

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRAXIDE ET PRO

Revista

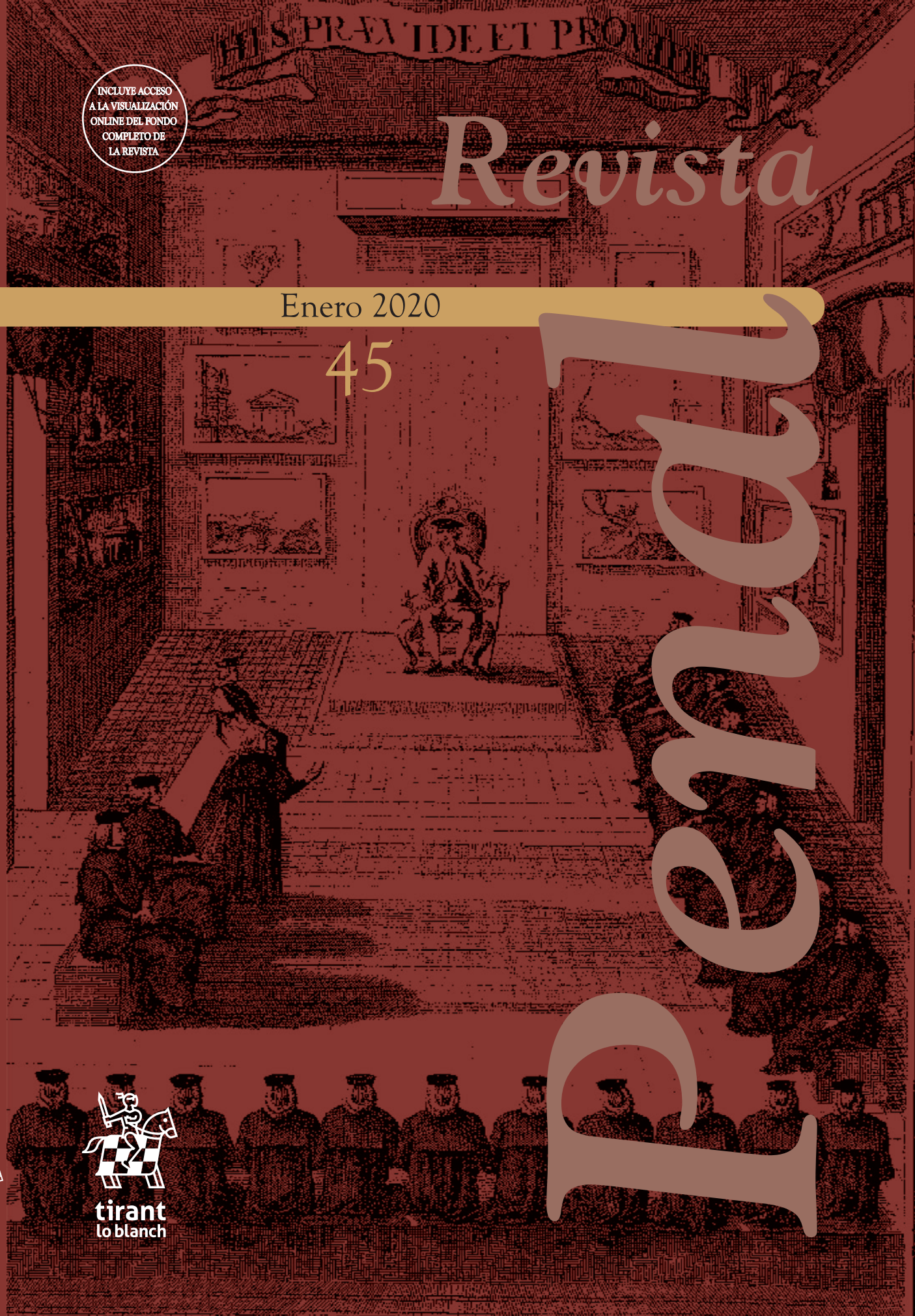
Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

Enero 2020



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matellán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: <i>Lectio doctoralis</i> , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE
SEVILLA



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Angela Supervielle (Estados Unidos)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com
--

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



La prueba ilícitamente obtenida (*Illegally obtained evidence*)

Alemania

Dr. Christina Schreiner

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

Las prohibiciones probatorias forman el simbólico “límite de la investigación de la verdad en los procesos penales”¹. Sólo regulados de forma fragmentaria por la ley, su tratamiento en el sistema jurídico alemán está fuertemente influenciado por el derecho de los tribunales.

En el derecho procesal penal alemán, el término genérico “Beweisverbote” (prohibiciones probatorias) se refiere a la prohibición de obtener, presentar y valorar pruebas². Las prohibiciones relacionadas con la obtención de pruebas atañen al ámbito del establecimiento de los hechos a través de quienes están encargados de la persecución penal (agentes de policía, fiscales, jueces), mientras que su evaluación funcional se denomina valoración probatoria³. En la medida en que existen prohibiciones de reunir y presentar pruebas, no sólo se restringe el derecho de las autoridades encargadas de la investigación penal a aclarar el asunto, sino que en algunos casos ya eliminan la obligación de los investigadores de aclarar el asunto de conformidad con el principio de legalidad⁴. Por otra parte, las prohibiciones de valoración constituyen excepciones al principio de la evaluación exhaustiva de las pruebas⁵. Son un imperativo y una expresión de un debido proceso de acuerdo al estado de derecho. A pesar de la actitud restrictiva del ordenamiento procesal penal alemán con respecto a la prohibición de la valoración de pruebas, no les obliga en ningún caso a investigar la verdad a cualquier precio⁶.

I. PROHIBICIÓN DE LA OBTENCIÓN Y PRESENTACIÓN DE PRUEBAS

Las prohibiciones relativas a la obtención y presentación de pruebas distinguen entre el tema de la prueba, los medios de prueba y el método de prueba⁷.

1. Prohibiciones relativas al tema

Las prohibiciones relativas al tema de prueba excluyen determinada información del ámbito de los procedimientos penales⁸. Por ejemplo, los procesos que requieren secreto y que están protegidos por el secreto de la consulta no están sujetos a clarificación⁹. Además, las condenas en el registro de antecedentes penales que ya hayan sido purgadas no podrán utilizarse en detrimento del acusado¹⁰, ni siquiera como indicio en una nueva condena¹¹. Esto sirve al interés de rehabilitación del delincuente¹². Por otra parte, la valoración puede ser admitida en tanto sea el mismo procesado quien invoca su condena previa extinguida¹³.

2. Prohibiciones relativas a los medios de prueba

La exclusión de determinadas formas de prueba se rige por las prohibiciones relativas a los medios de prueba. Esto incluye, en particular, a los testigos que hacen uso de su derecho a negarse a declarar de conformidad con los párrafos 52 y ss. del Código de Procedimiento Penal Alemán (StPO)¹⁴ o hacer uso de su derecho a denegar el examen de conformidad con el párrafo 81c (3) StPO¹⁵. Tampoco podrán presentarse como prueba los expedientes o documentos oficiales respecto de los cuales la más alta autoridad oficial haya emitido una declaración de bloqueo en el sentido del párrafo 96 StPO¹⁶.

3. Prohibiciones relativas a los métodos de prueba

Las prohibiciones de los métodos de prueba prohíben una determinada forma de obtener pruebas. Un ejemplo típico son los métodos de interrogatorio prohibidos del párrafo 136a StPO¹⁷.

II. PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Esto incluye todos los principios estandarizados por la ley o comandados por la Constitución que prohíben

en todas las etapas del proceso que ciertos hechos o circunstancias sean objeto de valoración probatoria y, por lo tanto, la base real de las decisiones de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley¹⁸. El principio de la libre valoración de las pruebas por los tribunales establecido en el párrafo 261 StPO reviste una importancia fundamental para el proceso de adopción de decisiones. La disposición, que sirve de base para la valoración de las pruebas en la sentencia penal, está redactada de tal manera que no impone ninguna restricción a la consideración de las pruebas¹⁹. Por lo tanto, la adquisición ilícita de una conclusión no siempre da lugar necesariamente a la imposibilidad de utilizarla²⁰. Por el contrario, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la prohibición de la valoración de pruebas constituye una excepción que requiere una justificación constitucional²¹.

1. Prohibiciones dependientes de la valoración de pruebas

Con el fin de garantizar el debido proceso, las violaciones de la prohibición de la obtención de pruebas conducen a menudo a la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas ilegalmente. Se habla de las llamadas prohibiciones dependientes de la valoración de pruebas.

a. Expresas prohibiciones dependientes de la valoración de pruebas

En casos puntuales, la ley ordena expresamente la prohibición de la valoración de pruebas en caso de violación de las normas sobre la obtención de pruebas. Ejemplos importantes son:

El párrafo 136a (3) inciso 2 StPO prohíbe la valoración de las declaraciones de los acusados que se hayan obtenido mediante el uso de métodos de interrogatorio prohibidos, como los malos tratos, la fatiga, el engaño o la injerencia física²². Esto también se aplica a las declaraciones de testigos, como se desprende de la referencia que figura en el párrafo 69 (3) StPO.

Si las medidas de investigación se dirigen contra los titulares de secretos profesionales que tienen derecho a negarse a testificar, los conocimientos obtenidos con esas medidas no podrán utilizarse de conformidad con el párrafo 160a (1) frase 2 StPO, a condición de que estén amparados por el derecho a negarse a testificar.

Los datos personales de terceros no podrán recogerse en el marco de las medidas de investigación técnica de los terminales radioeléctricos móviles, en la medida en que ello sea evitable. No obstante, si se recopilan, no se pueden utilizar de conformidad con el párrafo 100i

(2) frase 2 StPO, a excepción de la conciliación de datos para determinar el dispositivo y el número de tarjeta que se desea utilizar.

b. Prohibiciones no establecidas en la ley y dependientes de la valoración de pruebas

Al margen de las prohibiciones de valoración de pruebas mencionadas, la jurisprudencia establecida en general no acepta ninguna restricción a la valoración de pruebas de manera obligatoria en el caso de disposiciones procesales. Más bien, evalúa la existencia de una prohibición de valoración “en cada caso según sus circunstancias individuales, en particular según la naturaleza de la prohibición y el peso de la infracción, teniendo en cuenta los intereses contradictorios de una administración de justicia penal en funcionamiento y los derechos del acusado a salvaguardar sus derechos individuales, incluido el derecho a un juicio justo”²³. Esta teoría de la ponderación está aprobada por la Tribunal Constitucional Federal Alemán²⁴. Por consiguiente, la prohibición de valoración es siempre obvia si la disposición procesal infringida tiene por objeto garantizar la base de la posición procesal del acusado en un proceso penal²⁵. Por otra parte, se dice que la inutilización no tiene sentido si la disposición procesal infringida no sirve o al menos no principalmente para proteger al acusado²⁶.

Si el interrogador no informa al acusado de su derecho a guardar silencio de conformidad con el párrafo 136 (1) inciso 2 StPO²⁷, esto conduce en general a la prohibición de su valoración, ya que el derecho al silencio es uno de los principios fundamentales del procedimiento penal²⁸. Sin embargo, esto no se aplica según la jurisprudencia si el acusado conocía su derecho al silencio de todos modos o si el acusado defendido estaba expresamente de acuerdo o no se oponía a la explotación en la audiencia de juicio (la llamada solución de la objeción)²⁹. También puede existir una prohibición de valoración si el acusado, a quien no se le informó en una primera declaración sobre su derecho a guardar silencio, en contra de lo dispuesto en el párrafo 136 StPO, no es informado de manera cualificada en una audiencia posterior de que su información anterior no puede ser utilizada en su contra a causa de la violación del procedimiento³⁰. El llamado “efecto continuado” de la prohibición de valoración depende del resultado de una ponderación en la que se debe tener en cuenta el peso de la violación procesal, el interés en aclarar los hechos así como la circunstancia de si el acusado asumió que ya no podía desviarse de sus declaraciones

anteriores³¹. Lo mismo se aplica al sospechoso, que fue escuchado erróneamente en primer lugar como testigo y no ya como acusado. Él también está calificado para para que se le informe de su derecho³². La prohibición de valoración se aplicará también a las declaraciones relativas a los hechos del caso que un investigador encubierto haya presionado al acusado y que éste haya obtenido de él en una serie de respuestas similares a las que se producen en un interrogatorio³³. Particularmente en el contexto de la llamada “trampa de la escucha”, se discute de manera polémica si el acusado debe ser instruido en cuanto a la libertad de hacer manifestaciones en las declaraciones privadas hechas a personas que actúan en secreto (encubiertas) fuera de un interrogatorio³⁴. En cualquier caso, la declaración debería poder valorarse si se trata de aclarar un delito de considerable importancia y si la investigación de los hechos utilizando otros métodos de investigación hubiera sido considerablemente menos prometedora³⁵.

Si el juez de instrucción incumple la obligación contenida en el parágrafo 168c (1) y (5) StPO, de informar al abogado defensor con antelación al interrogatorio de acusado, y si por consiguiente el defensor no acude a esta diligencia, la declaración hecha por el acusado durante el interrogatorio no puede ser usada³⁶.

Si los funcionarios encargados de la investigación eluden la reserva judicial establecida por la ley para determinadas medidas, esto también puede dar lugar, en principio, a la prohibición de la valoración de pruebas. Sin embargo, la jurisprudencia es muy estricta en estos casos. Por ejemplo, la prohibición de la valoración de pruebas sólo debería considerarse en el caso de violaciones procesales graves, deliberadas o arbitrarias en las que las salvaguardias de los derechos fundamentales hayan sido planeada o sistemáticamente ignoradas³⁷. Si un agente investigador ordena que se tome una muestra de sangre del acusado en virtud del parágrafo 81a StPO en relación con un peligro inminente existente, la prohibición de valoración sólo se aplica, por ejemplo, si ello elude deliberadamente la reserva del juez o si la presunción de peligro inminente es arbitraria³⁸. Los resultados de un registro del domicilio del acusado están sujetos a la prohibición de valoración si los funcionarios de investigación socavan la jurisdicción ordinaria del juez prevista en la Constitución al esperar con la solicitud al juez de instrucción hasta que se haya producido realmente el peligro de pérdida de pruebas como condición previa para la presunción de un peligro inminente³⁹.

En cuanto a la utilidad de las declaraciones de los testigos, hay que hacer una distinción sobre la base de la

“teoría del círculo jurídico”⁴⁰ desarrollada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania: Las violaciones de la obligación de informar al testigo de su derecho a negarse a testificar de conformidad con parágrafo 52 (3) inciso 1 StPO entrañan la prohibición de la explotación y la lectura en la misma medida que en el parágrafo 252 StPO⁴¹. Esto se debe a que la libertad del testigo para tomar una decisión, restringida por desconocimiento de la ley, también afecta directamente al ámbito jurídico del acusado, ya que el derecho a negarse a testificar se concede no sólo por el conflicto de conciencia del testigo, sino también para la protección de la familia del acusado y, al mismo tiempo, sirve para proteger los lazos familiares que conectan al acusado con el testigo⁴². Sin embargo, la prohibición de valoración no se aplicará si el testigo conocía sus derechos y habría testificado después de recibir instrucciones⁴³. Por otra parte, el testimonio del testigo no está sujeto a ninguna prohibición de valoración; su información sobre su derecho a negarse a proporcionar información no se proporcionó en contravención del parágrafo 55 (2) StPO⁴⁴. Porque, según la opinión de la jurisdicción, el parágrafo 55 StPO no protege al acusado, sino que debe salvar al testigo de la humillación de una autoacusación o acusación de sus familiares⁴⁵.

2. Prohibición independiente de la valoración de pruebas

a. Inutilización exigida por el derecho constitucional

Aunque la obtención de pruebas se haya llevado a cabo de conformidad con la ley, la prohibición absoluta de la valoración de pruebas se deriva directamente de los derechos fundamentales, siempre que el núcleo esencial del art. 2 (1), inciso 1 (1) de la Constitución Alemana (GG), que tiene que ver con la configuración de la vida privada se perturbe⁴⁶. Ni siquiera un interés público grave puede justificar tal intervención, razón por la cual la información relativa al ámbito esencial no debe presentarse y, por lo tanto, no debe utilizarse en una sentencia⁴⁷. Por lo tanto, una autocomunicación grabada mediante monitorización acústica es siempre inutilizable⁴⁸. En el caso de los registros escritos, por ejemplo, en los diarios, debe distinguirse si un determinado hecho puede atribuirse a la esfera íntima o sólo a la esfera privada simple⁴⁹. En este último caso, es necesario encontrar ponderar entre las necesidades de un enjuiciamiento eficaz y la lucha contra la delincuencia, por una parte, y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por otra⁵⁰. En algunos casos,

pueden surgir prohibiciones de valoración, por ejemplo en el caso de delitos de menor importancia⁵¹.

Las normas del StPO se dirigen a las autoridades estatales encargadas de hacer cumplir la ley, de modo que la obtención ilícita de pruebas por particulares no conduzca en principio a la imposibilidad de utilizarlas⁵². Sin embargo, si el particular ha obtenido las pruebas de manera flagrante o extrema que sea más contraria a los derechos humanos o que viole la dignidad humana en el proceso de obtención de las mismas, las pruebas serán inutilizables⁵³.

b. Inutilización según la ley

En algunos casos la ley restringe la utilización de las pruebas, incluso si se han reunido debidamente.

Si un testigo hace uso de su derecho a negarse a declarar de conformidad con el parágrafo 52 StPO únicamente en la audiencia principal, su declaración hecha en una audiencia anterior no podrá ser leída en voz alta de conformidad con el parágrafo 252 StPO. Esto incluye las declaraciones hechas en una audiencia de información⁵⁴. La prohibición se aplica también a las grabaciones de vídeo y móviles⁵⁵ y a los documentos entregados por el testigo, que inicialmente estaba dispuesto a testificar, durante su interrogatorio⁵⁶. Además de lo dicho literalmente en la disposición del parágrafo 252 StPO, también se prohíbe interrogar a quien fungió como entrevistador sobre el contenido del interrogatorio, ya que de lo contrario se eludiría la prohibición de las pruebas⁵⁷. Sólo existe una excepción con respecto al contenido de un testimonio con ocasión de una audiencia judicial, que, según la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo de Alemania, puede ser introducido en la audiencia principal por la declaración del juez participante⁵⁸.

Si la ley sólo permite una medida de investigación bajo sospecha de ciertos delitos, los datos personales obtenidos sobre la base de dicha medida podrán, de conformidad con parágrafo 477 (2) inciso 2 StPO, utilizarse con fines probatorios en otros procedimientos penales únicamente para aclarar los delitos para cuyo esclarecimiento debería haberse ordenado la medida (“hipotética intervención sustitutiva”⁵⁹). Entre ellas figuran, en particular, las medidas enumeradas en el parágrafo 101 (1) StPO, como las escuchas telefónicas de conformidad con el parágrafo 100a StPO o las búsquedas en línea de conformidad con el parágrafo 100b StPO⁶⁰. En el parágrafo 161 (2) y (3) StPO se dicta la orden correspondiente para los datos que no se hayan obtenido por medio de medidas procesales penales.

Si la vigilancia telefónica, la búsqueda en línea o la vigilancia acústica del espacio vital producen resultados que afecten el núcleo esencial de la vida privada, no podrán utilizarse de conformidad con el parágrafo 100d (2) inciso 1 StPO. Se suprimirán inmediatamente los registros al respecto.

A fin de proteger la relación de confianza entre el médico y el paciente, el artículo 108 (2) StPO prohíbe la explotación de los resultados fortuitos de las actuaciones penales contra un médico en las actuaciones penales contra la paciente por aborto, de conformidad con el parágrafo 218 StPO⁶¹.

Como resultado del requisito de equidad procesal⁶², el parágrafo 257c (4) inciso 3 StPO estipula que una confesión del acusado, que se convirtió en condición de un acuerdo por el que se ponía fin a las actuaciones, no puede utilizarse si el tribunal se desvincula posteriormente del acuerdo. No obstante, si el tribunal desea llegar a una condena, no puede basarla en modo alguno en la confesión hecha previamente por el acusado⁶³.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBAS

La utilización de las pruebas cuya existencia sólo se ha conocido como resultado de una obtención de pruebas inadmisibles depende de los hechos del caso y de la naturaleza de la prohibición lesionada⁶⁴. En principio, en los procesos penales alemanes no existe el llamado efecto a larga distancia⁶⁵. Se rechaza, señalando que no todos los errores de procedimiento que conducen a la prohibición de valoración pueden conducir fácilmente a la parálisis de todo el proceso penal⁶⁶. A diferencia de los EE.UU., donde la “doctrina del fruto del árbol venenoso” también prohíbe la explotación de pruebas indirectas, la concesión de prohibiciones sobre la explotación de pruebas no sirve para disciplinar a la policía, sino para garantizar el imperio de la ley en los procedimientos⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES

El Código de Procedimiento Penal Alemán (StPO) establece requisitos estrictos para la obtención lícita de pruebas. Sin embargo, las investigaciones ilegales sólo conducen a la incapacidad de utilizar las pruebas obtenidas en casos excepcionales. Tanto el anclaje dogmático como el alcance de las prohibiciones sobre la explotación de pruebas son muy controvertidos. Las grandes áreas están sujetas al estudio caso por caso por parte de los tribunales, lo que dificulta considerablemente la previsión de la valoración de las pruebas. Por

otra parte, en el caso de las constelaciones individuales, el reconocimiento de las prohibiciones de explotación puede considerarse aclarado. Estos pueden ser usados como orientación.

Notas

- 1 Según *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, 1903.
- 2 *Küpper* JZ 1990, 416.
- 3 *Gössel* ofrece una descripción detallada de la doctrina de la prohibición de pruebas en: Löwe/Rosenberg, StPO, 27ª edición 2016, Einl. L marginal 5.
- 4 *Ott*, en: Karlsruher Kommentar, 8ª edición 2019, § 261 marginal 149.
- 5 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10ª edición 2017, marginal 356.
- 6 BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309.
- 7 Esta subdivisión sigue las observaciones de *Peters*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, 1966, Vol. I, p. 91. *Peters* subdivide además en prohibiciones de tomar y procesar pruebas.
- 8 *Fischer*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª edición 2019, Einl. marginal 314.
- 9 Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62ª edición 2019, Einl. marginal 52.
- 10 BGH NStZ-RR 2016, 120, 120 y ss.
- 11 BGH StV 1999, 639.
- 12 BVerfG NJW 1974, 179, 181.
- 13 BGHSt 27, 108, 109 y ss.
- 14 Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62ª edición 2019, Einl. marginal 53.
- 15 *Suffa*, Das Untersuchungsverweigerungsrecht aus § 81c Abs. 3 StPO als Beweiserhebungsverbot, 2003.
- 16 Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62ª edición 2019, Einl. marginal 53.
- 17 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29ª edición 2017, § 24 marginal 17; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62ª edición 2019, Einl. marginal 54.
- 18 BGH NJW 2013, 1827, 1830.
- 19 BVerfG NJW 2012, 907, 910.
- 20 BGH NJW 1989, 2760, 2761 y ss.
- 21 BVerfG wistra 2009, 425, 427; NJW 2010, 287.
- 22 Esto también se aplica al interrogatorio de los acusados por la fiscalía y la policía por medio del parágrafo 163a (3) frase 2, (4) frase 2 StPO.
- 23 BGHSt 52, 110, 116; BGH NJW 2013, 1827, 1830 con nota *Löffelmann* JR 2013, 277; también *Rogall* NStZ 1988, 385 ss; crítico *Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozess, en: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (ed.), Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, p. 183 y ss.; *Trüg/Habetha* NStZ 2008, 481, 484; repugnante *Lesch*, Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten, en: Hassemer/Kempp/Moccia (ed.), In dubio pro libertate – Festschrift für Klaus Volk, 2009, p. 311 y ss.; *Müssig* GA 1999, 117, 139; *Neuhaus* StV 2010, 45, 49; *Wohlens* StV 2008, 434, 434 f.; *Wolter* GA 1999, 158, 167.
- 24 BVerfG NJW 2012, 907, 911.
- 25 BGHSt 38, 214, 220.
- 26 BGHSt 38, 214, 220.

- 27 La disposición también se aplica a los interrogatorios del fiscal y de la policía en virtud del parágrafo 163a (3) frase 2, (4) frase 2 StPO.
- 28 BGHSt 38, 214, 220.
- 29 BGHSt 38, 214; 42, 15, 22 con nota favorable *Müller* StV 1996, 358; aprobado por BVerfG NJW 2012, 907, 911.
- 30 BGHSt 53, 112, 115; StV 2007, 450, 452; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 283, 284 y ss.; OLG München StraFo 2009, 206; *Rogall*, Grund und Grenzen der „qualifizierten“ Belehrung im Strafprozess, en: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada (ed.), Festschrift für Klaus Geppert, 2011, p. 519.
- 31 BGHSt 53, 112, 115 y s.; StV 2007, 450, 452; LG Saarbrücken NStZ 2012, 167 con nota desfavorable *Möller* NStZ 2012, 113; opinión diferente *Roxin* JR 2008, 16, 18; *Ellbogen* NStZ 2010, 464.
- 32 BGH NJW 2009, 1427, 1428.
- 33 BGH NJW 2007, 3138, 3139 y ss. (violación del principio “nemo tenetur se ipsum accusare”).
- 34 *Achenbach/Perschke* StV 1994, 577; *Dencker* StV 1994, 667; *Duttge* JZ 1996, 556; *Fezer* NStZ 1996, 289; *Lagodny* StV 1996, 167; *Rothfuß* StraFo 1998, 289; *Roxin* NStZ 1995, 465; 1997, 18; *Schlüchter/Radbruch* NStZ 1995, 354; *Seitz* NStZ 1995, 519.
- 35 BGHSt 42, 139, 157; *Pawlik* GA 1998, 378, 385; *Popp* NStZ 1998, 95; *Verrel* NStZ 1997, 415; crítico *Bernsmann* StV 1997, 116; *Derksen* JR 1997, 167; *Rieß* NStZ 1996, 505; repugnante *Meurer*, Informelle Ausforschung, en: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (ed.), Festschrift für Claus Roxin, p. 1281; *Roxin* NStZ 1997, 18.
- 36 BGHSt 26, 332, 333; BGH NStZ 1987, 132, 133; 1989, 282, 282 y ss. con nota favorable *Hilger*, sobre la prohibición de la explotación de pruebas en caso de violación del § 224 StPO, véase BGHSt 9, 24; 25, 357.
- 37 BVerfGE 113, 29, 61; BVerfG NStZ 2011, 103, 105; BGH NJW 2012, 907, 910; véase también *Wohlens* StV 2008, 434.
- 38 OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150 y ss.; OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; OLG Karlsruhe StV 2009, 516; véase también BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; 2010, 2864, 2865.
- 39 BGH NStZ 2012, 104, 104 y ss.
- 40 BGHSt 1, 39, 40; 11, 213, 216 y s.; *Rogall* JZ 1996, 944, 952 f.; repugnante *Eb. Schmidt* JZ 1958, 596; *Grünwald* JZ 1966, 489.
- 41 BGHSt 14, 159, 160; 23, 221, 223 y ss.; BGH StV 1981, 4; NStZ-RR 1996, 106.
- 42 BGHSt 2, 351, 354; 11, 213, 216; 22, 35, 36 y s.; BGH NStZ 1992, 291, 291 y s.; 1993, 500, 501.
- 43 BGHSt 40, 336, 339 con nota desfavorable *Eisenberg* StV 1995, 625.
- 44 BGHSt 1, 39; 11, 213, 218.
- 45 BGHSt 11, 213, 216 y s.; opinión diferente *Gössel*, en: Löwe/Rosenberg, StPO, 27ª edición 2016, Einl. L marginal 136 y ss.; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, p. 28 y ss.; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Eschelbach*, StPO, 3ª edición 2018, § 55 marginal 29 y ss.; *Peters*, Strafprozess, 4ª edición 1985, p. 353 y ss.
- 46 BVerfGE 34, 238, 248 y ss. con nota *Arzt* JZ 1973, 506; BVerfG JZ 2011, 249, 250 y s.; BGHSt 14, 358, 360 y ss.; 19, 325, 329; 31, 304, 307 y s.; 34, 397, 399.
- 47 BVerfG NJW 2012, 907, 908.

48 BGHSt 50, 206, 210; 57, 71, 74 y ss. con nota *Wohlers* JR 2012, 389; *Ernst/Sturm* HRRS 2012, 374; *Jahn/Geck* JZ 2012, 561; *Mitsch* NJW 2012, 1486; *Allgayer* NStZ 2012, 399; *Warg* NStZ 2012, 237; *Zimmermann* GA 2013, 162.

49 *Fischer*, en: *Karlsruher Kommentar zu StPO*, 8ª edición 2019, Einl. marginal 320 y s.

50 BGH NStZ 1994, 350.

51 BVerfGE 34, 238, 245; 80, 367, 374 y siguientes; BGHSt 19, 325, 333; 34, 397, 401; BayObLG NJW 1992, 2370.

52 BGHSt 34, 365, 369 y ss.; 36, 167, 173; *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 10ª edición 2017, marginal 395.

53 *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 29ª edición 2017, § 24 marginal 65; *Amelung*, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, 1990, p. 64; crítico *Störmer*, *Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote*, 1992, p. 129 y ss.

54 BGHSt 29, 230, 231; OLG Hamburg StV 1990, 535; OLG Thüringen StV 2006, 518; OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 83, 84.

55 BGH NStZ 2013, 725 con nota *Britz* NStZ 2013, 726 y ss.

56 BGH NStZ 2013, 247.

57 BGHSt 21, 218.

58 BGHSt 2, 99; 45, 342, 345.

59 BT-Drs. 16/5846, 66.

60 *Meyer-Goßner/Schmitt*, *StPO*, 62ª edición 2019, § 477 marginal 5.

61 *Schäfer*, en: *Ebert/Roxin/Rieß/Wahle* (ed.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack*, 1999, p. 77, 101.

62 *Duttge*, en: *Schöch/Helgerth/Dölling/König* (ed.), *Festschrift für Reinhard Böttcher*, 2007, p. 53, 75; *Duttge/Schoop* StV 2005, 421.

63 *Meyer-Goßner/Schmitt*, *StPO*, *StPO*, 62ª edición 2019, § 257c marginal 28.

64 BGHSt 27, 355, 357; 29, 244, 249.

65 BGHSt 34, 362, 364; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 29ª edición 2017, § 24 marginal 60; opinión diferente *Reinecke*, *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten*, 1990, p. 247; *Dencker*, *Verwertungsverböte im Strafprozess*, 1977, p. 124; *Meyer-Mews* HRRS 2015, 398; *Grünwald* JZ 1966, 489, 500; *Haffke* GA 1973, 65, 79; *Spendel* NJW 1966, 1102, 1105.

66 BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364 y s.; 35, 32, 34; 51, 1, 8; BGH NStZ 1995, 410, 411.

67 BGHSt 51, 285, 293; *Hüls* ZIS 2009, 160, 168; *Wohlers* StV 2008, 434, 439; *Dencker*, *Verwertungsverböte im Strafprozess*, 1977, p. 52 y ss.

Argentina

Luis Fernando NIÑO

Universidad de Buenos Aires¹

La invalidez de los actos realizados en contradicción con el sistema de garantías constitucionales y convencionales, y su puntual exclusión del proceso penal, constituyen, respectivamente, regla y consecuencia indiscutibles en un Estado de Derecho democrático y social. Empero, tanto el panorama legal argentino como el acervo jurisprudencial resultante exhiben diferencias respecto del tratamiento de la prueba obtenida de modo

ilícito. Al análisis de tal situación corresponde abocarse.

a. Derivaciones del modelo de organización constitucionalmente consagrado

La forma representativa republicana federal bajo la cual se ha organizado la Argentina a partir de 1853 determina hoy la coexistencia de veinticinco sistemas procesales en materia penal, veintitrés de ellos en vigor en otras tantas provincias, uno en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro destinado a regir la jurisdicción en materia federal en todo el territorio del país². Si con ello no bastara para configurar la heterogeneidad en el tratamiento en detalle de los institutos procesales y sus reglas, en la actualidad conviven dos códigos de procedimientos penales en el orden federal, por cuanto el Código Procesal Penal de la Nación, que cobró vigencia desde el 9 de setiembre de 1992 para esa jurisdicción³, va resultando progresivamente reemplazado por otro, ahora denominado “Código Procesal Penal Federal”⁴, conforme al cumplimiento de un plan de implementación, cuyo cronograma se encuentra a cargo de una Comisión Bicameral, que funciona en el Congreso de la Nación y actúa previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación⁵.

En virtud de tal diseño institucional, el territorio nacional cuenta con una multiplicidad de sistemas procesales de diverso signo, desde el mixto o inquisitivo reformado hasta el acusatorio, y —en este último caso— con o sin jurados; destacándose en ese rubro provincias como Neuquén y Chaco, que no sólo han impuesto la representación igualitaria por sexo, sino que también han establecido reglas que aseguren la participación de individuos del mismo entorno social y cultural del imputado o de la misma comunidad originaria, respectivamente⁶.

Si bien es cierto que la problemática de la prueba ilícita atañe a cualquier sistema procesal penal, no lo es menos que algunos de ellos, como sucede con el mixto o inquisitivo reformado, del que es muestra aquel subsistente en las jurisdicciones nacional y federal en la mayor parte del país, presentan menores obstáculos para el ingreso de prueba de discutible validez. Características básicas, tales como el secreto o la reserva de las actuaciones iniciales, la oralidad limitada a la etapa de juicio y una relativa relegación de la actuación de la defensa, frente al protagonismo del fiscal o del juez encargado de la instrucción, conspiran contra el ideal de igualdad de armas que campea en los regímenes acusatorios. En estos últimos, atravesados por la oralidad, la publicidad y el principio de controversia o contradictorio, la producción y la evaluación crítica de la prueba se encuentran más expuestas al control estricto y real por la parte adversaria. Las particularidades de cada sistema impactan, naturalmente, en la formulación de re-

medios procesales dirigidos a restar validez a cualquier irregularidad detectable en ese crucial ámbito del proceso.

Sin perjuicio de esas diferencias estructurales, disposiciones específicas distancian a unos y otros. Vale ejemplificar con tres cuerpos de leyes destinados a regir en un mismo ámbito espacial, el de la ciudad autónoma de Buenos Aires. El ya citado Código Procesal Penal de la Nación⁷ consagra un sistema mixto, con los clásicos caracteres antes consignados. En materia de nulidad, la regla general es restrictiva: sólo son nulos los actos procesales “cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”, conforme el texto del artículo 166 de tal plexo normativo. Por cierto, en el artículo subsiguiente se enuncian las nulidades de orden general⁸. Sin embargo, las restricciones continúan, por cuanto el artículo 168, con una redacción que deja margen al arbitrio judicial, dispone que, si el tribunal comprueba una causa de nulidad “tratará, si fuera posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere, podrá declarar la nulidad a petición de parte. Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.” Si a ello se suman las limitaciones en punto a quién puede oponer la nulidad (art. 169) y a la oportunidad y forma de oponerla bajo pena de caducidad (art. 170), contrastantes con la amplitud con que se prevé la subsanación de tales nulidades (art. 171) y la facultad del tribunal de ordenar “cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados” (art. 172, último párrafo), es dable concluir que un elemento ilícitamente allegado al proceso cuenta con relativas chances de integrar el caudal probatorio a considerar por el órgano judicial decisor en un determinado caso. Frente a tal normativa, el nuevo Código Procesal Penal Federal implanta un sistema acusatorio, en el que la investigación queda exclusivamente a cargo del Ministerio Público Fiscal, la oralidad campea a lo largo del proceso y se simplifican las formas rituales; pero, además, en materia de nulidades provee reglas más amplias y claras, tanto en torno a las causas como a las consecuencias que de ellas deriven. De tal suerte, el artículo 129 dispone que “(n)o podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal”; en tanto que el precepto subsiguiente ordena que “(t)odos los defectos deberán ser inmediatamente saneados, renovando el acto, rectificando

el error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado. Si la invalidez se fundase en la violación de una garantía establecida en favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores. Se entenderá que el acto se ha saneado si, no obstante la irregularidad, hubiera conseguido su fin respecto de todos los interesados”. En una postura intermedia acerca del tópico que aquí interesa relevar, el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁹ también prevé un sistema de corte acusatorio aunque con retracciones importantes si se lo compara con el que habrá de regir progresivamente en todo el territorio nacional en materia de delitos federales¹⁰. Baste señalar que, conforme a la regla general contenida en su artículo 71, primer párrafo, “(l) a validez de los actos procesales sólo se podrá cuestionar cuando se pretendiera su utilización por las partes. Serán declarados nulos los actos procesales solo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo consecuencia de nulidad”, drásticas limitaciones que se atemperan en la restante redacción del mismo precepto, al disponer que “(d)eberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente, las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales”.

b. El factor judicial. Permanencia del espíritu inquisitivo

En el plano teórico, resulta claro que, como apunta el profesor y ex magistrado Julio Maier, “la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía”¹¹. Mas la subsistencia en nuestro medio de ordenamientos como el código procesal penal para las jurisdicciones nacional y federal¹², con las características antes reseñadas, obsta al desarraigo de un protagonismo exacerbado que no sólo alienta en el juez encargado de la instrucción, sino que suele trasladarse a los integrantes de los tribunales de juicio, munidos de potestades tales como la de disponer oficiosamente una instrucción suplementaria (art. 357) o la de inaugurar los interrogatorios a las partes, testigos, peritos e intérpretes (art. 389).

El compromiso del juzgador con la obtención de la verdad, heredado de ese estado de las cosas, conduce a artilugios destinados a capear las reglas de exclusión probatoria, generándose un elenco de construcciones intelectuales que el profesor Daniel Pastor ha sabido catalogar, destacando entre ellas la teoría del “descubrimiento inevitable”, la del “ámbito jurídico”, la doctrina de la “bandeja de plata”, los criterios del “vicio subsanado” o de la “buena fe policial”, argumentum —en suma— “tendientes a reducir el ámbito de exclusión de las pruebas ilícitamente

obtenidas”¹³. Como correlato, el mismo autor alerta acerca de lo que denomina “*el principio de descalificación procesal del Estado*”, advirtiendo que, frente a la violación de los derechos fundamentales del imputado, no sólo se invalida el hecho generador “*sino todo el proceso, pues los obstáculos procesales están previstos, justamente, para evitar que un proceso ilegítimo sea llevado a cabo. (...) un abuso de poder cometido en el proceso contra los derechos fundamentales del imputado y sus garantías, excluye para siempre la posibilidad de aplicar la pena en ese caso, el proceso se torna inadmisibles, por carecer de objeto, y debe cesar definitivamente...*”¹⁴.

En verdad, si —tal como señala el profesor Claus Roxin— la naturaleza del proceso penal persigue, más allá de la condena del culpable, “*la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión*”¹⁵, el delicado equilibrio entre tales metas impone el límite inquebrantable de la afectación del sistema de garantías constitucionales en defensa del imputado¹⁶.

Notas

1 La recopilación del material empleado para el presente informe y un primer borrador fueron obra de la Profesora Mariana TREBISACCE, docente de la Cátedra a mi cargo.

2 El juego armónico de varios preceptos constitucionales determina la unidad en materia de Derecho Penal sustantivo y la precitada multiplicidad de ordenamientos procesales alusivos al tópico: básicamente, el artículo 5º, que reconoce la potestad de cada circunscripción territorial en punto a legislar en materia de administración de justicia; el 67º, inciso 12, que atribuye al Congreso de la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo en diversas materias, incluida la penal, y el 121º, que establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hubieran reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

3 Ley 23984, (B.O. 9/9/1991); por disposición contenida en su artículo 539, entró en vigor al año de su promulgación.

4 Ley 27063 (B.O. 10/12/2014), modificada por leyes 27272 (B.O. 1º/12/2016) y 27482 (B.O. 7/1/2019).

5 Ley 27150 (B.O. 18/6/2015). El nuevo cuerpo de leyes comenzó a regir el 10 de junio de 2019 en las provincias de Salta y Jujuy. Por resolución n° 2/2019 (B.O. 19/11/2019) de la aludida Comisión, la implementación progresiva continuará en las jurisdicciones correspondientes a las Cámaras Federales de Apelaciones de Mendoza —que abarca los juzgados federales de dicha provincia y los de San Juan y San Luis— y de Rosario —que involucra los juzgados de la provincia de Santa Fe y los situados en San Nicolás (Provincia de Buenos Aires).

6 El artículo 198, inciso 6, del código procesal penal neuquino prescribe: “(e)l jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes”. Por su parte, el artículo 4 de la Ley n° 7661 de la Provincia de Chaco reza: “(c)uando el acusado pertenezca a los

Pueblos Originarios Qom, Wichi o Mocoví, la mitad del jurado de doce (12) miembros estará integrado obligatoriamente por hombres y mujeres de su misma comunidad originaria”.

7 V. nota 3.

8 “Art. 167. - Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes: 1º) Al nombramiento, capacidad y constitución del juez, tribunal o representante del ministerio fiscal. 2º) A la intervención del juez, ministerio fiscal y parte querellante en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria. 3º) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece”.

9 Ley 2303 CABA, del 29/3/2007.

10 Como hemos señalado en informes anteriores, la reforma constitucional de 1994 otorgó a la ciudad de Buenos Aires un rango diferencial, dotándola de “*un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción*” (art. 129). Empero, el traspaso de tales facultades de la Nación a la Ciudad Autónoma se ha producido lenta y escalonadamente, mediante las leyes nacionales 25752, 26357 y 26702, y dista de haberse completado.

11 MAIER, Julio B. J.: “*Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*”. Editores del Puerto, Bs. As., 2004, p. 696

12 V. nota 3.

13 PASTOR, Daniel R.: “*Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*”. Hammurabi. Bs. As., 2012. p. 328 y ss.

14 PASTOR, D. R.: op. cit., p. 342 y ss.

15 ROXIN, Claus: “*Derecho procesal penal*”. Editores del Puerto. Bs. As., 2003, p. 4 y ss.

16 A título meramente ilustrativo, cabe consignar una resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dictada el 21 de octubre de 2019, en el caso “A., N.A. s/nulidad”. La mayoría de dicho tribunal decidió confirmar el rechazo de la nulidad interpuesta por la defensa de un imputado en cuya habitación de un hotel metropolitano se había secuestrado un elemento sustraído a un tercero, sin que mediara orden judicial de allanamiento ni se evidenciara una situación excepcional que hubiera dispensado de tal recaudo al funcionario policial actuante, conforme a lo previsto en los artículos 224 a 227 del código vigente. Se hizo valer, para resolver de tal modo, la hipotética anuencia del morador argumentada por el agente en cuestión. Uno de los integrantes de la mayoría otorgó valor a la versión policial, corroborada por el damnificado, en punto a la supuesta invitación del propio morador para que se ingresara a su ámbito privado; el restante componente de ese voto mayoritario opinó que el procedimiento era válido, se tratase del franqueo del ingreso a solicitud de la policía o bien de la invitación espontáneamente formulada por el ocupante de la habitación allanada, puesto que la coacción alegada por la parte no se había acreditado (*sic*). Y el vocal disidente, si bien hubo de pronunciarse por la invalidez del registro ante la violación de lo normado en las disposiciones legales mencionadas, estimó que la imputación no sufría alteración alguna, porque existía un cauce de investigación independiente, derivado del testimonio de terceros que no habían intervenido en el procedimiento en cuestión. En síntesis: se dieron cita aquí las teorías de la “*buena fe policial*” y del “*descubrimiento inevitable*” (Pastor dixit).

Brasil

Alexis Couto de Brito

Universidade Presbiteriana Mackenzie

En el contexto de la prueba, el art. 5º de la Constitución Federal garantiza: “a los litigantes en procedimientos judiciales o administrativos, y los acusados en general tienen asegurada la defensa contradictoria y amplia, con los medios y recursos inherentes a ella”. Esta es la norma y la garantía constitucional que sustenta el debido proceso legal en un estado de derecho.

Sin embargo, siguiendo la máxima “cada regla tiene su excepción”, la propia Constitución, en el mismo art. 5, LVI, limita ese derecho: “la prueba obtenida por medios ilegales es inadmisibles en el proceso”.

En el Código Procesal Penal de Brasil, originalmente redactado en 1942 durante la dictadura de Getulio Vargas, no hay tratamiento sobre la prueba ilícita. Y aunque la Constitución Federal de la República se promulgó en 1988, el Código Procesal Penal de Brasil solo se modificó para garantizar el cumplimiento del texto constitucional veinte años después, en 2008.

La norma sobre pruebas ilícitas está prevista en el artículo 157 y su *caput* repite la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas y determina su separación del proceso. Aquí no hay diferencia entre la prueba que viola la ley material (llamada ilícita *stricto sensu*), como interceptar una llamada telefónica sin una orden judicial, y la prueba que viola solo el procedimiento de su producción (llamada ilegítima) como, por ejemplo, que se realice el reconocimiento de una persona sin personas de características similares a su lado. Ambos deben ser eliminados del proceso por su ilicitud *latu sensu*. Después de la alegación de ilicitud, evaluada como un incidente (art. 157, § 3), el juez permitirá que se extraiga la prueba.

Sin embargo, existe una posición doctrinaria y jurisprudencial que trata de justificar el uso de la prueba ilícita en contradicción con el texto constitucional. Algunos llevan a Brasil la excepción de buena fe del derecho de los Estados Unidos, según la cual, si alguien cree que está actuando de acuerdo con la ley, se debe admitir la prueba. El más común es el uso del principio de proporcionalidad que, en el presente caso, permitiría mantener en el proceso pruebas ilícitas cuando el derecho violado para la producción de pruebas fuera inferior al bien jurídico preservado a través de su producción. Esta corriente se divide además entre aquellos que admitirían la valoración de la prueba ilícita *pro reo* y aquellos que la admitirían, en cualquier caso, es decir, a favor y en contra del acu-

sado. En los tribunales encontramos decisiones bidireccionales, admitiendo evidencia ilícita a favor y en contra del acusado.

Sin embargo, la Corte Suprema de Brasil confirmó que es inadmisibles la prueba originalmente ilegal o ilegal por derivación (sentencia RE 251.445-GO).

Incluso si la prueba ilícita se retira en el caso, la imparcialidad del juez no se puede garantizar ya que, como se ha dado cuenta de la evidencia, puede influir en él de alguna manera. Fue con esto en mente que, para garantizar la imparcialidad de la sentencia, uno de los párrafos del proyecto de alteración (proyecto de la ley N° 11.690/08), establecía una prohibición para que el juez que tuvo conocimiento de las pruebas declaradas ilícitas no pueda juzgar el hecho¹.

Sin embargo, se produjo un veto presidencial a la disposición de la siguiente manera: “El objetivo primordial de la reforma procesal penal incorporada, entre otros, en el presente proyecto de ley, es dar velocidad y simplicidad al resultado del proceso y garantizar la disposición judicial en condiciones apropiadas. Esa disposición va en contra de dicha medida, ya que puede causar una interrupción razonable en el progreso del procedimiento al exigir que el juez que realizó toda la instrucción procesal eventualmente sea reemplazado por otro que ni siquiera conoce el caso. Además, cuando el caso ya no es en primera instancia, su redistribución no necesariamente cumple con la disposición del párrafo, incluso si el magistrado que tiene conocimiento de la prueba inadmisibles es removido del asunto, puede tener que emitir su voto sobre la base de la obligación de la decisión colegiada”. El argumento no es convincente, ya que entender que la razón principal de la reforma es la velocidad y no la decisión judicial correcta es desfigurar la naturaleza misma del proceso. Además, afirmar que la sustitución del juez causaría problemas procesales implica que el Estado utiliza habitualmente pruebas ilícitas y no al revés. Y si el número de casos que utilizan pruebas ilícitas es mínimo, tal “tumulto” sería absolutamente tolerable a cambio de una decisión judicial correcta e imparcial.

El Código Procesal Penal no ha adoptado el sistema de pruebas prohibidas, y nuestra Constitución ha preferido solo decir en general que no se permitirán pruebas ilícitas. Es común en otros órdenes procesales e incluso en otras constituciones que ciertos procedimientos están expresamente prohibidos como un medio para obtener evidencia procesal. Por ejemplo, el código alemán (StPO) proporciona expresamente en su art. 136 y párrafos que el demandado tiene derecho a no ser forzado o engañado en su interrogatorio, a no verse obligado a

acusarse a sí mismo y a consultar siempre con un defensor de su elección antes de sus declaraciones.

Pruebas ilícitas por derivación

Al no admitir la prueba ilícita, obviamente toda prueba derivada de la ilícita no puede ser admitida. Esta construcción correcta se deriva del estado de derecho. El propósito de la ley es principalmente evitar que los organismos oficiales encargados de investigar el delito violen las garantías fundamentales del ciudadano, lo que comúnmente se conoce como la regla de exclusión (*exclusionary rule*). Para desalentar la violación de la ley, toda la prueba obtenida de esta premisa sería ignorada y excluida del proceso. Sin embargo, se advirtió que a partir de ciertas pruebas obtenidas ilegalmente, otras podrían ser recolectadas legalmente. Por lo tanto, además de la regla de exclusión, se elaboró la doctrina conocida como los frutos del árbol venenoso (*fruits of the poisonous tree*), por lo que todas las pruebas derivadas de pruebas ilícitas también se considerarían ilícitas.

Es en este contexto que la redacción del artículo 157, en su § 1, establece que las pruebas derivadas de actos ilícitos también serán inadmisibles, una disposición que siempre ha estado en el Código Procesal Penal desde su origen (artículo 573, § 1), con respecto a las nulidades: “La nulidad de un acto, una vez declarado, causará el de los actos que dependen directamente de él o son su consecuencia”.

Pero ese mismo § 1 del artículo 157 ha traído una complicación legal al asunto al señalar que la prueba derivada de actos ilícitos puede aceptarse “cuando no se evidencia el vínculo causal entre ellos, o cuando las derivadas pueden obtenerse de una fuente independiente de la primera”.

Por lo tanto, hay dos situaciones que permitirían admitir la prueba obtenida derivada de la ilícita: (1) cuando no existe una relación causal entre ellas o (2) cuando podría ser obtenida por una fuente independiente de la ilícita.

No vemos como sea posible la configuración de la primera situación, porque si no hay un vínculo causal entre las pruebas, no se puede decir que una se deriva de la otra.

En el segundo caso, respecto a la obtención de una fuente independiente, parece igualmente imposible hacer tal juicio después de obtenida la prueba. En primer lugar, porque la evidencia ya se ha obtenido por medios ilícitos, y no importa si se podría haber obtenido o no de otra manera. Usarla será usar pruebas ilícitas. Y, en segundo lugar, después de descubrir lo que ya

sucedió en el espacio y el tiempo, uno puede imaginar innumerables situaciones para hacer o no hacer algo. La ley trata de definir cuál es la fuente independiente en el § 2 del art. 157: “se considera que una fuente independiente es aquella que, por sí sola, siguiendo los procedimientos típicos y habituales, típicos de investigación o instrucción criminal, podría conducir al objeto de la prueba”. Es evidente que después de descubrir dónde se encuentra dicha prueba, será posible imaginar innumerables formas de “seguir los procedimientos típicos y habituales de investigación o instrucción criminal para obtener la misma prueba”. No existe una razón lógica o jurídica para trabajar con la imaginación frente a la realidad procesal y la disposición de la regla constitucional.

La excepción que se aplicará a las reglas de exclusión (*exclusionary rule*) y de los frutos del árbol venenoso (*fruits of the poisonous tree*) se origina en la judicatura estadounidense, en doctrinas llamadas limitación de fuente independiente (*independent source limitation*) y del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*). En algunos casos concretos – y sin la concordancia de la mayoría de los jueces de la corte suprema norteamericana – se han permitido pruebas ilícitas. En uno de los casos, la policía, bajo sospecha de contrabando, irrumpió en una casa sin una orden judicial para confirmar su sospecha, luego regresó con una orden judicial y confiscó la mercancía, que fue considerada como una “fuente independiente”. En otro, una confesión “arrancada” del presunto autor indicó dónde estaba el cadáver de un asesinato, que solo anticipó la ubicación que inevitablemente ocurriría, ya que la policía le estaba llevando a cabo una importante operación de búsqueda, lo que se consideró un “descubrimiento inevitable”. Podemos identificar fácilmente la falacia lógica en estos casos, porque la afirmación de que “la prueba se obtendría de todos modos” no puede aceptarse, ya que por un corte temporal uno nunca puede decir qué sucedería o no hasta que se encontrara la evidencia. Incluso cuando se aproximaba el encuentro de la prueba, existía la imprevisibilidad de los eventos futuros, por lo que cualquiera de ellos podría evitar el encuentro. Téngase en cuenta que el argumento utilizado por el juez fue falaz para satisfacer la necesidad de justificar lógicamente su decisión contraria a las reglas citadas.

Prueba fortuita

Otro aspecto relevante que puede proporcionar la ilegalidad de la prueba es lo que la doctrina ha llamado convencionalmente un encuentro casual de prueba. En

este caso, de un intento normal y lícito de encontrar algún tipo de evidencia, uno llega a otra evidencia por casualidad. El tema solo se vuelve relevante porque la diligencia lícita tiene la característica particular de llevarse a cabo como una excepción a una garantía constitucional, como la confidencialidad de la comunicación o la inviolabilidad del domicilio. Así, por ejemplo, al interceptar legalmente una conversación telefónica para obtener evidencia de un delito de tráfico de drogas, uno encuentra alguna evidencia de homicidio o al ingresar a la casa de otra persona para buscar y aprehender un arma homicida. Se encuentran documentos que prueban una estafa.

El asunto no es fácil de resolver y la doctrina se ha dividido en dos corrientes: una, que acepta pruebas aleatorias en cualquier situación sobre la base de que la legalidad de la primera se transfiere a la segunda; y otro, que solo admite la legalidad de la evidencia aleatoria cuando la segunda evidencia tiene una relación mínima con el delito investigado legalmente.

En vista de la particularidad y excepcionalidad con la que se busca la evidencia, es decir, el incumplimiento de una garantía constitucional, solo se puede tolerar que se presente evidencia aleatoria si está vinculada al delito investigado en el proceso que condujo a la debida diligencia. Si, por ejemplo, al interceptar una llamada para investigar la entrega de drogas, se descubre fortuitamente que el mismo investigado ya entregó un envío días antes. O en una investigación de asesinato, se descubre dónde estaba escondido el cadáver. Esto se debe a que esta es la única forma de limitar la producción de evidencia por estos medios y respetar los límites constitucionales. Se sabe que la casa es un asilo inviolable y solo se puede ingresar con una orden judicial, durante el día, bajo los términos exactos de la ley. Y la ley siempre delimitará cómo debe cumplirse la orden. Por lo tanto, necesitará un objeto específico que, tan pronto como se encuentre, eliminará su necesidad de búsqueda, y restablecerá la garantía constitucional. Lo mismo puede decirse de una interceptación, legalmente autorizada por el juez, que debe indicar el delito investigado y las personas a ser interceptadas. Permitir que se acepte evidencia aleatoria en todo momento, incluso sin esta conexión con el hecho investigado, es dar carta blanca al Estado y tabular la garantía constitucional, que será fácilmente eludida.

Notas

1 La redacción del § 4 del art. 157 fue como sigue: “Un juez que conozca el contenido de la evidencia declarada inadmisibles no puede emitir un juicio”.

Costa Rica

Dra. Angie Andrea Arce Acuña

Doctora en Derecho

I. CONCEPTO GENERAL DE LA PRUEBA

El Derecho Penal busca por excelencia la verdad de los hechos, para llevar a cabo esta tarea desafiante, ha echado mano a una serie de herramientas que le permiten, de forma científica, en caminar el proceso ha esa búsqueda y enderezarse a descubrir y comprobar la verdad. La necesidad de investigar y verificar, casi siempre, surge de un estado de duda. La inquietud de lo existente e inexistente hace que la prueba se funde en el dudar con el sentido crítico y en esa medida se despeja la duda, creándose un estado de creencia definitiva en lo conocido, la prueba permite la exploración de la verdad. La prueba es el eje central del proceso, todo se basa sobre ella, podemos agregar que de ahí se impregna todo el proceso, le imprime movimiento hasta que llega a convertirse en sentencia. El concepto de prueba es indispensable definirlo porque precisamente es lo que nos permite distinguir cuando estamos ante una prueba lícita o no. Como lo señala Florian¹ al desarrollo de la prueba está vinculado un interés público tan alto, que ella constituye objeto peculiar de protección jurídica, penalmente sancionada, todo esto para manifestar, según se desprende de la lectura, la importancia que juega la prueba como tal.

En cuanto al concepto de prueba debe tenerse sumo cuidado, pues se compone de un complejo contenido, del cual se examinará aquel que más interés presenta al procedimiento penal. Según Florian² La prueba desde el sentido lógico, quiere decir, a un mismo tiempo, “Todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”. Para autores como Dellepiane³ indica que a la hora de abordar un concepto de prueba, se tropieza con la dificultad, de las diferentes acepciones del vocablo, “prueba” en el derecho procesal, desde el punto de vista de prueba como medio se definiría de la siguiente manera: “Es el objeto idóneo para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de Testigos, prueba Indiciaria)”.

Desde mi concepción y tratando de hacer un aporte al ya bien definido concepto de prueba, lo definiría de la siguiente manera: “La prueba es por excelencia la herramienta que aleja al juzgador de la duda y la incertidumbre, ayudándolo acercarse a la verdad, la certeza y la realidad de los hechos, respecto de los cuales existe

divergencia entre las partes, permitiéndole con exactitud conocer la existencia de los hechos pasados”.

Si bien es cierto las definiciones antes mencionadas nos detallan el concepto de prueba se debe ahora analizar el término de prueba desde el punto de vista de cuando esta resulta lícita o no.

II. LA PRUEBA ILÍCITA EN COSTA RICA

Para poder determinar cuando una prueba es ilícita o no en Costa Rica debe primero tomarse en cuenta de donde nace esta protección y es el artículo 1 de la Carta Magna donde se establece que Costa Rica es una república democrática, libre e independiente y es con base en este artículo que debe garantizarse un pleno respeto al ser humano, por la simple condición de serlo y al que se le reconoce su dignidad y derechos fundamentales. El artículo 1 de la Constitución Política indica que, *ARTÍCULO 1º. Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural.* Es gracias a este artículo 1 que se protegen y reconocen derechos fundamentales, así como la dignidad del individuo. En una democracia como la costarricense, el ser humano se reconoce como persona y como ciudadano y es de esa forma que cualquier poder punitivo que vaya a ser ejercido en su contra, debe ser regulado, se debe desarrollar dentro de una serie de garantías constitucionales, de garantías dentro del proceso penal y también garantías que se derivan de distintos votos que se han desarrollado, sobre todo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para poder llevar a cabo esta protección es frecuentemente utilizado, sobre todo en sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, el tema del debido proceso en el Derecho penal, siendo la sentencia 1739-92 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, redactada por el Dr. Rodolfo Piza Escalante la que mejor expone e intenta dar una respuesta a la discusión en el momento sobre el principio de legalidad de la prueba. Al respecto se indica que, *b) El principio de legitimidad de la prueba: Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén*

de negarle todo valor probatorio en sí —sobre lo cual no parecer haber ninguna discusión—, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley —en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas—.

Por otro lado, la Resolución 01620-1997 de las quince horas tres minutos del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y siete de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la legitimidad o ilegalidad de la prueba señala que,

Ilo. DE LA LEGITIMIDAD O LEGALIDAD DE LA PRUEBA. Alega el recurrente que en su caso, se le condenó con base en prueba ilegítimamente obtenida por inobservancia de los requisitos legales para obtenerla. Sobre este tema, ha indicado con anterioridad esta Sala: "..., constituye un derecho esencial de todo imputado, el de ser juzgado con base en pruebas legítimamente obtenidas e incorporadas al proceso de conformidad con los requisitos establecidos por la legislación vigente. Lo anterior obliga al juzgador a incorporar al proceso los elementos probatorios, llámense declaraciones testimoniales, confesionales o periciales, dictámenes, intervenciones telefónicas, que hayan sido obtenidos en forma legítima, para que la resolución final se adecue a uno de los contenidos sustanciales del debido proceso, como lo es el derecho del condenado a una sentencia justa. En caso contrario, sea que la prueba no reúna los requisitos legales y se convierta en ilegítima, deberá de abstenerse de valorar la misma"

En este sentido puede verse la sentencia 8564-2001-15 41 del 28 de agosto de 2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que señala el punto anterior sobre la legitimidad o legalidad de la prueba y agrega que,

Corolario de lo anterior, resulta contrario al principio del debido proceso, tomar en cuenta prueba ilegítima para fundamentar un fallo condenatorio, por lo cual, la Sala consultante debe determinar, si efectivamente el elemento probatorio que cuestiona el recurrente se obtuvo con respeto de las previsiones

legales para efectuarlo, pues de lo contrario no podrá ser considerado para fundamentar el fallo condenatorio dictado en contra del recurrente. Dentro del debido proceso o también denominado, proceso justo debe contemplarse que cuando un ciudadano es sometido a un procedimiento penal debe seguirse una serie de normas y requerimientos que deben ser válidos.

No solamente deben ser válidos al ser obtenidos, sino que además durante el proceso deben utilizarse dentro de los principios y valores supremos de la Constitución Política ya sea formal o material, tal y como lo señala el profesor Alfredo Araya Vega en su libro “La teoría de los frutos del árbol envenenado, críticas e interpretaciones en Costa Rica, visible en www.pensamientopenal.com.ar > system > files > 2014/12 > doctrina28061

Es así que todo procedimiento en el Derecho Penal y toda prueba no solamente deben emanar de órganos competentes, sino que sus procedimientos deben ser apegados a la Constitución Política, también en este caso al orden, a la paz, a la seguridad, a la justicia y a la libertad y también a los parámetros establecidos por las cortes internacionales.

Referente a esto, existe un voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la opinión consultiva OC6/86 del 9 de mayo de 1986 de la expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y esta jurisprudencia pues viene también a desarrollar en forma detallada cada uno de los principios en materia penal que deben seguir el debido proceso. Concretamente en Costa Rica, el artículo 1 del Código Procesal Penal nos habla del principio de legalidad donde dice que nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código, con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio. De igual manera se puede ligar este artículo con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, así como el 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 10 de la DUDH, el 9.1 de la PIDCP y el artículo 1 del Código Penal. De igual forma se establece en el artículo 180 que el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba establecidos cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los fines de la investigación. Sobre este tipo de objetividad también se establece en el artículo 6, 63 y 66 del Código Procesal Penal, los puntos concernientes a los fines de persecución penal.

El artículo 181 nos habla sobre la legalidad de la prueba donde los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. Lo cual significa que esos procedimientos deben ser apegados a la Constitución Política, y a los derechos humanos, ya sea antes de entrar o ser obtenidos al proceso penal o durante el proceso penal.

Sigue indicando el artículo 181 que a menos que favorezca al imputado no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales.

Esto también se puede leer en el artículo 40 de la Constitución Política en cuanto al principio de legalidad y la valoración de los actos ilícitos del artículo 1 y 99 del Código Procesal Penal, donde se dice que la inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado, impedirá que estos se utilicen en su contra, aún cuando él haya dado su consentimiento para infringir alguna regla o utilizar su declaración. Las inobservancias meramente formales serán corregidas durante el acto o después de él. Al valorar el acto, el juez apreciará la calidad de esas inobservancias, para determinar si procede conforme al párrafo anterior.

También existe un voto el número 6511-2002 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del 3 de julio de 2002, donde la Sala Constitucional dispuso que el párrafo segundo del artículo 181 pues resultaba no ser inconstitucional puesto que,

El artículo 181 del Código Procesal Penal sanciona la utilización de esos medios proscritos, sanción que se refuerza con lo dispuesto en el párrafo segundo, en el sentido de que dichos elementos probatorios no pueden utilizarse para perjudicar al imputado, pero sí mantienen su capacidad probatoria para beneficiarlo. Se permite utilizar la prueba derivada de tales actos, si favorece al imputado, porque, conforme se señaló, la prohibición de utilizar prueba ilícita es una garantía prevista para el imputado, lo cual no obstaculiza que pueda ser valorada en cuanto le beneficie. Por otra parte, es claro que la norma pretende sancionar al Estado, pues no sólo no puede utilizarse prueba ilícita en perjuicio del imputado, sino que además es posible valorarla para favorecerlo. El juzgador en todo caso, deberá valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional, según la cual el “...tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los

elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor; con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.” (artículo 184 del Código Procesal Penal).

En cuanto a esto también el artículo 183 del Código Procesal Penal indica que para ser admisible la prueba, deberá referirse, directa o indirectamente al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes. El Tribunal puede prescindir de la prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

III. POSICIONES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN COSTA RICA

Entonces debe aclararse que la ilicitud de la prueba puede ser en dos sentidos, que contravenga derechos fundamentales o que venga a contravenir el ordenamiento procesal y las garantías procesales. En cuanto al resultado o más bien al valor que se le va a dar a la prueba ilícita, Daniel González en su libro *la Prueba en los procesos penales centroamericanos*, Guatemala, el Salvador, Costa Rica en la *Revista de Ciencias Penales* www.poderjudicial.go.cr/salatercera, establece una posición conservadora y concluye que deben admitirse y valorarse las pruebas lícitas aun cuando se hubiera llegado a ellas con base en un procedimiento viciado por ser irrelevante el modo de obtenerlas y considerarse superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal, una que implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto.

Una segunda posición se conoce como la regla de exclusión o derivada de esta la teoría de los frutos del árbol envenenado. En esta no existen dos intereses en conflicto ya que si bien es cierto surge en interés de la comunidad en que los delitos sean reprimidos, también hay un interés de que la Administración de Justicia resplandezca o prevalezca la verdad. Y existe una posición intermedia donde se indica que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, por lo que ellos establecen cada caso, tomando en consideración diversos factores.

Costa Rica se rige en primer término por el principio de libertad probatoria instaurado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, lo que significa, en relación al 181 del mismo cuerpo normativo que existe una ampli-

tud a la hora de determinar el tipo de prueba o el medio que se puede utilizar legítimo y permisible.

La consecuencia entonces de ese mismo artículo consiste en que una prueba que se haya dado con inobservancia a las garantías fundamentales y también a las garantías procesales no puede ser tomada en cuenta para fundamentar una decisión judicial ni utilizada como presupuesto de ella, cuyos actos hayan sido en inobservancia a este tipo de regulación.

El artículo 178 del Código Procesal Penal establece además que este tipo de irregularidades no son susceptibles de convalidación y deben decretarse de oficio por el juez, de igual manera existe prohibición de ser utilizada de acuerdo a los artículos 27 y 41, 11, 28, 35, 39 y 40, todos de la Carta Magna, referentes al derecho general a la justicia, al principio de legalidad, al juez regular, al derecho a la defensa, al debido proceso y el principio de inocencia y cabe rescatar además que la prueba directamente ilícita no tiene ninguna validez para fundamentar una sentencia condenatoria excepto cuando favorezca al acusado.

En tanto la resolución 2011-1487 del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José de las ocho horas y veintiocho minutos de cuatro de noviembre de dos mil uno, viene a dar una explicación bastante amplia de cual es la utilización de las consecuencias de la aplicación de una prueba ilícita dentro del proceso.

En cuanto a la exclusión de la prueba derivada como ilícita no siempre se va a aplicar de forma rígida la teoría de los frutos del árbol envenenado al menos en Costa Rica.

En este caso también se hace referencia a los otros tipos de teoría en su mayoría las resoluciones obedecen a posiciones moderadas en las que se ha temperado de modo claro implementación como la fuente independiente, la supresión hipotética, el hallazgo inevitable, la buena fe etc, y es ahí, dependiendo de la circunstancia del caso que será aplicado.

De igual manera existe en Costa Rica una aplicación pura y simple de la teoría de los frutos del árbol envenenado que una vez que se haya podido determinar tendrán que volverse improcedente toda la prueba que se haya derivado a partir de la prueba ilícita.

Notas

1 Florian Eugenio, *De las pruebas Penales*, Tomo I, Editorial Temis, 2002, Bogotá, pp. 424, p. 43.

2 Ibid., p. 43.

3 Dellepiane Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Editorial Temis, 2003, Bogotá, Colombia, p. 7p.

Estados Unidos

Angela Superville, *Esq.*

The Fourth Amendment to the United States Constitution protects the rights of the people against unreasonable government searches and seizures. Having recently won Independence from the British Crown, which made frequent use of general warrants to raid colonist homes and ships, the framers of the Constitution made it clear that in their new nation, the ability of the government to intrude into a person's home would be permitted only when reasonable. As the old maxim states, "a man's house is his castle." And in the newly formed America, that castle would be explicitly protected by the Bill of Rights' Fourth Amendment.

Freedom from unreasonable searches and seizures: a sacred right, a lofty goal. But like so many other rights prescribed by the America's founding document, the details were left to future interpretation. How exactly was this right to be protected? How would American jurisprudence enforce the Fourth Amendment? It's a tough question that American Courts have grappled with for over two hundred and thirty years; formulating rules and carving out exceptions. Balancing the rights of the accused against the public interest, which seeks truth, justice, and security.

Enter into the conversation: Don King. Yes, that Don King. Controversial boxing promoter of legends like Muhammad Ali, Joe Frazier, and George Foreman. But long before organizing "The Rumble in the Jungle" Don King played a minor role in what would become a landmark case for the Fourth Amendment.

It was 1957 in Cleveland, Ohio and the police were investigating the bombing of Mr. King's house that had occurred days earlier. An anonymous tip led them to the house of Ms. Dollree Mapp in search of a suspect. After consulting her attorney by phone, Ms. Mapp refused the police entry into her house unless they produced a warrant.

Years earlier, in 1914, the Supreme Court had articulated the Exclusionary Rule in the landmark case of *Weeks v. United States*, declaring that evidence seized as part of an illegal search must be excluded from Court as a matter of Judicial Integrity¹. The Courts could not participate in the illegal activity of the state by permitting the ill-gotten evidence. Police conducting illegal searches and seizures should "find no sanction in the judgment of the courts which are charged at all times with the support of the Constitution."

The Exclusionary Rule was established, and Ms. Mapp knew her rights. She refused to let the police in to search her home without a warrant. Unfortunately

for Ms. Mapp, there was a catch. The 1914 *Weeks* decision applied only to the federal jurisdiction, not to the individual states. And while many states had legislated their own rules to exclude illegally obtained evidence in state court, Ohio was not one of those states.

The Ohio police entered Ms. Mapp's home and found pornographic books and pictures. Ms. Mapp was arrested for possessing lewd materials. She was convicted and the Ohio Supreme Court affirmed, noting that though the search had been conducted illegally, there was no requirement on Ohio to exclude the evidence.

Interestingly, the case was appealed to the Supreme Court and argued mostly on First Amendment right to Free Speech grounds. Instead, the Court used the case to take another step forward in defining the application of the Fourth Amendment, by declaring the Exclusionary Rule applied to the states as an essential part of the Fourth and Fourteenth Amendments². Ms. Mapp's conviction was overturned³.

The impacts of the case were far-reaching. The Exclusionary Rule was now the law of the land across the entire United States. Police everywhere had to align their investigations with the Fourth Amendment protection against unreasonable searches and seizures, lest their evidence be thrown out in court. Warrants became the norm and police departments increased their professionalism and training.

But this area of the law remained open to many questions. What happens when the police fall short of their Constitutional demands even when they try to follow the rules? Must we exclude important evidence of guilt whenever there is a mistake made by the police?

As it turns out, not always. Since the *Weeks* decision, the Courts have carved out exceptions to the Exclusionary Rule by taking a step back from the Judicial Integrity interpretation of the rule, in favor of a more practical analysis of deterrence. Now, the focus centers on whether excluding evidence would deter future Fourth Amendment violations. The Courts have come to view the Exclusionary rule as a judicially created remedy, rather than a right implicit in the Constitution. Such interpretation opens the door to a narrowing of the rule.

The good-faith exception, carved out in *United States v. Leon* in 1984, held that evidence obtained illegally may still be used in court, if police reasonably relied, in good faith, on a defective warrant⁴. The case involved a drug trafficking investigation, where the police obtained a warrant based on an affidavit later determined to lack sufficient probable cause. Here, the officers involved, presumably, acted in good faith, obtaining and relying on a warrant. They had done their best to follow

the law and so excluding the evidence would then have no deterrent effect on future misconduct. In this light, the benefits of deterring police misconduct are outweighed by the societal cost of excluding the evidence.

Exclusion—the Courts argue— exacts a heavy cost on the judicial system by ignoring otherwise reliable evidence, which may be pertinent to a criminal conviction. And allowing criminals to go free for upholding this rule exacts a heavy cost on society. A cost that many Americans seem unwilling to pay.

The erosion of the judicial integrity view of the Exclusionary Rule into a more permissive deterrence model may reflect a larger trend in American society: a scale tipping increasingly in favor of public safety and security at the expense of individual civil liberty and personal privacy. Whether it be the curtailment of the rights of the accused, or mass surveillance programs implemented to “fight terrorism” – the US government in constantly intruding into the civil liberties of its citizens in the name of safety.

But safety at what cost? - and at what cost to *whom*?

Which brings us back to Ms. Mapp in Cleveland, Ohio, who watched, handcuffed to a banister, as the police illegally searched her personal belongings in her own home. Ms. Mapp, it should be noted, was an African American woman. It is often poor, minority, and disadvantaged communities that are the victims of violations of their legal rights. It is these communities that are most at risk to suffer the effects of a Fourth Amendment made weaker by exceptions to the Exclusionary rule and a judicial system increasingly concerned more with safety at large than with individual civil liberties.

Notes

1 *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383 (1914).

2 The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment applies the first ten amendments of the Constitution (known as the Bill of Rights) to the states through the Constitutional doctrine known as Incorporation.

3 *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961).

4 *United States v. Leon*, 468 U. S. 897 (1984).

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío (México)

mvidaurri@delasalle.edu.mx

Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo del 2014, el Código Nacional de Procedi-

mientos Penales (en adelante CNPP), determina que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (artículo 1).

Este ordenamiento tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (artículo 2).

El Título IV del CNPP (artículos 259 a 265) se ocupa de los datos de prueba medios de prueba y pruebas. Es claro cuando señala que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito, correspondiendo la valoración de las pruebas al órgano jurisdiccional de manera libre y lógica. Define al dato de prueba como la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado; los medios o elementos de prueba, según el CNPP, son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. Prueba será todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, cuyo objetivo es servir al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

Por lo que respecta a la licitud probatoria, se indica en el artículo 263 que los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código, pero se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad, pudiendo las partes hacer valer la nulidad del medio de prueba en cualquier

etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto (artículo 264).

Los dos numerales antes reseñados constituyen la base para sostener que toda actividad los entes que realicen la investigación, presenten la acusación, defiendan o asesoren que contravenga derechos fundamentales mediante los cuales se logre la obtención, incorporación o desahogo de pruebas no será considerada o tomada en cuenta por los jueces.

Es cierto que la legislación procesal nacional mexicana reconoce la libertad probatoria, cuestión que permite el ofrecimiento y desahogo de cualquier medio de prueba, siempre que tal sea lícita. Sobre este particular, destaca lo contenido en el artículo 346 del CNPP, que al tenor literal expresa: “Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

- a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
- b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o
- c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

Una tesis aislada emitida por un Tribunal Colegiado, a propósito de la ilicitud probatoria, ilustra la orientación seguida por la praxis judicial nacional; la siguiente sentencia mencionada se recoge bajo el título: “*Prueba ilícita y prueba con deficiencia formal o irregular: sus diferencias*”, cuyo contenido se transcribe enseguida:

La irregularidad en el desahogo de una prueba por no cumplir con las formalidades de la ley procesal, no determina necesariamente su carácter de inutilizable, al no impedir su potencial reiteración o corrección futura, siempre que dicha anomalía meramente formal no conlleve, a su vez, una vulneración sustancial de derechos o prerrogativas constitucionales (lo que la convertiría en prueba ilícita); por tanto, en este caso,

se admite la posibilidad de convalidación, perfeccionamiento o repetición (por ejemplo, ofrecer dicha prueba nuevamente durante el proceso, ratificada o justificada cumpliendo las formalidades de ley), salvo que, la irregularidad conlleve la violación de derechos o garantías del imputado. En cambio, en cuanto a la ilicitud de la prueba (que no es lo mismo que su simple deficiencia formal o irregularidad), existe como regla de exclusión, la prohibición de admisión y de valoración de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (detención ilegal, tortura, violación a la intimidad del domicilio, etcétera). En este caso, a diferencia de los supuestos de pruebas obtenidas irregularmente, exclusivamente desde una perspectiva formal subsanable, la prueba ilícita no admite convalidación. Además, su exclusión alcanza no sólo a la prueba obtenida directamente con vulneración de un derecho fundamental, sino también a las posteriores pruebas cuya obtención deriva de la considerada ilícita, salvo las excepciones legal y jurisprudencialmente previstas; esto es, lo que se conoce como la doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, clasificación en la que no encuadran las pruebas señaladas como irregulares por haber sido inicialmente obtenidas e incorporadas a la causa penal sin ajustarse al procedimiento formal establecido en la ley, pero perfeccionadas o reiteradas por no haber sido calificadas de ilícitas (con violación de derechos fundamentales). Visible en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, II, 2º, p. 61, P. (10ª). Décima Época, p. 2272, libro 53, abril de 2018, Tomo III.

Un destacado representante de la doctrina procesal mexicana, José Luis Eloy Morales Brand sostiene, con razón, que cualquier dato de prueba obtenido con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo, así como las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud (doctrina del fruto envenenado). La nulidad o argumento de ilicitud podrá hacer en cualquier etapa del procedimiento penal en el que el dato o medio de prueba pueda causar afectación. El autor invocado explica que, si el dato proviene de una fuente independiente, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se pueda llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas, será válida para tomar decisiones.

Bibliografía consultada

- Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*, México, Troispubliant, 2018.
- Téllez Guzmán, Carlos Mario, “*Las pruebas ilícitas en materia penal*”, en Vidaurri Aréchiga, Manuel (coordinador), *Pensamiento Jurídico y político contemporáneo, libro homenaje al maestro Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez*, México, Universidad de Guanajuato, 2008.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

www.inej.net

El Código procesal penal de Nicaragua (Ley 406/2001, CPP) se aprobó a los trece días del mes de noviembre del dos mil uno, entrando en vigencia 12 meses, publicado en la Gaceta, Diario Oficial, 243 y 244 del 21 y 24 de Diciembre de 2001.

El CPP establece, respeto a la prueba, con base al principio de libertad probatoria, que cualquier hecho de interés para el objeto del proceso “puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito”, la cual se valorará conforme el criterio racional observando las reglas de la lógica (art. 15) y además, sobre la licitud de la prueba, que sólo tendrá “valor si ha sido obtenida por un medio lícito” e incorporada al proceso conforme a las reglas del CPP. (art. 16) Este informe sobre las *pruebas ilícitamente obtenidas* está orientado a la fase preliminar o de investigación criminal.

I. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El CPP establece que la investigación criminal podrá ser iniciada y desarrollada por la Policía Nacional (PN) de forma autónoma o en coordinación con el Ministerio Público (MP). La policía no depende del MP, sino del Poder ejecutivo, según su ley orgánica. La PN y el MP sólo se *coordinan* entre sí, no hay niveles de subordinación ni jerárquico ni funcional. Esto se debió, al temor del Poder Ejecutivo a la hora de discutir y aprobar la ley en el Poder legislativo, de perder el control *político* de la policía en esta fase del proceso penal (preliminar o de investigación).

La PN, sea por iniciativa propia, o por petición del fiscal, deberá proceder a investigar cualquier hecho que pudiera constituir delito o falta, reunir los elementos de investigación para dar base al ejercicio de la acción penal por el MP. Así, la PN tiene la atribución por mandato legal de realizar las actividades de investigación para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivos. La investigación de delitos se efectúa conforme a las reglas lógicas, técnicas y métodos científicos propios de la actividad. Finalizada la investigación, la policía presenta el resultado de la investigación (*informe*), al MP. La PN, en el proceso de investigación, tiene la atribución de velar por la conservación de lo relacionado con la in-

vestigación, buscar a personas que puedan dar información de lo investigado, preservar la escena del crimen, realizar inspecciones y todo tipo de operaciones técnicas necesarias, requerir informes a instituciones públicas y privadas, realizar allanamientos, requisas, inspecciones y solicitar al juez la autorización de actos de investigación que puedan afectar derechos constitucionales o llevarlos cabo sin orden cuando no se afecten.

1. Actos de investigación

En la fase de investigación el CPP establece dos tipos de actos de investigación, unos, que requieren de autorización y, otros actos de investigación, que no requieren orden del juez para llevarse a efecto.

1.1. Actos de investigación que requieren de autorización judicial

Los actos que requieren de autorización judicial son, entre otros, el anticipo de prueba personal, interceptación de comunicaciones escritas, telefónicas y electrónicas, secuestro de bienes, allanamiento y registro de morada, exhumación de cadáveres, investigación corporal, clausura de locales (plazo mayor de 48 horas hasta por 30 días) e información financiera. Hay que advertir que en la realización de los actos de investigación, el juez, una vez que expide la autorización del acto de investigación concreto, no juega un papel activo para el *control* de la ejecución de dichos actos de investigación, para que se realicen conforme a los parámetros constitucionales y legales, no me refiero a participar en la investigación, prohibido por el principio acusatorio y la separación de roles, sino al control de cómo se practica el referido acto de investigación.

1.2. Actos de investigación que no requieren autorización judicial

Los actos de investigación que no requieren autorización judicial son, entre otros, reconocimientos de personas y pluralidad de reconocimientos, reconocimiento fotográfico, inspección corporal, registro de vehículos, naves y aeronaves, levantamiento e identificación de cadáveres, allanamiento de morada (cuando se produzca por incendio, persecución actual e inminente, etc.), allanamientos de otros locales, clausura de locales (por un plazo de 48 horas), devolución de objetos, secuestro de bienes (sin afectar derechos constitucionales) e identificación de objetos.

1.3. Actos de investigación de urgencia sin autorización judicial

La PN puede realizar actos de investigación que afecten derechos fundamentales, sin orden judicial. Esto, que constitucionalmente es inadmisibles, lo permite el CPP a través de una curiosa figura o cláusula denominada *convalidación judicial*.

La disposición expresa que la PN en caso de *urgencia está facultada para practicar el acto de investigación sin previa autorización*, es decir, sin pedir autorización judicial, aunque la validez del acto quedará supeditada a la *convalidación del juez*, que además deberá solicitar la convalidación al juez en un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público. (art. 246 CPP)

Esta norma está configurada para que los derechos fundamentales del imputado no sean un obstáculo en la actividad investigativa de la PN y, en consecuencia, promover un Derecho penal *eficiente*, convalidando lo ilícito en lícito propio de un Estado de policía. La norma, observemos, advierte al juez que el acto de investigación por *urgencia* debe de convalidarlo, y en el caso aprecie la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento al MP, pero no obliga al juez que anule o declare sin efecto el acto o la diligencia de investigación realizada por la PN. También podemos observar que la norma no orienta al juez a valorar qué debe entenderse por *urgencia* para fundamentar la *convalidación* y determinar si el acto requería o no de una orden judicial para llevarlo a cabo, el concepto de la urgencia lo define la PN según su conveniencia. La norma, permítanme la expresión coloquial, no se atrevió en poner en duda el valor legal acto y los resultados del mismo.

Respecto al valor del acto de investigación de urgencia, todo indica que es *temporal*. La norma dice, “en caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, *pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas*”. En esta afirmación la norma supedita (en apariencia) la validez del acto a que el mismo sea solicitado dentro de un plazo de veinticuatro horas, de lo contrario, queda sin validez. Sin embargo, y en virtud que no existe un control material sobre la actuación policial, el juez, sin duda, no tiene la manera de saber mucho menos tener la certeza de cuándo realizó la PN el acto de urgencia y lo que obtuvo del mismo.

Dicho en otras palabras, el CPP faculta a la PN llevar a cabo actos de investigaciones sin la autorización

del juez (Derecho penal de emergencia), permitiendo al agente policial (directamente) comparecer ante el juez para pedir la *convalidación* del acto (legalmente) ilegal para luego lo convalidado, las diligencias policiales, puedan ser integrados (legalmente) en el proceso como medios de pruebas legales, solo sí en la práctica del acto no se haya incurrido en delito, aunque el acto en sí mismo de *urgencia* es delictivo (según sea el caso, el acto podrá constituir delitos de violación de domicilio, delitos contra la privacidad, abuso de poder, delitos de daño a la propiedad, entre otros). La norma en su parte *in fine* establece que debe notificarse a la defensa, sólo “si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial”, y en este supuesto, la defensa “tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto”, o sea, en el acto de *convalidación*, y no en el acto de investigación consumado por urgencia. Todo un mundo al revés.

II. LA ACTIVIDAD POLICIAL Y LAS DILIGENCIAS ILÍCITAMENTE OBTENIDAS INTRODUCIDAS Y VALORADAS POSITIVAMENTE COMO MEDIOS DE PRUEBA

Primero, hay que destacar el hecho que la PN tiene la facultad de detener a una persona sin orden de un juez. El CPP determina que la detención de las personas puede efectuarse por orden judicial o por un policía o un particular si la persona es sorprendida cometiendo un delito; o perseguida huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda cerca o en el mismo lugar del delito, portando armas, instrumentos y otros objetos que hagan presumir su participación en el hecho.

En el caso de la PN, y fuera del supuesto expresado en el párrafo anterior, el CPP establece que la detención puede llevarse a cabo por orden de los jefes de delegaciones de la PN, dentro de las 12 horas desde que se tuvo conocimiento de haberse cometido el delito; o cuando exista probabilidad fundada de que se haya cometido un delito.

El CPP confiere pues a la PN la facultad de detener a la persona investigada sin orden judicial. En este periodo de detención la persona queda en manos de los órganos de investigación de la policía (sin acceso al derecho de una defensa técnica) y luego a manos del MP, a pesar de que la Constitución Política establece que una persona debe ser detenida sólo con orden judicial, convirtiéndose, el órgano policial, en un órgano de instrucción (inquisitorial) con poder de detener sin orden judicial, y sin garantizar el derecho de un defensor al detenido.

Este tema es singularmente sensible, si tenemos en consideración que, para el caso de Nicaragua, la PN depende del Poder ejecutivo, lo que hace que se convierta en un factor distorsionante en la investigación y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperación necesaria de la policía y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que la PN debe investigar los delitos o faltas, puesto que es sabido, como expresa, y con razón, Zaffaroni¹, “que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla».

El ILANUD ha tratado este tema de forma muy amplia. Diez y siete años después de iniciada la reforma de la justicia penal en la región, llevó a cabo una investigación en Latinoamérica², sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. En esta investigación se destaca el poder autónomo de la policía, que debilita la consolidación del sistema acusatorio, favoreciendo por ende a “modelos autoritarios de justicia penal. No otra puede ser la conclusión cuando se reduce a la mínima expresión el rol protagónico que el MP debe asumir en el proceso penal, al extremo de someterlo al regateo de sus atribuciones con otros órganos de poder”³.

Segundo, también advierte, para el interés del presente tema sobre las pruebas ilícitamente obtenidas, que la delegación de la “instrucción en la policía” por parte de fiscales a los que el volumen del trabajo les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un “poder policial autónomo al que se le van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente el trabajo con informantes pagos con impunidad”⁴. La cuestión se torna paradójica cuando, en casos aislados, el fiscal quiere investigar y “la policía le niega auxilio material”⁵. Lo cierto, dice el informe, es que esto “pone de manifiesto que la investigación puede llegar a valerse de medios ilícitos aunque tolerados por quienes deben de controlar la legalidad del proceso, mientras lo haga la policía”⁶. En todo caso, como se advirtió arriba, la investigación afirma, que las policías (dependientes del poder ejecutivo) terminan siendo “las verdaderas autoridades de instrucción o sumario”⁷.

Este hecho, que la policía sea la verdadera autoridad de instrucción, sin duda tiene un impacto sobre los derechos humanos de la persona sometida bajo su investigación. La investigación de ILANUD⁸, en la cual se estudió el caso de Nicaragua, arroja datos de graves de violaciones de los derechos fundamentales en la instrucción policial de las personas imputadas, propias de un modelo procesal inquisitorial o burocrático.

En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio *contaminando* la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitivo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes *arbitrarios o incontrolados*; también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; que respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y prácticas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Notas

1 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 18, 2000, p. 7-11.

2 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza —coordinadores—, México, 2007.

3 Zaffaroni, op. cit., p. 49.

4 *Ibídem*, p. 19.

5 *Ibídem*, p. 19.

6 *Ibídem*, p. 19.

7 *Ibídem*, p. 21.

8 *Ibídem*, p. 47.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de la Universidad de Panamá

carlos.munozpope@cableonda.net

I

El nuevo ordenamiento procesal penal vigente en la República de Panamá, adoptado por medio de la Ley 63 de 2008, en reemplazo del viejo Código Judicial que rigió desde 1987, trae disposiciones muy claras y precisas respecto de la prueba ilícitamente obtenida, que de forma expresa le niega toda eficacia jurídica a la misma.

Este nuevo Código Procesal Penal inició su vigencia de forma escalonada en el territorio nacional desde el 2 de septiembre de 2011, cuando empezó a regir en las provincias de Coclé y Veraguas, que integran el Segundo Distrito Judicial en materia de competencia territorial y desde el 2 de septiembre de 2016 ya rige en el Primer Distrito Judicial (provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Darién) donde faltaba por entrar en vigencia.

Desde el 2 de septiembre de 2011, sin embargo, entraron a regir en todo el territorio nacional las “Garantías, principios y reglas” previstas en el Título I del Libro Primero (arts. 1 a 28), los Títulos IV y V del Libro Segundo, sobre “procedimientos alternos de solución del conflicto penal” y “Medidas cautelares” (arts. 201 a 270) y el Título V del Libro Tercero, sobre “Procedimiento simplificado” (arts. 454 a 460) y se siguió aplicando el viejo Código Judicial para los procesos penales ocurridos antes del 2 de septiembre de 2011 y todos los procesos penales por delitos perpetrados en Distritos Judiciales donde todavía no haya regido el nuevo Código Procesal Penal.

Es evidente que han regido, por tanto, dos ordenamientos procesales penales al mismo tiempo para procesos distintos, pues el nuevo Código consagra un Sistema de corte acusatorio o adversarial y el viejo Código Judicial mantenía un sistema de corte inquisitivo, que consagraba disposiciones legales que vulneraban los derechos fundamentales de los procesados en toda su extensión.

La dualidad antes expuesta, sin embargo, fue impuesta por el nuevo Código Procesal Penal a pesar de que las normas procesales tienen vigencia inmediata en todo el territorio nacional y que los actos ya ejecutados antes de la vigencia del nuevo texto procesal penal tenían pleno valor, al tenor de la disposición prevista por el art. 32 del Código Civil.

Recientemente, en distintas resoluciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se impone la aplicación de las disposiciones del Código Procesal Penal en toda su extensión y se prohíbe seguir utilizando el viejo Código Judicial. No sé, sin embargo si la comunidad forense lo sabe, ya que no se publican oficialmente las resoluciones de la Corte ni sabemos qué se ha decidido en todos los procesos en los que los abogados no somos parte.

II

Respecto del tema que nos interesa, ya nos habíamos ocupado del mismo cuando todavía regía en toda su extensión el viejo Código Judicial que rigió desde 1987 hasta que fue reemplazado de forma paulatina por el Código Procesal Penal ya vigente en todo el territorio nacional.

En efecto, anteriormente tratamos el tema en nuestra obra **Cuestiones sobre el proceso penal panameño** (Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1997, págs. 57-69), por lo que no es necesario reseñar dicha regulación en esta oportunidad.

El proceso penal vigente, ahora de corte acusatorio o adversarial, se niega toda eficacia jurídica a los medios de prueba obtenidos ilícitamente. Así se dispone en el art. 377 del Código Procesal Penal que dispone que “Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito ya conforme a las disposiciones de este Código”.

En concordancia con lo antes expuesto, el art. 381 dispone que “La prueba obtenida con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en este Código o que implique violación de derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá y este Código no tendrá valor alguno ni servirá como presupuesto para fundamentar una decisión judicial”.

Por otra parte, en correspondencia con las disposiciones antes transcritas, solo son medios de prueba las practicadas ante el tribunal de juicio en la audiencia oral respectiva, salvo las excepciones expresamente admitidas ante el Juez de Garantía en una etapa anterior y admitida bajo ciertas previsiones muy excepcionales.

Con estas disposiciones ya vigentes en todo el territorio nacional, ningún tribunal de justicia en el orden penal puede considerar elementos de convicciones que no se hayan practicado en el juicio oral respectiva, ni leer expedientes instruidos por el Ministerio Público sin que las pruebas sean practicadas ante el tribunal de juicio.

Ya el juicio oral más nunca será una audiencia de alegatos orales ni el juzgador podrá leer tomos, en ocasiones más de quinientos, que ni el Secretario se lee, para condenar a procesados, como siempre han hecho en el pasado al amparo del viejo Código Judicial de vigente desde 1987 o su versión anterior vigente desde 1917.

Esta sola reforma en el sistema de enjuiciamiento penal justifica defender el sistema acusatorio previsto en el Código Procesal Penal de 2008, aunque no hayamos capacitado como corresponde a los operadores del nuevo sistema del Órgano Judicial, que adolecen de serias deficiencias en el manejo de la teoría del delito y que carecen de toda independencia, pues todos han sido designados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia violando el mandato imperativo previsto en el art. 206 de la Constitución Política de la República de Panamá.

III

En el nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio o adversarial, el Fiscal carece de competencia para decretar la detención o prisión provisional del imputado, quien sólo adquiere esta condición después que el Juez de Garantía haya admitido la imputación que propone el Fiscal, ni tiene capacidad legal para decretar medidas cautelares, pues ahora son de competencia exclusiva del Juez de Garantías, aunque quedan algunos resabios del sistema anterior, donde el Fiscal imponía medidas cautelares.

Todavía el Fiscal puede ordenar medidas cautelares reales, en procesos por ciertos delitos, donde la influencia de la DEA de los Estados Unidos todavía vigila los sumarios pro drogas y algunos otros que no creo necesario señalar.

En definitiva, el panorama de la investigación ya cambió, las pruebas solo se practican ante el tribunal de juicio y de forma excepcional después de la acusación ante el juez de garantías.

Los actos de investigación que ejecuta el Fiscal requieren, en ciertos supuestos, autorización previa del Juez de Garantías o control posterior de dicho juez para que tengan validez en el curso de la investigación preparatoria.

Incluso, el término de duración de la investigación está muy limitada, de forma que ya nunca será indefinida ni el imputado podrá permanecer en detención provisional por más de un año.

Nunca se pueden ejecutar requisitas sobre el cuerpo de la persona o extracción de fluidos del mismo, sin el consentimiento de la persona o en caso de negarlo, sin autorización previa del Juez de Garantías, ni se pueden efectuar allanamientos, escuchas telefónicas ni la inter-

ceptación de correspondencia sin autorización previa del mismo juez.

La incautación de datos en equipos electrónicos no requiere de autorización previa del Juez de Garantía, pero la información obtenida de tales equipos debe ser avalada con posterioridad por el Juez de Garantías.

IV

Las consideraciones antes expuestas ponen de manifiesto que el nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio o adversarial cambió de forma radical el preceso penal panameño, pues el Fiscal ya no tiene capacidad legal para investigar de cualquier forma la comisión de un posible delito ni mucho menos desconocer derechos fundamentales de los investigados.

Ahora el único que tiene capacidad para afectar derechos fundamentales es un juez, que forma parte del órgano Judicial, careciendo de tales facultades jueces administrativos que actúan al margen del Código Judicial ni el Fiscal, que el pasado detenían preventivamente a los imputados sin intervención judicial, situación que condujo a sujetos privados de libertad hasta por diez años que luego fueron absueltos en el juicio respectivo.

Lo anterior, sin embargo, ha sido excepcional porque los jueces en el viejo sistema, que mantienen las detenciones preventivas al asumir los casos para abrir causa criminal, si mantienen la detención preventiva, luego condenan al sujeto bajo detención, pues no tienen carácter para absolverlos y les imponen, como pena, el tiempo ya cumplido en detención preventiva.

Sin duda alguna, debíamos acabar ese viejo sistema de enjuiciamiento penal y a ello me dedicado desde que cursé mis estudios en mi querida Universidad Complutense, donde mucos maestros del Derecho Penal y del Derecho Procesal oena, con sus enseñanzas orales o las lecturas de sus obras, que abrieron los ojos y pude impulsar la reforma que ahora se cristalizó con la Ley 63 de 2008 en la que participé activamente.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da

Universidade Nova de Lisboa

(www.fd.unl.pt e fcostapinto@fd.unl.pt)

I. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Ao contrário do que acontece em alguns ordenamentos jurídico, em Portugal o regime das provas proibidas encontra-se expressamente regulado por lei, não sendo

por isso nem uma simples construção doutrinária (com valor meramente argumentativo), nem um tema criado pela jurisprudência (com um valor casuístico meramente persuasivo). Trata-se, diversamente, de um regime imperativo que se sobrepõe à vontade dos sujeitos processuais, quer pela força ordenadora da Constituição, pela disciplina normativa do regime acolhido no Código de Processo Penal.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) afirma, a propósito das garantias do processo criminal, que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (artigo 32.º, n.º 8, da CRP). Uma solução que é confirmada depois pelo regime de protecção do domicílio, da correspondência e das telecomunicações contra intromissões e ingerências não consentidas por lei, previsto no artigo 34.º da Constituição¹.

É nesta matriz constitucional que se filia o regime de proibições de prova previsto no artigo 126.º do Código de Processo Penal (CPP)²: a lei cria, por um lado, proibições absolutas de prova (n.º 1 e n.º 2) e assume, por outro, a natureza relativa de alguns casos diferentes dos anteriores (n.º 3). Com este enquadramento, pode afirmar-se que a protecção da integridade física e moral dos visados é absoluta e a tutela de algumas dimensões da sua privacidade é relativa³.

Toda a prova proibida implica uma ilicitude processual mas nem toda a ilicitude processual constitui uma prova proibida. Na doutrina portuguesa esta diferença é fundamental: nem sempre a violação das regras de obtenção e produção de prova dá origem a uma prova proibida. Estas resultam de uma ilicitude qualificada pela violação do quadro legal das proibições de prova, que visa proteger direitos fundamentais e valores importantes do modelo de processo penal vigente⁴.

Nas proibições absolutas (n.º 1 e n.º 2 do artigo 126.º do CPP) não há excepções: tais provas são completamente inadmissíveis e em caso algum podem ser usadas no processo penal. Por isso, se uma lei eventualmente o permitisse seria inconstitucional (por exemplo, uma lei que admitisse certas formas de tortura – a simulação de afogamento ou interrogatórios contínuos com privação do sono – como método de interrogatório de arguidos ou suspeitos em crimes de terrorismo). Neste domínio das proibições absolutas tão pouco é relevante a vontade dos sujeitos processuais: uma prova absolutamente proibida não pode ser admitida por vontade dos vários intervenientes no processo. A lei sobrepõe-se à vontade dos sujeitos processuais e estes não podem introduzir

por acordo no processo uma prova absolutamente proibida por lei. Assim, por exemplo, o artigo 126.º proíbe o recurso à hipnose para obter prova por declarações e, como tal, mesmo que o Arguido, o seu Advogado, o Ministério Público, o Assistente e o Tribunal estejam de acordo é proibido o uso de tais declarações obtidas sob hipnose. Esta solução é congruente com a natureza do processo penal português, que não corresponde a um processo de partes, mas sim a um processo marcado por um forte quadro de legalidade processual, em que os intervenientes não assumem a posição de partes mas sim uma posição (equitativa e materialmente densificada) de sujeitos processuais⁵.

Nas proibições relativas (com um elenco previsto no n.º 3 do artigo 126.º do CPP), diversamente, a Constituição só interdita as situações de intromissão abusiva e, por isso, a lei pode admitir o recurso a tais métodos de obtenção de prova (por exemplo: buscas domiciliárias, escutas telefónicas ou apreensão de correspondência, autorizadas por um tribunal) e o próprio visado pode consentir na prática do acto processual (permitindo, por exemplo, a entrada da polícia em sua casa ou entregando voluntariamente correspondência reservada).

Em suma, no domínio das proibições relativas de prova (artigo 126.º, n.º 3, do CPP) a permissão legal do acto processual e o consentimento ou a sua aceitação pelo visado impedem que a prova obtida seja considerada proibida. Tal não acontece com as proibições absolutas cujo regime legal se sobrepõem à vontade dos intervenientes e interessados no acto.

II. NÍVEIS DE INCIDÊNCIA: DA PROIBIÇÃO DE OBTENÇÃO À PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO

As provas proibidas são processualmente inadmissíveis em qualquer nível ou momento em que surjam. Vigora neste domínio desde logo uma *proibição de obtenção* dessa prova, seguida de uma *proibição da sua integração nos autos*. Se, contudo, a prova for ainda assim obtida e integrada no processo existem dois níveis adicionais de possível desconsideração da prova proibida: a *proibição de produção* dessa prova e, residualmente, a *proibição de valoração* de provas proibidas identificadas nos autos. O que significa, no fundo, que as provas proibidas não podem ser obtidas e, se forem obtidas, não podem ser usadas para fundamentar as decisões das autoridades judiciais. O desvalor específico que lhes está associado é, em primeira linha, o da proibição de obtenção e, de uma forma geral, a inutilizabilidade subsequente da prova assim obtida⁶.

III. ÂMBITO SUBJECTIVO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

O regime de proibições de prova vigente entre nós (artigo 126.º CPP) é subjectivamente amplo: aplica-se não apenas aos arguidos e autoridades judiciais, mas a todas as pessoas que estejam envolvidas na obtenção e produção de prova com relevância para o processo. O que se afigura materialmente congruente —e merece por isso especial aplauso— com o princípio da legalidade em matéria de prova e os interesses públicos realizados através do processo penal.

Assim, tanto pode ser vítima de coacção ou de ameaças (que determinam a proibição de prova do artigo 126.º, n.º 2, alíneas, a), c) ou d), do CPP) um arguido, como uma testemunha ou mesmo um perito com intervenção no processo. O facto ilícito de obtenção da prova proibida tanto pode ser praticado por uma entidade pública (juiz, ministério público ou órgão de polícia criminal), como pode ser praticado por um particular (um conhecido do arguido, um detective privado ou um familiar da vítima).

Em qualquer um dos casos referidos, a prova pode ser declarada como proibida e, por isso, de uso inadmissível. Isto não invalida que algumas proibições de prova surjam apenas configuradas para o suspeito e o arguido, como seja a violação das formalidades associadas à constituição de arguido (artigo 58.º, n.º 5, do CPP) ou a ultrapassagem dos limites temporais do seu interrogatório (artigo 103.º, n.º 5, do CPP). Em tais casos, as proibições de prova contêm normas de conduta dirigidas às autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal que lidam com essas pessoas visadas pelo processo. A infracção a tais normas constitui o núcleo básico da ilicitude processual das provas proibidas.

IV. EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS PROVAS PROIBIDAS

Uma prova proibida não afecta apenas a validade do acto em que surge. Quando identificada, a prova proibida gera um efeito-à-distância⁷, moldado (numa perspectiva possível, não pacífica na doutrina portuguesa) sobre o efeito equivalente das nulidades, previsto no artigo 122.º do CPP. O que significa que uma proibição de obtenção de prova gera uma cascata sequencial de desvalor que pode contaminar as provas subsequentes e a sua valoração.

Em Portugal não foi acolhida a doutrina norte-americana “dos frutos da árvore envenenada», nem um efeito dominó cego, indiferente e mecânico, como tem sido sublinhado pela jurisprudência nacional. Pelo contrá-

rio: para fazer com que o desvalor de um acto se projecte sobre outros actos, o artigo 122.º, n.º 1, do CPP, exige uma *relação de dependência* do acto subsequente em relação ao primeiro e uma *repercussão material* do conteúdo do primeiro acto no segundo acto processual. A relação de dependência e a comprovação da danosidade material dos efeitos constituem os dois critérios legais de extensão do desvalor das provas proibidas aos actos subsequentes⁸.

Por isso, o efeito-à-distância não se pode aplicar em abstracto ou com um critério puramente cronológico: exige uma comprovação explícita e material da repercussão da prova proibida nas provas consequenciais, realizada na fundamentação do acto judicial que declara a prova como proibida, como tem sido defendido pela jurisprudência dominante entre nós. Dito noutros termos: para estender o efeito de uma prova proibida a actos probatórios subsequentes é necessário, ao nível da fundamentação da decisão, documentar o concreto efeito da prova proibida originária em cada prova consequencial que se pretenda excluir do processo com base no efeito-à-distância. Sem essa comprovação a decisão judicial de exclusão será inválida por falta de fundamentação.

V. A QUEBRA DO EFEITO À DISTÂNCIA E O APROVEITAMENTO DA PROVA

O efeito-à-distância da prova proibida admite quebras, isto é, situações em que, apesar de se identificar a prova proibida e o seu efeito consequencial, se pode também imunizar alguns actos processuais subsequentes em relação a esse mesmo efeito.

Trata-se de matéria sujeita a intenso debate doutrinário e judicial onde as posições não são unânimes. Talvez se possa afirmar que pelo menos em três situações (reconhecidas pelo Ac. do Tribunal Constitucional n.º 194/2004, de 29 de Março) o efeito da prova proibida originária não passa para os actos subsequentes: em primeiro lugar, nos casos em que o acto subsequente resulte de uma fonte independente (v.g. uma confissão livre e esclarecida do visado ou documentos obtidos sem relação com a prova proibida); em segundo lugar, nos casos em que o curso concreto da investigação conduziria inevitavelmente ao mesmo resultado obtido pela prova proibida; em terceiro lugar, quando o efeito da prova proibida se tiver dissipado e não se faça sentir na prova subsequente. Casos que, no fundo, negam a regra que exige dependência e materialidade como condições do efeito-à-distância, delimitado normativamente pelo artigo 122.º, n.º 1, do CPP.

VI. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A DINÂMICA PROBATÓRIA EM PROCESSO PENAL. UM CATÁLOGO ABERTO OU FECHADO DE PROVAS PROIBIDAS?

Apesar de a lei portuguesa contemplar um catálogo de provas proibidas, no artigo 126.º do CPP completado por algumas normas especiais (v.g. artigos 58.º e 103.º, 8 do CPP), o elenco legal não é completamente fechado. Por um lado, algumas cláusulas legais possuem uma amplitude normativa que comportam a inclusão de normas realidades que vão surgindo (como, por exemplo, a cláusula de perturbação da liberdade de vontade e decisão de alguém ou a cláusula de meios enganosos aplicada às relações no ciberespaço).

Noutros casos, é a própria lei que contempla a extensão das garantias a novas realidades tecnológicas, como acontece com a aplicação do regime das escutas telefónicas (artigo 187.º e 188.º do CPP) a outras formas de comunicação à distância (por exemplo, correio electrónico ou redes sociais reservadas) ou mesmo às comunicações entre presentes (microfones direccionais) (artigo 189.º do CPP).

Ainda assim, é possível identificar avanços tecnológicos que desafiam as previsões legais, como sejam os registos de geo-localização dos telemóveis e aparelhos equivalente incorporados nos veículos, que registam informações relevantes (por ligação automática a antenas e satélites) sem que tal se possa reconduzir a comunicações ou conversas entre pessoas.

A jurisprudência portuguesa tem-se dividido sobre a possibilidade de obtenção e uso destes registos, ora considerando que a liberdade de prova permite a sua obtenção e utilização, ora afirmando que tal só seria possível com lei que expressamente contemplasse essa hipótese - o que, na sua falta, seria equivalente a uma proibição de prova, pela agressão não autorizada a direitos fundamentais⁹.

A questão de fundo que está subjacente a este problema consiste em saber como se deve posicionar a lei processual penal perante a evolução tecnológica de meios intrusivos que permitam uma devassa significativa sobre aspectos da vida privada: será preferível formular cláusulas gerais que automaticamente contemplam as novas realidades tecnológicas que forem surgindo ou, diversamente, o legislador deve ponderar de forma específica as evoluções técnicas no domínio da obtenção e conservação de informação processualmente relevante?

O primeiro caminho significa que o legislador do presente está a decidir sobre o futuro, sem um processo

legislativo para cada caso específico e com “um cheque em branco» às situações novas que forem surgindo. A segunda via evita esse problema, mas faz com que o legislador se comporte de forma meramente reactiva em relação às novas realidades.

A ponderação legislativa sobre a necessidade de proteger ou restringir direitos fundamentais e a legitimação democrática da lei penal (pelo debate parlamentar, a fundamentação das posições e a transparência do mesmo) aconselham a segunda via identificada que, apesar de ser mais morosa e reactiva, permite identificar de forma mais rigorosa o que está o legislador a proibir ou a permitir. O que também clarifica historicamente a responsabilidade legislativa pelas opções penais, em vez de a transferir para os Tribunais e para a decisão de cada caso, o que gera incerteza, desigualdade e obriga os Tribunais a uma tarefa criadora de Direito. Por isso mesmo, esta segunda via é também a que melhor densifica o princípio da separação de poderes.

Notas

1 Veja-se, para o efeito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação aos artigos 32.º e 34.

2 Fundamental, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; “Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas», in *RPCC* 1 (1991), “*Bruscamente no verão passado*» – a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; “Escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos e Primeiro-Ministro» in *RLJ* n.º 3962, 139 (2010), pp. 269-289 e “O regime dos “conhecimentos de investigação” em processo penal», *RLJ* n.º 3981, Ano 142.º (2013), p. 352-377. Depois, para uma visão geral, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Legalidade da Prova e Provas Proibidas», *RPCC* 21, 2011, pág. 545 a 59. Por todos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, Volume II, 5ª Edição, Lisboa: Verbo, 2011, e PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 177 e ss.

3 Para uma leitura de conjunto sobre o regime legal português, com diferente terminologia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª edição actualizada, UCP, Lisboa, 2011, anotações aos artigos 126.º e 122.º.

4 Por isso, a violação das regras de prova testemunhal, por exemplo, no domínio do depoimento indirecto, não implica necessariamente a existência de uma prova proibida. Sobre o tema, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1041 e ss.

5 Aprofundamentos sobre o modelo português do processo penal e suas características, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direi-*

to *Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 21 e ss, e agora TERESA PIZARRO BELEZA, “O processo penal português em tempos de mudança», *Themis* n.º especial 6 (2018), p. 73 e ss.

6 PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal» in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 133-154, e *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 182 e ss.

7 Para além da literatura já citada, veja-se especificamente HELENA MORÃO, “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português», *RPCC* 16 (2006), p. 575 a 620; LUÍS BERTOLO ROSA, “Consequências Processuais das Proibições de Prova», *RPCC* 20 (2010), p. 219 a 276; PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 191 e ss.

8 Ilustrativo, em pareceres autónomos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, MANUEL DA COSTA ANDRADE, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, Coimbra, 2009.

9 Em pormenor, MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO, *Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal*, Colecção Criminalia, Coimbra: Almedina, 2018, com a documentação das várias tendências jurisprudenciais.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morún Solano

Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD).

La presunción de inocencia establecida en nuestro ordenamiento procesal penal, específicamente en su artículo 14 que establece lo siguiente:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta tanto una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción.”

Está considerada también un derecho fundamental, establecido en la Constitución de la RD; será destruida por parte del Ministerio Público y de la parte civil constituida en un proceso penal, fundamentándose en la presentación de pruebas que demuestren la responsabilidad penal del imputado.

La presentación de estas pruebas deben respetar las garantías que la Constitución de la República Dominicana, otorga, conjuntamente con los instrumentos que ofrece la ley, mediante las normas procesales, y los tratados internacionales.

Según lo que establece en su art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

La prueba, de manera general es el hecho, razón o argumento con que se prueba, o se intenta probar algo.

Y según lo que establece la definición de la “Enciclopedia Jurídica”,....” es la actuación procesal por la que las partes intentan acreditar los hechos aducidos en demanda o contestación a demanda convenciendo al juzgador sobre la veracidad de estos.”

Nuestro Código Procesal Penal en su artículo 26 Sobre la legalidad de la prueba, establece que...” los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.”

La prueba que ha sido obtenida de manera legal, es la única que puede ser usada para sustentar una acusación, es el medio o instrumento utilizado por la parte acusadora, para probar un hecho, y garantizar un debido proceso.

El artículo 170 y siguientes del Código Procesal Penal también establece la Libertad Probatoria; la cual permite la acreditación de cualquier medio de prueba que esté permitido, siempre y cuando esté se encuentre revestido de legalidad, y del respeto a los derechos fundamentales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Es decir, las pruebas obtenidas e incorporadas al proceso, que no cumplan con las normas, principios de nuestro Código Procesal Penal, la Constitución de la República., y los Tratados Internacionales son consideradas pruebas ilegítimamente obtenidas.

En la República Dominicana se supone que vivimos en un Estado de derecho, donde la prioridad fundamental, de cumplimiento obligatorio, es el respeto a la LEY, dentro de un marco de equidad y justicia; no deberían ocurrir hechos lamentables, donde prevalece la impunidad, el atropello, el irrespeto a derechos fundamentales del individuo, por lo que cada día nos encontramos con hechos que consternan y lesionan a la población más vulnerable, y donde la prueba ilícitamente obtenida, es la protagonista de nuestra cotidianidad.

Consecuencia lamentable de esta práctica abusiva, irrespetuosa, continua y violatoria de derechos fundamentales, nuestro supuesto Estado de Derecho, es una mentira más de las clases gobernantes.

Nuestro país presenta estadísticas que nos llenan de rabia, impotencia y vergüenza, donde la prueba ilícitamente obtenida es una mercancía de cambio, usada sin el menor pudor, donde existen hechos recientes, en los cuales, la participación activa y protagonista de

miembros del aparato policial y de investigación, conjuntamente con miembros y funcionarios del aparato judicial, sin temor alguno, y de manera alegre, violentan derechos fundamentales de hombres y mujeres, con el único objetivo de chantajearlos para no someterlos a la acción de la justicia a cambio de que les “paguen” sumas de dinero. En un gran porcentaje de estos hechos la impunidad prevalece sobre la verdad y la justicia, porque las víctimas son personas comunes que no tienen protección y muchas veces carecen de medios para evitar ser víctimas de estos desalmados, y Viven asediados por las autoridades que se suponen deben brindarles protección.

A modo de ejemplo, recientemente tenemos los casos de dos mujeres que mueren asesinadas vilmente por sus maridos, (en lo que va del año 2019, van 62 casos de feminicidios); en ambos casos, estas mujeres tenían querellas interpuestas en contra del marido agresor, y estos se encontraban en prisión preventiva en espera de juicio. En ambos casos que sucedieron con pocos meses de diferencia uno del otro, y en la misma jurisdicción, el Ministerio Público a cargo de la acusación y de la investigación, en complicidad con los abogados de los imputados, falsificaron la firma de la víctima y parte acusadora, y presentaron en el tribunal un supuesto “Acuerdo” entre las partes, procediendo ambos agresores a salir de prisión, y en ambos casos, de manera inmediata fueron y asesinaron a sus mujeres.

La población indignada, realizó múltiples denuncias por las redes sociales, y ante la fiscalía apoderada, resultando que a los fines de calmar dichas denuncias y protestas, la Procuraduría General de la República, ordenó una investigación, y en el momento se encuentran en prisión la Ministerio Público actuante y el abogado del imputado, acusados de complicidad en homicidio, asociación de malhechores, falsificación de documentos, entre otros, y en ambos casos, el asesino, posteriormente se suicidó.

Esta práctica No es nueva, cientos de mujeres víctimas se enfrentan cada día a la indiferencia, negligencia, complicidad y abuso de parte de las autoridades que son quienes deberían protegerlas, y es por eso que los feminicidios en la República Dominicana, son una de las principales causas de muertes con estadísticas que asustan.

Otro hecho muy común donde la prueba ilícitamente obtenida es protagonista y causa de pesares en la población vulnerable, es cuando las autoridades encargadas de investigar el tráfico ilícito de drogas realiza allanamientos. Estos agentes en muchos casos no todos, acompañados del ministerio público tal y como establece la ley, por sospecha, denuncia, proceden a

investigar realizando allanamientos con la finalidad de determinar si encuentran ventas de drogas, y los mismos agentes en el lugar colocan porciones de drogas, y ante este hecho amenazan con someterlos a la acción de la justicia y acusarlos de tráfico de drogas, sino le entregan sumas de dinero. Esto ocurre en casas y negocios en los barrios de clase económica baja, que se dejan amedrentar y amenazar por la autoridad para evitarse problemas, porque sus declaraciones simplemente son ignoradas, porque es un aparato mafioso operado entre agentes investigadores y el ministerio público. Cansados de ser víctimas de estos sobornos, hace unas semanas en la Población de Villa Vasquez en una Barbería que había sido víctima constante de esta práctica mafiosa, por lo que el propietario colocó cámaras de seguridad, y el pasado 2 de agosto al caer la noche en la barbería se encontraba el propietario con otros jóvenes y fueron sorprendidos por agentes de la DNCD, organismo encargado de investigar y combatir el tráfico de drogas, acompañados de la representante del ministerio público de esa jurisdicción, y en medio de la operación dos agentes colocaron drogas en dos recipientes para basura, procediendo a informarle los hallazgos al propietario desconociendo la existencia de dichas cámaras de seguridad. Información que luego las víctimas difundieron en las redes sociales denunciando el hecho. En el momento están siendo procesados por el hecho y sometidos a la acción de la justicia.

Estos hechos relatados, son la cotidianidad en la población de clase económica baja, los cuales sino hubiesen ocurridos denuncias en las redes sociales y la población en general, solidarizarse con las víctimas, las autoridades hubiesen hecho lo mínimo, pero la magia de las redes sociales, la cámara oculta, y las denuncias, han obligado a la autoridad actuar, y sancionar a los culpables.

Estos hechos de no haber expuestos de manera pública, se hubieran quedado en el olvido. En la República Dominicana, la prueba ilícitamente obtenida, ha sido una constante en una gran parte de los procesos judiciales que se presentan en los diferentes tribunales del país. Debemos afirmar que existen agentes, investigadores y funcionarios judiciales que NO son corruptos ni se prestan a tales prácticas, pero también esas instituciones deben continuar con un proceso de saneamiento, y de supervisión y vigilancia de sus actuaciones y en las actuaciones judiciales simplemente cuidar y proteger el cumplimiento estricto de la Ley que es la única garantía que tenemos para emitir decisiones y sentencias totalmente apegadas a la Ley y de esta manera erradicar la Impunidad que nos arropa y nos roba nuestras garantías.

Ucrania

Volodymyr Hulkevych,

Doctor en Derecho, Fiscalía de la Provincia de Ivano-Frankivsk

Los problemas de admisibilidad de las pruebas son un tema nuevo para el Derecho Procesal Penal ucraniano.

Las autoridades soviéticas no estaban muy preocupadas por la legalidad de obtener pruebas en los procesos penales. La legislación de la República Socialista Soviética de Ucrania durante su subsistencia en composición de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (1922-1991) no tenía estipulaciones algunas referentes a la pertenencia y admisión de las pruebas en el procedimiento penal.

A tenor del art. 67 del Código Penal Procesal de Ucrania de 1961 el tribunal, fiscal, juez instructor del sumario y la persona que lleva a cabo las diligencias, estaban estimando las pruebas, guiándose por la ley acorde a sus propias convicciones, que tenían que basarse en un análisis exhaustivo, completo y objetivo de todas las circunstancias del proceso en su conjunto.

Solo después de recuperación de la independencia de Ucrania en el art. 62 de La Constitución de 1996 apareció la norma que:

“La acusación no podrá apoyarse en las pruebas obtenidas por vía ilegal, así como en las convicciones. Todas las dudas concernientes a la demostración de la culpabilidad de una persona han de interpretarse a favor de la misma”.

Durante largo tiempo esta estipulación constitucional seguía siendo como una declaración, nada más, ya que su contenido no se ponía a descubierto en la legislación del procedimiento penal. La norma mencionada de la Constitución obtuvo su desarrollo en una serie de normas del Código Penal Procesal (CPP), adoptado el 13 de abril de 2012 por la Rada Suprema (el Parlamento) de Ucrania.

Los criterios generales para la admisibilidad de la evidencia son: una fuente procesal de evidencia apropiada, un sujeto apropiado para tomar evidencia, una forma procesal apropiada.

En particular, en virtud del art. 85 del CPP la prueba se considera admisible, si haya sido obtenida con arreglo al orden establecido por el presente Código. Una prueba inadmisibles no podrá utilizarse durante la toma de decisiones procesales, el tribunal no podrá alegarla al aprobar una decisión judicial.

De conformidad con el art. 87 del CPP deberán reconocerse como inadmisibles las pruebas, obtenidas en

virtud de la violación sustancial de los derechos y libertades humanos, garantizados por la Constitución de Ucrania, acuerdos internacionales, cuya obligatoriedad había sido concedida con el consentimiento de la Rada Suprema de Ucrania, así como cualesquier otras pruebas, recibidas mediante la información obtenida debido a la violación sustancial de los derechos y libertades humanos.

En la misma norma del CPP se consideran como violaciones sustanciales de los derechos humanos y libertades fundamentales, en particular, los siguientes actos:

1) realización de las diligencias procesales que requieren la autorización previa del tribunal, sin autorización mencionada o con violación de sus condiciones sustanciales.

Se trata, ante todo, del número considerable de diligencias de instrucción (búsqueda) y diligencias secretas de instrucción (búsqueda) para las que hacía falta tener una autorización del juez instructor del sumario o del tribunal (capítulos 20-21 del CPP). Pertenecen a estas, en particular, registro, inspección del domicilio y casi todas las diligencias secretas de instrucción (búsqueda).

2) obtención de pruebas con la aplicación de torturas, comportamiento brutal, deshumano que humilla la dignidad humana o amenazas de usar el comportamiento semejante.

Cualquier tipo de amenazas y violencia contra testigo, víctima, sospechoso o acusado, ejecutadas con la finalidad de obtener declaraciones acusatorias o de autoinculpación, determinan también la inadmisión de estas pruebas. El respeto a la dignidad humana viene fijada como principio del procedimiento penal en el a. 4 del pár. 1 del art. 7 del CPP.

Es de señalar que la aplicación de torturas, comportamientos brutales, inhumanos o los que humillan la dignidad humana o amenazas de su aplicación, cometidos por trabajadores del órgano del orden público se define como un delito grave (pár. 2 del art. 365 del Código Penal de Ucrania (CP)).

3) violación del derecho de la persona a la defensa.

El derecho de la persona a la defensa está definido en el art. 20 del CPP, en el art. 51 del CPP se expone una lista de casos, cuando la presencia del defensor en el procedimiento penal es obligatoria. El CPP tiene también una serie de normas que obligan a llevar a cabo unas u otras diligencias de instrucción (búsqueda) con la presencia obligatoria del defensor.

La violación grave del derecho de un sospechoso o acusado, cometida por un investigador, fiscal o juez ha sido reconocida como un delito (art. 374 del CP).

4) obtención de testimonios o explicaciones de la persona que no había sido avisada de su derecho a negarse de dar testimonios y no responder preguntas o su obtención con la violación de este derecho.

En este caso se trata de la obtención de las pruebas inadmisibles debido a la violación de tal principio del procedimiento penal, definido en el a. 11 del pár. 1 del art. 7 del CPP como prohibición de autoacusación.

5) violación del derecho al interrogatorio cruzado.

El reconocimiento de la inadmisión de pruebas obtenidas mediante la violación del derecho del sospechoso y acusado al interrogatorio cruzado viene condicionado por la aplicación de tal principio del procedimiento penal como la contradicción de las partes y libre presentación de sus pruebas al tribunal y comprobación ante el tribunal del carácter convincente de estas (a. 15 del pár. 1 del art. 7 del CPP). La noción y el contenidos del “interrogatorio cruzado” no está definido detalladamente por la legislación nacional, sin embargo, a tenor del pár. 7 del art. 352 del CPP durante la audiencia judicial después del interrogatorio directo se da la posibilidad a la parte contraria del procedimiento penal a llevar a cabo el interrogatorio cruzado del testigo.

Además, han de reconocerse inadmisibles las pruebas que han sido obtenidas:

1) de los testimonios del testigo que luego había sido reconocido como sospechoso o acusado en este procedimiento penal;

2) después del inicio del procedimiento penal mediante la realización por los órganos de investigación prejudicial o del ministerio fiscal de sus atribuciones, imprevistas por el CPP, con la finalidad de asegurar la investigación prejudicial de los delitos penales;

3) durante el cumplimiento de la decisión sobre la autorización del registro domiciliario u otra propiedad de la persona debido a la inadmisión del abogado a asistir a esta diligencia de instrucción (búsqueda). El abogado está obligado a probar en la audiencia judicial el hecho de su inadmisión a asistir al registro;

4) durante el cumplimiento de la decisión sobre la autorización del registro domiciliario u otra propiedad de la persona, si esta decisión ha sido adoptada por el juez instructor del sumario sin hacer la fijación técnica completa de la audiencia.

Todas las pruebas enumeradas en el art. 87 del CPP **deberán reconocerse inadmisibles por el tribunal** durante cualquiera investigación judicial, salvo la investigación, en la cual se soluciona la cuestión sobre la responsabilidad por la comisión de la violación sustancial mencionada de los derechos y libertades de la persona,

a consecuencia de los cuales habían sido obtenidos estos datos.

Además de las pruebas, que han de reconocerse incondicionalmente inadmisibles, la legislación nacional reconoce pruebas, cuya admisión podrá reconocerse en ciertas condiciones.

Con arreglo al pár. 1 del art. 88 del CPP, las pruebas referentes a antecedentes penales del sospechoso, acusado o comisión por el mismo de otros actos delictivos que no constituyen objeto del presente procedimiento penal, así como datos concernientes al carácter o ciertos rasgos del carácter del sospechoso, acusado son inadmisibles para confirmar la culpa del sospechoso, acusado de cometer un acto delictivo.

Sin embargo, las pruebas y datos mencionados podrán reconocerse admisibles, si:

1) las partes convienen en que estas pruebas sean reconocidas como admisibles;

2) estas pruebas y datos se presentan para probar que el sospechoso, acusado actuaba con cierto dolo y motivo o tenía la posibilidad, preparación, conocimiento necesarios para cometer el acto criminal correspondiente, o no podía cometer error respecto a las circunstancias con que había cometido el acto criminal correspondiente;

3) las presenta el propio sospechoso, acusado;

4) el sospechoso, acusado utilizó las pruebas semejantes para difamar al testigo.

Las pruebas sobre cierta costumbre o práctica profesional habitual del sospechoso, acusado serán admisibles solo para probar que cierto acto delictivo se concordaba con esta costumbre del sospechoso, acusado.

De conformidad con el art. 89 del CPP, el tribunal soluciona la cuestión de admisión de las pruebas durante su estimación en la sala de deliberaciones durante la aprobación de la decisión judicial. En caso de que se establezca la inadmisión evidente durante la investigación judicial, el tribunal reconocerá esta prueba inadmisibile, lo que conlleva la imposibilidad de investigar esta prueba o el cese de la misma durante la audiencia judicial, si esta investigación haya sido comenzada.

Las partes del procedimiento penal, la víctima, el representante de la persona jurídica, en contra de la cual se lleva a cabo el procedimiento, gozarán del derecho a presentar durante la investigación judicial a presentar solicitudes sobre el reconocimiento de inadmisión de las pruebas, así como presentar protestas contra el reconocimiento de la inadmisión de las pruebas.

Con apego al art. 90 del CPP, la decisión del tribunal nacional o entidad judicial internacional que ha entrado en vigor legal y por la misma había sido detectada la

violación de los derechos humanos y libertades básicas, garantizadas por la Constitución de Ucrania y acuerdos internacionales, cuya obligatoriedad había sido concedida con el consentimiento de la Rada Suprema de Ucrania, tiene el significado prejudicial para el tribunal que soluciona la cuestión sobre la admisión de pruebas.

De conformidad con el art. 94 del CPP, investigador, fiscal, juez de instrucción, tribunal por su propia convicción que se basa en el análisis exhaustivo, completo e imparcial de todas las circunstancias del procedimiento penal, guiándose por la ley, valoran cada prueba desde el punto de vista de la pertenencia, admisibilidad, veracidad, y el conjunto de las pruebas recolectadas – desde el punto de vista de aceptabilidad e interconexión para poder tomar una decisión procesal correspondiente.

La definición legislativa bastante detallada de los criterios de inadmisión de las pruebas en el procesamiento penal es una de las características principales positivas del CPP de 2012.

Uruguay

Pamela Cruz¹

Pablo Galain Palermo²

1. Probar significa convencer al juez sobre la certeza de existencia de un hecho. En Alemania la prueba rigurosa es la que se exige para determinar la culpabilidad y la pena, mientras que la prueba libre se utiliza para verificar otras cuestiones procesales³. La averiguación de la verdad material no es un valor absoluto en el procedimiento penal y su prueba tiene límites concretos derivados de la Constitución y la ley, así como de principios del Estado de Derecho⁴. La tensión entre los derechos del indagado/imputado a un juicio justo y el interés de la administración en la averiguación de la verdad obligan a la ponderación del juez en cada caso⁵. La doctrina alemana distingue entre “prohibiciones de producción de pruebas”, en relación al modo de obtención de las pruebas y “prohibiciones de utilización de pruebas”, que refieren al uso judicial de las pruebas ya obtenidas⁶. En España la Ley de 1882 no establece el tratamiento procesal de la prueba ilícita, ni cuál es la eficacia o ineficacia de la misma⁷. Allí rigen las reglas de la buena fe en materia probatoria, cuyo límite está en los derechos y libertades fundamentales. Este límite sirve para distinguir entre prueba ilícita y prueba irregular⁸.

2. El derecho procesal penal uruguayo, por su parte, ha tenido una reforma relevante dada por la Ley 19.293

de 2014 y su modificación de 2017, que modificó el sistema de administración de justicia penal del inquisitivo al acusatorio de tipo adversarial. La regulación actual de la prueba ilícita está dada por el Art. 144, que en su inciso 1 expresa: “*Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la Constitución de la República o la ley.*” El anterior Código del Proceso Penal en el Art. 173 apenas mencionaba lo que se entiende por medios probatorios⁹. De modo que de la norma procesal lo único que surge para entender aquello que debe ser considerado como prueba ilícita, es la fórmula abierta que estarán prohibidos los medios de prueba que la Constitución o la ley indiquen.

3. El tema de la prueba prohibida o prueba ilícita carece de una sistematización clara¹⁰. Esta no debería ser la situación ideal en tiempos en los que el binomio eficacia-seguridad son prioritarios en materia político criminal, donde “todo vale si hay algún resquicio a la legalidad”¹¹. Por ello, las reglas deberían ser claras en cuanto a los límites probatorios de la culpabilidad. Para la constatación de ésta, también en el proceso penal uruguayo, se requiere de cumplir con la regla de la certeza procesal (Art. 142 CPP), que requiere que exista prueba plena de la que surja la certeza del delito y la responsabilidad del imputado. La consecuencia de esta exigencia de certeza es que ante la duda debe primar la absolución¹², pero si se analizan las cifras de la praxis, veremos que la absolución es una excepción en relación a las condenas.

4. Como un avance el nuevo sistema procesal permite que los supuestos de infracción o de errónea aplicación de una norma de derecho, en lo que refiere a la infracción de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, ahora puedan ser revisados en casación por la SCJ (Art. 369 CPP)¹³.

5. La definición de prueba ilícita en nuestro régimen jurídico surge de la propia regulación y de la construcción doctrinal, entendiéndose por tal la prueba que se obtiene mediante la violación de derechos sustanciales que pueden estar consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente referido a los derechos de la personalidad¹⁴. El artículo 173 del viejo CPP y el artículo 144 del nuevo CPP disponen un límite a la admisibilidad del medio de prueba, ambos establecen el principio de libertad de los medios con la expresa limitación de no estar prohibidos por la ley en merito de la protección de derechos fundamentales. El viejo CPP refiere a la limitación de los medios de prueba prohibidos por la ley, pero el nuevo CPP amplía el espec-

tro estableciendo expresamente dos órdenes de textos normativos: la ley y la Constitución. La primera refiere al respeto del debido proceso y la segunda abarca la Carta Magna, los textos normativos internacionales y los principios fundamentales¹⁵.

6. Hay quien pondera los intereses del Estado por encima de cualquier otro y defiende la admisibilidad amplia de la prueba (también aquella obtenida de forma ilícita o irregular) que se justifica en el interés de la Justicia y su finalidad de descubrimiento de la verdad¹⁶. Una posición más adecuada a los postulados del Estado de Derecho, defiende la postura contraria (teoría de la inadmisibilidad o de la exclusión de la prueba ilícita) porque la tutela de los derechos fundamentales de los indagados está por encima del interés público en el descubrimiento de la verdad material¹⁷.

La defensa del derecho a la intimidad impide una búsqueda coactiva de cualquier tipo de prueba sobre la comisión de posibles delitos, de modo que tiene que existir un ligamen entre una noticia delictiva previa y concreta a cualquier tipo de interceptación de las comunicaciones o vigilancia por medios electrónicos¹⁸. Están aquellos que consideran que en algunos casos debe admitirse la excepción a la regla de exclusión debiendo resolverse en mérito a la regla de la proporcionalidad¹⁹.

7. El problema de mayor complejidad lo encontramos al definir qué tratamiento se le dará a la prueba derivada de la prueba ilícita. Los seguidores de la teoría de la admisibilidad consideran admisible la prueba derivada de aquella; pero los autores que defienden la tesis absoluta de exclusión la rechazan, en mérito de la llamada “teoría de los frutos envenenados”²⁰. En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa al respecto pero si hay trabajo doctrinal y aplicación en casos jurisprudenciales, que indican que la tesis dominante sería la de la inadmisibilidad, si bien, hay casos en los que se admite prueba obtenida de manera ilícita. En la jurisprudencia se pueden encontrar argumentaciones en las que se admite aquella prueba que se entiende como “hallazgo inevitable” y la que se considera “fuente independiente”, esto es, aquella prueba a la que se accede por una línea de investigación independiente en relación con el hecho investigado o con otro hecho delictivo. Esto sugiere que la jurisprudencia recurre a criterios de ponderación en los que en algunas ocasiones prima la búsqueda de la verdad material por sobre los derechos fundamentales de los indagados, si bien estos se mantienen como límite máximo de admisibilidad de aquella prueba que pueda considerarse prohibida.

8. Tal como se esbozó en los apartados anteriores, el problema jurisprudencial de mayor complejidad es la excepción a la exclusión de la prueba ilícita o derivada de ésta. La sentencia 70/90 de la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ) en un recurso extraordinario de revisión a las declaraciones pre sumariales de testigos que se obtuvieron mediante coacción, las **declaró prueba ilícita**²¹. **Siguiendo este criterio en el caso 12.614²² el Tribunal de Apelaciones en los Penal (en adelante, TAP) consideró prueba ilícita** a las interceptaciones de comunicaciones telefónicas de uruguayos residentes en Italia efectuadas por funcionarios policiales italianos por considerar que no fueron ordenadas por un juez uruguayo. Sin embargo la SCJ²³ entendió que el TAP **padeció error en considerarla prueba ilícita** expresando que: “*no existe ilicitud en canjear la actuación del Juez nacional por la del extranjero, en tanto este procedió con adecuado ajuste a las garantías que establece nuestro sistema*”. En 2001, caso 14161, el TAP siguiendo con el mismo criterio consideró inadmisibile la prueba ilícita (confesión obtenida por coacción) pero **admitió la prueba derivada de aquella**, no aplicando la teoría de los frutos envenenados en mérito de racionalizar los efectos de esa ilicitud limitándolo exclusivamente al medio probatorio viciado²⁴.

9. Por sentencia número 291 del 18 de setiembre del 2002, recurso de casación, la SCJ siguiendo su criterio anterior falló que: “*(...) no se puede considerar que el registro haya sido llevado a cabo extraprocesalmente y sin cumplir con las formalidades que el orden jurídico dispone en los arts. 11 de la Constitución y 201 del viejo CPP y como consecuencia no resulta de aplicación la doctrina de los frutos del árbol venenoso respecto de toda la prueba posterior recolectada en la causa*”, por lo que admitió el allanamiento, detención del encausado e incautación de objetos realizados en el domicilio de este a pesar —que como expuso la defensa— no se cumplió con los requisitos procesales ya que todo el procedimiento fue realizado sin una vinculación concreta con la comisión de un delito.

10. En análisis más recientes, el TAP también dio lugar a la excepción de la aplicación de la teoría de los frutos envenenados como en el caso 473²⁵ del 2005 y en el 376²⁶ del 2006 considerando que “*(...) la parsimonia como garantía comienza a acotarse sin pudor, cuando determinados delitos repugnan la conciencia colectiva- bajo el inefable rótulo de búsqueda de la verdad- construyendo teorías como la de la proporcionalidad en Alemania (...)*.”²⁷ Esta sentencia indica que se está recurriendo a otros criterios para una ponderación del caso concreto, si bien la sentencia no alude a dicha teo-

ría para un juicio de valor entre los derechos fundamentales del imputado y los intereses de la administración de justicia en la búsqueda de la verdad material que justifique una condena.

11. La sentencia 314/10 TAP 2º sostiene que la intervención telefónica en la que participa el denunciante no violenta el derecho de intimidad del imputado en mérito a lo que la doctrina ha entendido por intimidad y a lo mencionado por Couture sobre que “*sería incurrir en solemnidad excesiva y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan ningún perjuicio*”. Siguiendo el mismo criterio, pero con otro fundamento, el TAP 1º en sentencia 315/14 no aplicó la regla de exclusión en mérito a que, a pesar que el incumplimiento de algunos requisitos que la ley prevé para el allanamiento pueda considerarse una violación a la garantía constitucional, en situaciones graves la teoría de la prueba ilícita debe ser flexible “*en ponderación de otros intereses de jerarquía constitucional de superior relevancia (balancing test)*”. Como se puede apreciar, la gravedad del hecho flexibiliza los criterios de valoración de la prueba en perjuicio del reo y en favor de la imputación.

12. Más recientes en el tiempo, la sentencia 553/16 del TAP 4º en un incidente de nulidad interpuesto por la defensa sobre la ilicitud de la prueba, falló que las negociaciones fueron lícitas realizándose de acuerdo a las normas de las transacciones comerciales a través de internet (e-commerce), con objeto lícito ofrecido en medio comercial legítimo (mercado libre). La SCJ en sentencia 1153/19 – recurso de casación, considera que el video de una reunión de la oficina del empresario en donde se veía que el imputado concertaba incriminar falsamente a un empresario competidor a cambio de dinero, es lícita. Esto en mérito de que nuestra SCJ sigue el criterio del Tribunal Supremo español en cuanto a que “*son admisibles las grabaciones subrepticias, siempre que quien grabe y difunda sea uno de los interlocutores en la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el derecho al secreto de las comunicaciones*”. No obstante, en algún caso ante Tribunal de Apelaciones, se ha reconocido que la grabación sin autorización no constituye prueba.

13. Podría decirse que la prueba ilícita en el régimen jurídico uruguayo tiene una regulación escasa, existiendo la necesidad de concreción de un texto normativo preciso que establezca parámetros y criterios de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de la prueba derivada de la misma. El legislador tiene que limitar cualquier tipo de arbitrariedad en la aplicación del de-

recho penal y este campo de la prueba prohibida es uno de los que mejor permiten abusos en las garantías y derechos individuales.

14. Consideramos que hay que recurrir a la teoría de la ponderación y decidir en cada caso concreto, sin desconocer que el límite de la búsqueda de la verdad material se encuentra en los derechos fundamentales de los imputados. Esto adquiere mayor sentido en los tiempos que corren en que el avance de la tecnología nos sorprende con nuevos medios de prueba, que penetran en la esfera privada vulnerando constantemente la intimidad, entre otros derechos fundamentales.

15. En definitiva, la teoría de la admisibilidad de prueba que se adopte en el caso concreto no es un tema menor, pues no solo se relaciona con el principio del debido proceso, sino que será un indicador de la calidad del Estado de Derecho y del delicado balance entre el objetivo público de seguridad y la libertad de los ciudadanos.

Notas

1 Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP, <http://olap.fder.edu.uy/>), Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

2 Investigador de la Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile. Director OLAP.

3 Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 185 y s.

4 Téngase en cuenta los derechos fundamentales de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, áreas protegidas de las injerencias estatales mediante la prohibición de utilización de determinados medios de prueba en un procedimiento penal. Ambos, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”, La prueba en el proceso penal-I, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, 2009-1, Buenos Aires, p. 72.

5 La teoría de la ponderación toma en consideración la gravedad del hecho imputado y el peso de la infracción procesal en relación a los derechos del imputado. *Ibidem*, pp. 104 y s. La doctrina alemana distingue entre “prohibiciones de producción de pruebas”, en relación al modo de obtención de las pruebas y “prohibiciones de utilización de pruebas”, que refieren al uso judicial de las pruebas ya obtenidas.

6 *Ibidem*, p. 76.

7 Aguilera, Marien, “Regla de exclusión y acusatorio”, Bachmaier (Coord.), Proceso penal y sistemas acusatorios, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 90.

8 Rodríguez Núñez, Alicia, “Prueba y Proceso Penal”; Teoría y Práctica de la Investigación Criminal, IUGM, Madrid, 2009, p. 262.

9 “*Son medios de prueba, las inspecciones y reconocimientos judiciales, las declaraciones de testigos, los documentos, los dictámenes de peritos, la confesión del imputado, los indicios, las reproducciones y experimentos, y cualquier otro medio no pro-*

hibido por la ley que pueda utilizarse aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos."

10 El termino prueba ilícita se utiliza para designar un conjunto de supuestos que no pueden ser reconducidos a una unidad de inadmisibilidad probatoria, pues se trata de muy distintas situaciones de irregularidades cuya solución no es única. Asencio Mellado, José, "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000"; Prueba Ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los "vladivideos", Grijley, Lima 2008, p. 22. Puede consultarse en cuanto a los diversos medios de prueba y las posibles ilicitudes, "La prueba en el proceso penal"; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

11 Gómez Colomer, Juan Luis, "No es un principio de la ley procesal penal que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio: la interpretación del principio en España y su práctica"; El valor de la democracia en la justicia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Honduras, 2015, p. 290.

12 Fernández, Gonzalo, Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y sombras, FCU, Montevideo, 2017, p. 60.

13 *Ibidem*, p. 63.

14 "Conclusiones de la Comisión III sobre Proceso Penal", Revista uruguaya de derecho procesal, número 1. FCU, Montevideo, 1995, p. 130.

15 Cabrera Orcoven, Rafael. "Los criterios para la elaboración de una teoría consistente sobre la prueba ilícita: teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones en la práctica jurisprudencial" en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal – en Homenaje al Profesor Gonzalo Uriarte. FCU, Montevideo, 2019, pp. 379 y ss.

16 Al entender de Cordero "la única razón de excluir una prueba del proceso (penal) puede ser de carácter procesal". Vescovi, Enrique. "Las Pruebas ilícitas" en Congreso de Panamá. Febrero 1995, p. 122. En ese sentido, "no basta con que la prueba haya sido obtenida ilícitamente, sino que es necesario que la ley procesal la declare inadmisibile". Baluga, Cecilia, "La prueba ilícita en el proceso penal: reflexiones sobre su concepto a través del análisis de doctrina y jurisprudencia norteamericana", Revista Jurídica del Centro de estudiantes de derecho. Tomo 10, Montevideo, (junio 1995), p. 91.

17 Vescovi, Enrique. "Las Pruebas ilícitas" en Congreso de Panamá. Febrero 1995, p. 122. "Afirmó la necesidad de declarar inadmisibile la prueba ilícita obtenida extraprocesalmente o durante el proceso, en perjuicio de las partes de terceros aun cuando no este expresada en una norma procesal, puesto que existe como principio general del derecho. Agregó que, la prueba ilícita no puede aceptarse ni aun cuando ella pudo igualmente haber llegado al proceso por medios lícitos y que no debe distinguirse según se trate de proceso civil o penal o según sea obtenida por particular o funcionario público". Landeira, Raquel, "Tendencia jurisprudenciales en materia de prueba ilícita en los juicios penales", Revista uruguaya de derecho procesal número 3, Montevideo, (noviembre 2006), p. 488.

18 Extensamente, Álvarez Petraglia, Federico, Dos estudios sobre el debido proceso legal, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2013. Según este autor, "toda resolución judicial que no sea dictada en virtud de la existencia de indicios de criminalidad previos y en forma motivada (esto es, que se funde la medida en

la existencia de tales indicios), es una sentencia nula por violar la ley y la garantía de todo imputado a su defensa en juicio (art. 101 numeral 3° del C.P.P.), revistiendo en tal carácter la prueba que emerja de esa intervención la calificación de ilícita". *Ibidem*, p. 57.

19 Minvielle, Bernadette Josefina. La prueba ilícita y el debido proceso penal: enfoque constitucional de la búsqueda de la prueba penal, Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988, p. 169.

20 En relación a las correcciones (tesis restrictivas) que la jurisprudencia española viene realizando a esta teoría, porque permite la absolución en casos graves, ver Gómez Colomer, cit., pp. 303 y ss.

21 Sentencia número 70/90 del 27 de julio de 90 de la Suprema Corte de Justicia - recurso extraordinario de revisión.

22 L.J.U tomo 109, Caso 12.614, Montevideo: 1994.

23 Sentencia de la SCJ número 689 del 25 de setiembre de 1995, recurso de casación.

24 LJU tomo 123 caso 14161 Montevideo, 2001.

25 Revista de Derecho Penal número 15, caso 473. FCU: 2005, p. 671.

26 Revista de Derecho Penal número 16, caso 376. FCU:2006, p. 781.

27 Revista de Derecho Penal número 15, caso 473. FCU: 2005, p. 671.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho, Juez Penal (ret)

Profesor de Pre y Postgrado de Derecho Penal y Procesal Penal

Vicepresidente de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Zulia

Introducción

La parte más importante de todo proceso son las pruebas, es la razón de ser del mismo, tanto para demostrar o acreditar en primer lugar la existencia de un hecho punible, como para evidenciar quien participó, quien lo cometió, determinando las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su perpetración. Pero la obtención, preservación, promoción, recepción, incorporación y evacuación de las pruebas, tienen su procedimiento, sus requisitos y exigencias, que deben ser cumplidos estrictamente, para la legalidad y validez de las mismas.

Por eso es sumamente relevante que desde el primer momento en que se tenga conocimiento de la presunta perpetración de un hecho punible, de inmediato se inicie la investigación correspondiente, y la misma sea manejada y conducida con el mayor profesionalismo posible, sin manipulaciones ni alteraciones de ningún tipo, cumpliendo estrictamente con las normas y procedimientos constitucionales y legales, para que se recaben y se conserven adecuadamente, todos los ele-

mentos de convicción y que los mismos sean debidamente preservados para su posterior estudio y análisis, así como para la práctica de cualesquiera experticias y exámenes que deban hacerse a cada una de ellas posteriormente, tomándose las previsiones necesarias (cadena de custodia).

La manipulación y/o alteración de una prueba puede ocurrir desde su hallazgo, descubrimiento y obtención, por un mal manejo de la misma, sea éste de forma intencional o por descuido, así como durante su formación o custodia, o en el transcurso de la investigación policial y Fiscal, pero también puede suceder al promoverla y tratar de incorporarla y traerla al proceso, así como al momento de valorarla y apreciarla por parte del Juez. Por ello es indispensable estar siempre atentos y vigilantes a través de todo el proceso.

Ahora bien, las actuaciones judiciales para que sean válidas, tienen que realizarse cumpliendo las formalidades esenciales, las exigencias procedimentales que las regulan, las cuales aseguran el respeto de las garantías constitucionales y legales, establecidas en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), muy especialmente las relativas al debido proceso y al derecho a la defensa. Para ello, el COPP establece una serie de reglas claras y precisas, de cómo deben efectuarse los actos. Y esto tiene que ser así, porque, aunque la finalidad del proceso es la búsqueda y obtención de la verdad y de la justicia, eso no se puede lograr a cualquier precio. Es necesario que tanto las actuaciones de investigación previas y preparatorias, así como también el juicio sea justo, que todos los actos estén ajustados a una serie de reglas básicas, sin vicios. Como ha determinado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *“la idea de un juicio justo es tan importante como la propia justicia”*¹.

Por otra parte, algunos autores consideran que el asunto de la ilicitud de una prueba, no se trata de una simple desobediencia o transgresión de una norma, o de desconocer unos principios o garantías constitucionales y/o legales, sino que se trata y equipara a un hecho punible, a un delito, y como tal debe ser castigado. Por ello, tienen una visión muy amplia, que abarca a todas las normas que regulen la lícita obtención de las pruebas y evidencias. Sin embargo, otros autores prefieren un concepto más restringido sobre cuales pruebas deben considerarse ilícitas, limitándolas a aquellas que violen derechos y garantías fundamentales, establecidas en la Constitución y en Tratados y Convenios Internacionales, no las que infrinjan alguna norma de rango legal.

Se debe buscar la verdad, sin vulnerar los derechos y garantías fundamentales de las personas, preservando el necesario equilibrio procesal y la seguridad jurídica. Un Estado realmente democrático, de derecho y de justicia como se pregona en la Constitución que es Venezuela, no debe infringir la Ley, ni permitir que otros lo hagan, especialmente en un aspecto tan importante y fundamental para un país, como lo es la administración de la justicia. Por lo tanto, un hecho punible no debe ser castigado a través de procedimientos y pruebas viciadas. Los abusos, arbitrariedades, maltratos y torturas de los cuerpos policiales tienen que ser castigados, no premiados, y mucho menos servir de base para condenar a otros. Si algún funcionario quebranta la Ley, debe ser sancionado, los derechos y garantías consagrados en la Constitución tienen que ser respetados y salvaguardados. ¿Si el propio Estado irrespete e incumple las normas, como exigirle a los ciudadanos que sí lo hagan?

La Constitución, el COPP y las pruebas

La Constitución venezolana establece una gran cantidad de disposiciones relacionadas con el derecho y la justicia, y entre sus Principios Fundamentales establece que *“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, ...”* (artículo 2), sin embargo es en el artículo 49, donde encontramos la mayor cantidad de normas rectoras con relación a los procesos judiciales. Dicho artículo reza así:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identi-

dad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

También otras normas constitucionales hacen referencia directa e indirectamente a las pruebas, como son, que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”* (artículo 46). *“El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”* (artículo 47). *“Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”* (artículo 48).

Como se puede observar, con respecto específicamente a las pruebas y sobre todo a este trabajo, dicho artículo 49 dispone que *“Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”*, y es en base precisamente a esa norma constitucional, que la jurisprudencia y la doctrina consideran que cualquier violación al debido proceso, invalida y convierte en ilícita la prueba.

Ahora bien, ¿qué es el debido proceso?²

Los primeros 23 artículos del COPP contienen y desarrollan los Principios y Garantías Procesales, de lo que debe considerarse un Debido Proceso, los cuales podemos resumir en los siguientes: nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Tribunal imparcial, con

salvaguarda de todos los derechos humanos; que debe ser juzgado por su Juez natural (art. 7), que se le debe de presumir inocente y tratar como tal, mientras no se establezca su culpabilidad (art. 8), que la privación y/o restricción de la libertad tienen carácter excepcional (art. 9), que todas las personas intervinientes deben ser tratadas con el debido respeto a la dignidad humana (art. 10), que la finalidad del proceso es establecer la verdad de los hechos por la vía jurídica y la justicia en la aplicación del derecho (art. 13), que el juicio será oral, que sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código (art. 14) y que las pruebas se apreciarán por el Tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia (Art. 22).

Se puede concluir que hay debido proceso cuando concurren las garantías indispensables para que a su vez exista una tutela judicial efectiva, donde las partes tengan la posibilidad de hacer uso de los medios recursivos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses.

En este mismo sentido y desarrollando las disposiciones constitucionales antes indicadas, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), menciona en el artículo 181 ciertas exigencias que se deben de cumplir para la *“Licitud de la Prueba”*, textualmente establece lo siguiente:

“Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código. No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”.

Por otra parte, aunque el COPP consagra la *“Libertad de Prueba”* en el artículo 182, por *“cualquier medio de prueba”*, sin embargo, también limita esta libertad a que el medio de prueba sea *“incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la Ley”*. Igualmente, el artículo 183 también recalca la necesidad de que la prueba cumpla con las exigencias legales, al establecer como *“Presupuesto de la Apreciación”* de las pruebas, lo siguiente: *“Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el Tribunal, su práctica debe efectuarse con es-*

tricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código".

Esto significa claramente que en el proceso penal venezolano, como regla general, ninguna prueba ilícita puede ser admitida y mucho menos valorada.

El Derecho a la Prueba

La Sala Constitucional en numerosas decisiones³, ha establecido que "es importante destacar lo establecido en el artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual le confiere a las partes en esta fase procesal la posibilidad de promover las pruebas a ser producidas en el juicio oral, la cual constituye una de las fases de la actividad probatoria y, por ende, una clara proyección del *derecho a la prueba*. El contenido de este último se integra en el poder jurídico de las partes de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Visto desde esta perspectiva, el *derecho a la prueba*, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho a la defensa, consiste en que las pruebas lícitas, necesarias, pertinentes y tempestivas sean admitidas y practicadas por el Juez, no pudiendo éste en forma alguna desconocer u obstaculizar el contenido esencial de tal derecho"⁴.

Destacando que "La conexión conceptual antes señalada entre el *derecho a la prueba* y el *derecho a la defensa*, obedece a que el primero es un soporte esencial del segundo, toda vez que el derecho a la defensa comprende la facultad del imputado de intervenir en el proceso penal que contra él se ha incoado, así como también de llevar a cabo las actividades procesales necesarias para evidenciar la falta de fundamento de la potestad penal que contra él ejerce el Estado, o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, y es el caso que tales actividades consisten esencialmente en: a) ser oído, b) controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, c) probar los hechos que invoca a los fines de neutralizar o atenuar la reacción penal del Estado, d) valorar la prueba producida en el juicio, y e) exponer los argumentos de hecho y de derecho que considere pertinentes a los fines de obtener una decisión favorable según su posición, en el sentido de excluir o atenuar la aplicación del poder penal estatal"⁵.

Dicho artículo 311 del COPP, donde se consagra el Derecho a la Prueba, dispone lo siguiente:

"Artículo 311. Facultades y cargas de las partes. Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la cele-

bración de la audiencia preliminar, el fiscal, la víctima, siempre que se haya querrellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado, podrán realizar por escrito los actos siguientes:

1. ...; 2...; 3...; 4...; 5...;

6. Proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes;

7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad;

8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal" (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, el proceso penal "está sujeto términos preclusivos, por razones no sólo de certeza y de seguridad jurídica, sino, también, como modo del establecimiento de una necesaria ordenación del proceso, que sea capaz de asegurar, en beneficio de todas las partes, que el mismo sea seguido de manera debida, sin dilaciones ni entorpecimientos injustificables, en obsequio de la justicia, así como la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales a la igualdad jurídica y a la defensa⁶.

Por lo tanto, el ofrecimiento de pruebas de la defensa debe ser realizado, tal como se le exige a las demás partes, dentro del lapso que dispone el artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, a saber, *hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar*; ello, no como una formalidad trivial, sino, entre otras razones, como un medio de aseguramiento del cabal ejercicio del control de la prueba, lo cual resulta esencial para que las partes puedan preparar adecuadamente sus propias defensas⁷. Y ese lapso es preclusivo y no puede ser reabierto, a pesar de que la Audiencia Preliminar sea diferida, por consiguiente: "*La fijación de nueva fecha para la celebración de la audiencia preliminar, no implica la reapertura del lapso de cinco días para la promoción de las pruebas, como lo pretende la defensa*"⁸.

La teoría de los frutos del árbol envenenado

Algunos autores, como es el caso de Magaly Vázquez, consideran que dicha teoría se encuentra reconocida implícitamente en el COPP, en la parte final del referido artículo 181, cuando señala "*Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos*".

Esta doctrina se inició en los Estados Unidos, a partir de las reglas de exclusión, aplicadas en el caso Weeks en 1914 y luego en relación con el caso Silverthorne Lumber Company (1920), cuando agentes del gobier-

no estadounidense allanaron las oficinas de la referida empresa, sin orden judicial, encontrando evidencia que lo incriminaba (libros de contabilidad), y en base a la cual fue detenido. Dichas pruebas fueron declaradas ilegales. Se considera que existen tres excepciones a esa regla general: 1) cuando exista una investigación diferente, que permita obtener la prueba por una vía distinta (otra fuente); 2) cuando se obtenga por un descubrimiento inevitable y no se pueda vincular la prueba a la anterior; y 3) cuando la cadena de causalidad entre la acción legal y la prueba ilícita es tenue⁹

Con la aplicación de esta doctrina se pretende que, como consecuencia de la prohibición de admitir y valorar una prueba obtenida ilícitamente, dicha prohibición debe extenderse y alcanzar también, a todas aquellas pruebas que deriven de ellas, aún a aquellas pruebas que fueron obtenidas y practicadas lícitamente, simplemente por el hecho de provenir de ellas, “por ser un fruto del mismo árbol envenenado”.

Como en el caso de cualquier otra teoría o doctrina, hay autores que tienen una visión muy amplia de ella¹⁰ y otros muy restringida¹¹, y en su implementación se van a los extremos, en cambio otros se mantienen en un punto intermedio, distinguiendo unos entre aquellas pruebas o evidencias expresamente prohibidas por la Ley (torturas, tratos crueles, confesiones obligadas, etc), de aquellas que simplemente se obtuvieron de forma irregular, sin cumplir estrictamente con las normas y procedimientos correspondientes, variando en diversos grados. Considerando que mientras unas pueden ser convalidadas o subsanadas, dándoseles cierto valor probatorio, en otros casos son nulas en forma absoluta y total, sin posibilidad alguna de fundamentar una decisión judicial.

Algo que le preocupa mucho a la doctrina, son los efectos psicológicos de la prueba ilícita, ya que consideran que es muy difícil que, luego que el Juez ha entrado en conocimiento de dicha prueba, no sea influido por la misma al momento de valorar las otras pruebas y tomar la decisión, por ello insisten en la declaratoria de nulidad lo antes posible, de la prueba que no cumpla con los requisitos de Ley, para que sea excluida.

Consecuencias: la declaratoria de Nulidad

En relación con las nulidades y con las reposiciones de las causas, el **artículo 26 Constitucional** establece que “El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones

inútiles”. En este mismo sentido el **artículo 257**, también constitucional, afirma que: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Por su parte el COPP, entre las Disposiciones Generales de los Recursos, establece en el **artículo 435** lo siguiente:

“Artículo 435. Formalidades no esenciales. En ningún caso podrá decretarse la reposición de la causa por incumplimiento de formalidades no esenciales, en consecuencia no podrá ordenarse la anulación de una decisión impugnada, por formalidades no esenciales, errores de procedimiento y/o juzgamiento que no influyan en el dispositivo de la decisión recurrida.

En estos casos, la Corte de Apelaciones que conozca del recurso, deberá advertir, y a todo evento corregir, en los casos que conforme a las normas de éste Código sea posible, el vicio detectado.

La anulación de los fallos de instancia, decretada en contravención con lo dispuesto en esta norma, acarreará la responsabilidad disciplinaria de los Jueces de Alzada que suscriban la decisión”.

De tal manera que conforme a la Constitución deben evitarse los “*formalismos o reposiciones inútiles*” y “*No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*”, de acuerdo al COPP, “*no podrá ordenarse la anulación de una decisión impugnada, por formalidades no esenciales, errores de procedimiento y/o juzgamiento que no influyan en el dispositivo de la decisión recurrida*”. Limitando las nulidades y reposiciones de las causas a casos de violaciones graves y esenciales, trascendentales, de una gran importancia, que justifiquen realmente una nulidad y una reposición de la causa. Y, en el caso de los elementos de convicción y evidencias, a no darle validez legal a aquellas pruebas cuyo vicio sea de tal magnitud, que admitirlas y valorarlas no sea posible, por constituir una gravísima violación de derechos y garantías fundamentales, de imposible subsanación.

Por lo tanto, en caso de que no se cumpla con las normas referidas a las formalidades esenciales, entonces se puede llegar a considerar que existe algún vicio lo suficientemente grave, para ocasionar la nulidad del acto o decisión, según sea el caso. Solicitud de nulidad que cuando es absoluta, puede ser ejercible en cualquier estado y grado del proceso, lo cual permite, de ser procedente, que los juzgadores de instancia puedan restituir o reparar las situaciones jurídicas infringidas por violaciones de derechos o garantías constitucionales¹².

La Sala Constitucional ha establecido que “la nulidad no constituye un recurso ordinario propiamente dicho, que permita someter un acto cumplido en contravención con la ley al control de la doble instancia, ya que la nulidad constituye un remedio procesal para sanear actos defectuosos por la omisión de ciertas formalidades procesales o para revocarlos cuando dichos actos fueron cumplidos en contravención con la ley”. En la medida de lo posible, “la nulidad se solicita al Juez que esté conociendo de la causa para el momento en el cual se produce el acto irrito, salvo que se trate de un acto viciado de nulidad absoluta, en cuyo caso podrá solicitarse en todo estado y grado del proceso”¹³.

En nuestro sistema procesal penal cualquier acto nulo puede llegar al conocimiento del Juez a través de los recursos de: revocación, apelación, casación y del recurso de revisión; así como también a través de la posibilidad de aclaración o aclaratoria, del planteamiento de las excepciones y también mediante el Amparo Constitucional¹⁴. En un proceso puede surgir el quebrantamiento de normas procesales, pero ello no quiere decir que una parte ha quedado indefensa, si puede pedir su corrección dentro de él¹⁵. Un Juez puede conocer sobre la solicitud de nulidad de las actuaciones de otro de la misma jerarquía¹⁶. Sin embargo, si resulta contrario a la garantía fundamental del Juez natural que los jurisdiccentes conozcan y decidan sobre la validez o nulidad de sus propias decisiones¹⁷.

Nuestro sistema establece la distinción de nulidades no convalidables (absolutas) y nulidades saneables, (renovables que permiten su convalidación), y las absolutas tienen sus supuestos específicos¹⁸. Los supuestos para declarar la nulidad son de interpretación restrictiva, y podrán ser dictados cuando se trate de alguno de los vicios de nulidad absoluta, cuando se trate de un vicio de inconstitucionalidad o cuando la nulidad comporte una modificación o revocación a favor a favor del imputado¹⁹. La nulidad, por el simple hecho que la ley disponga esa consecuencia, debe ser declarada sólo si la lesión ocasionada a las partes es insalvable, y ello es así, por cuanto no hay cabida a la nulidad sin constatación del perjuicio²⁰.

En relación con la prueba ilícita, existe el llamado principio, regla o cláusula de **exclusión probatoria**, de acuerdo a la cual, cualquier prueba que sea declarada ilícita, debe ser excluida para su valoración probatoria, el proceso no necesariamente es nulo, pero la prueba sí. Es procedente recordar, que dentro del sistema procesal penal vigente en Venezuela, por su naturaleza acusatoria, no se encuentra preceptuada, sino excepcionalmente, la nulidad de oficio.

Conclusiones

Es evidente que, como norma general, ningún elemento de convicción o evidencia que haya sido obtenida infringiendo derechos o garantías constitucionales, debería ser practicada, ni recabada, ni promovida, ni admitida y mucho menos valorada, en un proceso justo, en un debido proceso, ya que es el producto de una violación de una norma constitucional, el resultado de un acto ilícito, de un acto contrario a la Ley, de un desacato a la Constitución y en algunos casos hasta de un hecho punible, de un delito.

No obstante esa opinión generalmente aceptada, también hay quienes consideran que esta doctrina no puede aplicarse como algo absoluto, inmutable, que deben haber excepciones a esa regla general, por razones y circunstancias extraordinarias y especiales, como en los casos de ataques terroristas (Torres Gemelas de NYC el 11-9-2001, las explosiones en estaciones de trenes y del Metro de Madrid el 11-3-2004, las explosiones en el Metro de Londres el 7-7-2005, las explosiones en diversos lugares de París el 13-11-2015, y muchos otros casos más), que por su importancia, gravedad, implicaciones, naturaleza y número de heridos y asesinados, requieren de un tratamiento especial, de medidas extraordinarias y excepcionales, ya que no se trata de hampa común, de delincuencia ordinaria, ni siquiera de mafias, carteles, capos o delincuencia organizada, se trata de grupos y ejércitos terroristas, que sin escrúpulos ni piedad alguna, están dispuestos a destruir todo a su paso, niños, mujeres, ancianos, lo que sea, nada les importa. Ese fue el caso de la operación llevada a cabo en contra de Osama Bin Laden, a nadie en su sano juicio se le puede ocurrir, que era necesario solicitar previamente una orden de allanamiento para ir a detenerlo en su casa.

Hay otros casos que también se han considerado excepcionales, como los de asesinos en serie, que le han dado información a compañeros de celdas, sobre las personas que mataron y en donde las enterraron o abandonaron sus cuerpos. Testimonios que han sido admitidos como pruebas y en base a los cuales han sido condenados. Considerando que la impunidad de ciertos y determinados delitos extremadamente graves, es aún más dañino para la colectividad y la justicia, que el incumplimiento de alguna norma relativa a algún derecho o garantía del acusado.

Como bien lo señala uno de los más fervientes defensores de la teoría de los frutos del árbol envenenado, el jurista colombiano Dr. Edgar Saavedra Rojas, “ninguno de los derechos fundamentales es de carácter abso-

luto, ni siquiera la vida, el más trascendental y además fundamento de todos los demás, porque bien se sabe que en tiempo de guerra se induce y se premia al que más mate, de la misma manera que está justificada la conducta del que mata en legítima defensa o en Estado de necesidad”²¹.

Agregando “*Si ello ocurre con los demás derechos es apenas elemental concluir que todos los otros derechos de menor jerarquía son igualmente relativos en su ejercicio y que por tanto pueden sufrir limitaciones o excepciones en su ejercicio. No podría ser distinto con el principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita y recuérdese como en precedencia habíamos por lo menos admitido una excepción, cuando la prueba ilícita puede ser fundamento de una sentencia de absolución para el procesado*”.

Indicando “*Pero igualmente podrían proponerse otros supuestos que nos podrían llevar a la aceptación de excepciones al principio en estudio, tal el caso de los encuentros casuales, cuando se encuentran medios de convicción relacionados con hechos delictivos diversos de aquel que se investiga en el proceso donde se ordenó la prueba ilícita y dio como resultado encontrar esos medios de convicción relacionados con otros hechos delictivos. ¿O es que acaso podría desconocerse la existencia de un cadáver o de una persona secuestrada, por el hecho de haberse encontrado durante la realización de un allanamiento que no fue decretado judicialmente?*”

Considerando que “*Las hipótesis precedentes nos llevan a la conclusión que debe ser el criterio del Juez, en cada caso concreto, quien valore las circunstancias y por sobre todo los valores puestos en juego, para que, en algunos casos verdaderamente excepcionales, pudiera darle validez a los medios de convicción obtenidos mediante la práctica de una prueba ilícita. Siempre en esta elucubración judicial para admitir la posibilidad de una excepción al principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita debería estar siempre guiado por el criterio de la proporción y de la razonabilidad, es decir, que frente a cada caso concreto, analice y sopesa los valores puestos en juego y los perjuicios o beneficios que podría ocasionar el admitir la prueba ilícita*”.

Concluyendo el Dr. Saavedra afirmando que “*Debe igualmente valorar las circunstancias modales, temporales y espaciales en que ocurrió o se practicó la prueba ilícita, porque es evidente que de acuerdo a tales circunstancias una conducta que podría tener rechazo o aceptación dependiendo de las mismas. Porque es indesconocible que actuaciones realizadas durante*

una calamidad pública, llámese epidemia, guerra, terremotos, accidentes colectivos, atentados terroristas, podrían generar condiciones de aceptabilidad de determinados medios de convicción ilícitamente practicados”. Y que, como principio general, la prueba ilícita es inadmisibile, “*aceptado la posibilidad de algunas excepciones, absolutamente excepcionales*”

Nadie discute el derecho y el deber que tiene el Estado, de prevenir, investigar, perseguir y castigar los delitos de acción pública, para eso está plenamente facultado por la Constitución y las Leyes de la República, pero eso tiene que hacerlo sin vulnerar los derechos y garantías de los ciudadanos. Atropellando y violando derechos fundamentales de los justiciables, se deslegitiman los órganos encargados de investigar y sancionar los hechos punibles. El descubrimiento de la verdad y la obtención de la justicia son objetivos del proceso penal, pero deben lograrse respetando a las personas y a sus derechos.

Haciendo la aclaratoria que aunque tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial, representan al Estado, lo hacen desde dos diferentes roles. Mientras el Fiscal del Ministerio Público dirige, controla y supervisa las actuaciones policiales, y la investigación, y, en caso de recabar suficientes elementos de convicción y medios de pruebas, en contra de alguien, presenta como acto conclusivo la Acusación Fiscal, el Juez (especialmente el que ejerce funciones de Juez de Control), realiza la supervisión, control y vigilancia de todas esas actuaciones policiales y fiscales, precisamente para evitar que ocurran desvíos, vicios, corruptelas, excesos y violaciones a normas constitucionales y legales.

El Fiscal no puede convertirse en un aliado de los policías y mucho menos en un alcahuete de sus desmanes y arbitrariedades, tampoco el Juez puede actuar de común acuerdo con el Fiscal ni con ninguna otra persona o institución, porque es el árbitro objetivo e imparcial que va a resolver el conflicto, la máxima autoridad durante todo el proceso, por lo cual tiene que ser absolutamente autónomo e independiente.

Estas cosas que parecen tan elementales, no siempre son entendidas así por los funcionarios, ni siquiera por los de más alto rango. En Venezuela en marzo de 2014, la Defensora del Pueblo fue acusada de justificar el uso de la tortura y los tratos crueles para obtener una confesión, de los estudiantes detenidos en manifestaciones, por unas declaraciones que dio²². Lo cierto es que en Venezuela desde hace unos 20 años, no existe una verdadera y real separación de poderes, y el Ejecutivo le imparte órdenes y directrices a los demás poderes, por lo tanto ni el Ministerio Público ni el Poder Judicial son

independientes, lo que ocasiona que las detenciones ilegales y arbitrarias, y, además, por tiempo indefinido, lamentablemente sean “normales”, el pan de cada día, ni hablar de las pruebas ilícitas, entre ellas las grabaciones ilegales, las “confesiones”, las torturas y tratos crueles, y hasta los asesinatos²³.

En todo caso, es evidente que ciertos métodos de obtención de pruebas están absoluta y totalmente prohibidos, entre ellas todas las formas de coacción física, psíquica y/o mental (la llamada droga de la verdad, por ejemplo), que sólo en casos sumamente excepcionales, se puede permitir cierta flexibilidad o elasticidad en relación con procedimientos y pruebas, para evitar la impunidad de los delitos más graves (crímenes de guerra, genocidio, de lesa humanidad y terrorismo), no en los demás casos, tomando en cuenta las circunstancias especiales y los intereses más valiosos. Teniendo sumo cuidado con esas figuras que a veces han tratado de imponer, como las denuncias e informaciones anónimas, los informes de inteligencia, los llamados testigos protegidos, los patriotas cooperantes, los jueces sin rostro, etc., para conformar lo que han denominado “indicios de culpabilidad” contra los acusados (por acogerse al precepto constitucional que los exime de declarar, el mentir en algún momento del proceso, el dar información falsa u ocultar otra, etc.), buscando revertir la carga de la prueba, violando el principio constitucional de la presunción de inocencia, así como el axioma jurídico del *in dubio pro reo*.

Notas

- 1 Sentencia No. 221 del 4-3-2011, con carácter vinculante.
- 2 Este término proviene del derecho anglosajón (*due process of law*) del Rey Juan I, consagrado en su *Magna Carta*.
- 3 Sentencia No. 1755 del 18-12-2015
- 4 Sentencia Sala Constitucional No. 1.656 del 20-11-2013
- 5 Sentencias Sala Constitucional No. 4.278 del 12-12-2005; 797 del 12-5-2008; y 276 del 20-3-2009
- 6 Sentencia Sala Constitucional No. 707 del 2-6-2009.
- 7 Sentencia Sala Constitucional No. 2.532 del 15-10-2002.
- 8 Sentencia Sala Constitucional No. 1904 del 13-7-2011
- 9 También se mencionan otras excepciones, como la buena fe, el principio de proporcionalidad y la teoría del riesgo, entre otras.
- 10 Como Devis Echandía y Miranda Estrampes
- 11 Como Edgar Saavedra y Roberto Delgado Salazar
- 12 Sentencia Sala Constitucional No. 1249 del 5-10-2009
- 13 Sentencia Sala de Casación Penal No. 206 del 5-11-2007
- 14 Sentencia Sala de Casación Penal No. 198 del 9-5-2006
- 15 Sentencia Sala Constitucional No. 63 del 20-2-2008
- 16 Sentencia Sala Constitucional No. 1749 del 18-7-2005
- 17 Sentencia Sala Constitucional No. 2339 del 1-8-2005
- 18 Sentencia Sala Constitucional No. 3021 del 14-10-2005
- 19 Sentencia Sala Constitucional No. 2024 del 25-7-2005
- 20 Sentencia Sala Constitucional No. 1100, del 25-7-2012
- 21 “La Prueba Ilícita y su Reproche Constitucional y Legal”. Dentro del Libro de las VI Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB. Caracas. 2003. Págs. 569-571.
- 22 Aunque ella afirma que sus palabras fueron mal interpretadas.
- 23 Disfrazados de suicidios (Caso del concejal Fernando Albán el 8-10-2018). Caso del Capitán de Corbeta Rafael Acosta Arévalo asesinado el 29-6-2019.