricto, indicando que es aquella que se obtiene infringiendo normas o principios constitucionales y legales que protegen las libertades públicas y los derechos de la personalidad

**GONZÁLEZ**<sup>31</sup> define la prueba ilícita a partir de una diferenciación que realiza frente a la prueba ilegal. Indica que la prueba ilícita es aquella que vulnera derechos fundamentales *-ab origine-* y prueba ilegal es la irregular o aquella que viola las normas procesales o formalidades que la regulan. Explicando que una prueba puede ser ilícita y a la vez legal; lo cual es cierto ya que una prueba se pudo haber obtenido con violación a derechos fundamentales y a la vez allegarse al proceso con el lleno de los requisitos formales establecidos.

**RIVES**<sup>32</sup> diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular; definiendo la prueba ilícita como aquella que “en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental”, y por irregular aquella que es obtenida “con vulneración de las normas de rango ordinario”. Advierte además, que la prueba prohibida es

---

<sup>30</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (2010). “Pruebas ilícitas. Asociación de Cien Penales de Costa Rica”. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini.htm>.

<sup>31</sup> González García, Jesús María. (2005). El proceso penal español y la prueba ilícita. Rev de Derecho (Valdivia). Vol. 18 No. 2. Diciembre de 2005. Versión en línea obtenida el 14 enero de 2010 desde [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=095020050002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=095020050002&lng=es&nrm=iso)

<sup>32</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. (2000). La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis jurisprudencial. Documento de trabajo. Albacete, España

la consecuencia de la prueba ilícita, en el entendido de que no es permitida traerla al proceso, ya que en su origen fue obtenida con violación de derecho o libertades fundamentales.

En sentido similar, el profesor **URBANO**<sup>33</sup> distingue entre prueba ilícita y prueba irregular; siendo ilícita aquella que vulnera la dignidad humana, los derechos fundamentales o formalidades esenciales; y por prueba irregular aquella que viola otras normas jurídicas.

El profesor **URBANO** recalca que las pruebas ilícitas no solo son aquellas que vulneran derechos fundamentales, sino también las que desconocen la estructura básica del proceso penal contemplados en los artículos 116, 235 y 250 de la Carta Política, por ser normas de rango constitucional<sup>34</sup>.

En suma, puede establecerse que la prueba ilícita es aquella que es contraria a los aspectos sustanciales constitucionales referentes a la dignidad humana y a las garantías fundamentales, en el entendido que vulnera derechos fundamentales o formalidades esenciales contenidas en la Constitución o la ley con implicación sustancial. Prueba ilícita es aquella obtenida con violación a los derechos fundamentales o que atenta contra las formalidades esenciales del proceso penal previstas en la Constitución y la ley.

Ahora bien, la prueba ilícita atenta contra la dignidad humana y las garantías fundamentales básicamente a través de dos modalidades: (i) vulnerando derechos fundamentales y (ii) desconociendo las formalidades esenciales previstas en la Constitución o la ley.

Los derechos fundamentales son aquellas facultades o garantías individuales de rango constitucional que amparan la dignidad de la persona de las injerencias desmedidas o arbitrarias del poder estatal y de terceros. Este tipo de derechos **son la expresión positivista de los derechos humanos.**

---

<sup>33</sup> URBANO, José Joaquín. (2006). Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal pe Capítulo Prueba ilícita y regla de exclusión. Procuraduría General de la Nación. Bogotá D

<sup>34</sup> URBANO, José Joaquín. (2009). El sistema probatorio del juicio oral. Documento trabajo. Ed. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C.

**MIRANDA**<sup>35</sup> establece que los derechos fundamentales pueden ser absolutos o relativos, siendo absolutos aquellos que no permiten restricciones, como por ejemplo el derecho a la vida; y relativos, los que si pueden ser restringidos, como el derecho a la intimidad o la inviolabilidad de domicilio, los cuales pueden ser limitados de manera autorizada y conforme a las normas jurídicas.

La prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales es la principal modalidad de ilicitud de la prueba, y se da cuando ésta afecta tanto derechos fundamentales absolutos como relativos, ya sean de carácter nominado o innominado.

Explica **MIRANDA**<sup>36</sup> que la prueba vulneradora de derechos fundamentales puede darse a través de la obtención o la incorporación de la prueba. Se presenta por medio de la obtención, cuando la prueba viola los derechos fundamentales absolutos o relativos en el ejercicio de la búsqueda, localización y recolección; la cual podría presentarse a través de agresión física, violación a domicilio o interceptación arbitraria de comunicaciones –que precisamente es el tema del caso **<Gürtel>** escogido para este trabajo–, entre otras. La vulneración a los derechos fundamentales, también puede darse en la incorporación, cuando se admiten pruebas en el proceso desconociendo derechos fundamentales como son, por ejemplo, el derecho de contradicción, publicidad o presunción de inocencia.

Siguiendo la doctrina del maestro **URBANO**<sup>37</sup> básicamente los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por pruebas ilícitas son la vida, la integridad personal, la intimidad, la libertad, y el debido proceso, agregando además la dignidad humana como derecho fundamental innominado.

El derecho a la vida resulta afectado cuando se presentan desapariciones forzadas; la integridad personal cuando la prueba se obtiene mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; la intimidad cuando se atenta contra la honra o la reputación; la libertad cuando se afectan derechos como la libre circulación o la libre autodeterminación; el debido proceso cuando se desconocen derechos procesales sustanciales como la publicidad, presunción de

---

<sup>35</sup> MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Editorial J.M. Bosch Editor, 2ª edición. Barcelona España.

<sup>36</sup> *Ibidem*

<sup>37</sup> URBANO, José Joaquín. (2009). El sistema probatorio del juicio oral. Documento de trabajo. Ed. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C.

inocencia, exclusión de confesiones y declaraciones involuntarias o presentación de testigos.

**Cualquier afectación que atente contra los derechos fundamentales opuesto a la dignidad humana en la práctica probatoria, constituye prueba ilícita, contraria al Estado Social de Derecho.**

Las formalidades esenciales son los presupuestos procesales fundamentales o elementales contenidos en la Constitución y la ley para garantizar el debido proceso como derecho fundamental.

Las formalidades esenciales son las prescripciones adjetivas sin las cuales no puede materializarse la efectividad de los derechos y garantías fundamentales en el proceso penal. **Ello justifica el por qué la afectación de una formalidad esencial, en la práctica probatoria, degenera en prueba ilícita, ya que al afectarse ésta, consecuentemente también se afecta el imperativo sustancial que la soporta.**

La afectación de una formalidad esencial, se da cuando se practican pruebas sin el lleno de las exigencias que le imponen los presupuestos procesales fundamentales; desconociendo mandatos imperativos como la publicidad de la prueba, el derecho de contradicción, el derecho de defensa o la confesión sin la previa advertencia de no autoincriminación, entre otras.

La observancia de las formalidades esenciales pretende proteger la efectividad de los derechos sustanciales, como presupuesto para la realización de la justicia ajustada a los parámetros del Estado Social de Derecho. Ello explica la razón por la cual el jurista mexicano **NATARÉN**, determina, entre uno de los argumentos de la prueba ilícita, como aquella que “infringe el principio de prohibida o lealtad procesal”<sup>38</sup> ya que no respeta las reglas formales sustanciales, **siendo infiel a las exigencias básicas del proceso.**

**En este entendido, cualquier violación a la formalidad que constituya un presupuesto procesal básico para la vigencia de un derecho sustancial**

---

<sup>38</sup> NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. (2007). Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Capítulo: El concepto de prueba ilícita en el proceso penal mexicano. Primera aproximación. 1ra edición. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2486/11.pdf>. Pág.126.

fundamental, degenera en prueba ilícita por violación a formalidades esenciales ya sean previstas en la Constitución o la ley.

## 7. Reglas de exclusiones probatorias

Las exclusiones probatorias (“*exclusionary rule*” o “*surpresion doctrine*”) son nulidades virtuales en las que determinados actos de obtención de evidencias han tenido lugar mediante la afectación de garantías constitucionales. Su extensión a otros actos que se le son consecuencia se conoce con el nombre de “*Doctrina del fruto del árbol venenoso*” (“*fruit of the poisonous tree*” o “*fruit doctrine*”), conforme lo veremos en el capítulo siguiente de este ensayo.

De esta forma es preciso que la regla de exclusión probatoria resulte la antesala de la doctrina del fruto del árbol envenenado, ya que sin la primera no puede aplicarse la segunda desde que la doctrina del fruto del árbol envenenado presupone necesariamente la previa exclusión de una prueba ilícita o ilegítima al proceso de enjuiciamiento.

La cuestión que presento es la siguiente. **¿Declarada una nulidad por afectación de garantías constitucionales, mediando exclusión probatoria, debe reponerse el estado anterior de cosas?**

Sobre el particular se ha sostenido que *“Toda regla de exclusión o, eventualmente, de extensión por vía de la doctrina del fruto del árbol venenoso, debe ser limitada al aspecto probatorio, como principio. Esto es, decretada una invalidez, los actos viciados no podrán servir, bajo ningún aspecto, como elemento de cargo (nada impediría que operaran si favorecen al afectado y éste así lo pretende). Limitados de este modo los alcances queda inconclusa la siguiente cuestión ¿debe reponerse el estado anterior de las cosas, de ser esto posible?. Aquí es donde aparece la mayor problemática. Si la reposición al estado anterior, en virtud de la nulidad decretada, restableciera un estado antijurídico, la misma no resultará jurídicamente posible, porque los jueces no pueden coadyuvar, siquiera indirectamente, a la concreción de la antijuridicidad. Piénsese en un allanamiento ilegal a través del cual se rescató a la persona secuestrada o se encontró un cadáver o se hallaron bienes sustraídos. ¿Habría que devolver la persona secuestrada, el cadáver, o los bienes a quien los tenía?. Claro que no. Esta solución, además de ser lógica y materialmente constitucional, no afecta en modo alguno a las reglas de la exclusión y del fruto del árbol venenoso, porque como anticipamos, el ámbito de sus aplicaciones es el de la validez probatoria. En los casos anteriores, no obstante la no reposición al estado de cosas anterior, los actos ilegales y*

*sus consecuencias, no pueden constituir pruebas de cargo. En los demás supuestos, es decir en aquellos donde la reposición no restablezca una situación de antijuridicidad, deberá tenderse a la recomposición del estado anterior”.*

Al respecto, en el precedente **“Parma, Fernando Salvador s/pres. inf. arts. 292, 294 y 299 C.P.”** del 25/9/01, dicho Tribunal recordó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que *“(...) no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito” (Fallos 317:1985) y en la misma línea: “(...) Esta Corte ha elaborado la doctrina según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales (Fallos 303:1938; 306:1752)...”.* En el mismo precedente se citó lo dicho por la **Cámara Nacional de Casación Penal**: *“La Regla de exclusión probatoria, erradica del proceso los medios probatorios logrados mediante la inobservancia de las garantías individuales. Consecuencia de ello, es que el órgano jurisdiccional -en resguardo del debido proceso- no podrá basar su sentencia en prueba viciada, debiendo prescindir de ella y sustentar su decisión de las probanzas remanentes, que no fueren fruto de la ilegitimidad originaria” (CNCP, Sala IV, causa 320 “Borra, Rodolfo A. y otra s/recurso de casación” del 17/5/96).* Ahora bien, la defensa alega la aplicación al presente caso de la doctrina del *“fruto del árbol venenoso”*. Reconociendo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica a partir de la aplicación generalizada de la regla de exclusión de la prueba obtenida en forma ilegítima, esta doctrina ha sido entendida, al decir de Alejandro Carrió de la siguiente manera: *“...siendo 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 teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial... sino además todas aquellas otras evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria...”*<sup>39</sup>

Asimismo debo señalar por su importancia lo dispuesto por la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal (Sala III) el 14 de julio de 2008 en la causa Nro. 8610 **“ILIC DRAGOSLAV, s/RECURSO DE CASACIÓN”**, en cuando expresó que:

---

<sup>39</sup> CARRIO, Alejandro *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, 1994, p. 164.

*“El **ius puniendi** pone una serie de límites a los órganos competentes para su ejercicio, dentro de esos límites encontramos la llamada prueba prohibida, que no es más que la que se obtiene con infracción de derechos fundamentales. Una primera consecuencia de la prueba prohibida es la aplicación de la regla de exclusión. Que una consecuencia de la regla se conoce en doctrina como del fruto del árbol envenenado en la que la ilegalidad se hace extensiva a las pruebas lícitas que fueron derivadas o vinculadas con una evidencia obtenida mediante una violación constitucional.*

*“La prueba prohibida implica la prohibición de ciertas pruebas que violen los límites establecidos por la Constitución, mientras que la citada doctrina se refiere a aquellos elementos de prueba que se hayan obtenido legalmente, derivadas o producidas de prueba obtenida en violación a un derecho fundamental o a una garantía constitucional, estarán también contaminados y viciados con la violación originaria, por lo que tal prueba formal y legalmente válida será viciada en su origen y es prohibida su utilización y valoración.”*

*“En definitiva la regla de restricción implica que establecida la práctica de una prueba prohibida, ésta debe ser excluida del proceso y no debe valorarse por ser nula. En este sentido debe tenerse presente que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad.”*

*“La teoría sostiene que los medios de prueba obtenidos en violación a garantías constitucionales no son admisibles como prueba de cargo; es así como son nulas de nulidad absoluta aquellas que han sido producidas de forma ilegal. Amparada esta teoría del fruto del árbol venenoso, en la interpretación de que **todas las pruebas obtenidas de un acto ilegal, son ilegales**, por haber sido obtenidos con violación a garantías constitucionales, en aplicación de la regla de exclusión. **De allí que surgen las denominadas “pruebas ilícitas por derivación”, son “aquellas pruebas en si mismas lícitas, pero a las que se llegó por intermedio de la información obtenida a través de la prueba ilícitamente conseguida”.***

*“Ahora bien, llegado a este punto, habré de analizar en el sub examine los alcances y proyección de la regla de exclusión de la prueba ilegítimamente obtenida, al respecto debe recordarse que **cabe excepcionar la regla de exclusión cuando se advierte la existencia de un cauce de investigación distinto al del procedimiento irregular y a cuyo respecto cabe sostener la posibilidad de adquirir la prueba incriminatoria a través de una fuente independiente y autónoma.**”*

*“En tal sentido ha establecido la Corte Suprema de Justicia en **“Rayford”** que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél. Y que “dicha regla, no obstante su categórica formulación, admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional. Así, por ejemplo, de ordinario los*

*elementos materiales indebidamente obtenidos perderán valor de una vez y para siempre por su espuria adquisición, dada la inmutabilidad del objeto que constituye la evidencia. Por el contrario, la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla” (CSJN Fallos: 308:733, criterio reafirmado en los casos “RUIZ” 310:1874 y “FRANCOMANO” 310:2384).*

Se ha definido la prueba como “el conjunto de actividades destinadas a obtener el conocimiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso”, **pero para que ésta definición sea perfecta debe incorporársele que todo dato objetivo debe introducirse al proceso en forma legal.** Siendo la legalidad un presupuesto indispensable para la utilización de aquellas.

Como lo señala **CAFFERATA NORES** la posibilidad de su ilegitimidad puede originarse en dos (2) motivos: por (i) su irregular obtención o (ii) por su irregular incorporación al proceso.

El primero de estos motivos configura el objeto de éste trabajo. Todo acto que implique la adquisición de pruebas **debe hallarse en equilibrio, por un lado, con la necesidad del Estado de “descubrir la verdad” y por otro, con las garantías constitucionales previstas para proteger los derechos inescindibles que aseguran el pleno desarrollo del hombre en sociedad.** Por ende, el principio de libertad probatoria consagrada en nuestro Código Procesal Penal de la Nación cuanto en el Art. 209 del CPPBA **encuentra su límite en la legalidad y en las garantías de orden constitucional.** Dicho límite puede decirse que está integrado por la llamada regla de la exclusión probatoria; entendida como **la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales.**

Cabe señalar que acertadamente el **CPPN prevé en su Art. 211** que:

*“Carecerán de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales.” Esta regla es una derivación directa del derecho anglosajón que esta consagrada bajo el rubro de exclusionary rule o supression doctrine, la que ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) afirmándola en diversos pronunciamientos. Un primer precedente de importancia es “Charles Hnos.”; el que fue seguido casi un siglo después por el caso “Montenegro”; como así también por “Fiorentino” y “Barbieri”. En estos casos la policía había obtenido pruebas de la comisión de un delito a partir de procedimientos contrarios a preceptos con jerarquía*

*constitucional (en “Montenegro” por apremios ilegales y en los demás por allanamientos ilegales).*

En ellos la CSJN se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de dicha ilegalidad. **El fundamento dado para decretar tal exclusión fue esencialmente de carácter ético**, señalando al respecto que: *“Otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo no es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”*.

Sin duda alguna comparto el criterio expuesto por la Corte, aunque considero que **debe ir más allá de meras pautas éticas**. Resulta irrazonable otorgar valor procesal al accionar del Estado, cuando éste resulta exitoso sobre la base de la comisión de actos ilegales; por más que se hallan realizados con el propósito de descubrir y perseguir el delito, **ya que el fin no justifica los medios** y la admisión de tal prueba importa desconocer la función ejemplar que el Estado tiene para con la comunidad.

En efecto; **el Estado no puede, ni debe aprovecharse de un delito para verificar otro delito**. Como señalé anteriormente no solo debe fundarse en pautas éticas, sino también y primordialmente en la salvaguardia de los derechos y garantías que emanan del articulado de la Constitución Nacional, al igual que de los tratados internacionales incorporados a ella con tal jerarquía.

Podría parecer que el interés social de defenderse del delito tuviera que merecer preferencia, si se lo considera como el bien común y que como tal es superior al bien individual. Pero aunque un bien sea más valioso que otro, jamás puede perseguirse su realización violando la Constitución Nacional como ley suprema. **El respeto de las garantías individuales debe prevalecer sobre todo interés aunque esto pueda dar lugar a la impunidad de algún delito, pero para evitar tal consecuencia el Estado no está autorizado a realizar cualquier acto tendiente a poner fin a la delincuencia**. Si esto se permitiera en lugar de evolucionar hacia el respeto del hombre como sujeto de derecho y reconociendo su dignidad que posee como tal, involucionaríamos hacia el sistema inquisitivo, el que considera al imputado como un objeto de persecución penal, y al que no le reconoce su dignidad ni sus derechos, ya que apunta a la represión y al castigo de ellos, solo en este marco se sobrevaloran los fines del Estado hasta el punto que puede justificársele cualquier medio para lograr su finalidad.

Suscribo así lo sostenido por **Alejandro CARRIÓ** cuando afirma: *“que el valor ‘justicia’ se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas son los primeros en violarlas y quienes tienen como*

*función aplicar o interpretar la ley basan su juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito”.*

Son las propias garantías constitucionales las que impiden la admisión de las pruebas ilegalmente obtenidas. Por supuesto que si eliminamos el ‘debido proceso’, la prohibición de declarar contra sí mismo, la inviolabilidad de la defensa en juicio y del domicilio, reinstalamos la pena de muerte, toda especie de tormentos y azotes, en definitiva cambiamos la Constitución Nacional tendremos más delincuentes sancionados. Por ello, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la propia Constitución. La regla constituye solo un imperativo constitucional.

Por lo anteriormente expuesto debo señalar que la cuestión de la regla de exclusión probatoria ha sido resuelta aplicando analógicamente las reglas de las nulidades procesales. Creo correcto tal proceder si admitimos como punto de partida que ésta configura un supuesto de nulidad virtual. Entendiendo como nulidad virtual a toda sanción que si bien no está prevista expresamente, deriva de la vulneración de una cláusula prohibitiva de la ley, en este supuesto, la ley suprema del Estado, es decir, la Constitución Nacional.

**Siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su inmediata consecuencia.** Tal extensión alcanza tanto los objetos incautados como los sujetos involucrados con posterioridad. Esto es lo que se conoce en la doctrina como **“la teoría del fruto del árbol venenoso”.**

Como el proceso penal se encuentra integrado por diferentes actos sucesivos, vinculados entre sí por un nexo de validez, (apareciendo uno como imprescindible precedente del que le sigue; y a su turno, éste es su necesaria consecuencia), **resulta importante establecer la extensión de la nulidad de un acto con relación a los posteriores. Solución que viene dada por el Art. 207 del CPP que prescribe: “la nulidad de un acto, cuando fuera declarada, hará nulos los actos consecutivos que de él dependan”.** (Lo que demuestra que tal doctrina está receptada en el CPPN). Para ello se requiere una relación de causalidad, relación que debe determinarse no solamente desde el aspecto jurídico, sino también desde el aspecto material o fáctico.

En la causa **“G., F.”**. Nulidad. Asociación ilícita. CCC, Sala B de FERIA, c. 52. (Inst. 30/164) Rta. 24/07/2009, **se dio la espalda a la solución que aportan las reglas de exclusión probatoria.**

Analizado el caso referenciado, entiendo que han sido soslayadas por el personal policial las garantías constitucionales básicas, por lo que debió declararse la nulidad de la aprehensión y del secuestro sin orden judicial fuera de los casos de

excepción previstos procesalmente, ello por aplicación de la regla de exclusión probatoria.

En la comparación entre el interés estatal en reprimir los delitos y el respeto por las garantías individuales, **debe darse primacía a estas últimas**. La regla de exclusión a su vez permite dilucidar no sólo el alcance de nuestros derechos sino el de las obligaciones de los agentes del orden. Se vería comprometida la garantía constitucional del debido proceso si se permitiese que se utilicen en contra de un individuo pruebas obtenidas en violación a sus derechos básicos.

En ese sentido rige, junto a los artículos 18, 19 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y el 13 la CCABA, el artículo 167, inciso 2º, del ritual en cuanto prevé la nulidad de los actos en los que la participación del juez sea obligatoria ya que, al no presentarse todos los requisitos que habiliten la requisa y el secuestro ‘motus proprio’ de los agentes de prevención, la orden judicial devenía ineludible.

También considero que debió aplicarse la doctrina del fruto del árbol envenenado, toda vez que en la causa no existían cauces independientes de investigación.

En efecto, no existiendo cursos paralelos de investigación que permitiesen sostener la pesquisa por otros medios que no fuesen los obtenidos con la requisa y el secuestro ilegales, el resto de las medidas dispuestas por el juez competente **indudablemente constituyen frutos del árbol venenoso**.

Se ha dicho que: ***“La inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido... pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente.*** En estas condiciones, es forzoso concluir que la detención cuestionada ha sido dispuesta extramuros del Art. 18 de la Constitución Nacional”.

En relación a la nulidad de los actos cumplidos en violación de garantías y su comunicabilidad con los conectados a aquellos, se ha dicho: ***“De la violación de una garantía fundamental no puede derivarse un perjuicio para el afectado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía al aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento.”***

Es clara la CCABA al disponer que: ***“Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos...”***

Ha afirmado el prestigioso Dr. **Alejandro CARRIÓ**, con vastas citas de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, **el fundamento ético de la regla de exclusión: “Otorgar valor al resultado de un delito (se refiere**

*al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba) y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito...”*

En un caso análogo al presente la **Excma. Cámara Nacional de Casación Penal** (Sala IV) ha dicho: *“El hecho que el imputado se encontrara bebiendo, aparentemente una gaseosa en la vía pública a horas de la tarde, vestido con el uniforme de trabajo, no evidenciaba signos de estar cometiendo o por cometer algún delito...”*. *“La requisita personal en la forma y circunstancias que se realizó, vulnera el ámbito de libertad personal, siempre que Navarro fue requisado sin mediar la orden judicial respectiva y sin las excepciones que brinda nuestro ordenamiento procesal.”* *“Tampoco existieron en autos, motivos de urgencia ni de flagrancia, por lo que la requisita fue desde su inicio irregular, afectando de esta forma la validez del material estupefaciente secuestrado a consecuencia, ello en consonancia con lo que predica la doctrina acerca de la regla de exclusión.”* (fs. 99/100 vta.). *“Conforme lo adelantado supra, encuentro que no se ha dado, en el caso, la situación de flagrancia o demás circunstancias previstas en el art. 284 del C.P.P.N. ni las circunstancias previas o concomitantes del art. 230 bis del C.P.P.N.”*

De lo expuesto, podemos colegir que **el instituto de la nulidad, en gran parte de los casos, funciona como vehículo de las garantías constitucionales** permitiendo la materialización de las mismas. Sin perjuicio de ello, en la práctica las nulidades son sistemáticamente rechazadas, desconociéndose en esos casos la vigencia de una garantía constitucional. Ello sucedió en el fallo analizado donde resulta evidente el soslayamiento del derecho a la intimidad del imputado.

Repárese que no se está proponiendo la facilitación del delito ni la impunidad de sus autores. Es que, teniendo en cuenta que las garantías constitucionales ya se encuentran limitadas por la ley procesal reglamentaria de las mismas, **no podemos permitir su avasallamiento en pos del interés estatal en reprimir los delitos. Cuando exista tensión entre el citado interés estatal y el respeto por los derechos individuales, siempre deberán prevalecer éstos últimos pues este resulta ser el fundamento principal de un estado que se precie de derecho.**

También en la actualidad están generando complicaciones las escuchas y cámaras ocultas, siendo un temperamento admisible la exclusión de estas pruebas cuando no satisfacen ciertas reglas, como por ejemplo cuando fueron obtenidas en forma clandestina, sin consentimiento de su interlocutor, sin intervención judicial ni notarial, amén de la comprobación de la descontextualización o evidente disparidad de contenido entre las versiones de los diálogos, los cuales

frecuentemente se encuentran entrecortados, todo lo cual conduce a la idea de que tales materiales podrían haber sido deficientes e ilegítimamente obtenidas, resguardadas y/o sufridas alguna manipulación, todo lo cual las hace nulas de nulidad absoluta e insanable y vicia por completo la prueba aludida.

Por otro lado, toda nulidad (cuestión fundamentalmente de derecho) parte de una irregularidad (cuestión fundamentalmente de hecho) por inobservancia de alguno de los elementos estructurales del acto procedimental que, de ordinario, tiene el fin de tutelar un derecho palpable, ostensible o, más aún, una Garantía Constitucional.

La nulidad ha de procurar fulminar los actos procedimentales cuyas irregularidades han merecido reproche por quien se ha visto afectado (el imputado), precisamente porque el elemento del mismo vulnerado estaba predisposto para salvaguardarle un derecho o incluso una garantía constitucional.

Las garantías no pueden operar en contra de su beneficiario, y en consecuencia cabe la impugnación de este tipo de material probatorio cuando se desconocen además determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían sido obtenidos, pudiéndose presumir también la existencia de **declaraciones inducidas**, violentándose de modo directo derechos fundamentales de la persona como es el honor y la buena reputación, al secreto y la inviolabilidad de su comunicación y documentos privados.

Aun reputando audio y videos por equiparación a la testimonial, tampoco resultaría válida, ya que el audio logrado, el más de las veces de pésima calidad de sonido, suele estar fragmentado y/o trastocado, reparándose cortes e interrupciones cuando quien debe autoincriminarse es el receptor del audio ilícito, que ni siquiera suele ser el denunciante, tampoco ha sido efectuado en presencia de testigos, menos aún bajo presencia notarial, desconociéndose a que hora, donde y bajo que circunstancias se obtuvo.

Es decir, de un modo estricto este tipo de pruebas suele ser valorada como una declaración de testigos, porque ambas se valoran conforme a la sana crítica, perteneciendo por tanto, al orden subjetivo del entendimiento del Juez, de acuerdo a interpretaciones objetivas extraídas de las **“máximas de la experiencia”** y de su propio conocimiento.

Para **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ** las normas de valoración legal de los documentos van referidas a la determinación de su autenticidad, **“de la**

*coincidencia entre el autor aparente y el real*". La prueba mediante instrumentos en cuanto semejante a la documental, sería pacífico el traslado de las normas de valoración de éstas a aquellas. **La autenticidad de un texto informático consistiría en la identidad entre quien se identifica o afirma como autor y quien efectivamente lo redactó, igual que sucede con los documentos tradicionales.** Por tanto, mientras la otra parte no impugne dicha identificación, tendría que tener por coincidentes al autor real con el aparente.

En concreto y para el caso de aquellas cintas magnetofónicas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales, bien mediante la captación dolosa de lo manifestado, bien contra la voluntad del interceptado o sin su conocimiento ni consentimiento; son consideradas ilícitas por vulnerar las garantías constitucionales, en cuanto se estaría creando una fuente de prueba.

Como ejemplo de ello, la SAP Toledo de 15 de febrero de 1993 (**BD El Derecho 1993/12684**), reputaba que las cintas magnetofónicas aportadas por el demandante en las que grababa una conversación del demandado con un tercero, como una prueba ilícitamente obtenida, con directa vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, (Art.18.3 CE) y del derecho a la intimidad protegido (Art. 18.1 CE), como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art.10.1 CE), y por ello de valoración prohibida para el tribunal. **Termina el Tribunal declarando no sólo ilícita la grabación y la cinta, sino también el contenido de la misma, ya que también estaría viciada por el efecto reflejo o indirecto de la prohibición.** Es decir, nula conforme al Art. 11.1 de la LOPJ, al haber sido obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales.

Respecto a los videos, la Sentencia de la AP de Córdoba de fecha 25 de mayo de 2.002 (**BD. Aranzadi AC 2002/1000**), en unos autos sobre modificación de medidas acordadas en divorcio, se estimó en parte la demanda de primera instancia en cuanto que se declaraba extinguido el derecho a percibir una pensión de alimentos por parte de un hijo habido del matrimonio anterior; dicha sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes. En segunda instancia y en el acto de la vista, la parte apelante practicó prueba consistente en un video y pericial. Sin embargo la apelada al emitir su informe, impugnó parte de la misma —la videográfica y pericial—, tachándolas de nulas por entender que se habían obtenido en violación de derechos fundamentales. Así las cosas, el tribunal comienza diciendo que no debía entenderse que se había producido un ataque contra la inviolabilidad del domicilio, porque las grabaciones se habían hecho desde fuera del recinto de la finca; para terminar declarando la nulidad de las cintas audiovisuales y la prueba auxiliar consistente en la pericial que a las mismas acompañaba, en base a que el investigador *"...sin autorización de sus moradores ni de la autoridad judicial competente, montó el dispositivo que tuvo por conveniente, escogiendo un lugar, buscado de propósito,*

*fuera y un tanto alejado de la citada finca, con altitud y visibilidad adecuadas para, sin impedimentos ni obstáculos poder filmar a placer, a las horas que tuvo a bien, con cámara de vídeo, toda actividad que se realizara dentro del recinto de la misma, hasta obtener el reportaje de referencia. Tal actividad constituye a juicio de esta Sala, sin duda alguna, un verdadero ataque al derecho fundamental a la intimidad, reconocido por el Art. 18 de la Constitución, y, desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, concretamente en su Art. 7, apartados 1 al 5, facultad ésta cuyo objeto de protección es la vida privada, personal, individual y familiar, el ámbito reservado a ese bien en concreto, sustraído, salvo supuestos excepcionales, que no son del caso, a cualquier tipo de publicidad con carácter «erga omnes», lo que está reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional...”*

## 8. Doctrina del fruto del árbol envenenado

En derecho probatorio, la doctrina del **fruto del árbol envenenado** o **venenoso** hace referencia a una metáfora legal empleada en algunos países (Argentina y Estados Unidos de Norteamérica al menos) para describir pruebas recolectadas con ayuda de información obtenida ilegalmente. La lógica de la frase es que si la fuente de la prueba (el “árbol”) se corrompe, entonces cualquier cosa se gana de él (el “fruto”) también lo está. Esa prueba generalmente no es admisible ante los tribunales. Por ejemplo, si un oficial de policía realiza un allanamiento inconstitucional de un hogar y obtuviera una llave de un armario de estación de tren, y encontrara pruebas del crimen en el armario. En ese caso muy probablemente la prueba sería excluida bajo la doctrina del fruto del árbol envenenado. El descubrimiento de un testigo no es prueba en sí misma, porque el testigo es atenuado por entrevistas separadas, testimonio de la corte y sus propias declaraciones.

La doctrina está conforme a tres excepciones principales. La prueba corrompida es admisible si:

- (1) fue descubierto en parte como resultado de una fuente independiente, impoluta;
- (2) se hubiese descubierto inevitable a pesar de la fuente corrompida; o
- (3) la cadena de causalidad entre la acción ilegal y la prueba corrompida es tenue.

También se han mencionado otras limitaciones a la aplicación de las exclusiones probatorias, como la **“excepción de la buena fe”**; el **“balancing test”** o

**“principio de proporcionalidad”** y la teoría del riesgo. Al desarrollar y analizar las excepciones, **HAIRABEDIAN** expone la correlación que ha habido entre las distintas tendencias de la jurisprudencia en la materia y factores multidimensionales, tales como el contexto político, la procedencia, personalidad e ideología de jueces, etc.

Esta doctrina proviene del caso **“Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos de Norteamérica”** de 1920 y **“Nardone”** de 1939. En la República Argentina aceptada en los casos **“Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo”** y **“Fiorentino”**.

*“Así, todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.”<sup>40</sup>*

*“Si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce el árbol.”<sup>41</sup>*

También la **doctrina del fruto del árbol venenoso** fue receptada por la Corte en los casos anteriormente citados; alcanzando su conceptualización integral en el fallo **“Reginal Rayford”** en el cual estableció que **“la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio por vía ilegítima, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso”** “que conceder valor a esa pruebas y apoyar en ella una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito porque se adquirieron tales evidencias.” “apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento es función de los jueces..., resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física, sino a las leyes de la lógica, de manera que por esa vías, puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados.”

**Es oportuno señalar que tal doctrina es la extensión de la exclusionary rule y por ende deben analizarse necesariamente en forma conjunta, pues la limitación a la exclusión solo del medio obtenido ilegalmente llevaría a seguir admitiendo los resultados del proceder ilegítimo del Estado que tan atacado ha sido en este trabajo. No siempre la corte sostuvo tal postura**

---

<sup>40</sup> Mateo 7:17-20.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

llegando a admitir *“que una aplicación errónea de la doctrina de la exclusión no podría desvirtuar el proceso de la búsqueda de la verdad, y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial”*. Obviamente no comparto tal postura, en primer lugar por considerar al proceso neutral. Y pretender instrumentar la política represiva por medio del proceso implicaría tomar partido en favor de la defensa social en desmedro del imputado y sus garantías.

El proceso no es instrumento ni de la represión ni del derecho penal sustancial. Ya que este no se instaura para penar, sino para saber si se debe o no penar. **En segundo lugar porque el afianzamiento a ultranza de la verdad como objeto y meta del proceso penal, termina generando una maximización del sistema estatal en detrimento de los derechos individuales**, tal como ha ocurrido en los sistemas inquisitivos. Por último es dable enunciar las excepciones a tal regla (en cuyo análisis no me detendré por exceder los límites de este trabajo), ellas son:

1. Existencia de una fuente alternativa o independiente;
2. Atenuación por hechos intervinientes;
3. Teoría de lo inevitable;
4. Presunción de buena fe (rige solo en EE UU).

Para ahora si finalizar, quiero destacar que la doctrina tiene un doble fundamento, por un lado **utilitario** (para erradicar procedimientos policiales o judiciales ilegales) y otra moral (**la justicia no puede servirse de pruebas mal habidas**).

Espero se me permita ser tan reiterativo y **volver a remarcar que el fin legítimo de defensa de la sociedad contra el delito no debe lograrse transgrediendo la Constitución ni las leyes que reglamentan su ejercicio.**

Solo resta afirmar que a la sentencia se llega solo por los medios y las forma que la ley permite, y **que habiéndose incorporado una prueba obtenida ilegalmente o como derivado de un acto irregular, no deben ser admitidas, ni mucho menos valoradas, ya que esto no solo produce un perjuicio al imputado, sino que también desvirtúa el sistema constitucional altamente garantista.**

Por último cabe hacer hincapié por su importancia al fallo referenciado supra y pronunciado con fecha 14 de julio de 2008 por la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal (Sala III) en la causa N° 8610 caratulada **“Ilic, Dragoslav s/recurso de casación”**, en el cual se concluyera que el fundamento de la exclusión de la prueba cuyo origen se presume espurio es de tipo ético, otorgándose sustento a las manifestaciones del impugnante en tanto sostuviera

que *“el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, solo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella en sí misma haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales e ilegales”*.

Por lo demás, tiene dicho la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** en el caso **“Ruiz”** que a fin de considerar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre los restantes elementos probatorios *“...debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional...de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de la que se tengan por ilegítimas. De tal modo, deberá descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación...”* (Fallo: 310:1947).

## 9. Consecuencias de la prueba ilícita y aplicación de la regla de exclusión probatoria

**RIVES**<sup>42</sup> argumenta que los órganos jurídicos tienen por vocación la protección de los derechos fundamentales, luego deben rechazar las pruebas obtenidas con violación a éstos derechos cardinales, explicando por consiguiente, que este tipo de pruebas no producen efecto alguno.

**CALDERÓN & BERDUGO**<sup>43</sup> por su parte señalan que la regla de exclusión se establece como una manera de evitar violaciones a los derechos humanos y disuadir a las autoridades para que obtengan las pruebas respetando los derechos y garantías constitucionales de las personas.

En idéntico sentido, **DAZA**<sup>44</sup> advierte que la regla de exclusión probatoria es una forma de persuadir a las autoridades para: (i) no violar garantías

---

<sup>42</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. (2000). La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis jurisprudencial. Documento de trabajo. Albacete, España.

<sup>43</sup> Calderón Montealegre, Henry & Berdugo Saucedo, Pedro. (s.f). La regla de exclusión constitucional. Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio. Obtenido de [http://www.pfyaj.com/chechchi/Fortalecimiento/La\\_regla\\_de\\_exclusión\\_constitucional.pdf](http://www.pfyaj.com/chechchi/Fortalecimiento/La_regla_de_exclusión_constitucional.pdf)

<sup>44</sup> DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. (2006). La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. IX No. 18 julio – diciembre de 2006.

constitucionales, (ii) impedir que el Estado saque beneficio de sus actuaciones ilegales y (iii) fijar límites a la actuación del Estado.

La regla de exclusión es el instrumento que protege los derechos fundamentales y las garantías procesales de las trasgresiones a que se pueden ver evocadas por la práctica de pruebas ilícitas; motivando con ello, que el ejercicio del *ius puniendi* se realice en estricto apego a los derechos de las personas.

Cuando se está en presencia de prueba ilícita su efecto es excluirla del acervo probatorio. La aplicación de la regla de exclusión descarta la prueba ilícita del proceso, impidiendo que ésta surta efectos jurídicos dentro del mismo. Es decir, la prueba que vulnera derechos fundamentales es susceptible de aplicársele la regla de exclusión.

La regla de exclusión de la prueba ilícita no es aplicable a cualquier tipo de anomalía probatoria. La regla general indica que la exclusión se aplica cuando se está en presencia de afectación a derechos fundamentales; pero si la irregularidad afecta otra norma de rango inferior o formalidad que no involucra el desconocimiento de derechos fundamentales, entonces no es procedente aplicarla. Siendo la irregularidad menor sometida a otros controles legales para su convalidación; en consecuencia, la prueba irregular nace a la vida jurídica, explica el profesor Urbano<sup>45</sup>.

En igual sentido, la doctrina española del Tribunal Supremo (citado por RIVES, 2000)<sup>46</sup> sostiene que:

“cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en

---

<sup>45</sup> URBANO, José Joaquín. (2006). Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal pe Capítulo Prueba ilícita y regla de exclusión. Procuraduría General de la Nación. Bogotá D

<sup>46</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. (2000). La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Aná jurisprudencial. Documento de trabajo. Albacete, España.

consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”<sup>47</sup>

Algunas Constituciones Nacionales contemplan la temática dentro de su texto. Así, en Colombia por ejemplo, la Constitución Política (1991) establece que será “nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”<sup>48</sup>. En este mismo sentido preceptúa la ley 906 de 2004, que: “Toda prueba obtenida con violación a las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”<sup>49</sup>

La plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, al aprobar el inciso final del artículo 29 Superior, el 15 de junio de 1991, en primer debate, (citada por **PELÁEZ**)<sup>50</sup> tuvo como interés principal, al introducir la regla de exclusión probatoria, evitar que ciertos medios de prueba fueran vulneradores de derechos fundamentales, en particular la tortura. La regla de exclusión se aplica a cualquier medio de prueba que violase cualquier garantía constitucional, en especial a los medios probatorios ejercidos a través de tratos crueles, degradantes o inhumanos para la obtención de la verdad.

Así las cosas lo cierto es que en Colombia la regla de exclusión probatoria en materia penal funciona de ese modo, y protege el debido proceso desde el mandato constitucional, y también las garantías fundamentales desde la órbita legal procesal.

La regla de exclusión probatoria, que conlleva a la nulidad de la prueba ilícita, es aplicable a todas las etapas del proceso, cobijando no solo la etapa del juicio sino también las anteriores a él, lo cual permite excluir, a demás de pruebas, elementos materiales probatorios así como evidencias físicas<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> STS de 29 de marzo de 1990 -RJA 1990, 2647

<sup>48</sup> Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 29 inciso final.

<sup>49</sup> Ley 906 de 2004. (Código de Procedimiento Penal Colombiano). Artículo 23 inciso 1°.

<sup>50</sup> Peláez, Ramón. (2008). Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita Colombia. Revista de derecho y ciencias sociales misión jurídica. No. 1.

<sup>51</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada ponente: I Clara Inés Vargas Hernández.

La Corte Constitucional de Colombia<sup>52</sup> considerando aspectos relacionados sobre la regla de exclusión probatoria, estableció que ésta cumple cinco funciones a saber: (i) garantizar la integralidad de la administración de justicia, (ii) realización de la justicia en el caso concreto, (iii) el derecho defensa, (iv) respetar el estado de derecho y (v) garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales; advirtiendo que estas funciones constituyen unos principios, de tal manera que si no se afectan se está ante una irregularidad menor y en consecuencia no sería aplicable la regla de exclusión probatoria. Señala a demás, que para que sea procedente la regla de exclusión probatoria debe considerarse el alcance sustantivo del concepto de debido proceso, la eficacia de la justicia y que no se trate de una irregularidad menor.

Cuando se está en presencia de pruebas que vulneren derechos fundamentales o formalidades esenciales, el operador judicial debe proceder a aplicar la regla de exclusión, indistintamente en la etapa procesal que se encuentre, observando las consideraciones señaladas.

La regla de exclusión de la prueba ilícita se aplica como un instrumento jurídico efectivo para salvaguardar los valores esenciales del Estado Social de Derecho, como son la protección efectiva de los derechos fundamentales frente a las injerencias arbitrarias o desbordantes del *ius puniendi*.

La regla de exclusión probatoria, argumenta PELLEGRINI<sup>53</sup> presenta una doble naturaleza: una de carácter sustancial y otra procesal. El aspecto sustancial tiene que ver con la naturaleza de la prueba en función de los derechos individuales, esto es, analiza los derechos fundamentales vulnerados por la prueba ilícita para determinar la aplicación de la regla de exclusión. A su turno, el aspecto procesal mira la dinámica de la finalidad de la prueba dentro del proceso, esto es, determina sobre su admisibilidad, introducción o exclusión procesal. **Mientras lo sustancial observa la violación del derecho, lo procesal es el instrumento que dispone su expulsión.**

Un sector de la doctrina internacional afirma que son dos (2) los elementos que integra la regla de exclusión probatoria: (i) la fuente de exclusión y (ii) la sanción.

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-210 de 2007. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>53</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (2010). Pruebas ilícitas. Asociación de Cien Penales de Costa Rica. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.h1>

Como fuentes de exclusión señala que son la prueba inconstitucional y aquellas que representan violación a las garantías judiciales. Finalmente la sanción es el rechazo de la prueba y su exclusión del acervo probatorio.

La fuente de exclusión es la causa generadora (ab-origine) de la prueba ilícita, la cual tiene que ver con las circunstancias empleadas en el medio de prueba que motivan su ilicitud por afectar los derechos fundamentales o formalidades esenciales; **es el motivo que genera la ilicitud**. Es decir, la fuente de exclusión está ligada a la naturaleza sustancial de la regla de exclusión.

Por otra parte, la sanción es la consecuencia de la causa: si la prueba es ilícita porque es contraria a la sustancia de los derechos fundamentales, entonces su efecto será el rechazo de la misma y la exclusión dentro del proceso por ser una prueba, que en su esencia, es contraria a derecho. La sanción está ligada a la naturaleza procesal de la regla de exclusión.

La naturaleza sustancial o fuente de exclusión unida a la naturaleza procesal o sanción, hacen que **la regla de exclusión probatoria sea un instrumento jurídico garantista para la tutela de los derechos fundamentales y las formalidades esenciales en el proceso penal**.

Ahora bien, ¿cuáles serían entonces los efectos de la exclusión probatoria?

como he mencionado, la regla de exclusión probatoria conlleva la nulidad de pleno derecho de la prueba, lo que en términos de GONZÁLEZ<sup>54</sup> significa no producir efecto alguno, siendo ineficaz “*ex tunc*”, lo que representa que la nulidad se produce desde el mismo momento en que se produce la vulneración.

La nulidad de pleno derecho se equipara a inexistencia; es decir, la prueba no produce efecto alguno en la vida jurídica. **La nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita es la máxima sanción en términos de ineficacia**, siendo, precisamente, una consecuencia negativa por desconocer los valores máximos dentro del Estado Social de Derecho y del ordenamiento jurídico en particular.

La nulidad de pleno derecho de la prueba, como elemento procesal de la regla de exclusión, implica una serie de consecuencias funestas para la función judicial,

---

<sup>54</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. (2005). El proceso penal español y la prueba ilícita. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. 18 No. 2. Diciembre de 2005. Versión [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0718-095020050002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-095020050002&lng=es&nrm=iso)

que tienen su impacto en la legitimidad de la acción del órgano judicial y en la eficacia de la justicia. También afecta el costo del sistema.

El maestro **URBANO**, establece como consecuencias procesales el rechazo, la exclusión y la no valoración de la prueba. Al respecto sustenta que cuando se aducen elementos probatorios ilícitos, éstos deben ser rechazados; pero si no se rechazan y se produce la prueba, esta debe ser excluida del proceso; y finalmente, si la prueba no se rechazó, ni se excluyó, ésta no debe ser valorada, pues es una prueba prohibida y por lo tanto no podrá tomarse como fundamento de la decisión<sup>55</sup>.

También se ha manifestado que la nulidad de la prueba obtenida con violación al debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso<sup>56</sup>. Ello no quiere decir que no pueda resultar anulado el proceso, en determinadas circunstancias, como consecuencia de las pruebas ilícitas que éste contenga.

El proceso penal puede resultar siendo objeto de nulidad por contener pruebas ilícitas en dos eventualidades: (i) cuando la prueba ilícita sea obtenida mediante la perpetración de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o ejecución extrajudicial<sup>57</sup> y (ii) cuando la prueba no fue excluida oportunamente del proceso, fue valorada y sea fundamento de la decisión judicial, de tal manera que sin ella el fallo racionalmente habría podido ser otro, siendo ésta determinante para la decisión del juez<sup>58</sup>.

A juicio de la Corte Constitucional, la prueba ilícita obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial es una prueba que rompe el vínculo con el proceso penal por ser trasgresora de los derechos humanos, lo cual degenera en un vicio insubsanable que se trasmite a todo el proceso penal causando la nulidad del mismo<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> URBANO, José Joaquín. (2006). Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal pe Capítulo Prueba ilícita y regla de exclusión. Procuraduría General de la Nación. Bogotá D

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia. (2007b). Sentencia T-233 de 2007. Magistrante ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada ponente: I Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>58</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T-233 de 2007 y T-916 de 2008.

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Así las cosas, la prueba ilícita que ha sido obtenida mediante la perpetración de crímenes de lesa humanidad o aquella que siendo ilícita fue determinante para la decisión del fallo judicial, **conllevan a la inevitable nulidad del proceso penal**, siendo ésta una exclusión que trasciende la nulidad en la esfera probatoria para pasar a la nulidad en la esfera del proceso penal en general.

La exclusión probatoria genera el efecto de que la sustracción de la prueba no debe ser solo jurídica sino también material; lo que implica que no solamente excluye la prueba de su valoración, **sino a demás, la expulsa materialmente del proceso. Ello en pos de pretender una exclusión efectiva de la prueba ilícita.**

## **10. Garantías a los derechos de las víctimas frente al régimen de la prueba ilícita**

En la actualidad internacional el derecho penal se ha venido concibiendo como un sistema de valores, donde se aprecian tanto los intereses del imputado, de la víctima y de la comunidad como protagonistas del fenómeno del delito, el cual se materializa en el proceso penal, como ámbito legítimo para la realización de los derechos.

El ejercicio del *ius puniendi* ha venido cambiando de un paradigma clásico donde los derechos fundamentales constituían límites al ejercicio penal del Estado, controlando su acción; a un paradigma nuevo donde los derechos fundamentales conforman un conjunto de valores que reformulan los mandamientos de punición como mandato de protección a tales derechos; lo cual ha generado una inversión de los derechos fundamentales donde el derecho internacional de los derechos humanos impone el deber de protección de los derechos fundamentales por parte del Estado, exigiéndole deberes de acción, siendo éstos derechos un fin de protección que impone el deber de punición para su salvaguarda<sup>60</sup>.

La nueva tendencia ideológica del derecho penal en el ámbito internacional ha reconocido vital importancia al desarrollo victimológico, invistiendo de gran relevancia a la víctima dentro de los fines humanistas del derecho penal. En la actualidad los derechos de las víctimas del delito constituyen puntos de

---

<sup>60</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. (2007). Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia (REJ). No. 9. Obtenido el 15 de marzo de 2010 de <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/derechofundamentalypenal.pdf>

referencia de carácter supralegal al momento de ejercer la potestad punitiva. El castigo penal se convierte en un derecho constitucional para las víctimas<sup>61</sup>. La autoridad penal orienta su ejercicio a la protección de los derechos de las víctimas del delito.

En este sentido, las víctimas ostentan unas calidades supralegales que no pueden ser desconocidas dentro del proceso penal y que por ende lo orientan a su consecución para el goce efectivo de los mismos. El proceso penal garantiza los derechos de las víctimas conservando la integridad de los valores fundamentales puestos en juego. Los derechos de las víctimas se confrontan también frente al régimen de la prueba ilícita en aras de equilibrar su realización con la finalidad de guardar la armonía jurídica frente a garantías judiciales históricamente reconocidas, para la realización de la vigencia de los derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido un puntal importante en los procesos de judicialización de los países latinoamericanos, fijando estándares de aplicación de la Convención Americana de **DDHH** a los que los distintos países han ido, con sus más y menos, adhiriendo. En su derrotero, la **CIADH** ha pasado de ser un último recurso de justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos -en el marco de gobiernos nacionales no democráticos- para transformarse en una instancia que busca “mejorar las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos en el nivel nacional”<sup>62</sup>. Presa de su éxito, se ha convertido en un santuario privilegiado del activismo jurídico, donde distintos actores buscan promover el cambio social y lograr resultados en el terreno local. Ese cambio explica algunas de las tensiones que la aplicación de sus decisiones por parte de las autoridades nacionales provocan, llegando en un porcentaje importante al incumplimiento, como demuestra un interesante artículo intitulado “**Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts and Regional Human Rights**” publicado por la jurista **Alexandra HUNEEUS**, en el cual se tratan estas complejas relaciones a partir del estudio del rechazo de decisiones de la **CIADH** por parte de 3 tribunales supremos latinoamericanos (Chile, Argentina y Venezuela).

El caso argentino es más matizado pues como bien reseña la autora, nuestra Corte Suprema ha sido una de las principales valedoras de la actuación de la CIADH y ha seguido, casi contra viento y marea, sus sentencias. Recuerda **Alexandra HUNEEUS**, por ejemplo, la sentencia en el caso

---

<sup>61</sup> PASTOR, D.R. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa desprestigio actual de los derechos humanos. Separata de “Nueva Doctrina Penal”.

<sup>62</sup> ABRAMOVICH, página 10.

“Espósito” donde la Corte Argentina aceptó los dictados de la CIADH en “**Bulacio vs República Argentina**”, a pesar de la oposición de una parte importante del espectro jurídico local.

Sin embargo, en el caso que se toma como ejemplo (**Derecho René Jesús s/incidente de prescripción**)<sup>63</sup>, la Corte sigue el dictamen de la Procuración General de la Nación del 01 de septiembre de 2006 y sostiene una posición contraria a la de la CIADH en su sentencia “**Bueno Alves vs. República Argentina**” del 11 de mayo de 2007. El “rechazo” tiene sus bemoles, como puede comprobarse de la simple constatación de fechas. La Procuración se pronuncia sobre el pedido de Bueno Alves, que habría sido víctima de privación ilegal de la libertad y torturas por parte del agente Derecho, miembro de la Policía Federal. La causa prescribe y la Procuración dictamina que este caso no es una causa de lesa humanidad y por tanto, juegan respecto a él los plazos regulares de prescripción. Entretanto, la **CIADH** sentencia a favor de Bueno Alves y condena al Estado Argentino a indemnizar al actor, reabrir la investigación y hacer pública la sentencia. La Corte Suprema argentina, sin referirse a la sentencia de la Corte Interamericana, adhiere al dictamen de la Procuración General y confirma la prescripción de la acción penal respecto de René Jesús Derecho.

Pero veamos primero los factores que enuncia **Alexandra HUNEEUS** como posibles explicaciones del rechazo a las decisiones de la **CIADH**. Para ella son importantes: 1) la independencia judicial respecto del Ejecutivo; 2) la política regional y la emergencia de la Nueva Izquierda latinoamericana; 3) las concepciones teóricas acerca de la función judicial; 4) la familiaridad de los tribunales supremos con el sistema internacional de DDHH, y 5) el texto de las constituciones nacionales.

Por el contrario, ese criterio aplicado a la República Argentina, explicaría su sintonía con la **CIADH**, lo cual sumado a una tradición comenzada en el lejano 1992 con el caso “**Ekmedjián vs Sofovich**” y una reforma constitucional que incorpora el texto mismo de la Convención Americana corrobora su impronta colaborativa.

De este modo resulta preciso que el Sistema Interamericano a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos priorice y profundice la cuestión de la prueba ilícita en el proceso, sentando nuevos pronunciamientos que pudieran servir de guía en post a una uniformidad jurisprudencial internacional que priorice las garantías sobre los vicios en materia de pruebas.

---

<sup>63</sup> CSJN, fallo del 11 de julio de 2007 in re “Derecho René Jesús s/incidente de prescripción.”

En el reciente caso “**Cabrera García y Montiel Flores vs. México**”, de la Co IDH (sentencia del 26/11/2010), párrafos 163-177, se da un marco propicio en relación a la “**regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante coacción**”, que interpreto valiosa para continuar con una línea que priorice esta importante temática en el futuro cercano.

## 11. Conclusiones

En el marco propuesto para este trabajo he puesto en crisis la verdad a alcanzar en un proceso penal a cualquier precio, es decir, cuando concurre o se introduce alguna prueba ilícita de las caracterizadas y no es apartada o excluida bajo las reglas de exclusión precitadas. Ídem con las proyecciones que pudieran surgir de dicha prueba viciada, sino se aplica la doctrina del fruto del árbol envenenado o venenoso, que proyectaría nulidad —de acuerdo a nuestra legislación— de sus derivaciones.

Entiende el suscripto que la afectación de los derechos fundamentales debe ser la última medida o medio investigativo a desplegar, que sólo puede ser habilitada cuando no existan medios menos gravosos que cumplan el mismo fin investigativo para casos extremos, como por ejemplo, el **terrorismo**, o cuando por algún motivo se suspendieran las garantías constitucionales, tal como el estado de sitio. **No es admisible que ante cualquier hecho y sin mayor información, se acuda a la ilicitud para reforzar una hipótesis delictiva que pudiera ser legítima.**

Pero en todo caso, dicha valoración es exclusiva del Juzgador. Jamás de la fuerza actuante. Y ante estar ante nuevos actores, es de lógica saber que no se ha realizado en forma previa ninguna comprobación menos gravosa.

Sin contradecir lo dicho, es de apreciar que abrir la puerta de este medio de investigación, resulta ser un camino de doble vía. **Ya que así como se deja sin efecto el despliegue del derecho personal señalado, al destinatario se le abre en simultáneo el derecho a su defensa contra dicha actuación (nulidad), como así también la reclamación de daños y perjuicios por dicha privación, por la invasión de su esfera de intimidad y por el supino acto de indignidad hacia su persona.**

Y en lo que hace al tema que fuera fuente de inspiración a este ensayo, y sin entrar en el trasfondo político del caso, es decir, si desde un punto de vista de política legislativa está justificado llevar a cabo tareas de inteligencia ilegítimas de las cuales deriven pruebas viciadas para luego ser incorporadas a los procesos judiciales, **me inclino por la negativa en tanto un estado de derecho no puede recurrir a artimañas inmorales propias de regímenes totalitarios**

**para vulnerar garantías individuales, en muchos estados reconocidos constitucionalmente.** Un pensamiento más progresista podría hacer ciertas excepciones para supuestos de **terrorismo**, o de circunstancias en las que en determinado país se encuentran suspendidas las garantías constitucionales. **En eso consiste un Estado de Derecho, igualdad de oportunidades, garantías y herramientas tanto para el imputado cuanto para la víctima del delito, sin trampas que pudieran hacer pensar mal, es decir, que el Juez se equivocó a propósito para permitir la filtración de una nulidad que beneficie al imputado en perjuicio de la víctima y de la sociedad.**

La judicatura debe tener ciertos límites y respetos, siendo reprobable que se convierta en una patente de corso para dar rienda suelta a una particular concepción de justicia, **con torpezas sugestivas, oscuros intereses y extraños pensamientos.**

Un dato clave que resulta interesante destacar en el caso **“Baltasar Garzón”** es que el juez cuestionado indudablemente ha hecho un extraordinario favor a la trama corrupta de **<Gürtel>** e, indirectamente, al Partido Popular Español, desde que independientemente de que se le condenase o no por prevaricación, el tremendo error de ordenar la intervención de las comunicaciones de los presuntos corruptos con sus abogados **ha complicado enormemente la posibilidad de condenarlos.** En efecto, la instrucción está contaminada, al vulnerarse el derecho de defensa, y los abogados no van a dejar pasar la oportunidad de aprovechar lo que tan torpemente se les ha brindado. **Esto implica que un delito pudiera quedar impune por efectos de la incorporación de pruebas ilícitas a un proceso de enjuiciamiento donde tal vez no exista otro cauce de investigación.**

Por tal motivo refuerzo mi conclusión en el sentido que para que la regla de exclusión probatoria sea realmente efectiva, no solo debe darse una exclusión jurídica y material, sino también jurisdiccional, esto es, apartar al Magistrado interviniente en el proceso que participó, tuvo conocimiento o entró en contacto con la prueba impugnada de ilícita, de forma tal que no quede vestigio alguno del contenido de la prueba en el proceso.

En efecto, a mi juicio en estos supuestos debe quedar excluido además el Magistrado como operador judicial. Ello así toda vez que para ésta exclusión de la prueba ilícita sea efectiva y salga de la operación intelectual del juez por definitivo, debe necesariamente separarse el juez del proceso; pues por más que la prueba se expulse del proceso, intelectualmente queda presente en la mente del operador judicial. Es decir, la prueba, de manera consciente o inconsciente, sigue recobrando vigencia en la psiquis del juez y esto podría influir o generar efectos en la decisión que adopte. Todo fallo judicial es producción humana, y

como producción humana no escapa de la mente humana; y si la prueba ilícita tampoco va a escapar de la mente humana, entonces la decisión que el juez tome tampoco podrá escapar absolutamente de la aproximación a la verdad que logró alcanzar la prueba ilícita ya excluida<sup>64</sup>.

En ese entendido, la única manera de lograr una exclusión de la prueba como retiro definitivo en la mente del juez, es haciendo una exclusión personal, es decir, haciendo un retiro definitivo del juez del proceso.

Si se quiere lograr una exclusión efectiva de la prueba ilícita, necesariamente se debe excluir del proceso al juez que tuvo conocimiento del contenido de la prueba cuestionada de irrita; de lo contrario la prueba ilícita seguirá teniendo incidencia en el proceso y se convalidará intrincadamente en el fallo. Estos si se comprende, que toda decisión judicial es producto de un proceso intelectual del juez, el cual no podrá separarse por completo de la revelación que le hizo la prueba excluida sobre la verdad.

Por ello, y tal como lo anticipé precedentemente resulta imperioso que la CoIDH refuerce sus postulados en procura de repudiar la prueba ilícita en los procesos judiciales, tal como ya lo ha hecho recientemente en el caso **“Cabrera García y Montiel Flores vs. México”**, sentencia del 26 de noviembre de 2010, en cuyos párrafos 163-177, sentó posición en torno a la ***“regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante coacción”***.

Culmino este trabajo con una frase de Nicolau EYMERIC<sup>65</sup>, Inquisidor General de Aragón, que considero apropiada y oportuna: ***“...Ni es la tortura medio infalible de apurar la verdad. Hombres pusilánimes hay que al primer dolor confiesan hasta delitos que no han cometido; otros valientes y robustos que aguantan los más crueles tormentos”***.

## 12. Bibliografía

ARMENTA DEU, Teresa; “La prueba ilícita” (un estudio comparado), segunda edición, Marcial Pons Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

---

<sup>64</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-210 de 2007. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>65</sup> Manual de Inquisidores, 1356.

BRANSDORFER, Mark S., *Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*, *Indiana Law Journal*, 1987, pp. 1061.

CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

CARRIÓ, A D. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi 2006, p. 307. Con citas de 'Montenegro' y 'Fiorentino'.

DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Procedure* (3rd edition), Newark, NJ: LexisNexis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991, p.88.

GAINES, Larry, MILLER, Leroy, *Criminal Justice In Action, The Core Belmont*, CA: Thomson/Wadsworth, 2006.

GIL RODRIGUEZ, Carlos Eduardo, *Garantías a los derechos de las víctimas frente a la prueba ilícita*

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

HAIRABEDIAN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

HENDLER, Edmundo S., *La regla de exclusión en Inglaterra, Nueva Doctrina Penal*, 2000/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 253-268.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales, Tomo II*, Ediciones del Puerto, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, editorial del Puerto, Bs. As., 1999, 2da edición, p. 328.

MILLER, J., GELLI, M. A., CAYUSO, S. y GULLCO, H, *Constitución, poder político y derechos humanos*, Tomo III, "Garantías Constitucionales en el proceso penal", Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-14.

MIDÓN, Marcelo Sebastián; BERIZONCE, Roberto Omar; ESTIGARRIBIA de MIDÓN, Gladis, *Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 366.

SANDE Fernando J., *La imparcialidad, un concepto ideal. Propuesta de aproximación frente a la selectividad del sistema penal.*

### **13. Fallos citados**

“Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, de la Co IDH (sentencia del 26/11/2010), párrafos 163-177, “regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante coacción”..

“Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” - CSJN - E. 224. XXXIX del 23/12/2004.

“Weeks vs. United States” de 1914.

“Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos de Norteamérica” de 1920.

“Nardone vs. Estados Unidos de Norteamérica” de 1939.

“Montenegro, Luciano Bernardino”, 10/12/81, Fallos 303:1938, JA 1982-IV-368, LL1982-D-225, con nota de Fernando de la Rúa.

“Fiorentino, Diego”, CSJN, 27/11/84, Fallos 306:1752, JA 1985-11-108, LL 1985 -A-159, con nota de Miguel Ángel Ekmekdján.

“G., F.”, Nulidad, Asociación ilícita, CCC, Sala B de FERIA, c. 52. (Inst. 30/164) Rta. 24/07/2009.

CCC, Sala III (LL, 1982-D- 256).

CNCP, Sala IV, c. 8121 (Hornos, Diez Ojeda, González Palazzo) Rta. 15/10/2008, c. 8121.

CSJN Fallos 317: 1985

## INDICE

Resumen/Abstract.....	1
1. Introducción.....	6
2. El caso “<Gürtel>”.....	8
3. La verdad en el proceso penal .....	10
4. Derechos de las víctimas del delito en el plano internacional.....	17
5. El respeto a los derechos humanos fundamentales como presupuesto vinculante en la búsqueda de la verdad.....	22
6. Teoría de la ilicitud de la prueba.....	23
7. Reglas de exclusiones probatorias .....	29
8. Doctrina del fruto del árbol envenenado .....	40
9. Consecuencias de la prueba ilícita y aplicación de la regla de exclusión probatoria.....	43
10. Garantías a los derechos de las víctimas frente al régimen de la prueba ilícita.....	48
11. Conclusiones.....	51
12. Bibliografía.....	54
13. Fallos citados .....	55