

# PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

DIOMEDES GUILLERMO ROJAS BUSELLATO<sup>1</sup>

## Introducción

El derecho penal prevé un elenco de tipos penales, los cuales contienen normas prohibidas o imperativas cuya trasgresión se amenaza con una sanción (criminalización primaria).

Sin embargo el derecho penal no es de aplicación directa sino que necesita del derecho procesal penal para poder aplicar la sanción conminada en forma abstracta al caso concreto (criminalización secundaria).

Ahora bien, por mandato constitucional, la única forma de aplicar una sanción es a través del debido proceso penal, donde se deben respetar las garantías de la defensa en juicio de todas las partes que en el intervienen.

Así pues, en el proceso penal (y en general cualquier tipo de proceso) como instrumento para afianzar y realizar la justicia, no puede valerse de cualquier medio para alcanzar sus fines (descubrimiento de la verdad y aplicar la ley sustantiva), sino que en la búsqueda de estos, solo debe emplearse aquellos que han sido colectados respetando los derechos y garantías constitucionales, de lo contrario la justicia en lugar de afianzarse se termina desmoronando.

De modo tal que la Constitución impone que los funcionarios públicos que intervienen en el proceso penal –como única herramienta que legitima el uso del poder punitivo del estado– actúen respetando los derechos y garantías de los sujeto privados.

Esta afirmación que hoy parece de perogrullo a la luz de la evolución de nuestro derecho constitucional (y tratados internacionales de derechos humanos a esta incorporados), sin embargo en el desarrollo de este trabajo se verá como los órganos del estado (principalmente la policía), constantemente intentan filtrar en el proceso pruebas obtenidas ilícitamente en su afán de buscar la “verdad”.

<sup>1</sup> Jefe de Trabajos Prácticos, Derecho Procesal Penal, Cátedra “A”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

Sin embargo será muy difícil llegar a la verdad de esta manera, puesto que la prueba ilícita es generalmente peligrosa y engañosa, debido a que al violarse derechos individuales nunca puede creerse en su fidelidad (por ejemplo, al arrancarse la confesión bajo tortura, nunca podremos saber si el imputado dijo la verdad, o simplemente dijo lo que el policía quería escuchar para terminar con su padecimiento).

Así pues, al entrar en juego en el proceso penal dos tipos de intereses, uno, el estatal de reprimir el fenómeno criminal, y otro, el interés particular por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica, debe buscarse siempre el equilibrio de modo tal de armonizar dichos intereses. En consecuencia, el estado no puede tener “las manos sucias”, al aplicar la ley, puesto que si a la violencia generada por el delito cometido le sumamos la violencia cometida por la investigación ilícita el valor “justicia” se destruye por completo.<sup>2</sup>

Claro está que si admitimos la tortura, la violación de la correspondencia, del domicilio, etc. tendremos más delincuentes sancionados, sin embargo no son las reglas de exclusión la que determinan que ciertos culpables no sean penados, sino la propia Constitución, la que impone que solo se puede aplicar una pena a través de un proceso legal y respetuoso de los derechos y garantías individuales en ella consagrados.

## **Objetivos del trabajo**

Con esta obra no se pretendió agotar un tema tan vasto y complejo que aborda, sobre el cual no hay consenso en la doctrina sobre mucho de sus tópicos, sino que se persigue un objetivo mucho más modesto, es decir dar un panorama actual del tema, abordando su problemática y expresar una postura personal en algunos puntos, a fin de simplificar el análisis apuntando principalmente a complementar los tratados y manuales clásicos de derecho procesal penal que no tratan el tema (principalmente por lo novedoso de la cuestión), viéndose los alumnos –principales destinatarios de esta obra– en la dificultad de conseguir material de estudio.

Pero también se pretende despertar el interés en el lector, y su espíritu crítico, a fin de que con las primeras herramientas que se le dé en este traba-

<sup>2</sup> Es decir implicaría un contrasentido tan grande como si para combatir al canibalismo nos comiéramos a los canibales.

jo, pueda profundizar el tema y reflexionar sobre éste elaborando un criterio propio en alguno de sus tópicos más salientes.

### Puntos de partida

Como primer punto en el análisis de nuestro objeto de estudio, se debe hacer primero ciertas precisiones terminológicas, puesto que los abogados, e incluso la misma doctrina utiliza los términos: “Prueba Ilícita”, “Prueba ilícitamente obtenida”, “Prueba Ilegal”, “Prueba prohibida”, y otros como expresiones sinónimas cuando en realidad no lo son.<sup>3</sup>

Entonces antes del desarrollo del trabajo se realiza una “prelación de conceptos que permita ir del género a la especie y nunca a la inversa”, de modo tal de facilitar el análisis.

Así pues, la doctrina generalizada en nuestro país (Miranda Estrampes, Jauchen y Cafferata Nores), consideran a la prueba prohibida como género y prueba ilegal e ilícita como especies, de acuerdo al siguiente esquema:



De acuerdo a ello la prueba prohibida sería aquella que tiene una limitación jurídica para su obtención y valoración; es decir aquella que ha sido obtenida por un procedimiento contrario a la ley o que en sí misma resulta prohibida por la ley.

De ello se desprende que la prueba puede ser prohibida por dos motivos:

- ◆ **Por el procedimiento utilizado:** Ej. Testigo al que no se le toma juramento, reconocimiento de objetos, que no han sido previamente descriptos, etc.

<sup>3</sup> Manuel Miranda Estrampes, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal” – Pag. 1 – Bosch Editores – Barcelona – 2005.

<sup>4</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, pág. 308, Ediar, 2000.

- ♦ **Por sí misma:** Ej. Violación a la regla que prohíbe probar la verdad de la injuria (art 111 C.P)

Es decir que será prohibida toda aquella prueba que transgreda al ordenamiento jurídico, cualquiera sea el orden jerárquico de la norma conculcada (es decir, que provenga de la Constitución, tratado internación, ley nacional, ley provincial, etc.).

Ahora bien la prueba prohibida es **ilegal**, cuando en sí misma o en el procedimiento de su producción, se viole alguna norma o principio infra constitucional (ya sea de fondo o forma), y será **ilícita** aquella que en el camino de su producción haya conculcado la C.N. o tratados de igual jerarquía.<sup>5</sup>

En síntesis, **prueba ilícita** es toda aquella que en sí misma o en el procedimiento de su producción, viole normas o principios que deriven de la Constitución, tratados de rango constitucional.<sup>6</sup>

### Exclusión Probatoria

De lo dicho se desprende que ante la tentativa de introducir en el proceso una prueba ilícita o bien ante el ingreso de esta, se debe necesariamente producir una reacción a fin de provocar su rechazo *ad initio* o su extirpación *ad posteriori*, es lo que se dio a llamar reglas de exclusión probatoria (o “*exclusionary rule*”, como se conoce en el derecho norteamericano donde se origina la expresión).

Entendiéndose por tal, a ciertos axiomas o postulados elaborados por la Jurisprudencia y la doctrina para señalar casos de ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida.

<sup>5</sup> Sin embargo advertirá el lector que muchas veces esta distinción no se patentiza, por cuanto el procedimiento previsto por la ley para la incorporación válida del elemento de prueba al proceso (medio de prueba), siempre tiene en miras, aunque sea en forma mediata, la reglamentación del debido proceso e inviolabilidad de la garantía de la defensa.

<sup>6</sup> Esta es la posición restringida de prueba ilícita a la que adhiero, por oposición a la tesis amplia en la que se enrolan algunos autores, en las que a su vez se podrían subdividir las posturas entre quienes expresan tesis extremas – como la de Silva Melero – llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la *dignidad humana*, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones – como la de Perrot – señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, cualquiera sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina. se identifican con la concepción de prueba prohibida que explique más arriba.

## Origen de las reglas de exclusión

Respecto a este punto se entiende en forma unánime que su origen ha sido pretoriano, pero allí termina el consenso por cuanto la doctrina se ve polarizada en cuanto a si fue aplicada por primera vez en los Estados Unidos o en nuestro país.

El autor Maximiliano Hairabedián, en su obra “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal”, sintetiza la evolución histórica del instituto concluyendo que el origen más remoto conocido de las reglas de exclusión data de un fallo recaído in re “Boyd”, de 1886, aunque expresa que suele señalarse por la doctrina que el primer antecedente sería el caso “Weeks v. US” de 1914.

En nuestro país, por lo general, existe acuerdo en la doctrina que entiende que el caso donde se aplica por primera vez las reglas de exclusión es “Charles Hnos”, dictado por la Corte Suprema en 1891.

Ahora bien, más allá que la disputa por el título de “pionero” en tratar la cuestión gire entre nuestro país y Estado Unidos (cuya victoria depende de que caso sea tomado como el primero Boyd o al caso Weeks vs. US), lo cierto es que nuestro país estuvo entre los primeros en tratar la cuestión.

Sin embargo, la Corte luego se llamó a silencio por casi un siglo, volviendo recién a pronunciarse sobre el tema en el caso “Montenegro”; luego vinieron los casos “Fiorentino”<sup>7</sup> y Barbieri. En estos casos la policía había obtenido pruebas de la comisión de un delito a partir de procedimientos contrarios a preceptos con jerarquía constitucional (en Montenegro por apremios ilegales y en los demás por allanamientos ilegales).

En Europa continental fue distinta la evolución del instituto, por ejemplo en España la jurisprudencia se ha pronunciado por primera vez admitiendo las reglas de exclusión en el año 1982.

En Inglaterra, por el contrario, la jurisprudencia desde hace mucho tiempo se venía pronunciando sobre el tema, rechazando las reglas de exclusión. Lo más llamativo es que en la cuna del régimen acusatorio moderno, se haya

<sup>7</sup> Nota Fiorentino (Fallos 306:1752) del año 1984, en el que el tribunal ratificó el fundamento esbozado en Montenegro, a la par que introdujo la teoría del fruto del árbol venenoso, resolviendo la exclusión como elemento probatorio de un secuestro de droga, realizado en el marco de un allanamiento ilegítimo, señalando que no podía hacerse valer contra el imputado la evidencia obtenida con afectación de las garantías constitucionales, ya que compromete la administración de justicia al constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito.

obrado con un sentido pragmático, privilegiando la investigación en desmedro de los derechos y garantías individuales.

El profesor Hairabedián, en la obra analizada, señala un precedente de 1861 –reiteradamente citado en fallos que versan sobre esta cuestión–, donde extracta una curiosa frase acuñada por el Juez Crompton: “*No importa como haya sido obtenida una prueba, ni aún siquiera si hubiese sido robada*”, significando con ella, que no importaba de qué manera llega la evidencia al proceso, o sea, que el fin justificaba los medios.<sup>8</sup>

Sin embargo, con posterioridad la jurisprudencia inglesa fue introduciendo de a poco el instituto, primero tímidamente señalando la posibilidad de aplicación en un *obiter dictum* de algunos fallos, y luego finalmente en 1984 en el caso “*Police and Criminal Evidence Act*”.

Por último, solo resta aclarar, que la doctrina generalizada entiende que las reglas de la exclusión probatoria surge de la doctrina denominada “del fruto del árbol venenoso” (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”), sin embargo de acuerdo al autor que venimos comentando (y cuyo criterio comparto de acuerdo a la investigación personal realizada), ésta doctrina vio la luz por primera vez en el caso “Nardote”, 1939, es decir mas de un lustro después de haberse aplicado reglas de exclusión en Estado Unidos y nuestro país.

Es decir, que la pionera en tratar el tema fue la jurisprudencia, siendo Beling quien en 1903 recién estudia por primera vez esta cuestión en la doctrina.<sup>9</sup>

### **Fundamentos de las reglas de exclusión**

Hoy en día es pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia en admitir las reglas de exclusión probatoria, sin embargo no existe consenso en cuales son los fundamentos de su admisión.

Sin perjuicio de ello, extracto alguno de los fundamentos a continuación.

**La Promoción de Resultados Precisos.** Este argumento radica en la inseguridad conviccional que trae aparejado este tipo de pruebas. Es decir, la sospecha en la credibilidad que puede tener una prueba ilícitamente obtenida.

<sup>8</sup> Hirabedián, ob. Cit., pág. 34

<sup>9</sup> En su obra “Las Prohibiciones probatorias como limites de la averiguación de la verdad”.

Por ejemplo, la credibilidad que puede llegar a tener un imputado en su confesión mediante tortura, toda vez que resulta sumamente difícil determinar si dijo la verdad o simplemente “confesó”, para salir del mal trance.

**Cuestiones Éticas.** La razón finca en que el estado, no puede valerse de la ilegalidad para la investigación de los delitos, piénsese en el descrédito de los jueces ante la opinión pública de valerse de la ilicitud para investigar un delito.

Este fue el argumento de la CSJN en Montenegro y Fiorentino, donde se dijo: “otorgar valor al resultado de un delito (se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba) y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”.<sup>10</sup>

**Función Preventiva.** Se aduce por sus sostenedores que las exclusiones probatorias operan como disuasivas de conductas ilegales de los funcionarios públicos (principalmente los policiales) ante su expectativa de que toda su labor se vendrá abajo si no cumplen con la ley.

En este punto se estaría dando un sentido funcional preventivo, a fin de disuadir a los funcionarios que actúan ilegalmente bajo la amenaza de invalidar los actos probatorios obtenidos.

Sin embargo, la crítica de la que se hace pasible este fundamento es que sus resultados no son empíricamente demostrables, y que el funcionario que colecta prueba ilegalmente solo ve como una posibilidad futura y remota la invalidación de su actividad, careciendo en la práctica de fuerza disuasiva.

**Insuficiencia de sancionar el abuso.** Se dice también en el caso de la obtención ilegal de pruebas no basta con sancionar al investigador que comete el abuso, sino que además debe invalidarse los actos que son fruto de la ilegalidad.

Es decir, no alcanza simplemente con sancionar al funcionario, sino también debe sancionarse a través de la invalidación el fruto de su obra, puesto que de lo contrario las garantías constitucionales no tendrían verdadera tutela y se conviertan en una entelequia, no sólo se debe castigar la violación

<sup>10</sup> Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal” pág. 153.

domiciliaria, sino también prescindir de la prueba obtenida en esas ilícitas condiciones.<sup>11</sup>

***Es preferible la impunidad.*** Este argumento se centra en que es preferible perder una prueba obtenida ilegalmente, aún con el alto costo que implica la impunidad de un delito, ante la necesidad de reafirmar la vigencia de las garantías constitucionales. En realidad, la preferencia por la impunidad del delito es la “sanción” que el ordenamiento jurídico impone cuando se obtiene una prueba violando una garantía constitucional; la impunidad del delito es el “costo” por la obtención ilegal de las pruebas en el proceso penal.<sup>12</sup>

**La reparación del perjudicado.** La exclusión sirve para reparar el daño causado a la persona perjudicada por la infracción constitucional.<sup>13</sup>

Estos son algunos de los argumentos sostenidos para la reafirmación de las reglas de exclusión, sin embargo también se han levantado voces, en su contra, de los cuales podemos extraer algunos de sus argumentos:

**1) *Un delito no justifica otro delito:*** es decir que la comisión de un delito por parte de los funcionarios no justifica la impunidad y dejar libre a un culpable.

**2) *Costo social:*** también se critica el alto costo para la sociedad de que por un mero “tecnicismo procesal” un peligroso delincuente puede recuperar su libertad; dicho argumento es el que impera en la opinión pública<sup>14</sup> que pretende a toda costa la aplicación de la pena (“que el imputado pague por lo que hizo”), sin importar a que costo o que garantías se violan en el camino.

También se han dado otros argumentos, como por ejemplo el supuesto entorpecimiento de la labor de la justicia, el alto precio que debe pagar la sociedad por este remedio procesal<sup>15</sup>, etc.

<sup>11</sup> Edwards, Carlos Enrique, “La Prueba Ilegal en el Proceso Penal”, págs.61-62.

<sup>12</sup> Edwards, *op. cit.*, págs.64-66.

<sup>13</sup> El profesor Hairabedián indica que este es el argumento se encuentra presente en el análisis en el pensamiento de Binder cuando expresa: “La idea de sanción responde de un modo muy pobre ala función de las formas y al régimen de la nulidad dentro del proceso penal. La actividad Judicial que se desencadena a partir del signo de afectación de un principio (defectos formales) es antes que nada reparador y sólo en último término sancionadora”.

<sup>14</sup> De bajo nivel de cultura jurídica y atizada por alguno medios de comunicación que mal informan.

<sup>15</sup> Carrió, ob. Cit., pág 153.

## La doctrina del fruto del árbol venenoso

Como se explicara más arriba, esta doctrina tuvo su origen en los Estados Unidos en el caso “Weeks”, en pocas palabras ello implica que si practicó el procedimiento violando garantías constitucionales, la invalidación del acto originalmente ilegal, traerá aparejada la invalidación de todos los actos que son su consecuencia.

Es decir que los “frutos” del acto ilegal se teñirán al igual que éste de ilegalidad, debiendo ser invalidados con él.

Ejemplo, si producto de una escucha telefónica ilegal se da con un cargamento ilegal de estupefaciente. En este caso la invalidación de la escucha telefónica también acarreará la nulidad del secuestro de la droga por ser una consecuencia de esta.

## Excepciones a las reglas de exclusión

Ahora bien, debe notarse que la aplicación extremadamente laxa de las reglas de exclusión puede llegar a traer consecuencias indeseadas en el proceso, por lo que se elaboró en la doctrina y la jurisprudencia excepciones a dicha regla.

Las excepciones fueron exhaustivamente estudiadas por el Profesor Hairabedián,<sup>16</sup> por lo que a continuación iré enumerando las excepciones más importantes y se hará una breve explicación con ejemplos para una mejor comprensión:

**1) La fuente independiente:** no se aplicará la regla cuando el resultado probatorio alcanzado con la prueba ilegal, también se hubiese podido conseguir a través de medios probatorio provenientes de otro cause de investigación.

Ejemplo: Por medio de una confesión bajo tortura se encuentra en un vehículo cargamento de estupefaciente, con el cual también se hubiese podido dar por medio de la declaración de un testigo clave que depuso en la causa.

**2) El hallazgo inevitable:** no se aplicarán las reglas de exclusión, cuando el resultado probatorio alcanzado hubiese podido ser conocido por otros caminos que en el futuro se presentarán. Es decir, cuando la prueba obtenida

<sup>16</sup> Donde podrá ampliarse el estudio de las mismas, atento a que estos tópicos no serán abobados in extensu en esta oportunidad por exceder el objeto del trabajo.

ilegalmente por sus características habría sido encontrada de todas maneras tarde o temprano.<sup>17</sup>

Siguiendo el ejemplo anterior: por medio de confesión bajo tortura se encuentra un vehículo cargado de estupefaciente, con el cual se hubiese podido dar **si en el futuro** deponía un testigo calve.

La diferencia con la excepción de la “fuente independiente”, radica en que ésta se trata de una fuente presente, en cambio el “hallazgo inevitable”, hace alusión eventual fuente futura.

Ello trae aparejado un problema interpretativo, ¿Cuál debe ser el grado de convicción exigible de que esta prueba será hallada en el futuro?

Esta excepción ha sido frecuentemente criticada, así Díaz Cantón entiende que viola el principio de in dubio pro reo derivado del de inocencia, ya que el descubrimiento inevitable he hipotéticamente factible pero no seguro, lo cual deja dudas respecto de su eventual hallazgo. También Maier las ha cuestionado, por que “la doctrina que funda la excepción no solo reduce, en la práctica, la aplicación del principio, sino que además, deja de lado uno de los argumentos especulativos que lo fundó: el argumento ético relativo a que el Estado no puede aprovecharse de un acto ilícito producido por los órgano dependiente de él, establecidos para cumplirlo, pero, además, reduce también sensiblemente el otro argumento, preventivo o docente.<sup>18</sup>

3) **La buena fe:** esta excepción ha sido elaborada por la Corte Suprema de Estado Unidos, las reglas de exclusión no operan en los casos en que el elemento de prueba ha sido obtenido ilícitamente, pero fruto de la actuación de buena fe del funcionario.

El fundamento para admitir la prueba estaría en que carece de sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho.<sup>19</sup>

Por ejemplo: Un efectivo policial aprende a un sospecho y lo requisas creyendo que entre sus vestimentas tiene oculta un arma (requisas urgente art. 189 inc.C.P. P.), pero encuentra que tiene estupefacientes.

En nuestro país no existen fallos que expresamente lo recepten, aunque el profesor Hairabedian, señala que en “Rasuk”, la Corte Suprema de Justicia,

<sup>17</sup> Carrió, ob. Cit. Pág. 180.

<sup>18</sup> Hirabedián, ob. Cit. pág. 76/77.

<sup>19</sup> Carrió, ob. Cit. Pág. 180

implícitamente lo acoge, aceptando el valor de un procedimiento ordenado por un juez incompetente porque se desconocía tal situación.

Sin embargo la crítica más importante a esta excepción es que puede llegar a alentar la inoperancia o negligencia de los funcionarios en la actividad investigativa (no tomando los recaudos del caso para evaluar la situación, como en el ejemplo que se indicó), a sabiendas de que la prueba no podrá ser excluida, y por otra parte resulta sumamente dificultoso probar en el caso concreto la buena o mala fe del funcionario.

4) **La doctrina del “tinte diluido”**: esta es una regla inversa a la teoría del furto del árbol venenoso, en este caso los actos que son fruto de la prueba obtenida ilegalmente poseen un grado de mediatés o lejanía con esta, que disemina el vicio (diluye el veneno) haciéndole perder su fuerza invalidatoria.

Ejemplo: se allana ilegalmente un domicilio donde se encuentra una correspondencia por el cual un sujeto “A”, informa al morador de la vivienda “B” que “C”, estaría por transportar estupefaciente, la policía interroga a “B”, quién en forma libre y voluntaria declara que las circunstancias de tiempo lugar y modo en que “C” trasladará la sustancia.

En este supuesto, la ilegalidad (allanamiento ilegal) estaría interferida por otra prueba lícita (la declaración de “C”), que diluye el “tinte” de esa ilegalidad.

5) **Ilegalidad que beneficia al imputado**: el régimen de exclusiones probatorias ha sido concebido teniendo en cuenta proteger la vigencia efectiva de las garantías constitucionales<sup>20</sup>, de modo tal que cuando el producto de la prueba ilegal beneficia al imputado pierde todo fundamento.

Ejemplo: si producto de un allanamiento ilegal, se encuentra prueba que beneficia al imputado, esta puede ser utilizada en su favor, puesto que lo que se pretende con las reglas de exclusión es la protección de las garantías del imputado, las cuales nunca serán afectas cuando el fruto de la ilegalidad es utilizado en su beneficio.

6) **Principio de proporcionalidad**: utilizado para situaciones especialmente graves donde la proporción entre el bien que se salva resulta superior a la garantía constitucional que se sacrifica.

<sup>20</sup> Hairabedián, ob. Cit. Pág. 89.

Ejemplo: admitir el elemento de prueba que surge de la confesión bajo tortura a un terrorista para que indique donde puso la bomba, evitando con ello la muerte de numerosas personas.

Sin embargo habría en este punto que separar dos cuestiones: siguiendo el ejemplo anterior, hay que distinguir por una lado, la justificación de la tortura (se sacrifica un bien jurídico de menor jerarquía para salvar otro mayor jerarquía), y por otro lado la utilización como prueba del dato obtenido como su fruto.

Entiendo, que si bien desde el punto de vista de la dogmática penal el hecho puede hallarse justificado, ello no permite que desde el punto de vista procesal pueda utilizarse el elemento de prueba obtenido, de lo contrario podría abrirse peligrosamente la puerta a la incorporación de pruebas ilícitas, en tanto y en cuanto el bien jurídico salvado sea superior al perjudicado (cuestión que en muchos casos resultará sumamente difícil de determinar).

7) **Teoría del riesgo:** ha sido creada principalmente para poder validar prueba obtenida mediante micrófonos o cámaras ocultas, escuchas telefónicas, infiltrados, etc., su justificativo reside en el riesgo que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este.<sup>21</sup>

Ello se traduce en que la prueba podrá ser admitida en tanto y en cuando quién practicó la formación o grabación haya capturado una declaración espontáneamente realizada, mas no se admitirá si la grabación o filmación se haya hecho clandestinamente sin el consentimiento de algún participante de la escena registrada y sin orden judicial.<sup>22</sup>

El fundamento para validar esta prueba, radicaría en que quién revela un delito a otro sujeto asume el riesgo de que éste pueda divulgar en su contra la noticia.

Sin embargo, la crítica más acertada que hace la doctrina, es que no son los mismos recaudos que tiene un sujeto cuando simplemente charlo con otro —aunque este luego pueda reproducir la conversación—, que cuando un sujeto sabe que se lo está filmando, gravando, etc., puesto que en el primer caso puede contradecir el testimonio pero en el segundo no.

Por otra parte, no puede entenderse que el imputado ha expresado libremente su consentimiento, puesto que si bien en el desarrollo de la conversación hizo una autodelación voluntaria, sin embargo no consintió la registración de

<sup>21</sup> Hirabedián, ob. Cit. Pág. 102.

<sup>22</sup> Hirabedián, ob. Cit. Pág. 102.

la escena, lo que en el fondo encierra un engaño que termina conculcando el principio de la “no autoincriminación”.

Distinto es el caso de las filmaciones practicadas en lugares público (v.g. bancos, negocios, estaciones de peaje, etc.), donde se anuncia que se está filmando o bien de práctica común que existan cámaras de circuito cerrado, en este caso el sujeto voluntariamente asume el riesgo de ser filmado, de moto tal que no se afecta el principio “nemo tenetur”.

Sin embargo en este punto debemos hacer referencia al escaso valor probatorio que puede llegar a tener las filmaciones y grabaciones, ante la posibilidad de la manipulación de las imágenes y sonido por vía de la edición del material, y la dificultad técnica que acarrea la determinación pericial de su autenticidad y fidelidad

**8) Renuncia del interesado:** estas excepciones se han desarrollado principalmente para admitir la incorporación de pruebas en las cuales el propio interesado abdica la protección a su derecho fundamental.

Por ejemplo cuando el imputado presta su consentimiento para el allanamiento sin orden judicial, o acepta declarar sin la presencia de su abogado defensor.

Aquí existen dos posturas, una extrema que brega por el respeto absoluto de las garantías y entiende irrenunciable el derecho a la protección de las mismas, y por otro lado quienes sostienen la posibilidad del interesado de renunciar a la protección, sin embargo en este caso debe extremarse los recaudos de corroborar que el consentimiento sea verdaderamente prestado en forma libre y no como una consecuencia de coacción, temor o intimidación provocada por la autoridad pública.

### **Aplicación práctica de las reglas de exclusión probatoria**

De todo lo dicho hasta el momento se desprende, que al encontrarse frente a una prueba que en sí misma o por su mecanismo de obtención ha violado garantías constitucionales, intuitivamente pesamos que ella no puede tener eficacia.

Ahora bien, debido a que las reglas de exclusión fueron creadas pretoriamamente, en nuestro sistema no contamos con una reglamentación legal expresa del instituto, por lo que en este punto la cuestión gira en torno a determinar cual va ha ser la herramienta o mecanismo procesal para impedir el ingreso o excluir la prueba ilícita ya ingresada.

Dicha circunstancia se ha resuelto en la práctica acudiendo a las reglas en materia de nulidades procesales.<sup>23</sup>

La mayoría de los autores que trata el tema pretende diferenciarlas las reglas de exclusión de las nulidades, sin embargo a la larga se termina aceptando que ante la falta de regulación expresa del instituto, debe emplearse las reglas de las nulidades para extirpar la prueba ilícita del proceso (esta ello se debe en que se confunde a las sanciones procesales con sus causas).

Entonces para poder entender la cuestión, debemos hacer en primer lugar una distinción entre las sanciones procesales y las causas de ellas, esta diferencia es técnica, pero también tiene valor práctico ya que, al ubicar los conceptos en un plano más lógico, permite una interpretación adecuada de los textos legales.<sup>24</sup>

Lo cierto es entonces, que las exclusiones probatorias, no son sanciones en sí mismas, sino resultan ser causas de las sanciones procesales (al igual que la caducidad y preclusión que no son sanciones en sí mismas).

Sin embargo el lector notará que de acuerdo a nuestro sistema procesal, a primera vista las únicas nulidades son aquellas consagradas específica o genéricamente en la ley procesal, atento al sistema de legalidad que adopta nuestra legislación procesal (“*numerus clausus pas de nullité sans texte*”).<sup>25</sup>

Así se desprende la clasificación de nulidades en específicas y genéricas, sin embargo a la par de esta existe otro género de nulidades, que la doctrina dio en llamar “*implícitas*” o “*virtuales*”, para comprender aquellos casos en que se violan derechos o garantías constitucionales y no contienen una conminación procesal específica para la transgresión de la norma.<sup>26</sup>

O sea que si se aplica en forma rígida el principio de legalidad de las nulidades, implicaría que en numerosos caso de afectación de garantías fundamentales cuya inobservancia no tenga conminada como correlato una sanción en la legislación procesal, no podría ser invalidada, lo que convertiría

<sup>23</sup> Carrió, Ob. Cit., pág. 189).

<sup>24</sup> Clariá Oleado, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, T. II pág. 271).

<sup>25</sup> Véase los arts. 166 y 167 C.P.P. N., 169 y 170 C.P.P. C.).

<sup>26</sup> Aún cuando autores como Alberto Binder pág. 51, entienden irreconciliable sostener el principio de legalidad de las nulidades y aceptar la existencia de las nulidades virtuales o implícitas y propone una renovación conceptual abandonando el principio de legalidad y todo su aparato conceptual.

en letra muerta a los postulados constitucionales, es decir una mera entelequia sin aplicación práctica.<sup>27</sup>

Así por ejemplo si se procede a llevar adelante una escucha telefónica sin orden judicial, lo cual viola el derecho a la intimidad, pero como dicha circunstancias no resulta amenazada con una sanción de nulidad en la ley de procedimiento, no se podría invalidar la evidencia obtenida como fruto de esa ilegalidad.

Es por ello entonces que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la categoría de nulidades virtuales, para dar respuesta a este tipo de situaciones, en las cuales la violación de un derecho constitucional no puede tener otra consecuencia de la invalidación, a la luz de una interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico.

De todo lo dicho surge entonces, que la prueba ilegal será causa de sanción y será entonces la in admisión o nulidad de los mecanismos procesales por impedir “ad initio” o “a posteriori” el ingreso de prueba ilícita en el proceso.

## Bibliografía

- Abalos, Raúl Wshington, “Derecho Procesal Penal”, Tomo II.
- Binder, Alberto M., “El Incumplimiento de las Formas Procesales”.
- Cafferata Nores José I. – Aída Tarditti, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”, Tomo I.
- Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”.
- Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”.
- Edwards, Carlos Enrique, “La Prueba Ilegal en el Proceso Penal”.
- Jauschen, Eduardo M., “La Prueba en Materia Penal”.
- Midon, Marcelo Sebastián, “Pruebas Ilícitas”.
- Miranda Estramples.
- Pessoa, Nelso R., La Nulidad en el Proceso Penal.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl – Plagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal Parte General”.

<sup>27</sup> Para ello el profesor Nelson R. Pessoa en su obra. “La nulidad en el proceso penal”, propone mantener el régimen actual de nulidades pero “reinterpretar el concepto debiendo leerse en estos términos: “no existen más nulidades que las consagradas por el orden jurídico”.