

# La prueba ilícita en el proceso penal de Corrientes

## Prueba y prueba ilícita. Una aproximación teórica. Derecho comparado Argentina y Uruguay. La Regla de Exclusión. La nulidad procesal y la exclusión probatoria

Carlos A. Coria García<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.-Introducción; II.- Prueba. Qué se entiende por prueba. Aproximación conceptual; III.- Prueba, Definición. Medios de prueba, procedimientos probatorios; IV.-Clasificación de la prueba; VI.- Medios de prueba. Definición. Fuentes de prueba; VII.- El problema de la verdad en el proceso penal; VIII.- Prueba ilícita. Definición; IX.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; X.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; XI.- Bibliografía.

**RESUMEN:** ¿Acaso la verdad importa en el proceso penal? La verdad ha sido – históricamente- un problema en el ámbito procesal penal. La prueba se vincula a la

---

<sup>1</sup>Coria García, Carlos Armando. Abogado. Universidad Nacional del Nordeste. Diplomado en Políticas Públicas Provinciales y Municipales. Universidad Nacional del Chaco Austral. Derechos Humanos y Migración. Zolberg Institute. The New School. Nueva York. EEUU. Justicia Transicional certificada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. Posgrado Derecho Procesal Penal. Universidad de Palermo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente. Miembro Adherente del Observatorio de Derecho Penal Tributario de la Facultad de Derecho (UBA). Miembro del Observatorio Brasileiro de Derecho Internacional Público y Privado. E-mail: [cubaapbt@gmail.com](mailto:cubaapbt@gmail.com)

verdad pero ¿a cuál? La naturaleza de la exclusión de la prueba ilícita se vincula directamente a la verdad o, es una cuestión meramente procesal. El análisis del derecho comparado en torno al tratamiento de la prueba ilícita.

**PALABRAS CLAVE:** Prueba ilícita – exclusión – verdad - proceso penal

## I.- Introducción

### a. Una historia de brujas

¿Acaso la verdad importa en el proceso penal? La verdad ha sido – históricamente- un problema en el ámbito procesal penal. El Derecho es *merit-based*, por oposición a *interest-based*. Prueba y verdad están ligadas teleológicamente: esto es, el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad, y el sistema debe ser *truthoriented*. Un ordenamiento jurídico -enseñan Vivares Porras y Vélez Vélez- sostenido en una ideología negacionista de la verdad, tiene que fabricar, usualmente por medio de la ley, el significado de la expresión probar referida a la actividad realizada por el juez y que, corrientemente, se le asimila al conocimiento de los hechos. Pero de ser este el caso, sería mucho más práctico inventarse una nueva palabra.

Se ha decidido elegir como mojón histórico al año 1692 en lo que se dio en llamar:*las brujas de Salem*.

En las épocas primitivas de la humanidad, -dice Camargo-, no existía proceso sino autojusticia, esto es vindicta. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores<sup>2</sup>.

### b. Persiguiendo brujas

La famosa ciudad de Salem que ha regado de tinta en cientos de libros, muchos de ellos llegaron a pertenecer a la literatura universal como la pluma de Arthur Miller, la ciudad que hoy se encuentra en el Condado estadounidense de Essex (Massachusetts) fue el escenario, -cuenta Almeida Villacís-, de uno de los casos de histeria colectiva más famosos en la Historia y que desembocó en el año

---

<sup>2</sup> Camargo, Pedro P. (2002) *El Debido Proceso*, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, p. 19.

de 1692 en una espiral de mentiras, acusaciones, torturas y ejecuciones de decenas de personas, especialmente mujeres jóvenes<sup>3</sup>. De este evento histórico en la *Witch City* vamos a tomar lo que aquí nos interesa, esto es, el proceso penal.

En las colonias de Nueva Inglaterra, -apunta Gutiérrez Rodríguez-, las raíces de la creencia en la brujería estaban claramente ligadas a las tradiciones inglesas que los propios puritanos se llevaron consigo al nuevo mundo. Así, la magia se utilizaba para predecir el futuro, para curar enfermedades, para destruir a los enemigos, y como defensa ante los ataques de los poderes ocultos de la naturaleza. Además, había una fuerte creencia en la existencia del mundo invisible y de personas que podían comunicarse directamente con él. Los ministros puritanos condenaban estas prácticas por blasfemas y diabólicas, puesto que, para ellos, la magia no tenía lugar en su nueva concepción de Nueva Inglaterra, al estar relacionada con el mundo corrupto que habían dejado atrás en la Inglaterra de los Estuardo. Además, lo que más les preocupaba no era solamente que se practicara, sino que algunos de sus miembros se sintieran atraídos por ella<sup>4</sup>.

Las narraciones históricas sostienen que fenómenos de tipo paranormales se dieron en la villa de Salem a finales del Siglo XVII. Algunos autores citan la aparición de extraños y supuestos ataques que sufrieron las niñas Elizabeth y Abigail Parris, quienes eran objeto de mordidas, visiones y molestadas por seres invisibles, atribuidos supuestamente a un embrujamiento por parte de Tituba, una esclava antillana, quien al momento de ser interrogada se salvó de la muerte incriminándose y acusando a otros vecinos de brujería originando una de las persecuciones de brujas más famosas de Estados Unidos y el mundo<sup>5</sup>.

Cuenta, Gutiérrez Rodríguez, que los procesos por brujería que tuvieron lugar en la población de Salem en el año 1692 pueden calificarse sin temor alguno como los más importantes que sucedieron al otro lado del Atlántico, cuando en Europa la gran caza de brujas ya estaba llegando a su fin. En cuanto al estereotipo de las personas perseguidas, al menos en sus comienzos, la gran mayoría fueron mujeres de mala reputación, casadas o viudas, de entre 40 y 60 años, eran las mujeres con posibilidad de heredar y las que tenían éxito en sus negocios eran los principales

---

<sup>3</sup> Almeida Villacís, John (2009) *Proceso penal y derechos humanos*, Revista de Derecho Público N° 1 (2009): Universidad Católica. Ecuador, p. 184

<sup>4</sup> Gutiérrez Rodríguez, M. M. (2016). *Reescrituras de los procesos por brujería de Salem en la literatura popular actual*. El Futuro del Pasado, 7, 85-126. <http://dx.doi.org/10.14516/fdp.2016.007.001.003>, p. 89.

<sup>5</sup> Almeida Villacís, John (2009) *Op. cit.*, p. 184

objetivos de las sospechas. También corrían peligro aquellas que actuaban en nombre de maridos enfermos o ausentes, aquellas que permanecían solteras e, igual que en Europa, las ancianas viudas. En cuanto al modelo de acusadores, cabe destacar que un gran número de ellos eran niñas adolescentes entre 11 y 20 años, y de cada cuatro testigos tres eran hombres<sup>6</sup>.

### c. Breves líneas sobre la Santa Inquisición

Los procesos por causa de fe —enseña García Marín— presentan la peculiaridad de constituir un Derecho en buena medida privilegiado. El celo de los inquisidores tendió siempre a ampliar la lista de los supuestos en que se incurría en agresiones contra la Religión Católica, a las que genéricamente se denominaban delitos de herejía. El mismo Alfonso de Castro nos advierte de la amplitud de contenido que el concepto hereje tenía en la literatura jurídica y teológico-moral del período. Todos estos delitos genéricos de herejía se consideraban como de la más alta gravedad, de forma que se parangonaban con el exiguo elenco de delitos de lesa majestad humana castigados con la máxima severidad por el Derecho secular. Incluso, un destacado jurista del Derecho común, Antonio Gómez distingue los delitos de lesa majestad divina, entre los que incluye los relacionados con el concepto genérico de herejía, y de lesa majestad humana, que incluye los relacionados con atentados a emperadores, reyes o príncipes<sup>7</sup>.

## II.- Prueba. Qué se entiende por prueba. Aproximación conceptual

El término prueba posee carácter polisémico, es decir puede ser empleado para hacer referencia a cuestiones diferentes<sup>8</sup>. En el vocabulario jurídico-procesal el

---

<sup>6</sup> Gutiérrez Rodríguez, M. M. (2016). *Op. cit.*, p. 87 y 89.

<sup>7</sup> García Marín, José M. *Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado* 1998, Revista de la taquisición N° 7:137-149.

<sup>8</sup> Nieves Laura *La Prueba Ilícita en la eradigital Aspectos procesales de un problema tradicional con contenido nuevo en el marco del procesolaboral de Córdoba*. Revista de estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Año 1, Número 1, Publicación anual de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal, p.74

El Diccionario de la Lengua Española de la RAE propone catorce significados de la palabra prueba. De las opciones allí indicadas, se encuentran vinculadas a este primer sentido las siguientes: “2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” y “3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo”.

término prueba es doblemente polisémico, pues, además de la ambigüedad referida a sus distintos contextos de uso (descubrimiento y justificación), éste puede aludir aún a distintos aspectos del fenómeno probatorio: en concreto, a los medios de prueba, al procedimiento probatorio o a los resultados del mismo<sup>9</sup>. Una noción general de prueba como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos<sup>10</sup>.

---

La primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial, nace de la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el derecho procesal. Usasele, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea 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). En segundo lugar, entiéndase por prueba la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que el actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: actor probatactionem; con lo cual se preceptúa que es el quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado del espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. En este sentido se dirá que hay prueba o que no la hay. Con lo último se entiende significar no que no existan en el expediente elementos de juicio acumulados (medios de prueba, primera acepción), ni tampoco que no se los haya rendido por los litigantes (segunda acepción), sino que dichos elementos son insuficientes para determinar la convicción, o, lo que es igual, que no existe en el magistrado el estado de conciencia llamado certeza, en razón de haber sido insuficientes, para provocar dicho estado de espíritu, los elementos de juicio que se reunieron. Dellepiane, Antonio (2003) *Nueva teoría de la prueba*, 5ª reimpression de la novena Edición, ed. Temis, Bogotá, pp. 7-8.

<sup>9</sup> Gascón Abellán, Marina (2010) *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Tercera edición, Marial Pons, Madrid, p. 77.

<sup>10</sup> Taruffo, Michele (2006) *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2ª edición, Editorial Trotta, pp.327-328.

Carnelutti, dice que, de la estructura del proceso probatorio examinada hasta aquí resultan tres órdenes de elementos diversos: un hecho a probar (objeto de la prueba); una actividad del juez (percepción, deducción: medio de prueba) y un hecho (o una serie de hechos) exterior (hecho que sirve para la deducción: fuente de prueba). Entendida la prueba como comprobación de la verdad del hecho o como fijación formal del mismo, es el resultado del empleo del medio o medios indicados sobre el objeto (percepción del hecho a probar) o sobre la fuente de ella (percepción del hecho diverso al hecho a probar y deducción de este del hecho a probar); la actividad del juez y los hechos que sirven para la deducción se encuentran, por tanto, respecto de la prueba, en una verdadera relación instrumental. Por desgracia, esta distinción tan neta suele indicarse en el lenguaje jurídico con un mismo vocablo: prueba, tanto el resultado como

### III.- Prueba, Definición. Medios de prueba, procedimientos probatorios

El concepto de prueba se presenta y tiene significación en todas las manifestaciones de la conducta humana, pero cobra especial relevancia en el campo del derecho; en efecto, la noción de prueba no es privativa del derecho procesal sino que campea en casi todas las ramas. La palabra prueba es usada tanto por el derecho de fondo, como por el derecho de forma<sup>11</sup>.

La expresión prueba –enseña Arocena- padece de una innegable polisemia, se trata de un giro lingüístico ambiguo, pues posee más un significado. Él se emplea, pues, para designar de un objeto o entidad<sup>12</sup>.

Prueba, palabra que goza de una profunda polisemia que, de pasar inadvertida, puede causar molestos malentendidos. Si se observa con cuidado el lenguaje de los juristas (esto es: el utilizado por el legislador y los jueces, el manejado por los abogados en la práctica forense, el escogido por los teóricos y profesores de derecho) se advertirá que esta palabra es utilizada, por lo menos, en tres sentidos diferentes. Distinguirlos no es solamente un deber teórico: desde un punto de vista normativo, debe advertirse que el legislador procesal, sin hacer explícita la respectiva diferenciación, establece normas diferentes para cada uno de estos distintos sentidos de la expresión. Dado que una sola palabra remite a objetos distintos, el Derecho regula, como cabría esperar, cada uno de ellos de manera heterogénea<sup>13</sup>.

Siguiendo entonces a Vivares Porras y Vélez proponemos una clasificación de los significados de la palabra prueba, entonces:

*Prueba como conocimiento verdadero de la realidad o, simplemente, acto de verificación.*

La palabra prueba se usa como sinónimo de conocimiento efectivo de la realidad. En los sistemas jurídicos anglosajones suele reservarse la expresión

---

cada uno de los medios del proceso probatorio-. Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. (N. Alcala Zamora, Trad.) Buenos Aires: Depalma, p.67.

<sup>11</sup>Ferreyra de De la Rúa, Angelina , González de la Vega de Opl, Cristina (2009) *Teoría general del proceso*, Tomo II, 2º edición Advocatus, Córdoba, p. 163.

<sup>12</sup>Arocena, Gustavo A. (2020) *Valoración de la prueba, racionalidad y verdad en el procedimiento penal*, 1ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 35

<sup>13</sup>Vivares Porras, Luis Felipe, compilador *Estudios de derecho probatorio* /Luis Felipe Vivares Porras, compilador. Medellín: UPB, 2020, p.13.

proof para aludir a este primer sentido de la palabra prueba. En los ordenamientos hispanoparlantes no se utiliza ninguna palabra especial, pero verificar es un buen sinónimo para entender la prueba en este sentido, siendo la verificación el resultado efectivo de una operación dirigida al descubrimiento de la verdad. La prueba, en este primer sentido, se desliga totalmente del concepto de verdad<sup>14</sup>.

*Prueba como elemento de juicio o, simplemente, fuente de prueba.*

En esta ocasión, la prueba es entendida como el material con el que se efectúa la operación cognoscitiva antedicha. Es el dato, la información, la noticia, el elemento de juicio del cual se extrae una conclusión sobre la realidad. En el Common Law se utiliza la expresión evidence para referirse a este segundo significado de la palabra prueba; y si bien evidencia es el equivalente castizo de dicha expresión, la misma se utiliza generalmente, en el contexto de los sistemas jurídicos hispanohablantes, como un equivalente de conocimiento efectivo o verificación; es decir: como sinónimo de prueba en el primer significado mencionado<sup>15</sup>.

*Prueba como vehículo de transmisión de información o, simplemente, medio probatorio.*

Prueba se refiere también al medio, al vehículo de transmisión de la información a partir de la cual se conoce la realidad. Quizá sea este un caso de metonimia, designándose el continente por su contenido, como cuando se habla de la prueba de testigos o las pruebas documentales, aludiéndose a las personas o cosas que transmiten la información o prueba en el segundo significado identificado, gracias a la cual se verifica un acontecimiento de la realidad. Simplificando el fenómeno, puede decirse que un medio probatorio es un ser humano o una cosa, de allí la habitual clasificación entre pruebas personales y pruebas reales o documentales. Su relación con los elementos de juicio mencionados previamente es la existente en el binomio continente–contenido, empero, son unas las normas relativas al contenido y otras al continente<sup>16</sup>.

Llamamos prueba –dice Chaia- a la actividad procesal llevada adelante con el fin de obtener certeza judicial, según el criterio uniformemente utilizado de "verdad real", sobre la imputación dirigida sospechoso o de cualquier otra afirmación o negación que interese, por los medios y procedimientos aceptados

---

<sup>14</sup>Vivares Porras, Luis Felipe, compilador *Op., cit.*, p.13.

<sup>15</sup>Vivares Porras, Luis Felipe, compilador *Op., cit.*, p.14.

<sup>16</sup>Vivares Porras, Luis Felipe, compilador *Op., cit.*, p.16.

por la ley, que tiende a provocar la convicción del juez, en mayor o menor grado de conocimiento, acerca de la o existencia inexistencia de un hecho pasado o, de una situación de hecho afirmada por las partes, a fin de verificar si se ha vulnerado el orden jurídico y en su caso, imponer la sanción correspondiente<sup>17</sup>.

Por prueba –entiende Caferatta Nores- es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptuar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva<sup>18</sup>.

Maier, por su parte, define a la prueba como todo aquello que en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto<sup>19</sup>. Probar –dice Roxin- es convencer al juez sobre a certeza de la existencia de un hecho<sup>20</sup>.

Si castizamente -advierte Alvarado Velloso- el verbo probar significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa -y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos- parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra prueba. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>Chaia, Rubén A. *Prueba y Verdad en la dinámica del proceso Acusatorio*. Reflexiones en torno a las facultades del Tribunal de Juicio. eDial DCFB4 copyright © 2012 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Argentina, p.2.

<sup>18</sup>Cafferata Nores, José I. (1998) *La prueba en el proceso penal*, 3- edición, actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, pp. 3-4.

<sup>19</sup>Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, p. 859.

<sup>20</sup>Roxin, Claus (2000) *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires. p. 185

<sup>21</sup>Alvarado Velloso Adolfo (2009) *Lecciones de derecho procesal civil*, Editorial Juris, Santa Fe, p.424



#### **IV.- Clasificación de la prueba**

Siguiendo la propuesta de Devis Echandía<sup>22</sup> (y que por razones de extensión no desarrollaremos cada una de ellas) podemos clasificar a la prueba de la siguiente manera;

- Según su objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias)
- Según su forma (pruebas escritas y orales)
- Según su estructura o naturaleza (pruebas personales y reales o materiales)
- Según su función (pruebas históricas y críticas o lógicas)
- Según su finalidad (prueba de cargo y de descargo o contrapueba; pruebas formales y sustanciales)
- Según su resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas)
- Según el grado o categoría (pruebas primarias o de primer grado y secundarias o de grado posterior; principales o supletorias)
- Según los sujetos proponentes de la prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros)
- Según la oportunidad o el momento en que se producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituídas y casuales)
- Según su contradicción (sumarias o controvertidas)
- Según su utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles)
- Según sus relaciones con otras pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas, concurrentes y contrapuestas)
- Según su licitud o ilicitud (pruebas lícitas e ilícitas)

Entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso<sup>23</sup>. Vishikski las define más sencillamente, como el conjunto de normas o

---

<sup>22</sup>Echandía Devis, Hernando (1981) *Teoría de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires.

<sup>23</sup>Echandía Devis, Hernando (1984) *Compendio de la prueba judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 14.

reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas<sup>24</sup>.

En la lengua inglesa –escribe Meneses Pacheco- se emplean los vocablos “evidence” y “proof” para individualizar las principales cuestiones de la prueba judicial. La prueba como medio es abordada con la denominación “evidence”, haciéndose uso del término “means of proof” muy esporádicamente; lo concerniente al resultado es singularizado con el vocablo “proof”; por su lado, lo referido a la actividad probatoria se vincula con el término “litigation”, que en este marco designa el procedimiento formal al que debe sujetarse una acción judicial. En una aproximación a los conceptos manejados en el modelo angloamericano, podemos decir que –en general- la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa. Evidence es definida como “algo (incluido testimonios, documentos y objetos tangibles) que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado (por ejemplo: el guante ensangrentado es la pieza clave de evidencia para la fiscalía)”. Una noción difundida a nivel de trabajos teóricos, dice que evidence es cualquier cuestión de hecho cuyo efecto, tendencia o diseño, cuando se presenta a la mente, está destinada a producir una persuasión [afirmativa o negativa] acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho<sup>25</sup>.

## **V.- Medios de prueba. Definición. Fuentes de prueba.**

Armenta Deu sostiene que es importante tener clara la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado “medio probatorio”, que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los casos de prueba anticipada o preconstituida<sup>26</sup>. En el mismo sentido, advierte Davis Echandia que no hay que confundir la fuente de la prueba con el medio a través del cual se manifiesta; esta última noción comprende los métodos aceptados con cada ley procesal como vehículo de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento,

<sup>24</sup>Vishikski, Andrei (1951) *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, p. 252. Citado por Devis Echandia Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Victor De Zavalía - Editor

<sup>25</sup> Meneses Pacheco, Claudio *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, Revista IUS ET PRAXIS. Año 14. N° 2. Chile. pp 46-47.

<sup>26</sup> Armenta Deu, Teresa *La verdad en el filo de la navaja* (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita) Ius et Praxis, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 345-377 Universidad de Talca, Chile, p.347

el indicio, la confesión, la Inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, bien sea en forma Indirecta (mediante razonamientos deductivos e inductivos, en cuyo caso es preponderante la operación mental), o en forma directa si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse (lo último cuando el Juez lo percibe en una Inspección, y entonces, la actividad perceptiva es la preponderante, pero siempre existe actividad mental para calificar lo percibido)<sup>27</sup>.

Por su parte, Couture dice que es toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio<sup>28</sup>.

Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador o restrictivo de los derechos de los sujetos procesales privados<sup>29</sup>.

Las fuentes de prueba -enseña Arbulú Martínez- son los elementos que existen en la realidad, mientras que los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso; la fuente es un concepto meta-jurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, en tanto que el medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal; la fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso”, en cambio el medio “nacerá y se formará en el proceso; en fin, la fuente es lo sustancial y material, y el medio es lo adjetivo y formal<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup>Echandía Devis, Hernando (1984) *Compendio de la prueba judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.132.

<sup>28</sup>Couture, Eduardo J. (1993) *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*, Depalma, 5ª reimpresión, Buenos Aires, p. 405.

<sup>29</sup>Cafferata Nores, José I. (1998) *Op. Cit.*, pp.23-24

<sup>30</sup>Arbulú Martínez, Víctor Jimmy (2015) *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, TOMO II, 1ª edición, Ed. Gaceta Jurídica, Perú, pp- 19-20. Cita a Sentís Melendo, Santiago (1979) *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires.

Ver: Meneses Pacheco, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*- Revista Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 1-36 Universidad de Talca Talca, Chile.

## VI.- El problema de la verdad en el proceso penal

El proceso debe orientarse a la búsqueda de la verdad —entiende Lluch— no solamente por razones epistemológicas, puesto que el conocimiento se orienta a la búsqueda de la verdad, sino también de tipo moral —no es concebible un sistema moral que legitime la falsedad—, de tipo político —pues es una pieza básica de los sistemas democráticos—, e incluso de tipo procesal —pues una buena sentencia no puede basarse en una determinación de los hechos falsa—, hasta el punto de que se ha afirmado que la verdad es el estándar de precisión de una buena sentencia. Entre los procesalistas, algunos piensan que la verdad no *puede* ser determinada, por ser cuestión filosófica y ajena al proceso, y otros piensan que no *debe* ser determinada, pues el proceso solo tiene por fin un conflicto intersubjetivo. En segundo lugar, la verdad del proceso es siempre relativa<sup>31</sup>. La verdad de la que se habla en el proceso —dice Taruffo— ha de concebirse como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica. La búsqueda de la verdad y la reconstrucción de la historia del proceso requiere decisiones de política legislativa, orientadas a la admisión de todas las pruebas relevantes y su libre valoración por el juez<sup>32</sup>.

Balibar en su catálogo de palabras maestras cita a la Justicia y ella supone, al menos, en el inconsciente colectivo que se ha llegado a la verdad, la justicia parece ser la verdad. Su función, en relación a la palabras maestras-, es la de ser invocadas en privado o en público a título de garantía o fundamento para la veracidad de un discurso, de una práctica, de un tipo de vida, de una obra. Son lo suficientemente diversas como para cubrir cualquier experiencia en la que objetos, circunstancias, hechos deben recibir un sentido determinado para sujetos que, se reconocen mutuamente porque pertenecen a un mismo mundo, a la misma razón<sup>33</sup>. El Derecho es merit-based, -dice de Paula Ramos-, por oposición a interest-based.

<sup>31</sup>Lluch, Xavier Abel *La dosis de prueba: entre el commonlaw y el civil law*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 173-200.

<sup>32</sup>Taruffo Michel Consideraciones sobre prueba y motivación, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*,

Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 29.

Ver: Nieva Fenoll, Jordi (2010) *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, pp.66 y 70.

<sup>33</sup> Coria García, Carlos A. *El Proceso Penal. Desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Lineamientos en torno a Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes y al Código Procesal Penal Federal. (en prensa Editorial Dilalla) pp. 45-46

Prueba y verdad están ligadas teleológicamente: esto es, el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad, y el sistema debe ser truthoriented<sup>34</sup>.

El proceso -dice Taruffo- en todas sus manifestaciones no es un fenómeno ajeno del contexto cultural en el cual se coloca, sobre todo si se afrontan temas en amplia medida metajurídicos como el de la verdad y de las declinaciones que el correspondiente concepto conoce en el contexto procesal<sup>35</sup>. Un ordenamiento jurídico sostenido en una ideología negacionista de la verdad, tiene que fabricar, usualmente por medio de la ley, el significado de la expresión probar referida a la actividad realizada por el juez y que, corrientemente, se le asimila al conocimiento de los hechos. Pero de ser este el caso, sería mucho más práctico inventarse una nueva palabra<sup>36</sup>.

## **VII.- Prueba ilícita. Definición.**

El concepto de prueba ilícita –enseña Midón- se enmarca dentro de la más amplia categoría de la “pruebas prohibidas”. De suerte que entre las primeras y las segundas existiría una relación de especie a género<sup>37</sup>.

Sostiene Minvielle que la prueba ilícita como especie del género que es la prueba prohibida es el medio de prueba obtenido mediante violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución<sup>38</sup>.

***La teoría de la prueba ilícita tiene su fundamento en una ponderación de valores en conflicto. Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales que exige la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y en consecuencia prescindir del castigo y absolver a culpables en aquellos casos en que la prueba se haya***

---

<sup>34</sup> de Paula Ramos, Vitor, *Derecho fundamental a la prueba*, Traducción de Renzo Cavani. Revista Gaceta Constitucional N° 65, Lima, Perú, pp.288-289. **Citado en:** Coria García, Carlos A. *El Proceso Penal. Desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Lineamientos en torno a Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes y al Código Procesal Penal Federal. (en prensa Editorial Dilalla) p. 46.

<sup>35</sup> Taruffo, M. (2013). La Verdad en el Proceso. *Derecho & Sociedad*, (40), 239-248.

<sup>36</sup> Vivares Porras, Luis Felipe, *Op., cit.*, p.14.

<sup>37</sup> Midón Marcelo Sebastián, Estigarribia de Midón, Gladis (2020) *Manual de derecho procesal civil y comercial*, Ed. ConTexto, Resistencia, p. 392.

<sup>38</sup> Minvielle, Bernardette (1987) *La prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Opúsculos de Derecho penal y Criminología Córdoba: Marcos Lerner, p. 18.

***obtenido de forma ilegítima, se opta por esto último. La eficaz tutela preventiva de los derechos fundamentales es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales***<sup>39</sup>.

Son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan; si la ley prohíbe el medio de prueba o su empleo en un caso particular o el procedimiento para obtenerlo, su ilicitud resultará evidente y expresa, pero, cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente<sup>40</sup>.

Siguiendo la misma línea, el principio de licitud de la prueba -dice Miranda Estrampes- supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales<sup>41</sup>.

Ingresando a la faz práctica, en ese sentido, la norma procesal federal en su artículo 10, se refiere en los siguientes términos:

***Apreciación de la prueba. Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código.***

Por otra parte, en su artículo 129, se lee:

***Principios generales. No 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***

---

<sup>39</sup> del Moral García, Antonio *Reflexiones sobre la prueba ilícita*, Revista de Derecho Procesal Penal La prueba en el proceso penal-II, Tomo: 2009-2. Director: Donna, Edgardo Alberto, Rubinzal Culzoni editores, p.75

<sup>40</sup>Echandía Devis, Hernando (1981) *Op., cit.*, p. 539.

<sup>41</sup>Miranda Estrampes, Manuel *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010: 131-151.

***inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal.***

La nueva norma procesal de la Provincia de Corrientes en su artículo 10 se refiere de la siguiente manera:

***Apreciación de la prueba. Las pruebas serán valoradas por los jueces según los principios de la sana crítica racional, con observación de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas constitucionales, a los instrumentos internacionales y a este Código.***

Por otro lado el artículo 154, reza:

***Objeto de investigación. Libertad probatoria. Deberán investigarse todos los hechos y circunstancias de interés para la elucidación del caso, y podrán probarse por cualquier medio de prueba que no se encuentre expresamente prohibido por la ley. Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y permitan el oportuno control de la prueba por todas las partes.***

El Código Procesal Penal de la República Oriental del Uruguay en su artículo 140 sobre el tópico, dice:

***La actividad probatoria en los procesos penales está regulada por la Constitución de la República, los Tratados aprobados y ratificados por nuestro país, por este Código y por leyes especiales.***

A continuación, el artículo 143, dice:

***Reglas probatorias. 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 Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica dice en su artículo 148:

***Valoración. Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso***

***conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán por su crítica racional.***

### **La regla de exclusión probatoria. Aproximación.**

*La exclusionary rule* hoy es un es un instituto procesal del sistema judicial del *Common Law*. En su origen –dice Miranda Estrampes- la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias, sin embargo, con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas y más adelante añade que la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada<sup>42</sup>. El origen más remoto conocido de

---

<sup>42</sup> Miranda Estrampes, Manuel. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010, Núm. 22, p. 131-151.

Enmienda IV No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra allanamientos e incautaciones fuera de lo razonable, y no se expedirá ningún mandamiento judicial para el efecto, si no es en virtud de causa probable, respaldada en juramento o promesa, y con la descripción en detalle del lugar que habrá de ser allanado y de las personas o efectos que serán objeto de detención o incautación.

Enmienda V Ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o infamante si no es en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas armadas de mar y tierra, o en la Milicia, cuando estén en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá persona alguna ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal; ni será compelida a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido procedimiento legal; ni se podrá expropiar una propiedad privada para destinarla a uso público sin la justa compensación.

Enmienda VI En todas las causas penales, el acusado gozará del derecho a un juicio expedito y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito en el cual haya sido cometido el delito, distrito que será previamente fijado de acuerdo a la ley; y a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a carearse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas



las reglas de exclusión data de un fallo recaído in re “Boyd”, de 1886, aunque expresa que suele señalarse por la doctrina que el primer antecedente sería el caso “Weeks v. US” de 1914<sup>43</sup>.

Por su parte, en Inglaterra surgió la disciplina de la prueba ilícita en el análisis de casos donde se valoró que la confesión arrancada bajo presión no tenía validez alguna para el proceso. La idea que se presentaba era que no podía tener fuerza probatoria alguna una declaración tomada bajo presión o coacción, pues esto anulaba en cierta medida la credibilidad de lo que se podía declarar por parte del acusado, por ejemplo; además, de ir en contra de los derechos de este<sup>44</sup> en casos como *Roe, Haldane, Urry v. Havey*, 1769. *Burrow*, 1790, *The King v. Rudd*, 1775.

La regla de la exclusión es “aquella que permite a la justicia evitar que se contamine la sociedad con ilegitimidades y que asegura al pueblo que el gobierno no sacará ventaja de su comportamiento fuera de la ley, minimizando el riesgo de desestabilizar la confianza popular en el gobierno” (“U. S. vs. Calandra”, 414 U. S. 338, 1974—disidencia—)<sup>45</sup>.

- 1. Las reglas de exclusión –enseña Rojas Busellato- fueron creadas pretorianamente, en nuestro sistema no contamos con una reglamentación legal expresa del instituto, por lo que en este punto la cuestión gira en torno a determinar cuál va ser la herramienta o mecanismo procesal para impedir el ingreso o excluir la prueba ilícita ya ingresada<sup>46</sup>.**
- 2. Así, y siguiendo a Bacigalupo, no se trata de cualquier proceso sino de un debido proceso que respete los principios de oficialidad, acusatorio,**

---

compulsivas para la comparecencia de los testigos que cite a su favor y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>

<sup>43</sup> Rojas Busellato, Diomedes Guillermo *Prueba ilícita en el proceso penal*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Nacional del Nordeste Nueva Seria. Año 5. Num 8. 2001, p.187. Cita a Hairabedián, Maximiliano, (2010) *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. AD-HOC, Buenos Aires.

<sup>44</sup> Calderón Arias Emma *La prueba ilícita. Una cuestión de concepto*, Revista Derecho & Sociedad, N° 57 / pp. 1-23.

<sup>45</sup> Mill de Pereyra, Rita *Prueba ilícita*, Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-II. Dirección: Donna, Edgardo Alberto. Rubinzal Culzoni, 2021, p.425

<sup>46</sup> Rojas Busellato, Diomedes Guillermo *Prueba ilícita en el proceso penal*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Nacional del Nordeste Nueva Seria. Año 5. Num 8. 2001, p 13.

legalidad, oralidad, oportunidad, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*<sup>47</sup>. Para hacer operativa la cláusula constitucional del “debido proceso” -dice Mill de Pereyra- es menester que los actos que lo integran sean cumplidos por los distintos sujetos ajustándose a las normas procesales que disciplinan su realización, es decir, garantizando la regularidad de toda la actividad desplegada para la consecución de los fines del proceso penal<sup>48</sup>.

En la legislación procesal penal de Argentina -alguna de reciente reforma otra no tanto-, podemos observar la incorporación de la *exclusión probatoria* dentro del capítulo reglas de la prueba.

Citamos, por ejemplo, alguna de ellas:

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, en su artículo 194, reza:

**Exclusiones Probatorias. *Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.***

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 211, dice:

**Exclusiones probatorias. *Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales.***

Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán, en su artículo 170, reza:

**Exclusiones probatorias. *No podrán ser valoradas en contra del imputado todas aquellas pruebas que resulten de la violación de una garantía constitucional acordada en su favor, siempre que, con arreglo a las circunstancias del caso, sean consecuencia necesaria de aquellas y no hubiesen podido ser obtenidas de otro modo***

---

<sup>47</sup>Bagacilupo, Enrique (2005) *El debido proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires, pp.16-17.

<sup>48</sup>Mill de Pereyra, Rita *Prueba ilícita*, Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-II. Dirección: Donna, Edgardo Alberto. Rubinzal Culzoni, 2021, p. 427.

Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe en su artículo 162, dice:

**Exclusiones probatorias.** *Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida vulnerando garantías constitucionales. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.*

Para el caso de la Provincia de Corrientes lamentablemente la norma procesal no hace referencia al instituto de la *exclusión probatoria* como demás normas procesales. Enseña Ferrajoli que el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto<sup>49</sup>.

## **VIII.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

En el caso Fernández Prieto los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al referirse a la *prueba ilícita* han dicho: que la “actitud sospechosa” de tres sujetos viajando en un automóvil de ninguna manera puede equipararse a la flagrancia o a los indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad requeridos para la detención, afirmando a continuación que si no surge

---

<sup>49</sup>Ferrajoli, Luigi (2004) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª edición, Ed. Trotta, p. 20.

indubitablemente la existencia de un cause investigativo independiente todos los actos originados en el acto viciado deben anularse (Ministro Carlos Fayt). El ministro Petracchi critica la utilización de la forma “actitud sospechosa”, ya que la misma por su notoria vaguedad no permite el efectivo control judicial, ni satisface la debida fundamentación de los actos estatales. En cuanto al doctor Bossert, afirma que la inexistencia de fundamentos para realizar un procedimiento no puede ser legitimada en virtud del resultado obtenido, porque obviamente, los motivos que permiten una limitación de los derechos individuales deben existir en el momento en que la diligencia se lleve a cabo y no después. La posición de la minoría es la que fortalece la plena y efectiva vigencia del debido proceso penal consagrado por nuestra Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía normativa, otorgando amparo, en consecuencia, a la existencia de un proceso como garantía de la persona humana<sup>50</sup>. En Gordon el máximo tribunal se expidió de la siguiente manera: No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir, a aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente<sup>51</sup>.

En el caso “Waltta”, CSJN 21/09/0412: La mayoría (formada por los Dres. Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni y Highton de Nolasco) desestimó la queja presentada por la Fiscalía. Consideró inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que rechazó el recurso de casación deducido contra la decisión que declaró la nulidad del acta de procedimiento policial y de todo lo obrado en su consecuencia. El Ministerio Público pretendía que se validara una requisita llevada adelante por policías que al llegar a una esquina observaron la presencia de varias personas sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa”. Ese solo motivo había llevado a identificarlos y

<sup>50</sup> Caso “Fernández Prieto, Carlos A.”; C.S.J.N., sent. del 12/XI/1998 (JA, 1999-II-563). Citado en Revista Intercambios N° 16 La “prueba ilícita” en el proceso penal José Francisco Lockhart, pp- 37-38.

<sup>51</sup> CSJN, 4-10-88, G.32.XXII, “Gordon, Aníbal y otro s/Privación ilegal de la libertad”, Fallos: 311:2045. Magistrados: Caballero, Belluscio, Fayt, Bacqué.

requisarlos. La mayoría consideró que la pretensión del Ministerio Público no constituye cuestión federal suficiente que legitime la intervención de ese Tribunal, y por lo tanto, interpretando a contrario sensu su determinación, validó la declaración de nulidad del acta procedimiento policial y sus consecuencias<sup>52</sup>.

Que la búsqueda de la verdad en el proceso tenga limitaciones –dice Gössel– corresponde a la segura, concisa y ampliamente reconocida teoría formulada por el Tribunal Supremo federal: “No es [...] ningún axioma de la Ley Procesal Penal que se debe averiguar la verdad a cualquier precio”, teniendo especialmente en cuenta “que el objetivo de aclarar y de castigar hechos penales es de una extremada importancia, pero no siempre y bajo todas las circunstancias es y puede ser el interés primordial del Estado<sup>53</sup>.”

---

<sup>52</sup> Mitre Agustina, González Álvaro Miguel, *Estándar de sospecha para la privación de la libertad en el proceso penal*. p.13 Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/doctrina47693.pdf>

CSJN, Walta, César Luis s/ causa N° 3300, W. 29. XXXVII, 21/09/2004, Fallos: 327:3829.

<sup>53</sup> Heinz Gössel, Karl *La prueba ilícita en el proceso penal*, Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales - I. RubinzalCulzoni, 2021. p. 32.

Elsner, Gisela, Ambos Kai, Malarino Ezequiel (coordinadores) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. 1, 2010, ISBN 978-9974-8099-6-3, p. 453.

Esto fue reconocido en 1961, mucho después de Beling, por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, al explicar la regla de exclusión —equivalente a la doctrina de las Beweisverbote— por “el imperativo de la integridad judicial”, desarrollado por otros autores como “integridad moral”. Un efecto colateral (positivo) de las reglas de exclusión podría ser el impacto disciplinario que estas reglas pudieran tener en las autoridades investigadoras, pero este no puede ser su propósito principal ya que existen procedimientos administrativos específicos para sancionar la conducta ilegal de los agentes oficiales. En resumen, el interés público o estatal en descubrir la verdad en un juicio penal puede ser superado por los intereses privados protegidos como garantías fundamentales o derechos, o incluso por el interés colectivo en la integridad de los procesos criminales y, en definitiva, por el orden constitucional. Este enfoque doble individual-colectivo también es seguido en el nivel internacional, en particular al considerarse el posible efecto del uso de prueba contaminada (tainted) en la integridad de los procesos. Elsner, Gisela, Ambos Kai, Malarino Ezequiel (coordinadores) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. 1, 2010, ISBN 978-9974-8099-6-3, p. 454.

## **IX.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La jurisprudencia interamericana en su tiempo tuvo oportunidad de referirse a la *prueba ilícita* en varios casos, por ejemplo: en *Tibi Vs Ecuador* la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto blanco sobre negro al decir que, las sospechas deben establecer una vinculación entre el investigado o imputado y la comisión de un delito, con lo cual, de no presentarse dicha situación, una investigación preliminar devendría en arbitraria, como desgraciadamente ocurre a diario, convirtiendo al proceso penal en un instrumento de persecución a toda costa de la comisión del delito de lavado de activos, anteponiendo la “verdad procesal” bajo el lema de “no impunidad” a las garantías y principios constitucionales como convencionales que rigen en todos los Estados Americanos como el Perú.

Esta Corte ha señalado que la protección de la libertad salvaguarda “tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal” (...).

En relación con los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, sobre la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, que: según el primero de tales supuestos normativos -artículo 7.2 de la Convención- nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. Es indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios

de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>54</sup>.

## **X.- La nulidad procesal como herramienta de exclusión probatoria**

En los casos como el de la Provincia de Corrientes que la norma procesal penal con contiene expresamente la *exclusión probatoria* la única herramienta disponible y posible para ejercitar es la nulidad procesal y dentro de la clasificación de las nulidades debemos acudir a las *virtuales* o *implícitas*.

Es decir, ante la falta de la regla expresa no quedará otra opción para garantizar derechos constitucionales que acudir al régimen de nulidades.

La norma procesal correntina en su artículo 137, dice:

***Reglas generales. Son nulos y no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas que garantizan el ejercicio de los derechos del imputado y de la víctima, y el ejercicio de las funciones del fiscal.***

***La nulidad por violación a una garantía establecida a favor del imputado, no podrá ser declarada en su perjuicio. Si una nulidad por violación de una garantía establecida a favor del imputado se declarase en la***

---

<sup>54</sup> Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 07 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párrafos 96, 97 y 106.

Ver: Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso *Gangaram Panday Vs. Suriname*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Caso *Cesti Hurtado Vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C,

Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

***etapa de juicio, el procedimiento no podrá retrotraerse a la etapa de investigación.***

Pessoa define a la nulidad virtual como la invalidez de un acto procesal que no está expresamente prevista en norma procesal específica o genérica, pero que es la consecuencia del incumplimiento de formas jurídicas impuestas por el orden legal, las que algunas veces están ordenadas expresamente y otras veces son exigencias no establecidas en forma explícita, sino implícitamente<sup>55</sup>.

El sistema jurídico vigente en un momento y espacio determinado, debe ser interpretado con una visión integradora, teniendo en cuenta no solo la norma jurídica del derecho positivo, sino también las bases o fundamentos de todo el sistema jurídico, incluyendo el orden público y las buenas costumbres. Tal comprensión superadora, hace innecesaria la exigencia de la mera prohibición textual o expresa como única fuente de las nulidades y abre paso al concepto de la nulidad virtual. La categoría de las nulidades virtuales como creación dogmática, contribuyen a la salvaguarda del sistema jurídico en su totalidad, permitiendo franquear los bordes del principio de especificidad-taxatividad, como correlato del principio clásico de "no hay nulidad sin texto" propio del sistema jurídico francés. Propiciamos el reconocimiento de las nulidades virtuales en la creencia de que su importancia es fundamental, proyectando su injerencia sobre el campo de actuación del orden público al que pertenecen la ley penal y la ley procesal penal y proporcionando con su razón de ser, el remedio para sanear los actos viciados en los casos en que no hubo previsión expresa de la norma jurídica<sup>56</sup>.

La nulidad virtual o implícita ha sido herramienta normativa con la que se ha ejercido el control de legitimidad constitucional de actos del poder punitivo estatal, cuando estos implicaron lesiones de derechos constitucionales<sup>57</sup>.

La *exclusión probatoria* es una consecuencia del ingreso de una prueba ilícitamente obtenida al proceso penal, la exclusión no es una sanción procesal

---

<sup>55</sup>Pessoa, Nelson R; (2021) *La nulidad en el proceso penal*, 4ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 344.

#### **Formas específicas y genéricas**

En determinados casos la forma procesal es impuesta por un acto en particular, así, se imponen determinadas exigencias para la indagatoria, para el auto de elevación a juicio, etc., estas son las formas específicas. Pessoa Nelson R. (2021) *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>56</sup> Terrón, Sergio Manuel, *Nulidades virtuales* Id SAIJ: DACF120030, disponible en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

<sup>57</sup> Pessoa Nelson R. (2021) *Op. Cit.*, p. 362.



propriadamente dicha como lo es la tacha por nulidad de un acto procesal. Pero al no contener la norma procesal el instituto de la exclusión probatoria la herramienta para salvar la constitucionalidad del proceso es la nulidad procesal.

Es así entonces, que tal vez convendría una modificación al Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes a fin de incorporar a la *exclusión probatoria* dentro del capítulo de las reglas de la prueba y, con ello, fortalecer los derechos constitucionales.

## **XI.- Bibliografía**

- Almeida Villacís, John (2009) *Proceso penal y derechos humanos*, Revista de Derecho Público N° 1 (2009): Universidad Católica. Ecuador.
- Arbulú Martínez, Víctor Jimmy (2015) *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, TOMO II, 1ª edición, Ed. Gaceta Jurídica, Perú, pp. 19-20. Cita a
- Arocena, Gustavo A. (2020) *Valoración de la prueba, racionalidad y verdad en el procedimiento penal*, 1ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Armenta Deu, Teresa *La verdad en el filo de la navaja* (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita) *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 345-377 Universidad de Talca, Chile.
- Alvarado Velloso Adolfo (2009) *Lecciones de derecho procesal civil*, Editorial Juris, Santa Fe.
- Bagacilupo, Enrique (2005) *El debido proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires.
- Cafferata Nores, José I. (1998) *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. (N. Alcala Zamora, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Couture, Eduardo J. (1993) *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*, Depalma, 5ª reimpresión, Buenos Aires.
- Camargo, Pedro P. (2002) *El Debido Proceso*, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá.
- Coria García, Carlos A. *El Proceso Penal. Desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Lineamientos en torno a Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes y al Código Procesal Penal Federal. (en prensa Editorial Dilalla)
- Calderón Arias Emma *La prueba ilícita. Una cuestión de concepto*, Revista Derecho & Sociedad, N° 57.

- Chaia, Rubén A. *Prueba y Verdad en la dinámica del proceso Acusatorio*. Reflexiones en torno a las facultades del Tribunal de Juicio. elDial DCFB4 copyright © 2012 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Argentina.
- de Paula Ramos, Vitor *Derecho fundamental a la prueba*, Traducción de Renzo Cavani. Revista Gaceta Constitucional N° 65, Lima, Perú, pp.288-289. Citado en: Coria García, Carlos A. *El Proceso Penal. Desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Lineamientos en torno al Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes y al Código Procesal Penal Federal. (en prensa Editorial Dilalla)
- del Moral García, Antonio *Reflexiones sobre la prueba ilícita*, Revista de Derecho Procesal Penal La prueba en el proceso penal–II, Tomo: 2009-2. Director: Donna, Edgardo Alberto, RubinzalCulzoni editores.
- EchandíaDevis, Hernando (1984) *Compendio de la prueba judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso Tomo 1, RubinzalCulzoni, Santa Fe.
- EchandíaDevis, Hernando (1981) *Teoría de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires.
- Elsner, Gisela, Ambos Kai, Malarino Ezequiel (coordinadores) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. 1, 2010, ISBN 978-9974-8099-6-3.
- Ferrajoli, Luigi (2004) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª edición, Ed. Trotta.
- Ferreyra de De la Rúa, Angelina , González de la Vega de Opl, Cristina (2009) *Teoría general del proceso*, Tomo II, 2º edición Advocatus, Córdoba.
- García Marín, José M. *Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado* 1998, Revista de la inquisición N° 7:137-149.
- Gascón Abellán, Marina (2010) *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Tercera edición, Marial Pons, Madrid.
- Gutiérrez Rodríguez, M. M. (2016). *Reescrituras de los procesos por brujería de Salem en la literatura popular actual*. El Futuro del Pasado, 7, 85-126. <http://dx.doi.org/10.14516/fdp.2016.007.001.003->
- Heinz Gössel, Karl *La prueba ilícita en el proceso penal*, Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales - I. RubinzalCulzoni, 2021.

- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto.
- Meneses Pacheco, Claudio *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, Revista IUS ET PRAXIS. vol. 14, núm. 2, 2008. Universidad de Talca. Chile.
- Midón Marcelo Sebastián, Estigarribia de Midón, Gladis (2020) *Manual de derecho procesal civil y comercial*, Ed. ConTexto, Resistencia.
- Minvielle, Bernardette (1987) *La prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Opúsculos de Derecho penal y Criminología Córdoba: Marcos Lerner.
- Miranda Estrampes, Manuel *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010: 131-151.
- Mitre Agustina, González Álvaro Miguel, Estándar de sospecha para la privación de la libertad en el proceso penal. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/doctrina47693.pdf>
- Mill de Pereyra, Rita, *Prueba ilícita*, Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-II. Dirección: Donna, Edgardo Alberto. RubinzalCulzuni, 2021.
- Nieva Fenoll, Jordi (2010) *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons.
- Nievas Laura *La Prueba Ilícita en la era digital Aspectos procesales de un problema tradicional con contenido nuevo en el marco del proceso laboral de Córdoba*. Revista de estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Año 1, Número 1, Publicación anual de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal,
- Pessoa, Nelson R; (2021) *La nulidad en el proceso penal*, 4ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal-culzoni, Santa Fe.
- Lluch, Xavier Abel *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676.
- Rojas Busellato, Diomedes Guillermo *Prueba ilícita en el proceso penal*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Nacional del Nordeste Nueva Seria. Año 5. Num 8. 2001.
- Roxin, Claus (2000) *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Sentís Melendo, Santiago (1979) *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires.

- Taruffo, M. (2013). La Verdad en el Proceso. *Derecho & Sociedad*, (40), 239-248. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>
- Taruffo, M. (2009) Consideraciones sobre prueba y motivación, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 29.
- Taruffo, M. (2006) *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2ª edición, Editorial Trotta, pp.327-328.
- Terrón, Sergio Manuel, *Nulidades virtuales* Id SAIJ: DACF120030, disponible en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)
- Vivares Porras, Luis Felipe, compilador *Estudios de derecho probatorio* /Luis Felipe Vivares Porras, compilador. Medellín: UPB, 2020.
- Vishikski, Andrei (1951) *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Kuevo Derecho, p. 252. Citado por DevisEchandia Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Victor De Zavalía - Editor

### **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la Nación**

- Caso “Fernández Prieto, Carlos A.”; C.S.J.N., sent. del 12/XI/1998 (JA, 1999-II-563).Citado en Revista Intercambios N° 16 La “prueba ilícita” en el proceso penal José Francisco Lockhart, pp- 37-38.
- CSJN, 4-10-88, G.32.XXII, “Gordon, Aníbal y otro s/Privación ilegal de la libertad”, Fallos: 311:2045. Magistrados: Caballero, Belluscio, Fayt, Bacqué
- CSJN, Walta, César Luis s/ causa N° 3300, W. 29. XXXVII, 21/09/2004, Fallos: 327:3829.

### **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y -Costas. 07 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párrafos 96, 97 y 106.
- Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Caso *Gangaram Panday Vs. Suriname*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

- Caso *Cesti Hurtado Vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.
- Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
- Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C,
- Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.