

**XIII EDICIÓN DE LOS CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO DE  
LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA (TOLEDO)**

**CICLO 2013**

**Especialización en “DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS  
CONSTITUCIONALES EN LA JUSTICIA PENAL”**

**“LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS COMO LÍMITES AL  
DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL”**

**Tutor: Prof. Dr. EDUARDO DEMETRIO CRESPO (Profesor Titular  
de Derecho Penal UCLM- Toledo)**

**Alumno: JORGE I. GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ**

**Salta - Argentina**

## INDICE

<i>Abstract</i>	3
<i>I Introducción</i>	3
<i>II Prueba y Verdad</i>	6
<i>III Aspectos Funcionales de la Prueba Penal y Principios Probatorios</i>	10
<i>IV Exclusiones Probatorias: significado constitucional y trascendencia procesal</i>	19
<i>V Fundamento de la regla de exclusión y de su eficacia refleja</i>	30
A) <i>Derecho Angloamericano</i>	31
B) <i>Derecho Continental Europeo</i>	32
C) <i>Derecho Argentino</i>	33
<i>VI Excepciones a la regla de exclusión.</i>	37
<i>Desnaturalización punitivista de las prohibiciones probatorias y violación del principio de inocencia: "in dubio pro prueba"</i>	
a) <i>Fuente Independiente</i>	37
b) <i>Descubrimiento Inevitable</i>	38
c) <i>Buena Fe</i>	38
d) <i>Purged taint (de los "vicios subsanados o del tinte diluido")</i>	38
e) <i>Proporcionalidad</i>	39
f) <i>Balancing Test</i>	39
<i>VII La regla de exclusión en la Jurisprudencia Comparada</i>	43
<i>A) Reseñas Jurisprudenciales</i>	43
a) <i>Estados Unidos de Norteamérica</i>	43
b) <i>Canadá</i>	44
c) <i>Inglaterra</i>	45
d) <i>Italia</i>	45
e) <i>España</i>	45
f) <i>Alemania</i>	49
g) <i>Australia</i>	49
h) <i>Costa Rica</i>	50
i) <i>Argentina</i>	50
<i>B) Valoración de conjunto</i>	52
<i>VIII La regla de exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal de Salta</i>	53
<i>IX Conclusiones</i>	56
<i>X Bibliografía Consultada</i>	59

# **LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS COMO LÍMITES AL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL<sup>1</sup>**

*Por Jorge I. González Ferreyra Solá<sup>2</sup>*

Las *exclusiones probatorias* (*prohibiciones probatorias* o “prohibiciones de valoración probatoria) y su eficacia refleja (o *doctrina de los frutos del árbol envenenado*) constituyen un tópico fundamental del sistema penal liberal propio del Estado Constitucional de Derecho contemporáneo. En esta tesina nos proponemos abordar el tema del epígrafe desde su amplia y compleja dimensión constitucional-procesal penal, partiendo de su consideración teleológica, epistemológica y axiológica para pasar luego a elucidar sus postulados teóricos a fin de definir su naturaleza jurídica y precisar sus alcances prácticos dentro y fuera del proceso penal. Para ello, analizaremos la regla y sus principales *excepciones*, brindando un muestreo ilustrativo de jurisprudencia comparada con el objeto de señalar algunos de los fundamentos esgrimidos por los tribunales de justicia para justificar la exclusión de prueba ilícita del proceso penal. Finalmente, conectaremos toda la arquitectura conceptual precedente con la regulación de la materia por la legislación procesal penal salteña y expondremos las conclusiones generales del trabajo.

## **I Introducción**

Acaso uno de los capítulos mas interesantes y cautivantes de toda la ciencia jurídica y de la teoría general del proceso sea el relativo a “la prueba”. A ella se vincula

---

<sup>1</sup> Trabajo de investigación elaborado en el marco de la XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), ciclo 2013, correspondiente a la especialización en “*Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Justicia Penal*” y que fuera calificado como “Sobresaliente”.

<sup>2</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica de Salta (UCASAL) – Argentina - Abogado Auxiliar Penal de la Corte de Justicia de Salta.

la tríada axiológica que preside la promoción y defensa universal de los derechos humanos, de modo particular en América Latina, bajo el lema: *justicia, verdad y memoria*. Tanto el *hecho probatorio* -que se traduce en actos procesales- (“dinámica de la prueba” -*actividad probatoria*-: ofrecimiento, producción, admisión, eficacia, exclusión y valoración) cuanto el *derecho probatorio* (“estática de la prueba” -*conceptos y principios probatorios: objeto, medio, elemento, órgano y fuente de prueba; libertad de prueba, unidad, necesidad, inmediatez, in dubio pro reo, etc.*- y su régimen jurídico: facultades, cargas, poderes y deberes de los sujetos procesales) adquieren singular predicamento en el ámbito jurídico-penal; precisamente allí es donde las garantías constitucionales fundamentales (legalidad, libertad, inocencia, proporcionalidad e igualdad) reclaman su mas amplia y urgente vigencia (bien que con niveles mínimos de limitación o restricción razonable -principio de proporcionalidad-) en resguardo de la dignidad de la persona humana, de la libertad individual y de la seguridad personal y jurídica.

Asimismo, dentro de la materia probatoria en sede penal ocupa un sitial relevante el tópico referente a la *prueba ilícita, prohibida, inconstitucional, inadmisibile o afín*<sup>3</sup>, cuyos aspectos salientes pretendo abordar someramente en el presente ensayo a través del sucinto tratamiento de su “consecuencia procesal penal-

---

<sup>3</sup> En doctrina se han empleado diversas locuciones que intentan definir la sustancia fáctica o el presupuesto lógico-jurídico de la materia aquí tratada: “prueba ilícita”; “prueba ilegal o ilegalmente obtenida”; “prueba ilegítima”; “prueba irregular, viciada o contaminada”; “prueba inconstitucional”; “prueba obtenida en violación de garantías constitucionales”; entre otras. Aun cuando en la estricta significación de los términos tales voces no refieran exactamente lo mismo, suelen utilizarse, sin embargo, como expresiones sinónimas o semánticamente equivalentes.

No obstante la apuntada sinonimia, a los fines expositivos del presente opúsculo haremos alusión a la “prueba ilícita” en su sentido de “ilicitud constitucional”, esto es, como *prueba inconstitucional o prueba obtenida en violación de derechos fundamentales o garantías constitucionales*, por entender, conforme lo expondremos en su momento, que ese es el ámbito “natural” de funcionamiento lógico-sistemático del principio aquí tratado y *que tanto la llamada regla de exclusión (o prohibición probatoria) cuanto su eficacia refleja (o doctrina de los frutos del árbol envenenado) gozan de sustancia constitucional y ostentan rango meta procesal.*

constitucional”): la llamada *regla de exclusión* (o *prohibición de valoración probatoria*)<sup>4</sup> y la *doctrina de los frutos del árbol envenenado*<sup>5</sup>.

En la faz metodológico-argumentativa de este trabajo debo aclarar que se ha optado por complementar el discurso principal con notas marginales a veces extensas a fin de que quien consulte este estudio ejerza libremente, según su deseo y conveniencia, la opción de seguir sólo una línea de lectura esencial, con prescindencia de las acotaciones inferiores, o bien respaldar la argumentación central con la información brindada al pie de página. Sin embargo, debe observarse que en la lógica y recíproca complementariedad de las ideas expuestas se halla la verdadera riqueza conceptual de este humilde breviarío.

Por último, debo advertir al lector acerca de la equivalencia significativa y denominativa entre las expresiones *exclusiones probatorias*, *regla de exclusión* y *prohibiciones probatorias*, que se emplean comúnmente para designar a un mismo fenómeno jurídico-factual, a la par que confesar que el título de esta monografía -

---

<sup>4</sup> Así denominada por su *concreto efecto práctico sobre la prueba cuestionada*: a) *procesal-material (exclusión del proceso; sistema angloamericano)*, en un caso; b) *lógico-racional (prohibición de valoración, mención, consideración y/o aprovechamiento epistemológico y procesal; sistema continental europeo)*, en el otro. En los Estados Unidos de Norteamérica se impusieron las expresiones “regla de exclusión” (*exclusionary rule*) y “doctrina de la supresión” (*supresión doctrine*), cuyos orígenes se remontan al *leading case* “WEEKS V. UNITED STATES” (232 US 383), fallado en 1914, y que se afianzaron luego a través de sucesivos pronunciamientos. En Alemania, el principio tomó su nombre de la célebre monografía que escribiera Ernst Beling en 1903: “*Las Prohibiciones Probatorias como límites de la averiguación de la Verdad*”. A partir de allí, se difundió en todo el derecho continental europeo la denominación “prohibiciones de valoración probatoria” para aludir a la regla de mención.

<sup>5</sup> Doctrina surgida en el derecho norteamericano bajo la expresión *fruit of the poisonous tree* y que representa, según veremos más adelante, una versión ampliada de la regla de exclusión que se aplica a la *prueba mediatamente ilícita* (o ilícita por derivación o conexión causal y jurídica con otra prueba ilícita precedente -reputada, a los fines de la metáfora, “árbol venenoso”- que le da sustento fáctico y existencia empírica a la subsiguiente prueba que queda, por ello, contaminada o contagiada de ilicitud -considerada, así, “fruto envenenado” del árbol prohibido-). Esta teoría se difundió a partir del caso “SILVERTHORNE LUMBER CO. v. UNITED STATES” (251 US 385), resuelto en 1920, en el que “*la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en “NARDONE v. UNITED STATES”, 308 US 338 (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones*” (CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 315). Luego la doctrina se afianzó en los casos “WONG SUN v. UNITED STATES”, 371 US 471 (1963); “DAVIS v. MISSISSIPPI”, 394 US 721 (1969); y “BROWN v. ILLINOIS”, 422 US 590 (1975), entre otros.

homónimo respecto del que utilizara Ernst Beling para presentar su investigación en 1903- pretende constituir un modesto homenaje a la figura del egregio jurista alemán.

## II Prueba y Verdad

1 Desde los albores de la práctica criminal existió una esencial e inescindible relación conceptual entre “prueba y verdad”. La *verdad* constituía el extremo a elucidar y descubrir en el proceso penal (fin) y la *prueba* era el modo de intentar tal reconstrucción (medio). El descubrimiento de la verdad real o histórica era la única manera concebible de hacer justicia, de modo que *la verdad era condición de la justicia*. Con el correr del tiempo, fue cobrando fisonomía propia el principio de dignidad humana (*humanae dignitas*) y, en consecuencia, se fue dignificando y humanizando el sistema probatorio, reconociéndose paulatinamente el intrínseco e inalienable valor moral de la persona humana y su carácter final “no instrumental”. Así, la precitada fórmula axiológica se invirtió y se comprendió que también *la justicia era condición de la verdad*, de manera que “la verdad -para ser verdadera- debía ser justa” y “la justicia -para ser justa- debía ser verdadera”<sup>6</sup>.

En otras palabras: se entendió la esencial interdependencia entre *prueba, verdad* y *justicia*, de modo que la verdad no podía alcanzarse (a través de la prueba) con injusticia ni la justicia podía lograrse (a través de la prueba) con engaños o falsedades. Por ello, ambos extremos del binomio valorativo (verdad-justicia) resultan recíproca y

---

<sup>6</sup> La riqueza conceptual de tal ecuación axiológica puede ser bien entendida a partir de la siguiente cita jurisprudencial que transcribimos en otro epígrafe: “La **justicia** de las resoluciones judiciales no está sino en su **legalidad** y ésta debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes una **verdad legal**: esa es la única forma de preservar la República” (TSJCórdoba, Sentencia del 4/11/83, causa “Heredia”; con remarcado propio).

Asimismo, se acotó: “La justicia es digna cuando se apoya en la verdad; pero la búsqueda de esa verdad debe practicarse sin ofender la dignidad humana, es decir, con el debido respeto a la libertad individual” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 464).

simultáneamente condicionantes de la validez lógica, axiológica y racional de su compañero de fórmula. Ello implica reconocer que los valores en juego devienen *relativos* y no absolutos.

En consecuencia, la **verdad forense** fue perdiendo absolutidad y se fueron levantando vallas formales (declaraciones, principios y dogmas) y materiales (garantías, acciones, sanciones procesales y vías impugnativas) que terminaron delimitando su actual configuración procedimental desde una perspectiva realista-objetivista (**verdad procesal**). Tal relativización de la verdad se proyectó tanto al ámbito académico de su consideración epistemológica (*teoría del conocimiento*) cuanto a la esfera experimental de su reconstrucción empírico-procesal (*teoría y práctica de la prueba*).

Actualmente hay consenso generalizado en la doctrina respecto del valor meramente probabilístico de la *verdad forense* e impera una pacífica aceptación de la existencia de **límites constitucionales al descubrimiento de la verdad procesal**<sup>7</sup>. En este aserto se incardina el tema que estamos abordando en estas líneas; es que en el proceso penal propio de un Estado Constitucional de Derecho “la verdad” no representa un valor absoluto alcanzable a cualquier precio ni de cualquier modo, pues en él *no hay derechos absolutos ni libertades ilimitadas* (conf. Arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19,

---

<sup>7</sup> En tal sentido, el maestro Ferrajoli enseña: “Un cierto grado de incertidumbre caracteriza en realidad, por su carácter aproximativo, a los dos tipos de verdad -fáctica y jurídica- en los que hemos descompuesto en su momento la noción de **verdad procesal**. Precisamente, **la verdad fáctica** es la validez de una inferencia inductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **probabilística**, la verdad de la conclusión. **La verdad jurídica** es, en cambio, la validez de una inferencia deductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **opinable**, la verdad de las premisas” (FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 108; con destacado mío).

De tal modo, el jurista italiano expresa que la verdad procesal se integra por aspectos fácticos y jurídicos que permiten, a los fines analíticos de la lógica crítica, descomponer la noción unitaria de verdad forense en dos dimensiones: a) una *verdad fáctica*: a la que se arriba mediante inferencia inductiva (que asciende de lo particular y concreto a lo general o universal) y cuyo rasgo esencial es el valor meramente probabilístico y relativo de la conclusión veritativa; y b) una *verdad jurídica*: que se gesta racionalmente a partir de una inferencia deductiva (que desciende de lo general o universal a lo particular y concreto) y cuya conclusión veritativa deviene meramente opinable (no absoluta, indiscutible o inmutable).

28, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac. -principios de igualdad, razonabilidad, equidad y proporcionalidad-)<sup>8</sup>.

2 En un sentido genérico, vulgar y propiamente epistemológico, se definió a la **Prueba** como “*el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu*”<sup>9</sup>; como “*el acopio de elementos para la comprobación y la determinación de las relaciones jurídicas de derecho material, objeto del proceso, y también para la especificación de las eventuales aplicaciones jurídicas*”<sup>10</sup>; o como “*todos los medios productores del conocimiento cierto o probable de alguna cosa*” (Romagnosi); o como “*aquellos medios de adquirir certidumbre merced a las huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y en las cosas*”<sup>11</sup>; y se dijo que **Instruir** quiere decir “*descubrir lo que no se sabe*” (Carrara).

Por ello, puede llamarse Prueba a *todo aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis, una afirmación o un hecho* y a todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. De tal modo, la prueba se manifiesta, así,

---

<sup>8</sup> Tal afirmación se halla actualmente en crisis en el derecho argentino (y también, en alguna medida, en todo el Derecho Penal Internacional) en materia de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del terrorismo de estado implantado en el país a partir del golpe cívico-militar de 1976 (1976-1983) que instaurara en la República Argentina el denominado “Proceso de Reorganización Nacional”. En tales procesos judiciales se advierte con cierta nitidez la vigencia de un “*derecho penal y procesal penal del enemigo*”, signado por la generalización empírica de una fuerte presunción fáctica de culpabilidad que niega y debilita el principio constitucional de inocencia e invierte, en muchos casos, la carga de la prueba, colocando sobre el acusado el inadmisibles deber de tener que probar activamente su inocencia. Allí pareciera que la verdad se convierte en un fin absoluto de la justicia penal, digno de alcanzarse de cualquier modo y a cualquier precio, aún al costo del sacrificio de derechos fundamentales y garantías constitucionales elementales. En tal contexto, se termina validando una suerte de “maquiavelismo probatorio” de corte anti o contra garantista -contrario, por definición, a la esencia del Estado Constitucional de Derecho- que todo lo permite y que justifica todo medio sin reparar en su legitimidad constitucional.

Como sentara el Tribunal Supremo Español: “*...no se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico*” (TS, Sala Segunda, caso “*Naseiro*” -causa especial nº 610/1990, sent. del 18/6/1992, juez ponente Enrique Ruiz Vadillo-).

<sup>9</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”, Ed. Temis, Bogotá, 1978, vol. I, p. 95

<sup>10</sup> FLORIAN, Eugenio, “De las Pruebas Penales”, Ed. Temis, Bogotá, 1976, Tomo I, p. 60.

<sup>11</sup> ELLERO, Pietro, “De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal”, Ed. Reus S.A., Madrid, 1980, p. 226.

como “*toda materia útil al **juicio histórico** que dota de contenido y fundamento a la actividad que se lleva a cabo en el proceso penal*”<sup>12</sup>.

De tal manera, la relación de la prueba con el objeto de indagación o averiguación y su utilidad para el descubrimiento de la verdad ha sido fijada como condición de *pertinencia* (relación temática o conceptual entre la prueba y aquello que se quiere probar -objeto de prueba-) y *admisibilidad* (aceptabilidad procesal) probatoria.

Por ello, se ha dicho que la **función** (primigenia y esencial) **de la prueba** es servir como medio idóneo para la *reconstrucción conceptual* de un hecho pretendidamente acaecido en el pasado, cuya afirmación dota de contenido a la hipótesis acusatoria. Desde esta perspectiva epistemológica, se ha parangonado gráficamente a las pruebas con las *llaves* mediante las cuales se trata de abrir las puertas de lo desconocido (Carnelutti)<sup>13</sup>.

El magistrado, “*para arribar a una conclusión asertiva sobre la acreditación de un hecho histórico, no sólo debe enfrentar los límites naturales insitos en la falibilidad humana y los condicionamientos materiales propios de toda investigación, sino también respetar un conjunto de disposiciones constitucionales y legales que se erigen en barreras infranqueables en la actividad judicial dirigida a la aprehensión de la verdad*”<sup>14</sup>.

3 Desde un punto de vista empírico, se ha observado que a la verdad sólo podemos “aproximarnos”. De modo que lo que se persigue en el proceso penal es, en definitiva, *la mejor aproximación posible a la “verdad histórica”* (que, en cuanto tal, es *única* -en el tiempo y en el espacio- e *irrepetible* -en su esencial e inmutable

---

<sup>12</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, “Prueba en materia penal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 2 y ss.; con subrayado propio.

<sup>13</sup> Citado por AROCENA, Gustavo – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 3 y 4.

<sup>14</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 4 y 5.

identidad fáctica-). Por ello, el proceso es un contexto de “búsqueda y aproximación a la verdad”. Sin embargo, de ningún modo se debe sucumbir ante las sombras del escepticismo agnóstico negador de la “verdad absoluta” y renunciar, por ende, a la búsqueda de la verdad histórica en el sentido clásico de *adequatio rei et intellectu*, sino que sólo debe ajustarse esta meta a las innegables restricciones que surgen de las leyes del conocimiento, de las reglas constitucionales y de las formalidades procesales<sup>15</sup>.

Siguiendo a los autores citados, podemos decir que la **verdad histórica** debe seguir siendo considerada como *punto de referencia* ineludible de la praxis judicial a fin de maximizar en el proceso las “reales posibilidades de verdad” del conocimiento procesal y reducir al máximo el *riesgo de error judicial*.

### III Aspectos funcionales de la Prueba Penal y principios probatorios fundamentales.

---

<sup>15</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 8 y 9.

Desde una perspectiva epistemológica eminentemente realista y objetivista -fundada en la tradición aristotélico-tomista inspiradora de la fórmula “adequatio rei et intellectu”-, se ha definido a la verdad como “la conformidad de la idea a su original, es decir, al objeto” (PAGANO, Franciso, “Lógica de las Pruebas Penales”, Milán, 1806). También Mittermaier afirmaba que “la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se representa el espíritu” (MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, traducción de Primitivo González del Alba, Ed. FD, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 1999, p. 77). En igual sentido: “conformidad de la idea con la cosa” (ELLERO, Pietro, “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, Ed. REUS S.A., Madrid, 1980, p. 9); “conformidad de la noción ideológica con la realidad -la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza-” (FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”, Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1978, T. I, p. 15). Al respecto, se apuntó ilustrativamente: “La verdad es noción ontológica, y frente a ella el espíritu sólo puede tomar una posición. La verdad no es sino la realidad” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 445).

Si bien se miran las definiciones transcritas, se podrá advertir que no se define, en realidad, a “la verdad”, sino, más bien, a “lo verdadero” (o *adecuación veritativa*); es decir, a la conformidad del pensamiento con lo pensado, con lo cual se elude elegantemente el problema insoluble de definir a la verdad.

Las evidentes dificultades que suscita la noción de “verdad” han dado lugar a que se la reemplazara por la idea más maleable, asequible y subjetiva de “certeza”; la distinción se advierte, por ejemplo, en la definición precipitada de Framarino. A este respecto, Heidegger criticaba la llamada “filosofía de la conciencia” y denunciaba una sustitución de la *verdad* por la *certeza*. Tan compleja ha sido la sistematización racional que la humanidad ha edificado en torno al misterio de la verdad -al clasificarla en “verdad ontológica”, “verdad lógica”, “verdad histórica”, “verdad objetiva”, “verdad procesal”, “verdad material”, “verdad formal”, “verdad científica”, “verdad empírica”, etc.-, que hasta podría caerse en el absurdo tautológico de hablar de “verdad verdadera”.

1 Llegados a este punto en nuestra exposición, podemos resumir las funciones fundamentales que es dable atribuir a la Prueba en el proceso penal. En primer lugar, la prueba cumple una función gnoseológica o epistemológica, como fuente de conocimiento histórico destinada a reconstruir conceptualmente al “hecho y sus circunstancias”<sup>16</sup> a efectos de definir con certeza la plataforma fáctico-jurídica del caso. En este sentido, cobra vigencia la caracterización dialéctica del “conocimiento” como *la centella que brota del choque entre dos espadas*<sup>17</sup>.

En segundo lugar, la prueba configura una exigencia objetivo-sensorial-empírica de constatación, comprobación o acreditación “real” (y no meramente *simbólica, virtual o exclusivamente presuncional*) del hecho juzgado, en su compleja integración elemental, y se alza como defensa o valla material que protege al justiciable contra la injusticia y la arbitrariedad que encierran las simples apariencias, las meras intuiciones, las sugerencias, las creencias, corazonadas o íntimas convicciones de los juzgadores. Al respecto, se dijo que no son los jueces los que condenan o absuelven, sino las pruebas<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Entre ellas dable es distinguir, según mi parecer, tres categorías circunstanciales diversas: **a) circunstancias fáctico-objetivas**: modo, tiempo, lugar, ocasión y personas -que responden a las clásicas preguntas que permiten circunstanciar moral y jurídicamente un determinado contexto de acción (u omisión): *qué, quién, cómo, cuándo, dónde, porqué, para qué-*; **b) circunstancias fáctico-subjetivas**: imputabilidad (o capacidad de culpabilidad) y las circunstancias que la disminuyen, modifican o eliminan; y **c) circunstancias jurídico-dogmáticas** (que integran la estructuración analítica de la “Teoría del Delito”): *tipicidad* (objetiva y subjetiva), *antijuridicidad* (causas de justificación), *culpabilidad* (causas de inculpabilidad plena -error, ignorancia e inexigibilidad- o parcial -ciertos tipos de error, emoción violenta y circunstancias extraordinarias de atenuación-) y *punibilidad* (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias).

<sup>17</sup> Frase atribuida a NIETZSCHE por FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, Ed. Gedisa S.A., Barcelona, 2005, p. 22.

<sup>18</sup> “*La seguridad esencial reside en que no son los acusadores ni los Jueces los que condenan o absuelven sino las pruebas de la causa, estándole reservado sólo a la defensa el excepcional privilegio de poder triunfar sin pruebas en el proceso penal*” (Jury de Enjuiciamiento de Magistrados, 11-VIII-958, Agüero c./Gilly, citado por NÚÑEZ, Ricardo C., “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Anotado”, Ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1978, p. 193).

Asimismo, amalgamando las funciones epistemológica y garantista que cumple la prueba penal, se apuntó: “*La espada de la ley no debe caer nunca sino sobre aquellos cuya culpabilidad es tan evidente que puede ser proclamada tanto por sus enemigos como por sus propios amigos*” (JEFFERSON,

En tercer lugar, la prueba revela la necesaria dinámica dialogal y dialógica del proceso que toma encarnadura en la fundamental intervención de la *defensa* (*material* - como posibilidad latente y concreta a lo largo de todo el proceso- y *técnica* -como realidad efectiva-) y que requiere de la verificación, refutación, afirmación, negación, prueba, contraprueba y alegación “bilateral” (acusación y defensa) y en condiciones de igualdad (principio de igualdad de armas<sup>19</sup>) de los extremos fácticos (físicos y psíquicos) y jurídicos de la imputación.

En suma: el nudo conceptual de tales funciones probatorias se podría reseñar de la siguiente manera:

- 1º) **Función Epistemológica:** o de “*reconstrucción conceptual*”;
- 2º) **Función Política:** o de “*garantía y justicia frente a la arbitrariedad*”;
- 3º) **Función de Tutela Procesal:** como forma sustancial del juicio que integra la secuencia constitucional del *debido proceso* (o “proceso con todas las garantías”), junto a *acusación*, *defensa* (*prueba*) y *sentencia* dictada por los jueces naturales (Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN-, *Fallos*, 125:10; 189:34; 308:1557; y “Tarifeño”, 29/12/89; “Cattonar”, 318:1234; “Mostaccio”, entre otros).

2 A su turno, los *principios probatorios* son postulados lógico-jurídicos esenciales que gobiernan la dinámica experimental y comprobatoria del proceso, desde la postulación o el ofrecimiento de una prueba hasta su admisión (o *inadmisión*) y posterior valoración. En materia penal, cabe considerar, especialmente, los principios de

---

Thomas, citado por JAUCHEN, Eduardo M., “Derechos del Imputado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, como reflexión inicial previa al prólogo).

<sup>19</sup> Que Beling condensa en el siguiente aforismo: “*Non debet licere actori, quod reo non permittitur*” -no se debe permitir al actor-acusador lo que no le es permitido al acusado- (BELING, Ernst, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Miguel Fenech, Ed. DIN, Buenos Aires, 2000, pp. 27 y 102).

*necesidad, unidad, inmediación, in dubio pro reo, comunidad de la prueba o adquisición procesal y libertad probatoria.*

En virtud de la exigüidad de estas líneas y dada su vinculación directa con nuestro tema de estudio, haremos especial mención al **principio de libertad probatoria**, no sin antes dar una noción extremadamente sintética de cada uno de los aludidos principios.

a) **Necesidad**: significa que la prueba, como elemento o dato material-objetivo empíricamente constatable, es indispensable para la gestación del juicio sentenciador a fin de que quien juzga pueda formar válidamente su convicción en base a datos ciertos de la realidad ontológica, pues, de conformidad con el sistema de la *sana crítica racional o libre convicción*, el tribunal no puede apoyar su decisión en su íntima y subjetiva percepción;

b) **Unidad**: las diversas pruebas que se producen en un proceso penal (p. ej. testimonial, pericial, informativa, etc.) acaban por conformar una plataforma unitaria que debe ser valorada por el juez y por las partes como una unidad total o global indivisible a fin de evaluar su recíproca concordancia o discordancia y su total eficacia probatoria;

c) **Inmediación**: el juez debe permanecer en contacto inmediato con la prueba para tener una impresión personal y directa del material de convicción, que garantice una mejor ponderación de su trascendencia y de su concreta significación procesal;

d) **In dubio pro reo:** se trata del principal corolario procesal del principio constitucional de inocencia; por su virtud, toda duda razonable acerca del valor de la prueba o de aspectos fácticos (físicos o psíquicos) inherentes a la imputación debe resolverse siempre a favor del acusado<sup>20</sup>;

e) **Comunidad de la Prueba (o Adquisición Procesal):** por obra de este principio, toda prueba que se introduzca válidamente en un proceso deja de pertenecerle a la parte aportante y se adquiere comunitariamente para todo el proceso, como compleja entidad jurídica-relacional que es;

f) **Libertad Probatoria:** dicho axioma establece que mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, *todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede acreditar o verificar por cualquier medio de prueba* (se sobreentiende: legítimo y constitucionalmente válido); de manera que las exclusiones probatorias (lo mismo que las llamadas “cuestiones prejudiciales”) resultan ser, desde el punto de vista lógico-sistemático, excepciones parciales de aquel principio<sup>21</sup>. Por ello, se habla siempre de las

---

<sup>20</sup> Ya el Digesto disponía: “*Semper in dubiis benignore praeferenda sunt*” (libro L, título XVIII, leyes 56 y 192, párrafo 1º). Sobre la regla “in dubio pro reo” se dijo que “...se trata prevalentemente de una regla procesal relativa a la carga de la prueba, en virtud de la cual una duda del juez sobre un hecho constitutivo, modificativo o impeditivo de la pretensión punitiva, debe resolverse a favor de la posición defensiva del imputado” (BETTIOL, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Penal y Procesal”, Ed. BOSCH, Barcelona, 1977, p. 99). “La duda -para ser beneficiosa- deberá recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso” (CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Editores del Puerto s.r.l. y CELS, Buenos Aires, 2008, pp. 87/88).

A nuestro criterio, se trata del principal corolario procesal del principio constitucional de inocencia. No obstante su declamado carácter procesal, actualmente tiene innegable jerarquía meta-procesal, al representar una garantía de eminente linaje constitucional (Arts. 75 inc. 22 de la CN; 11.1 DUDH y 8.2 CADH).

<sup>21</sup> FLORIÁN, Eugenio, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Ed. BOSCH, Barcelona, 1933, p. 316. Razonaba allí el Profesor de la Universidad de Turín: “No hay que decir que las prohibiciones que limitan la libertad de prueba, tanto las absolutas como las relativas, han de entenderse en sentido estricto ya que son excepciones al principio general de libertad. Y por eso, en caso de duda, hay que estar por ésta” (Op. y Loc. Cit.).

*prohibiciones probatorias* como supuestos de excepción frente a la regla general de implícita permisión (Art. 19 de la Const. Nac.; Art. 282 CPPSalta -ley 7690-)<sup>22</sup>.

En otra época, se dijo que “*el dogma de la libertad de la prueba tiene su fundamento en el principio soberano de investigación de la verdad histórica y efectiva que impera en el proceso*”<sup>23</sup>. Sin desmedro de tan ilustre opinión, y siguiendo una corriente más conciliadora con los tiempos actuales, comparto la posición de quienes fundan el principio en la necesidad fundamental de garantizar de manera irrestricta y efectiva el *derecho de defensa* como pilar fundamental del “proceso justo constitucional”<sup>24</sup> y que su mejor formulación expresa que “*todo objeto de prueba puede ser introducido al proceso y puede serlo por cualquier medio*”<sup>25</sup>. Ello revela que el postulado admite una doble consideración: 1) en cuanto al *objeto de prueba* (libertad de objeto o *thema probandum*); y 2) en cuanto a los *medios de prueba* (libertad de medios o de *procedimientos probatorios*).

---

Aun cuando dicho razonamiento sea impecable desde un punto de vista lógico-formal (pues, por definición, toda excepción es de interpretación restrictiva), no puede ser aceptado a los fines argumentativos de nuestro trabajo por las razones que expondremos más adelante (v. pp. 22 y ss.).

<sup>22</sup> MAIER, Julio, B.J., “Derecho Procesal Penal – Parte General – Actos Procesales”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires., 2011, T. III, p. 108.

El Art. 19 de la Constitución Nacional reza: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*” (con destacado mío).

Por su parte, el Art. 282 del Código Procesal Penal de Salta dispone: “*Todos los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. No regirán respecto de ellos, las limitaciones establecidas por las leyes civiles, con excepción de las relativas al estado civil de las personas.*”

*Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros, siempre que no conculquen garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba más acorde a los previstos en este Código*” (el subrayado me pertenece).

El primer segmento del Art. 19 de la C.N. sienta el axioma de *reserva de la intimidad* de las personas frente a cualquier intromisión ilegítima o arbitraria del Estado o de terceros, recepta el apotegma *ulpianeano cogitationis poenam nemo patitur* y sienta los principios de *materialidad o exterioridad* de la conducta jurídicamente relevante, en general (y delictiva, en particular), y de *lesividad u ofensividad*. La segunda parte de la norma fundamental traduce el principio de “legalidad constitucional” (distinto respecto del principio de “legalidad penal” contenido en el Art. 18 de la Carta Magna), reducible elípticamente a los siguientes términos: “**Lo no prohibido está permitido**”. Por ello, los postulados de “prohibición expresa y excepcional” y “permisión implícita y normal” son exigencias constitucionales del Estado de Derecho establecidas en resguardo de la libertad y seguridad de los habitantes.

<sup>23</sup> FLORIÁN, Eugenio, Op. Cit., p. 315.

<sup>24</sup> MORELLO, Mario Augusto, “El proceso justo”, Ed. LEP, Buenos Aires, 1994, p. 55.

<sup>25</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, T. II, p. 181.

En cuanto al objeto, “*es evidente que lo que habrá de ser probado en la causa penal es todo lo relativo a la pretensión represiva hecha valer en un proceso determinado, vinculado a ella en forma directa (p. ej., la existencia del hecho, participación del imputado, daño causado) o indirecta (v. gr., cualquier circunstancia que sirva para apreciar la veracidad del testigo)...*”<sup>26</sup>.

Con respecto a los medios, cabe decir que para acreditar los hechos y sus circunstancias relevantes para el proceso puede utilizarse cualquier clase de prueba (típica o nominada -es decir, expresamente prevista y regulada-; o atípica o innominada -o sea, el medio no previsto ni regulado que se debe regir analógicamente por el procedimiento legalmente instrumentado para la prueba más semejante, similar o materialmente próxima-).

**3** Ahora bien, definido el *elemento de prueba* como “*todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva*”<sup>27</sup>, pueden señalarse sus rasgos definitorios, a saber: a) la *objetividad* del dato, esto es, su carácter externo, físico y materialmente perceptible; b) su *legalidad* o conformidad con el ordenamiento jurídico (exigencia, esta última, que debe concurrir en dos momentos: 1º) en la “obtención”,

---

<sup>26</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 42.

<sup>27</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, citado por CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “La Prueba en el Proceso Penal”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 18.

En la obra referenciada, los autores distinguen conceptos fundamentales de la materia probatoria - fijados desde antiguo por la doctrina procesalista clásica- que conviene recordar aquí: **a) Elemento de Prueba** (es “el dato objetivo” -dicho del testigo, resultado de la prueba genética, el informe o dictamen del perito, etc.-; ver definición en el texto superior); **b) Órgano de Prueba:** *es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso;* **c) Medio de Prueba:** *es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso;* **d) Objeto de Prueba:** *es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba.* A tal conceptualización me atrevo a agregar una quinta noción: **e) Fuente de Prueba:** definible, en mi concepto, como todo hecho o acto (material o jurídico) indicativo de una determinada circunstancia fáctica (objeto de prueba) y que sugiere una fuente o vertiente de búsqueda, confirmación y validación de un específico dato probatorio susceptible de convertirse en elemento de prueba (en este sentido, en la práctica forense suele decirse que la denuncia, la querrela y la declaración del imputado son “fuentes de prueba”, pues marcan o señalan caminos, horizontes o rumbos a seguir en procura del esclarecimiento probatorio).

captación o recopilación del dato *-fuente de prueba-*; y 2º) al tiempo de su “incorporación al proceso” *-medio de prueba-*; c) su **relevancia** (o *utilidad*) para comprobar o acreditar el extremo dubitado; y d) su **pertinencia** o vinculación temática o conceptual con el aspecto comprobable<sup>28</sup>.

La nota de **legalidad de la prueba** reclama que ésta se obtenga y se produzca con respeto por los derechos fundamentales y estricta observancia de las garantías que consagra la totalidad del ordenamiento jurídico (*legalidad sustancial o sustantiva*) y que se introduzca al proceso en las condiciones formales que establece la ley procesal (*legalidad adjetiva*).

Ahora bien: la ilegalidad del dato probatorio puede derivar: 1º) de su **obtención irregular** *-ilegalidad sustancial o sustantiva-* (con afectación de derechos fundamentales o garantías constitucionales *-este es el campo específico de actuación de la regla de exclusión y de la doctrina de los frutos del árbol venenoso-*); o 2º) de su **incorporación ilegal** al proceso *-ilegalidad adjetiva-* (con apartamiento de las prescripciones formales que limitan y condicionan su eficacia procesal *-esta es la órbita operativa de las llamadas sanciones procesales en sentido estricto: inadmisibilidad y nulidad-*)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 26.

<sup>29</sup> Tras caracterizar a las “sanciones procesales” como las *cominaciones de invalidez o ineficacia de una determinada actividad procesal irregular* (CLARIÁ OLMEDO), la mayoría de los autores nacionales, siguiendo las enseñanzas del maestro cordobés, han efectuado una clasificación bipartita de tales sanciones, comprensiva de las siguientes categorías: a) **Inadmisibilidad**: *es la sanción mediante cuya aplicación se impide ab initio que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o de algunos terceros en actos no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente* (CLARIÁ OLMEDO); b) **Nulidad**: *es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallen destinados* (PALACIO).

Asimismo, han tratado en forma separada dos situaciones procesales reputadas por Clariá Olmedo como “causales de sancionabilidad”: a) **Caducidad**: *se traduce en la pérdida de un poder, por no haberlo ejercido oportunamente, vinculado con un término perentorio* (FERREYRA de de la RÚA – GONZÁLEZ de la VEGA de OPL); y b) **Preclusión**: *es una regla ordenadora del proceso que impide legalmente cumplir un acto por ser incompatible con una situación anterior generada por el mismo sujeto que pretende realizarlo* (FERREYRA de de la RÚA – GONZÁLEZ de la VEGA de OPL).

En primer lugar, la adquisición puede ser ilegal porque **la prueba es obtenida** en violación de garantías individuales constitucionalmente reconocidas, tales como, por ejemplo, la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo (*Nemo tenetur se ipsum accusare*, que traduce el derecho fundamental de toda persona de no autoincriminarse y de negarse a cooperar activamente con la acusación en la destrucción de su “estado de inocencia”), la inviolabilidad del domicilio, etc. Éste es, según dijimos, el ámbito natural en el cual operan normalmente la *regla de exclusión y su eficacia refleja*.

En segundo lugar, la prueba puede ser ilegal no en sí misma, sino **por su modo de incorporación al proceso**. Éste es, reiteramos, el ámbito natural de actuación de las sanciones procesales típicas (*inadmisibilidad y nulidad*).

Sobre el punto, la Constitución de la Provincia de Córdoba (Argentina), en su art. 41, establece: “*Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria*”. Resulta sumamente auspicioso que sean las propias constituciones de los Estados las que contengan proclamas semejantes y no las leyes procesales, pues, como sentaremos en breve, las exclusiones probatorias pertenecen más al derecho constitucional que al derecho procesal; por ello, por su raigambre constitucional, su operatividad dimana directamente de la Constitución, aun frente al silencio de los códigos de procedimiento, y actúan de modo semejante a como funcionan las garantías del *amparo constitucional* y el *habeas corpus*.

---

No obstante la claridad de la distinción conceptual ensayada en el texto principal, dable es advertir que en muchos casos las sanciones de *nulidad e inadmisibilidad* se sustentan, también y principalmente, en la noción de “legalidad sustancial o sustantiva”. Tal es el caso de las llamadas “nulidades virtuales o implícitas” que se consideran implícitamente establecidas por la Constitución en defensa y garantía de su propia vigencia, supremacía y efectividad. También las “nulidades absolutas” encuentran en el derecho procesal penal argentino fundamento constitucional.

En consecuencia, la bipartición que proponemos de la legalidad (en sustantiva -o constitucional- y adjetiva -o procesal-) tiene gran valor didáctico y pedagógico, como herramienta explicativa, pero adolece de relativa imprecisión, asumiendo por momentos contornos difusos en los que ambas categorías se superponen y se autodestruye la apuntada diferenciación conceptual.

Es que para nuestro sistema jurídico los elementos de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales no son admisibles *como prueba de cargo*<sup>30</sup>.

#### IV Exclusiones Probatorias: significado constitucional y trascendencia procesal

Se ha dicho que “La **justicia** de las resoluciones judiciales no está sino en su **legalidad** y ésta debe ser defendida por encima de la *verdad real*, porque esta verdad real debe ser antes una **verdad legal**: esa es la única forma de preservar la República”<sup>31</sup>.

Vale recordar, aquí, lo dicho al inicio de estas reflexiones y resaltar la vinculación axiológica entre *prueba, verdad y justicia*.

---

<sup>30</sup> Sí son admisibles, en cambio, como “prueba de descargo”, pues “*la doctrina, pacíficamente, hace excepción a la inadmisibilidad de la prueba ilícita cuando se trate de prueba favorable al imputado obtenida en violación de sus derechos constitucionales, en razón de que el derecho de defensa tiene rango constitucional también, y es asegurado de manera prioritaria en el proceso penal*” (MINVIELLE, Bernadette, “La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal”, opúsculos de derecho penal y criminología n° 25, Ed. Lerner, Córdoba, 1987, p. 116).

Como ya se anticipara, en el proceso penal la búsqueda de la verdad tiene límites formales y materiales insuperables, instituidos en resguardo de la condición de *inocente* que ostenta el Imputado. Por ello, la prueba de cargo ilícita (por su forma, contenido o modo de obtención) no puede, en principio, introducirse válidamente en el proceso, aún cuando fuera determinante para conocer la verdad de lo sucedido y dictar una eventual condena. En cambio, dado que *inocencia y libertad* son presupuestos apriorísticos, genéricos y abstractos del Estado de Derecho, y que el derecho penal concebido carrarianamente es “*el supremo código de la libertad*”, la prueba favorable al acusado, obtenida en violación de “sus derechos y garantías constitucionales” sí puede incorporarse válidamente al proceso a efectos de reforzar su condición político-constitucional de inocente y eliminar toda duda posible al respecto. Además, como sostenemos más adelante “*ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador*” (Maier).

<sup>31</sup> TSJCórdoba, Sentencia del 4/11/83, causa “Heredia”; el destacado es mío. Vale recordar, aquí, lo dicho al inicio de estas reflexiones y resaltar la vinculación axiológica entre *prueba, verdad y justicia*. Tal entramado valorativo realza la función primordial que los principios de **legalidad, reserva, libertad y seguridad jurídica** cumplen en el Derecho Penal Liberal propio del Estado Constitucional de Derecho. Precisamente allí, en el universo criminal, tales “garantías formales” adquieren una dimensión auténticamente sustancial que refuerza la necesaria positividad del derecho penal y su engarce troncal en el derecho constitucional. Es que “*...todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio*” (CALAMANDREI); por ello “*no puede haber derecho sin acción*” (FORNIELES), porque el derecho declamado reclama su efectiva encarnación sociológica y la garantía teóricamente prometida demanda su concreta realización práctica. Ese es el cometido principal del derecho constitucional: velar por la “efectividad de los derechos fundamentales” y por la equilibrada estabilidad institucional de la República. Es que, como bien se ha anotado, “*...los pueblos democráticos han adquirido plena conciencia del valor de la libertad. No se conforman con meras declaraciones; exigen su respeto efectivo...*” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, Prólogo).

1 La tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exige que “*cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, sea excluido como elemento válido para fundar la convicción del juez. Se trata de la dimensión ético-jurídica del principio de libertad probatoria; para eso están las garantías*”<sup>32</sup>.

Bien se ha apuntado que el modelo garantista consagrado en las constituciones de los estados democráticos ya ha optado por el interés que debe prevalecer en todos los casos: *el Estado de Derecho y el principio de inocencia por sobre la razón de Estado*. La búsqueda de la verdad debe hacerse respetando determinados parámetros y *la duda “siempre” debe favorecer al imputado*<sup>33</sup>.

2 Existen claramente dos límites constitucionales dogmático-materiales al descubrimiento de la verdad en el procedimiento penal y, por ende, a la “adquisición de la prueba”:

- a) *Nemo tenetur se ipsum accusare*: es decir, el derecho fundamental de toda persona física de no auto-incriminarse y de negarse a cooperar activamente con la acusación (que no admite “excepciones”);
- b) *Protección de la Intimidad* (domicilio, comunicaciones y papeles privados) - que sí admite limitaciones o “excepciones”<sup>34</sup>.

Por ello, la sentencia condenatoria fundada en una confesión obtenida bajo tormento (causa “Montenegro”, CSJN, Fallos, 303:1938), salvo que favorezca al titular

---

<sup>32</sup> CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, T. 1, p. 496; con destacado nuestro.

Efectivamente, para eso están las garantías: para “estorbar”, para “frenar”, para “limitar”, para “condicionar”, para “resguardar”, para “incomodar” al poder estatal en su avance -aun legítimo- sobre la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos; ellas son su “armadura” o su “escudo protector”.

<sup>33</sup> DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la Prueba obtenida por medios ilícitos”, trabajo publicado en “Nueva Doctrina Penal 1999/A”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, p. 340.

<sup>34</sup> Idea tomada de DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., pp. 333 y ss.

de la garantía<sup>35</sup>, es **invalorable**, porque “*la administración de justicia no puede aprovechar del fruto de un hecho ilícito, provenga de donde provenga*” (Estado o particulares)<sup>36</sup>.

3 En la República Argentina la CSJN hizo aplicación de la regla de exclusión por primera vez hacia 1891, al excluir prueba ilegal en el caso “Charles Hnos” (Fallos, 46:36). No obstante tan promisorio y precoz comienzo, la Corte abandonó el desarrollo de la cuestión hasta el año 1981 en que comenzó a aplicar la regla en forma sistemática, con el caso “Montenegro” (10/12/1981) y le siguieron “Fiorentino” (1985)<sup>37</sup>, “Rayford” (1986)<sup>38</sup>, “Francomano” (1987)<sup>39</sup> y “Daray” (1994)<sup>40</sup>.

El Máximo Tribunal rehusó tratar el tema de la exclusión de prueba ilícita durante casi cien años, bajo el argumento formalista de que determinar si una confesión o un allanamiento y sus derivaciones fueron válidos ***era materia procesal y probatoria no incluida en la instancia extraordinaria***.

El Tribunal Constitucional español aplicó por primera vez la exclusión de prueba ilícita en 1982, al sostener que la presunción de inocencia sólo podía ser enervada “*por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso*” (sent. 55 del 26 de julio de 1982).

En Alemania se impuso la denominación *prohibiciones probatorias* a partir de la monografía que escribiera hacia 1903 Ernst Beling: ***Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad***. En la actualidad, se prefiere hablar en el

---

<sup>35</sup> Pues, por elementales exigencias lógico-sistemáticas, “*ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador*” (MAIER, Julio, B.J., “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, T. I - Fundamentos-, p. 667).

<sup>36</sup> DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., p. 342; el subrayado me pertenece.

<sup>37</sup> CSJN, Fallos, 306:1752.

<sup>38</sup> CSJN, Fallos, 308:733.

<sup>39</sup> CSJN, Fallos, 310:2402.

<sup>40</sup> CSJN, Fallos, 317:1985.

país germano de “prohibiciones de valoración probatoria” y así les llama, entre nosotros, Julio Maier<sup>41</sup>.

Sin embargo, algunos países (como Inglaterra) y autores de renombre (como Franco Cordero, en Italia<sup>42</sup>) han rechazado la exclusión de prueba inconstitucional con sustento en una aplicación invertida, contragarantística y equivocada del principio de legalidad constitucional -a través de un entendimiento netamente procesalista del principio de legalidad que remite a su formulación penal sustantiva-, bajo el argumento -absurdo, a mi modo de ver- de que *al no estar prohibida la “prueba ilícita” por norma expresa, está permitida su eficacia probatoria, sin perjuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la lesión a los derechos fundamentales*<sup>43</sup>, olvidando que **“la labor dogmática debe estar gobernada siempre por la perspectiva constitucional”**<sup>44</sup>, al menos en un Estado Constitucional de Derecho (por oposición al Estado Legislativo de Derecho)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> MAIER, Julio, B.J., “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, T. III -Parte General - Actos Procesales-, p. 107 y ss.

<sup>42</sup> CORDERO, Franco, “Procedimiento Penal”, traducción del italiano por Jorge Guerrero, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 2000, T. II, pp. 45, 46 y 54.

Allí expone el catedrático de la Universidad de Roma que según el art. 191, apartado 1º, **no son apreciables “las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley”** y razona de la siguiente manera: *“Es una hipótesis sin fundamento positivo sostener que dicha fórmula incluye las normas penales. El artículo 191, apartado 1º, no prohíbe nada; explica qué ocurriría si resultara violada alguna prohibición de adquirir la prueba (rectius, de admitirla, y la adquisición viene después); y las reglas negativas (obviamente pertenecientes al proceso, si prohíben actos procesales) deben salir de cualquier parte. Por ejemplo, el artículo 609 del Código Penal, castiga las requisas personales abusivas, pero no prohíbe los secuestros y mucho menos los actos admisorio-adquisitivos de las cosas pertenecientes al delito encontradas por el que efectuó la requisas; ni podemos proponer que toda obligación negativa impuesta por normas sustanciales evoque, en la esfera procesal, límites tácitos al poder instructorio; debe demostrarse (que toda prueba encontrada o establecida ilícitamente, en cuanto tal, es inadmisibles) y que, con base en los actuales datos positivos, no parece demostrable”* (Op. Cit., p. 45).

<sup>43</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2010, p. 42.

<sup>44</sup> Afirmación que pertenece a PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro “La revisión en materia procesal penal”, de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 13.

<sup>45</sup> Al respecto, y aunque en relación directa con el **principio de legalidad penal**, se anotó: **“El principio de legalidad debe invocarse para excluir restricciones de derechos, pero no cuando se trata de ampliar derechos o libertades que favorezcan al ciudadano”** (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Derecho Penal y Constitución”, en la obra colectiva “Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal”, Ed. Iustel, Madrid, 2010, t. I -Introducción al Derecho Penal-, p. 76; el resaltado me pertenece).

De acuerdo con la *regla de exclusión* deben descartarse por ilegales los actos que en sí mismos constituyen la violación a la garantía constitucional (v. gr. allanamiento sin orden judicial); según la *doctrina de los frutos del árbol venenoso* (que es, en definitiva, una versión ampliada de la regla de exclusión que se torna extensiva a *prueba mediatamente ilícita* -por su conexión causal-jurídica con otra prueba precedente directa e intrínsecamente ilícita-), carecen de eficacia probatoria todos los elementos de prueba que sean consecuencia necesaria del acto violatorio de la garantía constitucional (p. ej. documentación obtenida y secuestrada mediante el allanamiento ilegal)<sup>46</sup>.

**4** La mayor parte de la doctrina considera que **las exclusiones probatorias abarcan la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales** (“*prueba inconstitucional*”). Entiendo que esa es la postura correcta (con independencia de la jerarquía normativa y de la ubicación sistemática del precepto inobservado -constitucional o infraconstitucional-), pues, en mi concepto, **las exclusiones probatorias son medidas de tutela y resguardo de las garantías constitucionales, que amparan la sustancia constitucional del proceso penal. Son “garantía de las garantías”** (de modo que, no obstante su trascendencia procesal, pertenecen más al derecho constitucional que al propio derecho procesal).

Puede delimitarse el **campo de actuación de las exclusiones probatorias en relación con aquellas pruebas que han sido obtenidas violando garantías constitucionales** (fijadas expresa o implícitamente por preceptos constitucionales) o su

---

Oportuno es reiterar aquí la afirmación de Maier citada en la nota n° 35: “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”.

Tal conceptualización resulta válidamente extensible y aplicable al **principio de legalidad constitucional** que se resume en la idea de que *todo lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido* (ver lo apuntado en nota n° 22).

<sup>46</sup> AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 196.

*reglamentación directa* (a través de preceptos procesales)<sup>47</sup>. A esto es a lo que se alude estrictamente cuando se habla de “*Prueba Ilícita*”<sup>48</sup>.

Esta matriz constitucional de las “prohibiciones probatorias” justifica la aplicación de la máxima *in dubio pro reo* en el ámbito de la “prueba ilícita o inconstitucional” e *impone la necesidad de exclusión de una prueba en caso de duda razonable y fundada sobre su legitimidad o admisibilidad constitucional*<sup>49</sup>.

A este respecto, preciso es advertir que la regla *in dubio pro prueba* (que a veces se invoca para admitir prueba dudosamente lícita) deviene, por definición, contraria al axioma *in dubio pro reo* y, por su medio, violatoria del **Principio de Inocencia** (o del “derecho a la presunción de inocencia”). Por ello, el principio *favor probationis*, de acendrada vigencia en los procesos judiciales extra-penales, debe ser rechazado, en principio, en el proceso penal cuando lo que está en tela de juicio es la misma *validez constitucional de una prueba*, no así cuando se trata de prueba ya producida legalmente y que por circunstancias fortuitas corresponde admitir como definitiva e irreproducible (fallecimiento de un testigo clave que declaró en la etapa preparatoria de instrucción o investigación).

Nuestra postura, además de hallar sustento constitucional en las garantías de *debido proceso, inviolabilidad de la defensa en juicio, inocencia y legalidad constitucional*, encuentra respaldo normativo en el Art. 1º inc. f) del Código Procesal

---

<sup>47</sup> Sobre el particular, no debe olvidarse que el derecho procesal penal tiene carácter reglamentario de las garantías constitucionales que rigen en materia penal, pues “...*el derecho procesal penal no hace más que reglamentar o dar vida práctica a esos dogmas constitucionales*” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, T. I, p. 313). Por ello, jamás podrá una norma reglamentaria (en nuestro caso, procesal penal) acotar, limitar, o reducir el “alcance natural” y esencial de una garantía constitucional expresa o implícitamente reconocida por la Constitución; tal restricción sería inconstitucional.

<sup>48</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 38.

<sup>49</sup> DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., p. 333.

Penal de Salta (Ley N° 7690), que establece que *en caso de duda deberá estarse “siempre” a lo que sea más favorable al sujeto sometido a proceso*<sup>50</sup>.

A partir de lo dicho, corresponde rechazar rotundamente la primacía dogmática de la regla “in dubio pro prueba” cuando la admisión de la prueba de dudosa legitimidad perjudique al encausado.

Sin perjuicio de la literalidad del Art. 3° del CPP de Córdoba<sup>51</sup>, llama la atención el principio general que sienta al imponer la aplicación e interpretación restrictiva de las exclusiones probatorias, pues entiendo que no debe limitarse de antemano el funcionamiento procesal de una *regla de garantía*, sino que, en todo caso, lo que sí debe interpretarse restrictivamente (y ello por elementales pautas de hermenéutica jurídica<sup>52</sup>) son las “excepciones a la regla de exclusión” por significar un avance de la pretensión punitiva del Estado sobre la esfera de derechos y libertades del imputado<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> De modo que si le fuera “más favorable” la exclusión de una prueba de cargo de dudosa legitimidad, habrá que concluir en el sentido de su efectiva “exclusión procesal” (*in dubio pro reo*), haciendo una interpretación irrestricta de la regla de garantía.

<sup>51</sup> Art. 3° del Código Procesal Penal de Córdoba: “*INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso, o establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias*”.

<sup>52</sup> *Exceptio est strictissimae interpretationis* (“las excepciones son de interpretación restrictiva”).

<sup>53</sup> Aquí se advierte la real importancia práctica de definir adecuadamente la naturaleza jurídica de la *regla de exclusión* (y su eficacia refleja) y los diferentes efectos que tal conceptualización puede producir en el proceso. Ello es así, pues afirmada una determinada “categoría jurídica” (en el caso: “garantía constitucional”, o bien “sanción procesal”) se imponen lógicamente toda una construcción dogmática y una hermenéutica acordes con la identidad del instituto así definido. En consecuencia, si se afirma, como sostenemos, que las *prohibiciones probatorias* son una especie del género “garantía constitucional”, habrá que asumir una postura favorable a su vigencia amplia e irrestricta “dentro y fuera del proceso” (extensiva al procedimiento administrativo y al ejercicio del derecho de defensa en el seno de entidades privadas). Si, por el contrario, se concluye que pertenecen a la categoría de las *sanciones procesales* (junto con la nulidad y con la inadmisibilidad), deberá afirmarse su carácter relativamente taxativo y cerrado (en pos del adecuado resguardo de la “estabilidad del proceso” y de la regularidad de los actos procesales), defendiéndose, por tanto, una interpretación de carácter restrictivo, incompatible, por principio, con la jerarquía nomológica de las garantías constitucionales.

Al respecto, resultan atinadas las palabras admonitorias de Carlos Sánchez Viamonte, cuando advirtiera: “*la imprecisión del vocabulario conduce a la desnaturalización de las instituciones*” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, en AA.VV., “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1969, T. XVII, voz “Juicio de Amparo”, p. 182, con subrayado mío). Es así que la “cuestión semántica” deviene fundamental en materia de derecho, en general, y de derecho penal y procesal penal, en particular, a fin de no alterar ni desvirtuar la sustancia y la identidad de las instituciones jurídicas.

**5 La prueba de cargo ilícita o inconstitucional carece de toda eficacia jurídica y probatoria.** Por ello, la situación que generan las exclusiones probatorias es la de una verdadera *ineficacia jurídica absoluta* (no sólo en el respectivo proceso penal, sino frente a “todo” el ordenamiento jurídico) que se decidirá, en la mayoría de los casos, al momento de valorarse la prueba. Sin embargo, se ha sostenido que lo más conveniente es declarar excluida o inadmisibile a la prueba ilícita en el instante mismo en el cual se descubra o advierta su ilicitud o su dudosa constitucionalidad<sup>54</sup>. Comparto esta última tesis, pues el mejor modo de asegurar la *invalorabilidad e inaprovechabilidad* de la prueba ilícita es excluyéndola materialmente del proceso. De otra manera, esto es, manteniendo la prueba de cargo cuestionada pero prohibiendo solamente su valoración, se corre el riesgo de que la permanencia de la prueba inconstitucional en el proceso envíe y contamine la fuente de convicción racional del juzgador y siga teniendo, así, eficacia probatoria ultra-activa e influencia determinante en la decisión del caso. En tal supuesto, la prueba ilegítima daría solapado sustento a la resolución del juez que devendría, por ello, tachable de arbitrariedad.

---

<sup>54</sup> Al respecto, resultan interesantes las acotaciones de Asencio Mellado: “*La prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena (...). Optar por una posición que limite la declaración y apreciación de la ilicitud probatoria al momento exclusivo de su valoración como prueba, significa o puede significar dotar al Estado y a terceros movidos por intereses espurios de un instrumento que puede ser utilizado fraudulentamente para conseguir condenas basadas, de una u otra forma, en flagrantes atentados a la dignidad mínima a la que es merecedora una persona (...)...sin duda alguna, reservar la declaración de ilicitud probatoria para el momento mismo de la sentencia, supone mantener la prueba violatoria de derechos produciendo efectos a lo largo de toda la tramitación del proceso (...). Es decir, mantener la prueba ilícita produciendo efectos o, simplemente, conocida y útil, puede constituirse en un acicate para que el Estado adopte conductas ilegítimas, aunque lícitas según la jurisprudencia. En suma, en un instrumento favorecedor del fraude procesal y de la misma Constitución (...). Diferir la apreciación de la ilicitud probatoria al momento de la valoración implica que las partes puedan actuar de mala fe, omitiendo la denuncia de la ilicitud y proponiendo como pruebas lo que saben que no alcanza ese rango, incluso de forma sorpresiva. Por tal razón, el art. 287 (de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el autor estima aplicable al proceso penal en forma supletoria) impone a las partes el deber de denunciar la prueba ilícita inmediatamente que tengan conocimiento de ella”.* (ASENCIO MELLADO, José María, “Prueba Ilícita. Declaración y Efectos”, en “Problemas actuales de la justicia penal”, obra colectiva dirigida por Nicolás González-Cuéllar Serrano y coordinada por Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortíz Pradillo, Ed. COLEX, Madrid, 2013, pp. 230, 231, 236, 237 y 245).

Para algunos autores la consecuencia jurídica procesal de las exclusiones probatorias es la **“inadmisibilidad” o la “nulidad” de la prueba**, con lo cual incluyen a las prohibiciones probatorias en la categoría de las *sanciones procesales*. Dentro de ese grupo, unos entienden que dicha sanción opera únicamente al momento de la valoración del elemento de prueba, en tanto que otros sostienen que la cuestión abarca tanto la fase de *admisión* como la de *valoración*<sup>55</sup>. Hasta se ha llegado a afirmar, incluso, que la violación de derechos y garantías constitucionales puede constituir un *impedimento procesal* por falta de presupuestos exigibles para el inicio mismo del procedimiento<sup>56</sup>.

Para Hairabedián *las exclusiones probatorias son sanciones procesales* porque *son la amenaza de tornar ineficaces e invalores los actos que adolezcan de ciertos vicios* (aquí está la semejanza entre exclusiones probatorias y nulidades)<sup>57</sup>.

Según mi parecer, y reiterando lo dicho párrafos atrás en pos de enfatizar y clarificar mi postura, *las exclusiones probatorias no son sanciones procesales “stricto sensu”* (pues no persiguen directa y principalmente, como su cometido propio, la ineficacia procesal de la prueba, sino, mas bien, la afirmación de la efectiva eficacia protectoria de las garantías constitucionales a través de la declaración de *ineficacia procesal-probatoria*; de modo que la “ineficacia probatoria” es el medio de que se vale la teoría para lograr la “eficacia y efectividad de las garantías constitucionales”), *pues tienen sustancia constitucional y jerarquía meta-procesal; las exclusiones probatorias son medidas de tutela y resguardo de las garantías constitucionales, que amparan la esencia constitucional del proceso penal. Son “garantía de las garantías”* (de modo que pertenecen más al derecho constitucional que al derecho procesal).

---

<sup>55</sup> ASENCIO MELLADO, José María, Op. y Loc. Cit.

<sup>56</sup> PASTOR, Daniel, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, obra colectiva publicada en Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 821

<sup>57</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 71.

6 Como se vio, la *ineficacia* es, a la vez, el resultado de la nulidad y la consecuencia de las exclusiones probatorias. Por ende, el instituto de la nulidad será en la mayor parte de los casos (pues en otros se aplicará la sanción de *inadmisibilidad*) la vía válida que establecen las leyes rituales para extirpar del proceso un acto obtenido en virtud de una infracción constitucional. Por ello, el Tribunal Supremo español reconoce que los efectos de ambas categorías son, en definitiva, los mismos (Auto del 18/6/1992)<sup>58</sup>.

Para Hairabedián ambas categorías jurídicas son “sanciones procesales” y conducen a la “ineficacia del acto”. Sin embargo, como destaca el propio autor cordobés, *nulidad* (N) y *exclusión probatoria* (EP) no deben equipararse ni confundirse, aun cuando tengan algunos puntos en común:

a) **EP** abarcan un abanico de hechos y actos más amplio que **N** (p. ej. la Denuncia), pues *las exclusiones probatorias comprenden no sólo los actos del proceso, sino también los cumplidos fuera de él (extraprocesales), aun antes de su comienzo (preprocesales -Medidas de Investigación-) y por personas que no son sujetos procesales (por ej.: particulares, policía, periodistas, etc.)*<sup>59</sup>.

Considero que este solo argumento echa por tierra la tesis que adscribe las **EP** a la categoría de las sanciones procesales. Algo similar ocurre con la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, cuando torna ineficaz la prueba obtenida inconstitucionalmente, aun dentro del proceso, pero en supuestos no sancionados expresamente con la nulidad;

---

<sup>58</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 72.

<sup>59</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 72

b) Las **EP**, al exceder el campo de lo procesal y ser materia constitucional, pueden ser objeto de los recursos extraordinarios sobre derecho fundamental<sup>60</sup>;

c) Las **EP** atienden fundamentalmente al momento de obtención del dato probatorio y de las fuentes de prueba *-legalidad sustancial-*; las **N** actúan preponderantemente sobre la prueba ya incorporada al proceso *-legalidad procesal-*;

d) Las **EP** operan frente a la “prueba ilícita” que, como tal, es insubsanable e inconvaleable; las **N** son, por lo común, sanables y convalidables (salvo las nulidades absolutas que, no obstante su gravedad, quedan subsanadas siempre por el efecto preclusivo de la *cosa juzgada*, propio de toda sentencia firme);

e) Las **EP**, al igual que las *nulidades absolutas*, “pueden” ser denunciadas por las partes (aun por el sujeto causante o responsable de la ilicitud probatoria) y “deben” ser declaradas jurisdiccionalmente, aun de oficio, en cualquier “estado” y “grado” del proceso<sup>61</sup>;

f) Las **EP** exigen, además de la previa declaración judicial de invalidez, la efectiva exclusión material de la prueba ilícita del ámbito del proceso y la prohibición de valoración de la prueba excluida; las **N** consisten, también, en la invalidación procesal de un acto del procedimiento con el objeto de excluirlo o extirparlo del proceso;

---

<sup>60</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 76.

<sup>61</sup> Entendiendo por *estados del proceso* las distintas etapas en las que éste, estructuralmente considerado, se fracciona o divide (instrucción o investigación penal preparatoria y juicio propiamente dicho o debate) y por *grados del proceso* las diversas instancias que se generan a partir de la interposición de impugnaciones y recursos.

g) A falta de reglamentación procesal específica, las **EP** deben funcionar bajo el régimen de las *nulidades absolutas*, por configurar éstas la situación procesal más análoga con similares efectos jurídicos.

## V Fundamento de la *regla de exclusión* y de su eficacia refleja

Ya nos hemos pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de las *exclusiones probatorias*, adhiriendo a la corriente que las adscribe dentro de la categoría de las “garantías constitucionales”. También hemos esbozado someramente una diferenciación comparativa entre la regla prohibitiva y las llamadas “sanciones procesales”. Pasemos, ahora, a precisar el fundamento lógico-jurídico-sistemático de la doctrina estudiada, de conformidad con los dos grandes sistemas vigentes en la materia.

Con razón se ha afirmado que si bien las *prohibiciones probatorias* (o *regla de exclusión*) respecto de las pruebas ilícitas se han universalizado, “*lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cuál sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento*”, destacándose que tal valoración puede hacerse a partir del análisis de dos modelos teóricos explicativos: a) el modelo norteamericano (o de la *regla de exclusión*); y b) el modelo europeo-continental (o de la *prohibición de valoración probatoria*)<sup>62</sup>.

Sobre la base de tal observación, examinaremos, a continuación, ambos paradigmas y definiremos la cuestión en el derecho argentino.

---

<sup>62</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, trabajo publicado en “Revista Catalana de Seguretat Pública”, Mayo de 2010, pp. 131 a 151.

## A) Derecho Angloamericano

El sistema jurídico del *comon law*, que rige en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, se caracteriza por la nota definitoria de la cultura anglosajona: su marcado *pragmatismo utilitarista-eficientista*. En consecuencia, prevalece allí una valoración práctica-procesalista y desconstitucionalizada (o, si se prefiere, “aconstitucional”) de la regla de exclusión que enfatiza su fundamento disuasorio respecto del accionar ilícito de los agentes estatales encargados de la investigación, persecución y juzgamiento de los delitos. De modo que la regla prohibitiva cobra allí, fundamentalmente, un sentido preventivo-evitativo de las “conductas policiales ilícitas”; así se sostuvo en los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976).

En la sentencia citada en último término se dijo que “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*” y que “*la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada*” (con subrayado mío)<sup>63</sup>.

En consecuencia, se aprecia claramente que en el modelo norteamericano la *exclusionary rule* obedece a razones pragmáticas dirigidas a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas. De todas maneras, este fundamento eminentemente práctico contribuye -al menos indirectamente- a reforzar la vigencia de

---

<sup>63</sup> Ver nota n° 80.

los derechos constitucionales reconocidos en las respectivas enmiendas constitucionales.

A partir de tal construcción dogmática-judicial, el Tribunal Supremo Federal norteamericano descartó la aplicación de la regla de exclusión en los siguientes supuestos: a) cuando la prueba se obtenga ilícitamente por particulares (caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921); b) cuando se obtuviera por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990 -que no aplicó la regla de exclusión al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México-); y c) cuando la policía hubiera actuado de buena fe.

Como puede apreciarse, en términos generales y sin perjuicio de algunos precedentes en sentido contrario<sup>64</sup>, en tal contexto las prohibiciones probatorias carecen de auténtico sustento constitucional y encuentran solamente basamento jurisprudencial, legal y político-criminal.

## **B) Derecho Continental Europeo**

En los países que adoptaron el sistema jurídico continental europeo (delineado, principalmente, por España, Italia, Francia y Alemania) la regla tiene, en cambio, origen y fundamento constitucional. El Tribunal Constitucional italiano declaró que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales era una “*prove incostituzionali*” (SSTC 34/1973 y 81/1993). Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoce un núcleo esencial de protección jurídica de la esfera privada de las personas,

---

<sup>64</sup> Como es el caso “*MAPP vs. OHIO*”, 367 US 643, (1961), en el que se alude a que toda prueba obtenida con violación de la Constitución, es inadmisibles “por la Constitución misma”.

inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*, basado en el “derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>65</sup>.

En sus orígenes, el Tribunal Constitucional español valoró la regla de exclusión como *una garantía procesal de naturaleza constitucional, íntimamente ligada al derecho a un proceso con todas las garantías* (Art. 24.2 CE) y *a la igualdad de las partes* (Art. 14 CE). Este anclaje constitucional permitía sostener la regla impeditiva aún frente a violaciones probatorias provenientes de los particulares, dada la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. No obstante, en posteriores pronunciamientos el Tribunal aludió a concretas “necesidades de disuasión” del comportamiento público-estatal delictivo, en el sentido afirmado por la jurisprudencia norteamericana, convirtiendo a la regla de garantía en mero remedio judicial.

### C) Derecho Argentino

Según mi parecer, en el Derecho argentino la *regla de exclusión y su eficacia refleja (o doctrina de los frutos del árbol envenenado)* encuentran un evidente fundamento constitucional complejo en una complementación sistemática y armónica de las garantías de *debido proceso, defensa en juicio, inocencia y legalidad*, en correspondencia con los *principios de dignidad humana y proporcionalidad*. Tales postulados encuentran sustento constitucional en los Arts. 18, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

**1** La garantía del **Debido Proceso** envuelve y contiene, en cierta forma, a todas las demás garantías. Es, por así decirlo, la “garantía madre” y puede ser caracterizada como

---

<sup>65</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit., pp. 135/136.

una garantía “conglobante o englobante” que equivale, en cuanto a su contenido y alcances, a la fórmula hispánica del derecho a un *proceso con todas las garantías*<sup>66</sup>. La locución ***debido proceso legal*** que se emplea para aludir a esta garantía obedece a una traducción literal de su fuente anglosajona: *due process of law*. Se ha observado que la garantía admite una doble consideración: a) *debido proceso adjetivo*: constituye un estándar o una pauta formal acerca de cómo debe sustanciarse un proceso (siguiendo técnicas, principios y procedimientos preestablecidos razonablemente por la ley) a fin de llegar a una sentencia resolutoria de la litis; b) *debido proceso sustantivo*: representa un estándar de ponderación de la validez sustancial de los actos de los poderes públicos a través de los principios de *proporcionalidad y razonabilidad*<sup>67</sup>.

En el derecho europeo el vasto contenido de la garantía en estudio aparece reflejado en el Art. 6° de la CEDH que alude a los siguientes derechos: a ser oído; a un tribunal independiente; a la publicidad de la sentencia; a la presunción de inocencia; a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación en una lengua comprensible; a disponer de tiempo y facilidades para preparar la defensa; a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de cargo y hacer citar e interrogar a los de descargo; a ser asistido gratuitamente por un intérprete.

---

<sup>66</sup> Contendida en el Art. 24.2 de la Constitución de España. Comparte la equivalencia jurídica sugerida, BACIGALUPO, Enrique, “El debido proceso penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 13. En tal sentido, se ha apuntado: “*El debido proceso legal consiste en una categoría genérica que abarca diversas garantías procesales específicas destinadas a suministrar a los individuos el amparo necesario para la salvaguarda de sus derechos con motivo del poder jurisdiccional del Estado*” (BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 781).

<sup>67</sup> GÓMEZ, Claudio Daniel, “Constitución de la Nación Argentina – Comentada – Concordada – Anotada”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, pp. 202/203. Allí acota el autor: “*El debido proceso legal no se agota en lograr la perfección de los procedimientos, a fin de evitar la arbitrariedad o la sinrazón. Ella va por más. Lo trascendente del debido proceso legal es destacar su rol como garantía fundamental para la protección de los derechos humanos y el funcionamiento del sistema republicano. Las reglas del debido proceso se aplican tanto en el proceso judicial, como en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*” (Op. y Loc. Cit.). Entrelazando las dos facetas de la garantía comentada -sustantiva y adjetiva-, se dijo: “*Resumiendo ambos aspectos, el debido proceso significa “ley razonable”, y “procedimiento razonable” de aplicación de esa ley (...). “Procedimiento” es el modo por el cual el propósito de la ley puede ser realizado; y “legal” es el conjunto de las reglas legales y de equidad que definen los derechos y deberes humanos y proveen su cumplimiento*” (BIDART CÁMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 499).

La Corte Federal argentina ha cimentado la esencia de esta garantía en “...la correcta observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales...” (CSJN, Fallos: 326:1149).

**2** La garantía de la **Defensa en Juicio** (o *inviolabilidad de la defensa en juicio*) consiste en la posibilidad efectiva que se le debe conceder a toda persona de ser oída por un juez o tribunal competente, de ofrecer y producir prueba y de obtener una respuesta concreta y justa conforme con la Constitución y con las leyes dictadas en su consecuencia. Esta garantía aparece ligada a otra también fundamental: el derecho a la **Tutela Judicial Efectiva** (Arts. 1, 8 y 25 de la CADH), que protege al justiciable frente a toda situación de verdadera indefensión.

**3** El **Principio de Inocencia** representa la garantía por antonomasia del sistema penal propio del Estado Constitucional de Derecho. Por su virtud, toda persona imputada, acusada o sospechada de haber participado en la comisión de un hecho definido como delito por la ley penal goza de un estado jurídico de inocencia que la ampara y resguarda hasta tanto sea declarada por sentencia firme su responsabilidad penal. Dicho principio político-constitucional, constitutivo del mentado “estado” (status), funciona a la manera de una *praesumptio iuris tantum*, de modo que se presume la inocencia del justiciable hasta tanto se pruebe y declare su culpabilidad por una sentencia firme, respetuosa de las garantías de debido proceso, defensa en juicio y legalidad (constitucional, penal sustantiva y penal adjetiva).

**4** El principio de **Legalidad** permite la realización de todo hecho, acto u omisión que no estuviera prohibido expresamente; exige, por una parte, el respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales (*legalidad sustancial*), y, por la otra, la observancia de las formas procesales establecidas en resguardo de principios y

garantías superiores (*legalidad adjetiva*)<sup>68</sup>. Como bien se destacara: “*la idea del principio de legalidad se funda en un doble ideal. Cualquiera que sea el contenido del derecho, ese principio significa ante todo que cualquier poder en el seno del estado es fruto del derecho y debe ser ejercido de acuerdo con el derecho. En segundo lugar, supone que el derecho mismo se funda en un principio supremo: el respeto de la persona humana*”<sup>69</sup>.

**5** Tales garantías deben conjugarse a partir de la reafirmación permanente del principio fundamental de *dignidad humana* que se condensa en la expresión de Séneca: *el hombre debe ser cosa sagrada para el hombre*<sup>70</sup>. Una dignidad predicable respecto de todos los sujetos procesales; muy en particular, del *Imputado* y de la *Víctima* (o sus familiares y allegados).

En consecuencia, la *regla de exclusión o prohibición probatoria* (y su eficacia refleja) encuentran en el derecho argentino profundo arraigo constitucional, sin perjuicio de los principios, postulados y objetivos que la política legislativa y criminal del Estado pudiera agregar o añadir a esta fundamentación incommovible.

**6** Ahora bien, respecto del funcionamiento práctico del instituto en el derecho argentino cabe señalar la conveniencia de construir la regla de garantía a partir de la fusión de los aspectos más sobresalientes y convenientes de los sistemas angloamericano y continental-europeo. De tal manera, debe procurarse tanto la “exclusión” material de la prueba del proceso, cuanto la “prohibición de su valoración y de todo rendimiento conviccional y procesal”.

---

<sup>68</sup> Remitidos a lo apuntado en las notas n° 22 y 45.

<sup>69</sup> BIDART CÁMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 110.

<sup>70</sup> “*Homo sacra res hominis*” (Séneca).

## VI Excepciones a la *regla de exclusión*. Desnaturalización punitivista de las prohibiciones probatorias y violación del principio de inocencia: *in dubio pro prueba*

1 Por obra principalmente de la jurisprudencia se fue creando un catálogo de excepciones a la regla de exclusión que al concurrir en un caso concreto tornarían inaplicable la prohibición probatoria y determinarían la legitimidad constitucional de la prueba obtenida.

Salvo contadísimas excepciones (valga la redundancia), las *excepciones* a la regla de exclusión probatoria importan la implementación práctica del principio “in dubio pro prueba”, que se contrapone a la regla *in dubio pro reo* y, por su medio, al principio constitucional de inocencia. Es por ello que entiendo que la creciente admisión incondicionada de tales “excepciones” a los fines de validar prueba de dudosa legitimidad constitucional pone en evidencia la vigencia de una corriente neopunitivista que auspicia el avance incontrolado y desmedido del poder punitivo del Estado en el ámbito esencial de los derechos fundamentales de las personas. Tal posición deviene contraria a un *garantismo* bien entendido en el que se maximiza la eficacia protectoria de la Constitución y se reducen o minimizan los riesgos de su vulneración.

Las principales “excepciones” a la regla de exclusión (que cuando concurren en un caso concreto hacen que la prueba dubitada valga como elemento legítimo de convicción) son las siguientes:

a) **Fuente Independiente**: si a los elementos de cargo se puede llegar por medios probatorios obtenidos de manera lícita en la causa, que no tienen conexión con la violación constitucional (p. ej: si hay confesión bajo tormentos, que indica el lugar

donde se escondió el arma homicida y, sin embargo, se secuestra el arma por los dichos de un testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar)<sup>71</sup>;

b) **Descubrimiento Inevitable**: si el elemento de prueba se habría adquirido indefectiblemente en el futuro por otros caminos (p. ej: en un allanamiento sin orden se secuestran estupefacientes, pero luego se da con una persona que presencié el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo)<sup>72</sup>;

c) **Buena Fe**: cuando la prueba (o el dato) se obtuvo sin intención de infringir - ya sea por error o ignorancia- principios constitucionales (p.ej: la policía escucha gritos de auxilio en el interior de una casa e ingresa sin orden y se encuentra con una fiesta en la que se consumía droga y se mantenía relaciones sexuales con menores, siendo los gritos de auxilio proferidos en broma)<sup>73</sup>;

---

<sup>71</sup> Ejemplo tomado de HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 81. “*Si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución*” (Suprema Corte de Costa Rica – Sala Constitucional, V2529 del 31/5/1994).

<sup>72</sup> Se ha advertido sagazmente la diferencia esencial entre esta excepción y la tratada en el literal anterior: “*...en la fuente independiente se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea “hipotéticamente factible”. También que esta última se distingue “por no requerir una línea de investigación distinta actual y comprobada en el expediente, sino que basta una concatenación hipotética”* (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 90).

Es precisamente ese carácter “hipotético-ficticio” el que nos lleva a cuestionar la legitimidad lógica y jurídica de esta excepción y a considerarla un mero subterfugio mental de pura imaginación teórica y de carácter lúdico-ingenioso, carente de seriedad. Sin embargo, es importante destacar que el funcionamiento práctico de la excepción exige que ese descubrimiento hipotético sea seguro o “inevitable”, extremo que deberá surgir de las circunstancias particulares del caso concreto.

<sup>73</sup> Ejemplo tomado de Hairabedián. Allí explica el autor: “*La Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la “buena fe”, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia*” (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 97).

Lo interesante de esta excepción es que sugiere implícitamente que toda violación reprobable de los derechos fundamentales o de garantías constitucionales debe estar motivada subjetivamente por un elemento intelectual-volitivo específico: el conocimiento de la ilegitimidad del acto y la intención de menoscabar tales derechos y garantías. En tal contexto, por aplicación de principios generales, resulta lógico que la ignorancia o el error de hecho esencial y excusable eliminen tal elemento subjetivo y, con ello, la ilegitimidad del acto.

Otra sutura habrá que tomar, en cambio, si se entiende que la ilegalidad, ilicitud o ilegitimidad constitucional de una prueba es esencialmente “objetiva” y prescindente de cualquier tipo de valoración

d) **Purged taint** (de los “vicios subsanados o del tinte diluido”): la propagación del vicio se encuentra atenuada (o se ha ido diluyendo el “veneno” del árbol a dosis inocuas en sus ramas más altas y distantes) por la falta de intermediación entre el elemento de prueba a utilizar y el acto original realizado en forma ilegal<sup>74</sup>;

e) **Proporcionalidad**: la gravedad del acto ilegal es de menor envergadura que las consecuencias que traería aparejada la eventual ineficacia del elemento de prueba<sup>75</sup>;

f) **Balancing Test**: se deja librado al arbitrio judicial la valoración de la conveniencia de excluir la prueba ilícita en cada caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad de la infracción a la regla, la cantidad de invasión y la conciencia de la violación, a fin de sopesar el daño que la exclusión podría ocasionar.

Todas estas excepciones traducen, en mayor o menor medida, la aplicación del “*principio de proporcionalidad*”<sup>76</sup> para ponderar, en cada caso, el nivel de menoscabo

---

subjetiva. En tal caso, el aspecto intelectual-volitivo del sujeto agente será absolutamente irrelevante e indiferente.

<sup>74</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 106.

<sup>75</sup> “De gran importancia en el derecho europeo continental, supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (...). En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad...se limita “a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes...”; “...importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones...”. En la justificación, también se ha ingresado al campo del derecho sustancial, “configurándose un caso de legítima defensa (“Notwehr”) u otra semejante de exclusión de la antijuridicidad (“Notwehrähnliche Lagen”)...”; o “estado de necesidad” (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., pp. 113/114).

<sup>76</sup> Vale la pena citar aquí las esclarecedoras enseñanzas de Mir Puig: “*el principio de proporcionalidad impone límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales. Suele presentarse como “límite de los límites”, como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado. Puesto que toda intervención penal -desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos, generalmente fundamentales, el principio de proporcionalidad es, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad. En efecto, tal como es*

legal o constitucional que la admisión de la prueba produciría, a fin de cotejarlo con el grado de perjuicio o beneficio investigativo, procesal y probatorio, y ello con el objeto de evaluar la “conveniencia” de exaltar la nota de legalidad o bien resignar ésta en holocausto de la prevalencia de “intereses superiores” (interés social, persecución y castigo del delito).

De todas maneras, no debe olvidarse que se trata de “excepciones” a la *regla de exclusión*, y que, como tales, son de aplicación e interpretación restrictiva frente a casos inusuales, más o menos extravagantes.

## ***2 Frente a las predichas excepciones debe asumirse un criterio sumamente restrictivo y limitativo***<sup>77</sup>.

Por ello, con sustento en la inveterada máxima latina y contrariamente a lo normado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, ***no es la regla de exclusión la que debe interpretarse en forma restrictiva. Por el contrario, son las excepciones a la regla de exclusión las que deben ser acotadas y limitadas por implicar un avance extraordinario del Estado sobre la esfera de reserva y libertad de los habitantes.***

Así las cosas, postulo la vigencia amplia del principio *in dubio pro reo* en materia probatoria y, en consecuencia:

---

*concebido el principio de proporcionalidad en sentido amplio por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales incluye los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres conceptos se afirman respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos. **La intervención estatal que persiga tal finalidad beneficiosa limitando derechos fundamentales sólo será constitucional si es proporcionada a dicha finalidad, cosa que requerirá que la limitación de derechos resulte: 1) idónea para alcanzar aquella finalidad, esto es, que sea capaz de conseguirla; 2) necesaria para el repetido fin, en el sentido de que éste no se pueda obtener mediante una intervención no lesiva o menos lesiva de derechos fundamentales; 3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que no suponga más coste para los derechos que beneficio a obtener”** (MIR PUIG, Santiago, “Bases Constitucionales del Derecho Penal”, Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Ramón Serrano-Piedecasas, nº 1, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 96/97; con resaltado mío).*

<sup>77</sup> *Exceptio est strictissimae interpretationis* (“toda excepción -a una `regla´, se sobreentiende- es de interpretación restrictiva”).

- a) en caso de **duda razonable** sobre si una *prueba de cargo* debe ser excluida o mantenida, corresponde concluir a favor de la necesidad de su exclusión (para reafirmar la presunta inocencia del acusado);
- b) en caso de **duda razonable** acerca de si procede o no aplicar en un caso una *excepción a la regla de exclusión*, corresponde concluir en sentido contrario a su procedencia y decidir en sentido favorable a la efectiva “exclusión” de la prueba (para reafirmar la presunta inocencia del imputado y las garantías de *debido proceso, defensa en juicio y legalidad*).

3 Desde el plano teórico de la justificación racional de las citadas *excepciones*, considero que la única aceptable desde el punto de vista lógico, jurídico y político-constitucional es la de la “fuente independiente”, por fundarse en datos ciertos, palpables, constatables e inequívocos de la realidad fáctica y material del caso concreto.

Respecto de la llamada *doctrina de los frutos del árbol envenenado*, cobra significación la teoría del “purged taint” (o de los vicios subsanados o del tinte diluido) por atender a la razonable tenuidad del vicio en atención a su conexión remota y difusa con la ilicitud originaria; tal lejanía del acto ilícito debilita la vinculación causal-jurídica de la prueba consecuente respecto de la prueba ilícita antecedente.

En todo caso, debe atenderse al *principio de proporcionalidad* en tanto límite material a la actividad del Estado lesionadora de derechos fundamentales que obliga a ponderar equitativamente, sobre la base del principio de legalidad, la relación “coste-beneficio” entre la afectación estatal de derechos individuales y la finalidad protectora de intereses públicos o privados eminentes.

En la faz justificadora del derecho penal sustantivo, cobran singular relevancia legitimadora de la afectación de derechos fundamentales y garantías constitucionales los institutos esenciales de la *legítima defensa* y el *estado de necesidad*, fundamentalmente en materia de pruebas obtenidas de manera oculta o subrepticia por los particulares<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Sobre el tópico se han escrito interesantes reflexiones: “*Las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares (p. ej., un ofendido hace averiguaciones por sí mismo para probar la culpabilidad del autor...)*” (ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 206). “*Todo ciudadano tiene el derecho-facultad de denunciar ante las autoridades correspondientes la comisión de un delito y consecuentemente de aportar pruebas para ello... Quien denuncia el hecho puede ser: a) la persona a quien otra le ha confesado que cometerá un delito; b) la persona que presencia la ejecución de un delito; c) la persona a quien otra le confiesa que ha cometido un delito; d) la persona a quien otra le propone participar en una empresa delictiva; e) la persona a quien otra la amenaza con cometerle un delito, y g) la persona que toma conocimiento de que otro u otros están por cometer o han cometido un delito. En todos estos casos el ciudadano toma conocimiento o es víctima de la actividad delictiva. Se advierte que en todos los supuestos la persona tiene una comunicación con el delincuente, por cualquier medio que sea, telefónico o personal. Y aquí es donde debemos poner especial énfasis en que nada obsta a que, en tales circunstancias más allá de sus propias percepciones, la persona procure munirse de pruebas, utilizando de manera oculta para ello cualquiera de los medios técnicos...*”, más o menos sofisticados, que tuviera a su alcance y disposición (JAUCHEN, Eduardo M., “Tratado de las Pruebas en Materia Criminal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 214).

En términos generales, la común proscripción de la prueba obtenida por los particulares de manera oculta o subrepticia (al margen, incluso, de la cuestión atinente a la “licitud o ilicitud de la prueba” así adquirida) descansa en dos argumentos centrales: 1º) en primer lugar, en el derecho que tienen las personas afectadas a que se respete su *intimidad* y a la protección jurídica que merece su derecho a contar con una “razonable expectativa de privacidad”, sustraída, como tal, a toda forma de publicidad y a la acción o al conocimiento de terceros; 2º) en segundo lugar, la inmunidad constitucional de la autoincriminación coacta, engañosa o involuntaria (*Nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin embargo, como bien se ha advertido, el sujeto que es filmado, grabado o fotografiado mientras comete o intenta cometer un delito no puede alegar razonablemente su derecho a la intimidad a fin de ampararse en la garantía constitucional protectoria de la privacidad de las personas, desde que con su accionar delictivo está *perjudicando a terceros y alterando el orden público* (principios de exterioridad, legalidad y lesividad u ofensividad). Ello es así, porque: a) el delincuente no actúa en ejercicio de su derecho a la intimidad ni podría ampararse en ella; b) está de por medio el “orden público” y la “seguridad jurídica”; c) quien confiesa a otra persona sus actividades ilícitas renuncia a una “razonable expectativa de privacidad”, asume conscientemente un riesgo y se expone libre y voluntariamente a que su interlocutor pueda luego delatarlo; d) lo dicho no cambia por el hecho de que el interlocutor, además de escuchar personalmente al delincuente confesante, esté grabando o filmando ocultamente el diálogo; e) la garantía de la “intimidad” no alcanza al delincuente, quien con su hecho la desborda e invalida; f) el particular que frente a un hecho delictivo actúa personalmente obteniendo pruebas en forma oculta obra en “Legítima Defensa”; g) frente al principio procesal penal de “libertad probatoria” y en el marco de los argumentos precedentemente enumerados, la ocultación del medio técnico utilizado es irrelevante. (JAUCHEN, Eduardo M., Op. Cit., pp. 216/217).

De las razones apuntadas, me parecen decisivas las anotadas en los literales a), e), f) y g). En particular, y sin perjuicio de los valiosos argumentos aportados por la doctrina, me parece incuestionable, bajo todo punto de vista, la operatividad justificante de los institutos de la *Legítima Defensa* (de la persona y de los bienes del propio defensor o de la persona o bienes de terceros) y el *Estado de Necesidad*, al menos respecto de quien está siendo, en forma actual o inminente, víctima de un delito o testigo circunstancial de una agresión delictiva contra otra persona.

En síntesis, puede decirse que, a los fines de la adquisición probatoria por parte de los particulares, “oculto” no equivale necesariamente a “ilícito” y que, en definitiva, debe atenderse a las particulares circunstancias de cada caso concreto para decidir acerca de la legitimidad y admisibilidad constitucional

## VII La regla de exclusión en la Jurisprudencia Comparada<sup>79</sup>

### A) Reseñas jurisprudenciales

#### a) Estados Unidos de Norteamérica

1 Por imperio de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en términos generales, no puede admitirse judicialmente la prueba obtenida en violación a dicha enmienda<sup>80</sup>. La regla así gestada tiende a preservar la vigencia de la garantía a través de un *acto disuasorio* (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (CS EE.UU., “United States vs. Janis”, 1976).

2 “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos

---

de la prueba, resaltando la función niveladora del principio de proporcionalidad (ver, al respecto, lo anotado en las notas n° 75 y 76).

<sup>79</sup> Las citas y referencias del presente epígrafe fueron tomadas, en su mayoría, de MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Pruebas Ilícitas – Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 95 y ss. Todos los resaltados y subrayados me pertenecen y tienden a enfatizar, en cada caso, la idea fundamentadora de la doctrina del fallo. Vale la pena advertir que, lógicamente, a medida que se amplíe la búsqueda de precedentes jurisprudenciales sobre el tópico surgirán, naturalmente, nuevos y más variados argumentos sustentadores de la regla estudiada. Dejo librada la tarea a la iniciativa y a la inquietud intelectual del lector.

<sup>80</sup> La IV Enmienda reza: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expedirán mandamientos a dicho efecto, a menos que hubiese causa probable, apoyada por juramento o declaración que designe específicamente el lugar que ha de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya de apoderarse”.

*inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, **prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno***” (CS, EE.UU., “*Olmstead vs. United States*” (1928), voto en disidencia del Juez Oliver Wendell Holmes).

**3** “*Mantenemos que toda prueba obtenida mediante registros y ocupaciones con violación de la Constitución es, por la Constitución misma, inadmisibile... Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los Tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia*” (CS, EE.UU., “*Mapp vs. Ohio*”, 1961).

## **b) Canadá**

**1** “*Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizadas por la Carta Magna, la prueba quedará excluida si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, **su admisión en el proceso repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia*** (“*Therens*”, 1985, 4, *WWR*, 286; en igual sentido “*Rothman vs. R*”, 1981, 59, *CCC*).

2        *“La pérdida de prestigio de la Administración de Justicia se produciría por la convalidación de conductas inaceptables de las instancias investigadora y acusadora” (“R. vs. Collins”, 1987, 56 CR (3d) 193).*

**c) Inglaterra**

1        *“El carácter casuístico de la apreciación de la prueba ilícita, que habrá de ponderar todas las circunstancias concurrentes y los intereses en juego, y más que el perjuicio que su admisión pueda ocasionar al acusado, su negativa repercusión sobre la limpieza del proceso. Por lo demás, la regla de exclusión se extiende a cualquiera pruebas, y puede ser incluso apreciada de oficio, aunque lo común sea su depuración en virtud de la defensa” (Court of Appeal, “R. vs. Alladice”, 1988; en igual sentido: “R. vs. Murphy”, 1965, NI 136).*

**d) Italia**

1        *“Los actos ejecutados con **desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano**, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima” (TC Italiano, Sentencia N° 34, 06/04/1973).*

**e) España**

1 “Nuestra jurisprudencia ha establecido una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales. **La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por la vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución**, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14, CE) y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). (STC 49/96; en idéntico sentido SSTC 114/84; 107/85; 64/86; 80/90 y 85/94).

2 “No pueden los órganos judiciales conceder eficacia probatoria a una prueba obtenida ilícitamente. Deben los jueces y tribunales prescindir de la prueba obtenida ilícitamente, dada su nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental reconocido por la Constitución” (STC 85/1994).

3 “de las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que **los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales (...)**. El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues **sólo la prueba regularmente**

*obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria” (STC 86/1995, 6 junio, F. 2°).*

**4**       “*la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución)” (STC 114/1984, 29 noviembre, F. 2°).*

**5**       “*tal afectación (de los derechos fundamentales) se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad de las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad*

*que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual **nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido**” (STC 114/1984, 29 noviembre, F. 5º).*

**6**       *“aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (...). La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo” (...) debe considerarse prohibida por la Constitución” (STC 81/1998, 2 abril, F. 2º).*

**7**       *“la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un **proceso con todas las garantías y a la***

*igualdad de las partes* (arts. 24.2 y 14 CE); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)” (STC 49/1996, 26 marzo, F. 2º; STC 50/2000, 28 febrero, F. 2º; STC 69/2001, 17 marzo, F. 26º).

**f) Alemania**

**1** “No es un principio de la ley procesal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Esto tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado” (BGHSt, sentencia del 14/06/60).

**2** “El objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho es proceder contra el inculpado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana, garantizando, por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad. La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación” (BGHSt, 14, 358, 365).

**g) Australia**

**1** “Hay que valorar equilibradamente los intereses de la sociedad en la aprehensión de los culpables y en su persecución y condena, por una parte y, por otra, el repudio de cualquier conducta o subterfugio procesal que sea

contrario al **juego limpio**, o ilegales en el sentido de llevar consigo una naturaleza tal que ofenda los conceptos que importan a **la decencia democrática**” (“R. vs. Dugan”, 1984, 2 NSWLR 554).

#### **h) Costa Rica**

**1** “La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, niega convicción a la probanza lograda ilegítimamente con sustento en que **la investigación de un delito no justifica la comisión de otro para el descubrimiento del primero**, ni el Estado debe utilizar medios por él proscritos para investigar las conductas delictivas que se denuncian como cometidas” (ver Sala Constitucional CSJ de Costa Rica, Fallos: 0319-90; 0465-90; 0013-91; 0280-91; 0540-91; entre otros).

#### **i) Argentina**

**1** “Otorgar valor al resultado de un delito y apoyar en 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**” (CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino”, 10/12/81, Fallos 303:1938; en idéntico sentido: CSJN, “Fiorentino, Diego”, 27/11/84, Fallos 306:1752).

2 “La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el **derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional**” (CSJN, “Rayford, Reginald y otros”, 13/05/86, Fallos: 308:733).

3 “No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a **las garantías del debido proceso y de defensa en juicio**, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, **partiendo del estado de inocencia**, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida, tanto objetiva como subjetivamente...” (CSJN, “Gordon, Anibal y otro”, 04/10/88; Fallos, 311:2045).

4 “Entre dos intereses fundamentales de la sociedad -su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en **prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley**- ha sido resuelto dando primacía a este último” (CSJN, “Ruiz, Roque”, 1987, Fallos, 310:1847).

5 “Si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por

*ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la **búsqueda de la verdad** y torcer injustificadamente el **principio de justicia** que debe primar en todo pronunciamiento judicial” (CSJN, Fallos: 325:3118).*

## **B) Valoración de conjunto**

Del precedente repertorio de doctrina judicial es posible inferir el señalamiento elíptico y genérico de los posibles **fundamentos** que la jurisprudencia comparada le ha asignado a las *exclusiones probatorias*. Con fines analíticos, y sobre la base de la síntesis jurisprudencial delineada, podemos identificarlos y clasificarlos del siguiente modo:

- 1) *fundamento ético de la actuación estatal* <sup>81</sup>;
- 2) *proceso justo, debido proceso o proceso con todas las garantías* <sup>82</sup>;
- 3) *respeto de los derechos fundamentales* <sup>83</sup>;
- 4) *derecho a la presunción de inocencia* <sup>84</sup>;
- 5) *igualdad de las partes* <sup>85</sup>;
- 6) *respeto a la dignidad humana* <sup>86</sup>;
- 7) *legalidad de la actividad estatal* <sup>87</sup>;
- 8) *defensa en juicio* <sup>88</sup>;
- 9) *principio de justicia* <sup>89</sup>.

---

<sup>81</sup> Así, en Estados Unidos -a) 1; a) 2; a) 3-, Alemania -f) 1- y Canadá -b) 1 y b) 2-.

<sup>82</sup> Así, en Inglaterra -c) 1-, España -e) 7-, Australia -g) 1- y Argentina -i) 2-.

<sup>83</sup> Así en España -e) 1; e) 2; e) 3; e) 4 y e) 6-.

<sup>84</sup> Así en España -e) 3- y Argentina -i) 3-.

<sup>85</sup> Así en España -e) 5 y e) 7-.

<sup>86</sup> Así en Alemania -f) 2-.

<sup>87</sup> Así en Costa Rica -h) 1- y Argentina -i) 1-.

<sup>88</sup> Así en Argentina -i) 3-.

## VIII La regla de exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal de Salta

El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Salta (Ley N° 7690) dedica el Título II del Libro II (bajo el epígrafe “Investigación Penal Preparatoria”) a la regulación procesal de los “Medios de Prueba”. Tras cimentar la **legalidad de la prueba** en la exigencia combinada de su obtención lícita y su incorporación regular al proceso (Art. 281), establece el principio de **libertad probatoria** -tanto respecto de prueba típica cuanto de prueba atípica o innominada- (Art. 282), pone en cabeza de las partes acusadoras la **carga de la prueba** -responsabilidad probatoria de las partes e imposibilidad de que el tribunal disponga de oficio la producción o recepción de prueba- (Art. 283); determina la **responsabilidad probatoria** del Fiscal (Art. 284); precisa las condiciones probatorias de **pertinencia** (por la referencia directa o indirecta de la prueba al objeto de la averiguación y su utilidad para el descubrimiento de la verdad) y **valoración** -según el sistema de la *sana crítica racional*- (Arts. 285 y 286); y precisa las **exclusiones probatorias** (Art. 287), las **técnicas excluidas** (Art. 288) y la **documentación inadmisibile** (Art. 289).

Ya se dijo en su momento que las *exclusiones probatorias* constituyen una regla de garantía de rango constitucional que, como tal, pertenece más al derecho constitucional que al derecho procesal, y que, por ello, gozan de plena operatividad aun en caso de silencio de la legislación procesal, por emanar expresa o implícitamente de la Ley Fundamental del Estado Constitucional de Derecho. También se dijo algo acerca de que el derecho procesal, en general, y el derecho procesal penal, en particular, tienen

---

<sup>89</sup> Así en Argentina -i) 5-.

carácter reglamentario de las garantías constitucionales. En consecuencia, resulta atinado y ajustado a las reglas de formulación e integración procesal-constitucional que las leyes de enjuiciamiento o los códigos de procedimiento prevean de manera expresa el funcionamiento práctico de la regla de exclusión probatoria. Y ello es así, aun cuando lo más aconsejable, desde nuestro punto de vista, es que sean las propias constituciones las que recepten la regla de garantía, sin perjuicio de su ulterior reglamentación procesal.

Lo cierto y concreto es que la nueva ley de enjuiciamiento criminal de Salta regula las *prohibiciones probatorias* en los siguientes términos:

**Art. 287 – Exclusiones Probatorias. Carece de toda eficacia probatoria<sup>90</sup> la actividad cumplida<sup>91</sup> y la prueba obtenida<sup>92</sup> que vulnere garantías**

---

<sup>90</sup> Es el “efecto” típico, la consecuencia específica y concreta de las *exclusiones o prohibiciones probatorias*. Como ya se anticipara, en el derecho argentino corresponde construir la *regla de exclusión* combinando los aspectos más relevantes de los dos sistemas imperantes en la materia: a) angloamericano: “exclusión material” de la prueba del seno del proceso; b) continental-europeo: “prohibición de valoración, consideración y/o aprovechamiento procesal y epistemológico” de la prueba cuestionada. Por ello, en nuestro derecho corresponde hacer ambas cosas: excluir la prueba del proceso (sacarla, extirparla del proceso) a fin de impedir su valoración o consideración epistemológica y procesal (prohibición de valoración).

Asimismo, cabe decir que tal efecto compuesto o binario (exclusión-inaprovechabilidad procesal o invalorableidad) tiene eficacia ultra-activa o “*praeter processum*”, es decir, más allá de los limitados confines del concreto proceso en que se aplique y declare la regla. Ello es así, por el principio de *unidad del ordenamiento jurídico* (y sus postulados derivados de “antijuridicidad material y objetiva”) y por los principios que sustentan constitucionalmente a la garantía (*dignidad humana, debido proceso, defensa en juicio, inocencia, legalidad y proporcionalidad*). En consecuencia, la “prueba inconstitucional excluida y prohibida” no puede hacerse valer “nunca más” en ninguna otra instancia judicial o extrajudicial, pues queda extirpada para siempre del “mundo jurídico”; vale decir que no podrá rendir frutos en ningún tipo de proceso judicial, de cualquier fuero que sea (penal, civil, comercial, laboral, administrativo, etc.), como tampoco podrá tener virtualidad jurídica en un procedimiento administrativo o, incluso, en el seno disciplinario-laboral de una entidad de derecho privado.

<sup>91</sup> Tal enunciado de extrema laxitud comprende, a mi modo de ver, a las llamadas **Medidas de Investigación** (que tienen carácter “pre-probatorio” o preparatorio respecto de la prueba propiamente dicha) y que son “*aquellos actos de averiguación tendientes a orientar una pesquisa, obtener una hipótesis delictiva o conseguir elementos de prueba* (p. ej: búsqueda de testigos), actividad que, de tener un resultado positivo (encontrar testigos que conozcan sobre el hecho), podrá derivar en obtención de elementos de prueba (dichos del testigo) que se introducirán al proceso a través de un medio de prueba específico (la testimonial). De esta manera las medidas de investigación son previas a la obtención de evidencia (...)...las medidas de investigación son, en muchos casos, instrumentales respecto de la prueba, pero en sí mismas carecen de autonomía para fundar un conocimiento cierto o probable, por lo cual, **no pueden considerarse prueba en sentido estricto** (HAIRABEDIÁN, Maximiliano – GORGAS, María de

constitucionales. La invalidez o nulidad de un acto procesal realizado en violación de formas o garantías constitucionales o legales, comprende a la prueba o elementos de convicción que contenga<sup>93</sup>; pero **no se extenderá a otras pruebas de él derivadas**<sup>94</sup> que no sean consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción y a las que, en razón de su existencia material, se hubiera podido acceder por otros medios<sup>95</sup>.

Luego, el CPP reafirma la garantía del *nemo tenetur* al vedar cualquier atentado contra la libertad de autodeterminación consciente del imputado y declarar inadmisibles toda técnica que permita la **intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y archivos privados**, disponiendo la necesaria imposición de tales medidas por orden judicial (Art. 288: Técnicas Excluidas).

El Art. 289 sienta que las imágenes, grabaciones o registraciones obtenidas por las partes a partir de una “intromisión” de las señaladas, “no podrán ser incorporadas a la IPP”.

De la precitada norma y del Art. 285 del CPP (Prueba Pertinente: Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un **medio prohibido**) surge que el código opta generalmente por la sanción de **inadmisibilidad de la prueba**

---

los Milagros, “Cuestiones prácticas sobre la investigación penal”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 60; los resaltados me pertenecen).

<sup>92</sup> Se refiere a la “prueba” en el momento genésico de su “obtención, adquisición o recopilación” (antes de su “incorporación” al proceso), que es aquél en el cual rige el principio de *legalidad sustancial* (ver lo tratado en pp. 15, 16 y 17 de este trabajo).

<sup>93</sup> Sienta la pauta de “**invalorabilidad, inutilidad e inaprovechabilidad**” de la prueba ineficaz.

<sup>94</sup> Fija el principio de “inextensibilidad de la prueba ilícita”.

<sup>95</sup> Alude implícitamente a la **doctrina de los frutos del árbol venenoso** (como extensión de la regla de exclusión: “...no se extenderá a otras pruebas de él derivadas que no sean consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción...” -de modo que si son consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción son, efectivamente, “frutos” del árbol venenoso y resultan alcanzados por la mentada ineficacia probatoria) y a la **excepción de la fuente independiente** (en mi opinión: la “excepción” mas seria y admisible desde el punto de vista constitucional).

ilícita y que erige a la **inviolabilidad de la intimidad** como criterio o condición de admisibilidad de la prueba.

## **IX Conclusiones**

1 En estas líneas epilogales pretendo solamente esbozar algunas breves reflexiones finales con el objeto de integrar el desarrollo conceptual esencial de este modesto trabajo en unas pocas ideas directrices, a fin de no incurrir en una hastiosa y estéril reiteración de axiomas y principios ya tratados.

A partir de una adecuada interrelación de las funciones primordiales que cumple la prueba en el proceso penal con los postulados probatorios más importantes que analizáramos tan someramente, es posible concluir que la *verdad procesal o forense* representa la mejor aproximación “posible” a la *verdad real o histórica*, entendiendo tal “factibilidad reconstructiva” no sólo desde un punto de vista material-empírico-experimental, sino, antes bien, incluyendo en esta idea de *posibilidad* a los impedimentos constitucionales que obstaculizan legítimamente el descubrimiento de la verdad en el proceso penal. Es que en el Estado Constitucional de Derecho la verdad debe ser, antes que *verdadera*, “legal” (en un sentido “sustancial”, no meramente formal); es por ello que la obtención de la evidencia debe procurarse y lograrse en un marco de *estricta legalidad* y de respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales (*estricta eticidad*). Siempre y en todo caso, debe rendirse admirado y perenne homenaje a la sacralidad ontológica de la persona humana y a sus atributos connaturales; en esto consiste lo que podríamos llamar la *deontología probatoria y procesal* (como parte especializada de la “deontología jurídica”) que da vida lógica y gnoseológica a la idea de “prohibición probatoria”.

Por ello, es importante destacar el rango garantista y meta-procesal de las *exclusiones probatorias* y de su eficacia refleja, a efectos de que operen como verdaderas garantías de la legalidad y legitimidad constitucional del proceso y de toda actuación estatal que afecte, altere o restrinja de cualquier modo derechos subjetivos.

En esa noción de dignidad humana se asienta el *principio de inocencia* y su corolario inseparable: la máxima *in dubio pro reo*. Ambos postulados deben iluminar siempre todo estado y grado del proceso penal y todo estadio de la labor científica, académica y dogmática, para reforzar y potenciar la concepción liberal del derecho penal y contrarrestar el creciente avance expansivo del *derecho penal y procesal penal del “enemigo”*. En esta última corriente del pensamiento penal parece resurgir con nuevos ímpetus el espíritu antropológico y sociológicamente renegado y pesimista que pervive en el célebre aforismo hobbesiano: “*el hombre es lobo del hombre...*”.

2 A partir de una concienzuda y convincente toma de postura respecto de la naturaleza jurídica de las *prohibiciones probatorias* y de su concreto andamio práctico-operativo (en el sentido que le hemos dado en esta monografía), resulta imprescindible advertir al lector acerca de la necesidad de velar constantemente y con atenta y diligente precaución por el funcionamiento “normal” y adecuado de la *regla de exclusión probatoria* (y de sus *excepciones*), a efectos de prevenir y evitar su invocación antojadiza e irresponsable a los solos fines de sostener mejor una determinada estrategia defensiva o una concreta teoría del caso. En fin, debe rechazarse toda forma de *fraude procesal* o de *abuso del proceso*, evitando la utilización de la regla con fines obstructivos del normal desenvolvimiento procesal.

Algo se ha dicho en esta tesina acerca de la íntima semejanza conceptual y funcional entre las *prohibiciones probatorias* (que son “garantías constitucionales”) y las *nulidades* (que son “sanciones procesales”). Permítaseme, entonces, echar mano a la

retórica para decir lo que digo a través de la figura insistentemente enfática del *epímone* y coronar “el epílogo de mi *epílogo*” con las palabras admonitorias de Manzini, para hacer, a partir de ellas, una argumentación analógica extensiva a la *regla de exclusión*: **“Las sanciones de nulidad no son trampas tendidas a la buena fe del juez, del ministerio público y de las partes privadas, como muestran creer ciertos leguleyos de baja esfera...No se juega a las nulidades como a la gallinita ciega...”**<sup>96</sup>.

Siguiendo las enseñanzas del ilustre jurista italiano, afirmo: las *exclusiones probatorias* no son trampas mortales tendidas a la buena fe de las personas en general (cualquiera sea el rol protagónico que cumplan frente a la prueba); no pueden degenerar en meros escollos formalistas a la normal sustanciación de los procedimientos, ni deben ser convertidas en “útil” formulismo burocrático rayano en el más vituperable y censurable *exceso ritual manifiesto*.

**3** Fundado en el convencimiento de que *el saber es un fenómeno eminentemente social* y esperanzado en que estas humildes líneas puedan motivar la reflexión crítica que aviva la curiosidad intelectual genésica del auténtico conocimiento, deseo que mi aporte sea un eslabón más en la interminable cadena de la ciencia jurídica. Como bien se ha dicho: *“Un buen trabajo dogmático es aquel que nos presenta ideas que nos obligan a pensar. Son ideas que estimulan nuevas ideas. Se puede coincidir o no con el autor; ello es cuestión menor, lo importante es la irrepetible aventura del pensamiento. Tenemos que acostumbrarnos a disentir, a pensar sin cadenas. Las uniformidades en el campo científico sólo conducen a repeticiones inútiles, a producciones mediocres; los avances son obra del pensamiento libre, creativo”*<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. EJE, Buenos Aires, 1952, T. III, p. 102.

<sup>97</sup> PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro “La revisión en materia procesal penal”, de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 18; con remarcado propio.

## X

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, “Prueba en materia penal”, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- ASENCIO MELLADO, José María, “Prueba Ilícita: declaración y efectos”, en “Problemas actuales de la justicia penal”, obra colectiva dirigida por Nicolás González-Cuéllar Serrano y coordinada por Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortíz Pradillo, Madrid, Colex, 2013.
- BACIGALUPO, Enrique, “El debido proceso penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, LA LEY, 2010, T. II.
- BELING, Ernst, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Miguel Fenech, Buenos Aires, DIN, 2000.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Derecho Penal y Constitución”, en la obra colectiva “Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal”, Madrid, Iustel, 2010, t. I -Introducción al Derecho Penal-.
- BETTIOL, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Penal y Procesal”, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, BOSCH, 1977.
- BIDART CÁMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, EDIAR, 1969, T. II.
- CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “La Prueba en el Proceso Penal”, Buenos Aires, ABELEDO PERROT, 2011.
- CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado”, Córdoba, Mediterránea, 2003, T. I.
- CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. y CELS, Buenos Aires, 2011.
- CARRÍO, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, EDIAR, 1960, T. I.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal”, Buenos Aires, Depalma, 1983, T. II.

- CORDERO, Franco, "Procedimiento Penal", traducción de Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá – Colombia, TEMIS, 2000, T. I.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando, "Exclusión de la Prueba obtenida por medios ilícitos", trabajo publicado en "Nueva Doctrina Penal 1999/A", Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999.
- ELLERO, Pietro, "De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal", traducción de Adolfo Posada, Madrid, REUS S.A., 1980.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Madrid, Trotta, 2005.
- FLORIÁN, Eugenio, "De las Pruebas Penales", traducción de Jorge Guerrero, Bogotá, TEMIS, 1976, T. I.
- FLORIÁN, Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal", traducción de L. Prieto Castro, Barcelona, BOSCH, 1933.
- FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", traducción de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2005.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, "Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal", traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá, TEMIS, 1978, Vol. I.
- GÓMEZ, Claudio Daniel, "Constitución de la Nación Argentina – Comentada – Concordada – Anotada", Córdoba, Mediterránea, 2007.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal", Buenos Aires, AD-HOC, 2010.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano – GORGAS, María de los Milagros, "Cuestiones prácticas sobre la investigación penal", Córdoba, Mediterránea, 2004.
- JAUCHEN, Eduardo M., "Derechos del Imputado", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- JAUCHEN, Eduardo M., "Tratado de la Prueba en Materia Penal", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- MAIER, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, T. I - Fundamentos-.
- MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III - Parte General - Actos Procesales-.

- MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, 1952, T. III.
- MIR PUIG, Santiago, “Bases Constitucionales del Derecho Penal”, Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Ramón Serrano-Piedecabras, nº 1, Madrid, Iustel, 2011.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Pruebas Ilícitas – Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
- MINVIELLE, Beradette, “La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal”, *opúsculos de derecho penal y criminología n° 25*, Córdoba, Lerner, 1987.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, trabajo publicado en “Revista Catalana de Seguretat Pública”, Mayo de 2010.
- MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, traducción de Primitivo González del Alba, Buenos Aires, FD - Fabián Di Plácido, 1999.
- MORELLO, Mario Augusto, “El proceso justo”, Buenos Aires, LEP, 1994.
- PASTOR, Daniel, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, obra colectiva publicada en Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Lerner, 2001.
- PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro “La revisión en materia procesal penal”, de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Córdoba, Mediterránea, 2005.
- ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, en AA.VV., “ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA”, voz “Juicio de Amparo”, T. XVII, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1969.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Lerner, 1969, T. I.