

# REVISTA DE CIENCIAS PENALES



Nº 4 - 1998



La Revista de Ciencias Penales es una publicación periódica fundada por un grupo de docentes de la Facultad de Derecho (Universidad de la República), implica un proyecto de índole académica tendiente a ensanchar las posibilidades del espacio universitario a través de un medio de divulgación científica especializada.

Se trata, en suma, de crear un círculo de reflexión crítica en materia penal y criminológica, que queda abierto al libre intercambio de opiniones, desde una perspectiva pluralista y de respeto a la disidencia.

**Material digitalizado con fines de docencia e investigación. Distribución sin fines de lucro.**

**Para solicitar la publicación completa debe dirigirse a CARLOS ALVAREZ EDITOR**

Carlos Alvarez  
Editor  
Colonia 1814 Of. 801  
Tel 400 12 90  
Montevideo-Uruguay

## COLABORACIONES EXTRANJERAS

### **LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL**

por

**Alejandro E. Alvarez\***

Referencia N°: 00-

#### **Sumario:**

I. El proceso, la verdad y la prueba. II. Las prohibiciones probatorias. III. Los ámbitos de protección de las garantías. IV. Efectos de las prohibiciones probatorias.

#### **I. EL PROCESO, LA VERDAD Y LA PRUEBA.**

Puede definirse el proceso penal desde diferentes aspectos. Uno de ellos, al menos, el que nos será útil para esta exposición, es el que lo considera como un mecanismo regulado por la ley con el objeto de conocer un hecho, relevante de acuerdo a una selección realizada por la ley penal, ocurrido en el pasado. El proceso penal está estructurado, entonces, de tal forma que otorga instrumentos para conocer un hecho histórico que, generalmente, no ha sido presenciado por las personas que han de decidir sobre el caso.

La correspondencia entre el hecho histórico y la representación que el sujeto que conoce se conforma respecto del objeto a través de ese proceso de conocimiento, podemos llamarlo la *verdad*, cuya búsqueda se convierte en un ideal del proceso. Esta búsqueda, por cierto, no fue un fin que el proceso penal se haya propuesto en todo tiempo y en todo lugar. En el antiguo proceso germano, conocido como sistema acusatorio privado, regía lo que hoy algunos llaman verdad consensual, esto es, los hechos eran contruidos por las manifestaciones de las partes y esa introducción de hechos era, aparentemente, vinculante para el tribunal. El mismo sistema respecto de los hechos objeto del juicio era regulado en los sistemas griego y los primeros procedimientos romanos.

---

(\*) *Miembro titular del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), con sede en Buenos Aires, República Argentina. Ponencia presentada en la Primeras Jornadas sobre Criminología y Derecho Penal organizadas por la Asociación de Estudiantes El Derecho, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, abril de 1994.*

Precisamente en la Roma imperial aparece la búsqueda de la verdad como un fin declarado del proceso, perfeccionado por la inquisición, sistema heredado, como producto de la conquista, en Latinoamérica. El fundamento de la adopción de este fin del proceso no es otro que el de asegurar métodos científicos de conocimiento que redundaría en mayores garantías para la persona enjuiciada. La verdad como objeto de conocimiento y como fin del proceso penal se consolidó como un límite al ejercicio arbitrario del poder penal, y modernamente, en nuestro ámbito cultural, hay relativo consenso en asegurar que repugna al estado de derecho que la decisión del caso se base en hechos no ocurridos o se condene a personas que no participaron en el hecho, es decir, *repugna al estado de derecho un juicio sin verdad*.

En efecto, FERRAJOLI<sup>1</sup> considera que la búsqueda de la verdad procesal (la verdad en sentido aproximativo y relativo) es una condición de legitimación formal de la jurisdicción, en tanto ésta es una actividad teórica cuya motivación (justificación) es una actividad cognoscitiva en hecho y derecho, cuya verdad condiciona la validez o legitimidad de los actos. ANDRES<sup>2</sup> sostiene, en el mismo sentido, que la verdad cumple una doble función de garantía en tanto la acusación, como simple hipótesis, debe ser objeto de prueba por parte de quien la sostiene (plano epistemológico) y la dirigida a evitar la anticipación de los efectos de una eventual sentencia condenatoria (plano ético-político).

Ahora bien, a pesar de ello, la búsqueda de la verdad ha sido cuestionada. Este cuestionamiento tiene una doble manifestación.

En primer término, se pregunta si es posible conocer la verdad, esto es, si concretamente un juez en un caso determinado puede saber acerca de lo históricamente ocurrido. Por cierto, aparecen en el proceso de conocimiento una serie de limitaciones, ya sea respecto a que la persona que decide conocerá sobre relatos que otra persona realiza, condicionados epistemológicamente, posiblemente determinados por prejuicios, rutinas judiciales, etc. La «subjetividad de la comprensión»<sup>3</sup> pone en duda, entonces, las posibilidades materiales de conocimiento de la verdad, a lo que se suma, por cierto, la torpeza de los instrumentos que el proceso penal tiene a la mano, el tiempo transcurrido entre el momento de la decisión y la realización del hecho, y por último, la necesidad de lograr la reconstrucción del hecho desde las necesidades de lo que el orden jurídico considera como la solución justa<sup>4</sup>.

(1) FERRAJOLI, Luigi, "Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal", en *Revista Jueces para la Democracia* N° 4, septiembre de 1988. En la misma línea de reflexión y más extensamente, del mismo autor, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 45 y ss.

(2) ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, "Ni fiscal instructor ni Habermas procesalista", en *Revista Jueces para la Democracia* n° 16-17, 1992, pág. 57.

(3) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, págs. 105 y ss. y 183.

(4) Cf. BINDER, Alberto M., "El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función

Un segundo cuestionamiento está vinculado con el reconocimiento de las garantías individuales como límites estrictos a la actuación del Estado, en su función de realización del poder punitivo. Las garantías, tal como llegan hasta nosotros, tienen como punto de desarrollo teórico más influyente, aunque no su nacimiento, el siglo XVIII, durante la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y el movimiento iluminista en Europa.

Estas garantías, en efecto, establecen límites estrictos sobre la actividad del Estado, basados en la dignidad humana y en su ámbito de privacidad. Las garantías fueron sostenidas con fuerza, y si se quiere, como reacción a los abusos de poder del Estado absoluto y su forma de manifestación penal: la inquisición.

En la inquisición, la búsqueda de la verdad era un fin del proceso, y toda la actividad estaba dirigida a cumplir ese fin. En efecto, la forma más segura de conseguir información acerca de los hechos era obteniéndola del mejor informante, esto es, el imputado. Así, la confesión se convirtió en el medio de prueba por excelencia, y no sólo eso, sino que la forma más segura de conseguir la verdad era coaccionándolo a declarar a través de la tortura. La tortura a los imputados y también a los testigos constituyó, en el procedimiento de la inquisición, un método legitimado de averiguar la verdad, convertida así, en un fin *absoluto* del proceso.

Las garantías, en tanto, reaccionan contra ese abuso y establecen límites para la averiguación de la verdad, al punto que hoy no puede sostenerse que ese fin pueda ser perseguido sin vacilación de la misma forma que la inquisición e, incluso, del iluminismo. HASSEMER sostiene que, en vista de los límites impuestos a la averiguación de la verdad, ya sea por las dificultades propias del conocimiento humano, como por los impuestos por el derecho, la verdad *no* es la meta de la fase de producción del caso en el proceso penal, la meta es la *obtención formalizada de la verdad o verdad forense*.

En este marco, si entendemos al proceso penal como un sistema de conocimiento histórico regulado por la ley, podemos sostener que el instrumento que incorpora la información histórica es lo que llamamos prueba, si bien debemos dejar en claro, siguiendo a Eugenio FLORIAN, los diferentes conceptos que encierra la palabra prueba, esto es, tanto lo que nos sirve para proporcionar la convicción de la realidad y

*constructiva-destruiva de la prueba penal"*, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 22 y 23.

(5) En el proceso penal garantista siempre la verdad es una verdad formal, en tanto no pueden excluirse principios políticos que lo informan y por tanto que condicionan las posibilidades del conocimiento. Sin embargo, señala FERRAJOLI que «el modelo ilustrado de la perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley, es una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico», por lo que es necesaria una alternativa epistemológica adecuada que responda a las actitudes escépticas (respecto de la búsqueda de la verdad) y a las tentaciones decisionistas. Cf. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 46 y 47.

certeza del hecho o cosa, como también el resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo<sup>6</sup>.

Informada por el fin de averiguar la verdad, es útil señalar cuales son los dos principios que rigen la incorporación de la prueba al proceso<sup>7</sup>, cuestión que nos llevará al punto de discusión de esta exposición.

El primero de ellos es el de investigación oficial de la verdad. En la búsqueda de la verdad, el Estado no puede permitirse la vinculación, en el conocimiento y valoración de los hechos, respecto de las manifestaciones de las partes, tal como se señaló anteriormente. Por tanto, la confesión, allanamiento o aceptación de los hechos, no puede provocar la condena automática y sin opción para el juez en materia penal. También, en este orden de ideas, la actividad probatoria no se limita a los ofrecimientos de las partes, sino que permite la realización, aunque con limitaciones estrictas, de prueba de oficio (ver artículos 340, 351 y 380 del Código Procesal Penal de Guatemala de 1992).

El segundo principio que rige la incorporación de prueba en el proceso penal, es la libertad de prueba, que implica la regla general de que cualquier hecho puede ser probado de cualquier forma, principio consagrado en el artículo 182 del Código Procesal Penal. Aquí tiene lugar entonces, la discusión de larga data acerca de si la enumeración de los medios de prueba (testigos, peritos, documentos, informes, etc) que realizan los códigos procesales penales son taxativos o no, cuestión solucionada en Guatemala con la cláusula de apertura del artículo 185.

Pero a poco de andar, no es difícil darse cuenta que este último principio no rige absolutamente, sino que cede ante otras normas jurídicas, en especial, las de mayor jerarquía (Constitución y tratados internacionales), y por tanto, o bien no puede sostenerse como existente, o en el mejor de los casos, sólo puede mantenerse como un principio orientador de la actividad probatoria. Si, en cambio, el cúmulo de limitaciones a la actividad probatoria confirma, por cierto, la ya extendida frase de que *la verdad no debe ser investigada a cualquier precio*<sup>8</sup>.

## II. LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS.

La problemática de la incorporación de la información en el proceso penal, plantea, a la luz de los principios que la rigen, el establecer los límites precisos entre aquella prueba que puede ingresar válidamente y aquella que no puede ser admitida. En otros términos, se afirma que hay ciertos hechos o el medio de obtenerlos que se

(6) FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1933, pág. 305.

(7) MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, pág. 580 y ss.

(8) La frase completa dice: «No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad debe ser investigada a cualquier precio», acuñada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH 14, 3 5 8), y ampliamente difundida en todos los trabajos sobre el tema.

sustraen del conocimiento de los tribunales, puesto que su incorporación se realizó violando una ley o una garantía constitucional.

En la discusión doctrinal sobre el tema, un primer grupo de juristas se ubican en la posición de considerar que las únicas prohibiciones para la producción de la prueba son aquellas que se encuentran en la ley procesal, y éste es el único motivo de su improcedencia. Consideran que la obtención de información por un medio ilícito (por ejemplo, un registro sin orden o una declaración bajo tormentos), puede incluso, estar tipificado como delito, más sin embargo, no empece a que la información sea incorporada en el proceso y valorada en las decisiones judiciales, sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que pudieren corresponder al funcionario que realizó el ilícito<sup>9</sup>.

Otra posición sostiene, en cambio, que el derecho procesal penal, en tanto procesal, es un derecho sirviente, esto es, sirve a la realización del derecho penal material<sup>10</sup>, por lo que también debe perseguir los mismos fines del derecho penal, la protección de bienes jurídicos. Al menos hasta la fecha, el derecho penal se caracteriza por la aplicación de una pena, siempre que antes se encuentren cumplidas determinadas condiciones (acción típica, antijurídica y culpable).

Ahora bien, la pena tiene como objeto (fin) el de cumplir con una función preventiva, esto es, la de reafirmar la existencia y el cumplimiento del derecho a toda la comunidad (prevención general positiva), por lo que, unido a su función de derecho sirviente, las normas del proceso no pueden contradecir los fines que el derecho penal busca con su aplicación. El efecto preventivo general se pierde, si aquél que dicta las normas jurídicas se autoexime de su cumplimiento, y se vale de la información obtenida por medios ilícitos para aplicar (paradójicamente) la ley<sup>11</sup>.

A la luz de esta crítica, queda clara la inconsistencia de la primera teoría, en tanto el derecho, y en especial, el concepto de ilicitud, recorre todo el ordenamiento jurídico secundario y no existe objeción alguna en fundamentar la ilicitud en normas distintas a las procesales dentro del proceso penal. La posición contraria lo concebiría como un compartimiento sin conexión externa.

Una tercera posición es la que considera que el concepto de prueba prohibida sólo puede ser utilizado y fundamentado en tanto estemos frente a violaciones a garantías constitucionales. En este sentido parece inclinarse la jurisprudencia norteamericana, pues tanto en los casos *Weeks vs. U. S.* (la primera en enunciar la «exclusionary rule») como en *U. S. vs. Leon*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos lo

(9) Cf. una buena exposición del tema y de los autores que sostienen esta posición en Pellegrini Grinover, Ada; *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*, 2da. Edição, São Paulo, 1982, págs. 104 y ss.

(10) Cf. BELING, Ernst; *Derecho Procesal Penal (traducción de Miguel Fenech)*, Editorial Labor, Buenos Aires, 1943, pág. 4.

(11) Cf. STRUENSEE, Eberhard; «La prueba prohibida», *Revista Justicia Penal y Sociedad* Nro. 3-4, Guatemala, 1993, pág. 106.

fundamenta en una violación efectiva, o al menos, en la necesidad de prevenir violaciones a la Cuarta Enmienda (protección del domicilio, papeles privados, etc.<sup>12</sup>) por las fuerzas de seguridad del Estado<sup>13</sup>.

Conforme al anterior argumento, se sostiene que si se pretende construir un ámbito sistemático de análisis independiente para las prohibiciones probatorias, éstas tienen que contener un fundamento diferente al derecho procesal, mejor, un ámbito sistemático propio. En fin, la prueba prohibida es aquella que limita la obtención de la prueba por razones diferentes a la averiguación de la verdad, y se caracteriza por la protección de intereses extraprocesales<sup>14</sup>. En consecuencia, la prueba prohibida está fundamentada y delimitada por el derecho material.

Por último, una concepción amplia acerca de la prueba prohibida, es aquella que sostiene su fundamento en todas las limitaciones jurídicas positivas para la obtención y valoración de la prueba, esto es, ya sea de naturaleza material o formal.

No entiendo que haya contradicción entre el fundamento de las prohibiciones probatorias y el ámbito de protección de éstas, aunque es evidente que la amplitud de este espectro puede atentar contra la creación de ese ámbito sistemático de análisis, debido a la heterogeneidad de los casos que entran en este concepto último (desde allanamientos ilegales, torturas o las normas de incorporación de la prueba por su lectura, normas de competencia o la propia admisibilidad de la prueba por razones de ordenamiento procesal). A pesar de ello, existen algunas prohibiciones (dentro del concepto que en este trabajo se maneja de éstas) que no están protegidas por el derecho material y que, por tanto, excluyen la posibilidad de fundamentarlas en éste, necesitando, para el caso, una concepto más amplio.

Es preferible, de acuerdo a lo que se sostiene aquí, el concepto de prohibiciones probatorias que incluye la prueba obtenida en violación a alguna garantía constitucional, protegida por las leyes penales, y desarrollada en las normas procesales que le dan operatividad, incluidas, dentro de esta última, las normas que tienden a proteger la defensa y la inmediación<sup>15</sup>.

(12) La Cuarta Enmienda dice: «No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros o allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas».

(13) GUARIGLIA, Fabricio, "Las prohibiciones probatorias", en la obra de autores varios, El nuevo Código Procesal de la Nación: análisis crítico, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 13 y ss.

(14) En este sentido, STRUENSEE, Eberhard- op. cit., quien hace referencia a la pionera obra de BELING, Ernst, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess...

(15) En especial, considero que, por ejemplo, las normas sobre la incorporación de la prueba por lectura en el juicio están comprendidas dentro del concepto que aquí se sostiene de prueba prohibida.

### III. LOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS.

En tanto las prohibiciones probatorias, tal como dijimos, tienen fundamento como protección de garantías individuales, podemos hacer aquí una clasificación útil para comprender cómo el ordenamiento jurídico establece distintos ámbitos de protección.

Las garantías establecen un ámbito intangible para las personas frente al poder penal del Estado y, como consecuencia, se formaliza y limita el acceso de la información al proceso penal. Existen, sin embargo, distintos niveles de limitación que coinciden con distintos ámbitos de protección.

El primer ámbito de protección vinculado a la búsqueda de la información es el que protege la *dignidad* y la *integridad personales*. En este ámbito se enmarca la prohibición de ser obligado a declarar contra uno mismo, y por tanto, toda aquella injerencia en la decisión de autoinputarse debe reputarse como un medio ilícito de información o prueba.

Ahora bien, la prohibición de obligar a declarar contra uno mismo tiene una contracara, esto es, sería posible la aceptación de los hechos por el imputado. Pero, si así fuera, debe asegurarse que esa declaración fue realizada en plena libertad y con la total información.

Respecto a que la declaración debe ser con plena libertad, implicará la prohibición de la tortura, entendida ampliamente, esto es, como un inflingir dolor físico a una persona para que brinde información, tanto en su forma comisiva como omisiva, como las amenazas u otro tipo de coacciones morales de sufrir dolor propio o ajeno o la simple desventaja en su situación futura<sup>16</sup>.

Como segundo requisito, una declaración autoincriminante sólo podrá ser válida si la persona cuenta con toda la información acerca de lo que realiza, esto es, debe conocer en primer lugar, la imputación, debe conocer también su derecho a no declarar, y debe comprender los efectos jurídicos de sus dichos, por lo que es imprescindible la asistencia técnica de un defensor. También es inadmisible tratar de provocar la declaración del imputado a través de la sorpresa o la promesa de algún beneficio. Por otra parte es fundamental, en esta línea de argumentación, que la persona pueda comprender la imputación y para ello es básico, que se realice en el idioma que habla el imputado: el traductor es imprescindible cuando una persona no comprende bien el castellano<sup>17</sup>.

(16) "El verdadero límite que arretra ante el uso de determinadas técnicas de indagación no es pues la falta de certeza sobre la attendibilidad de sus resultados (la cual en todo caso puede sugerir prudencia y atento control en su valoración), sino la violación de esos derechos inalienables de la persona humana, entre los cuales está el derecho a la integridad psíquica... La lie-detección y el marcoandálisis son, pues, rechazables hoy por el mismo motivo por el cual la era del iluminismo rechazó la tortura judicial..." cf. DENTI, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez", artículo compilado en *Estudios de Derecho Probatorio (traducción de Sentis Melendo y Bunschaf)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, pág. 269.

(17) En un país pluricultural y plurilingüístico como Guatemala (la población habla más de veinte lenguas distintas), destacar este concepto es de especial importancia.

El segundo nivel de protección de las garantías tiene por objeto el ambiente donde el hombre desarrolla su actividad, *el ámbito de su intimidad*. Comprendido esto también en sentido extensivo, se protege el domicilio particular, la correspondencia, los documentos, libros, los vehículos y la propia persona (esta vez entendida como objeto).

La característica de este nivel de protección es, que a diferencia del primero donde se excluye por completo la obtención de información, en este caso se admite, pero cumpliendo determinadas formalidades, sin cuyo concurso no puede ser realizada. En efecto, los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de Guatemala establecen que para los allanamientos, registros o secuestros, sólo se admitirá la orden del juez, y la ley procesal establece las formalidades que esa orden debe cumplir y las condiciones de procedencia. También el artículo 25, si bien no establece la necesidad de orden del juez para el registro de personas y vehículos, establece que debe haber causa justificada, norma de la que habrá que hacer, claro está, una interpretación restrictiva, para no lesionar otros derechos consagrados también en la Constitución.

Un tercer ámbito de protección en este razonamiento es aquel que tiende a *asegurar la defensa del imputado*, esto es, evitar la incorporación de prueba sin el debido control o la imposibilidad de producir prueba de descargo. Este ámbito está regulado por la ley procesal, cuando establece las normas ordenatorias para garantizar la inmediación del juez y del imputado con la prueba, a la vez que prohíbe la incorporación de prueba por su lectura al juicio oral cuando pueda reproducirse en la audiencia, prohíbe la utilización de especiales conocimientos técnicos del juez en las decisiones, u otras normas dispersas que persiguen el fin descripto.

En síntesis, los tres ámbitos de protección que se acaban de reseñar nos dan un panorama para considerar los diferentes derechos cuya protección fundamenta el análisis dogmático de las llamadas prohibiciones probatorias. Pasamos ahora a considerar qué se espera de ellas, o mejor, el alcance de la prohibición.

#### IV. EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS.

En la doctrina que ha trabajado el tema hay cierto consenso en clasificar las prohibiciones probatorias en *prohibición de adquisición de la prueba* y *prohibición de valoración de la prueba*.

La primera de ellas, esto es, la prohibición de adquisición de la prueba implica limitaciones a la búsqueda de información y está dirigida a ordenar la actividad de investigación de los órganos del Estado.

Dentro de esta categoría podemos encontrar, a la vez, diferentes prohibiciones, de temas de prueba o de métodos o medios de prueba. Respecto a las prohibiciones de temas de prueba (objeto de prueba), son limitaciones absolutas, en tanto es imposible incorporar información referida a ese objeto, que es excluido del proceso penal. Ejemplo de esto es la prohibición que contiene el artículo 162 del Código Penal guatemalteco, en tanto prohíbe la prueba de la verdad en el caso de la injuria, o el

artículo 199 del Código Procesal Penal de 1992, en tanto prohíbe que el secuestro recaiga sobre determinados objetos (comunicaciones personales entre el imputado y su abogado).

Respecto a la prohibición de adquisición de prueba según los medios, en este caso la ley o bien señala cómo pueden probarse determinados hechos, o establece la forma en que esa información puede ser incorporada válidamente. En el primer caso, puede encontrarse un ejemplo en el artículo 200 del Código Civil de Guatemala, que establece la forma admitida de prueba en contrario de la presunción de la paternidad del marido y, en el segundo caso, las limitaciones están vinculadas a las protecciones constitucionales y por tanto, se formaliza la adquisición de la información estableciendo cuáles son los medios permitidos, por ejemplo, para realizar un registro (art. 187 CPP).

Resultan claras, entonces, las limitaciones que la ley contempla respecto a la adquisición de la información. Pero un problema consecuente a ello es cual es el efecto que produce la incorporación de prueba en violación a estas normas. En este caso, resulta claro que no tiene sentido alguno y se vería contrariado el Estado de derecho si, a pesar de la violación de la ley en la adquisición de la información, ésta pueda ser valorada en perjuicio del imputado. En consecuencia, *la prueba obtenida por medios ilícitos no puede ser valorada para fundar una decisión en perjuicio del imputado*.

Esta cuestión, que causa tantos problemas de interpretación en las legislaciones comparadas, es resuelta (en el plano legislativo) por el Código Procesal Penal guatemalteco aprobado, en tanto prohíbe la valoración de los elementos de prueba obtenidos de forma no permitida por la ley (CPP, artículo 186)<sup>18</sup>.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y las opiniones en cuanto al alcance de esta prohibición varían. Admitido el hecho de que la información obtenida por medios ilícitos no puede ser valorada, según lo establece la ley procesal, queda pendiente cuál es la solución en caso de que, como resultado de una prueba obtenida por medios ilícitos, se realice un acto lícito donde se incorpore un elemento desfavorable al titular de la garantía. El ejemplo más sencillo es la declaración bajo tormento donde el imputado señala el lugar donde se encuentra el arma homicida. ¿Puede incorporarse el arma como elemento de convicción?

Un acto lícito fundado en uno anterior ilícito. Y es aquí donde comienza la discusión sobre la validez o no de la incorporación de la prueba del acto lícito. Este es el

(18) Podría sostenerse que existen dos sistemas utilizados en la región para excluir la prueba prohibida, uno que establece un sistema de nulidades generalmente cerrado (expreso), y el sistema consagrado en la ley guatemalteca y en varias otras, por ejemplo la italiana, que podemos llamar sistema de inutilizabilidad de la prueba prohibida. Cf. al respecto, GREVI, Vittorio, "Prove", compilado en *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, 3ra. ed., Ed. CEDAM, Padova, Italia, 1993, págs. 207 y ss. Los problemas que se enfrentan con el primero de estos sistemas pueden verse en CRUZ, Fernando, "La nulidad por la nulidad misma: la justicia pronta y cumplida, y la vigencia del formalismo procesal en la jurisprudencia de Costa Rica", en *Revista Foro Judicial* N° 0, diciembre de 1994, San Salvador, El Salvador.

lugar sistemático de la llamada *teoría de los frutos del árbol envenenado* (*fruit of the poisonous tree doctrine*), esto es, la prohibición de utilizar la evidencia obtenida por un medio regular, pero que aparece como fruto de un acto anterior irregular<sup>19</sup>. Esa doctrina, originalmente concebida por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Silverthorne Co. v. U. S.*, de 1920, tiene un continuo desarrollo en ese país y en algunos países latinoamericanos que la han incorporado<sup>20</sup>. Se completa, entonces, el concepto de las prohibiciones probatorias con esta regla extensiva de no permitir la valoración de este tipo de información, en tanto, indirectamente, estamos frente a la misma limitación.

Finalmente, como reflexión final, puede señalarse que en nuestros países, el respeto por los derechos de los imputados y el diseño de un sistema eficiente de investigación del delito, ha sido una pareja que no ha funcionado. Los motivos de ello pueden ser varios, pero es interesante destacar uno, que ha provocado que para favorecer la eficiencia de la investigación y permitir la imposición de una condena, nuestros sistemas de justicia tardaron en reconocer y desarrollar la teoría de la prueba prohibida y de sus efectos.

Este motivo es la incapacidad demostrada hasta el momento en organizar y desarrollar un sistema de investigación del delito eficiente, por lo que lejos de encarar el problema como tal, la justicia penal ha preferido tolerar las violaciones a los derechos de los imputados. La figura del juez de instrucción y la virtual militarización de la policía en la región (que no permite al momento el control civil sobre ella), son dos problemas que deben ser resueltos por el movimiento de reforma de la justicia penal que en Latinoamérica se está viviendo.

---

(19) Cf. CAFFERATA NORES, José I., "Los frutos del árbol envenenado", *Revista Doctrina Penal*, Año 9, 1986, Editorial Depalma, Buenos Aires, págs. 491 y ss. También, en el mismo sentido, MAIER, Julio B. J.: *op. cit.* pág. 469, y la solución de la supresión mental hipotética como método posible de superación del vicio.

(20) Es muy interesante el desarrollo que ha tenido la jurisprudencia norteamericana, sobre todo en cuanto a las excepciones sobre la *exclusionary rule*, muchas veces creadas como un intento desesperado de legitimar una violación constitucional. Entre las excepciones podemos mencionar la *purged taint exception*, aplicable cuando el acusado voluntariamente disipa en forma posterior la ilegalidad inicial de la prueba obtenida (caso *Wong Sun v. U. S.*, 1963); la *inevitable discovery exception*, utilizada especialmente para armas o cuerpos, permite utilizar la evidencia cuando la policía puede probar que de todas formas hubiera descubierto la evidencia usando procedimientos apegados a la ley (caso *Nix v. Williams*, 1984); la *independent untainted source exception*, permite que la prueba sea válidamente incorporada si la policía puede probar que fue obtenida de una fuente de investigación independiente, no conectada con la prueba ilegal antecedente (caso *U. S. v. Crews*, 1980); y la *goodfaith exception*, permite que la prueba sea incorporada cuando se ha obtenido mediante una orden de registro o de allanamiento inválida pero que la autoridad que la realiza no conoce su invalidez y actúa de buena fe (caso *Massachusetts v. Sheppard*, y *U. S. v. Leon*, ambos de 1984). Un desarrollo de la jurisprudencia norteamericana en este sentido puede encontrarse en DEL CARMEN, Rolando; *Criminal Procedure: Law and Practice*, Brooks/Cole Publishing Company, Pacific Grove, California, 1991, págs. 55 y ss.