

## Trabajo final de máster

---

### Máster en Razonamiento Probatorio

---

**Título: “Ponderación y exclusión probatoria. ¿Regla, principio o ambas?”**

---

**Alumno/a:** Juan Cruz García

---

**Tutor/a:** Dra. Mercedes Fernández López

---

**Convocatoria (mes/año)** Abril/2024

## PONDERACIÓN Y EXCLUSIÓN PROBATORIA

### ¿REGLA, PRINCIPIO O AMBAS?

Juan Cruz García

[garcia.juancr@gmail.com](mailto:garcia.juancr@gmail.com)

Universidad de Girona y

Universidad de Génova

*«¿No hay en nosotros una tendencia permanente, que enfrenta descaradamente el buen sentido, una tendencia a transgredir lo que constituye la Ley por el solo hecho de serlo?»*

Edgar Allan Poe («El gato negro»)

**RESUMEN:** En este trabajo se busca analizar si la llamada «regla de exclusión probatoria» puede ser entendida como una regla o como un principio, esto es, si es aceptada como una regla incorporada al ordenamiento legal en forma precisa, que implique su adopción siempre que ocurre una violación a una garantía, o si los jueces pueden disponer de su aplicación. Para esto, voy a analizar la «regla» desde tres ópticas. El primero es ver si esto varía según la garantía vulnerada para la obtención de una prueba. En segundo lugar, se buscará analizar si el delito que se está investigando permite, teniendo en cuenta su gravedad, relajar la «regla» y tratarla como un verdadero principio. El tercer punto indaga sobre si quien vulnera el derecho fundamental del acusado es un argumento de peso, es decir, si lo hace un funcionario público o si lo hace una persona física ajena al proceso, y si esto influye en cómo es aplicada la «regla». Finalmente, intentare dar algunos argumentos del por qué ante una violación, la prueba debe ser utilizada si es favorable para el imputado.

**PALABRAS CLAVE:** Exclusión probatoria – admisibilidad de la prueba – derechos fundamentales constitucionales – reglas - principios

**ABSTRACT:** This work seeks to analyze whether the so-called «exclusionary rule" can be understood as a rule or as a principle, that is, if it is accepted as a rule incorporated into the legal system in a precise manner, which implies its adoption whenever it occurs. a violation of a guarantee, or whether judges can dispose of its application. For this, I am going to analyze the «rule» from three perspectives. The first is to see if this varies depending on the guarantee violated to obtain proof. Secondly, we will seek to analyze whether the crime being investigated allows, taking into account its severity, the «rule» to be relaxed and treated as a true standard. The third point inquiries into whether whoever violates the fundamental right of the accused is a compelling argument, that is, if it is done by a public official or if it is done by a natural person unrelated to the process, and if this influences how the law applied the «rule». Finally, I will try to give some arguments as to why, in the case of rape, evidence should be used if it is favorable to the accused.

**KEYWORDS:** Exclusionary rule – admission of evidence – fundamental rights – rules – principles.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Breves orígenes y fundamentos -epistémicos y no epistémicos- de la regla de exclusión; 3. Argumentos a favor de su relativización; 4. ¿Qué es lo que importa?; 4.a. Las garantías. El peso del derecho fundamental vulnerado; 4.b. Los delitos. Las diferencias de hechos investigados; 4.c. Quién. El sujeto vulnerador; 5. Prueba ilícita en favor del acusado; 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se puede decir que existen tres momentos en el proceso respecto a la actividad probatoria. El primero, es la conformación del conjunto de elementos de juicio. El segundo se da con su práctica y valoración. El último, la adopción de la decisión (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 41). Este trabajo se va a centrar en el primero de estos momentos, específicamente en la exclusión de prueba ilícita<sup>1</sup>. Y más concretamente, analizando

---

\* El trabajo está dedicado a mi mamá, por su ejemplo. A Carlos Acosta, por sus sugerencias. Y a Magus, por el apoyo de siempre.

algunas decisiones sobre prueba obtenida de forma irregular, quiero analizar si los tribunales, al momento de excluir prueba, lo hacen aceptando si la exclusión de esa evidencia es una «regla» o lo aplican como un «principio». Para esto, voy a echar mano a la distinción que se realiza normalmente en la doctrina respecto a la diferencia que existe entre estas dos denominaciones: por un lado «reglas», como normas más específicas y detalladas, y por el otro «principios», como aquellas que tienen términos más amplios y vagos <sup>2</sup>.

Mi objetivo es investigar si existe una relativización en la exclusión probatoria según los derechos fundamentales<sup>3</sup> vulnerados, la naturaleza del hecho investigado o quién es que comete la vulneración, haciendo variar en ocasiones la forma en que se entiende el remedio de la exclusión, siendo en ocasiones una «regla» y en otras un «principio». Me propongo examinar si la mencionada «regla» debería considerarse realmente como tal, o si, en cambio, debe interpretarse como un criterio para excluir o admitir evidencias, variando esta consideración en función del valor asignado al derecho fundamental en juego o la gravedad del delito investigado. Además, analizaré cómo esta variabilidad puede tener diferentes repercusiones dependiendo de si la vulneración de una garantía fundamental es cometida por un individuo privado o un agente del estado.

Para lograr esto, en el punto 2 daré una breve reseña sobre la fundamentación de la regla de exclusión probatoria. Con esto, expondré los argumentos tanto epistémicos como no epistémicos relacionados con lo que comúnmente se conoce como aplicación automática de la regla. En el punto 3, desarrollaré la postura a favor de la relativización de esta regla, examinando qué valores se consideraron al admitir pruebas ilícitas -o sus

---

<sup>1</sup> Para los fines de este trabajo, voy a utilizar los términos «prueba ilícita», «prueba ilegal» y «prueba irregular» como sinónimos, aunque en sentido estricto no lo sean. Para un mayor desarrollo, ver MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 133.

<sup>2</sup> FREDERICK SCHAUER los llama «estándares» en lugar de «principios» (2013, p. 196). Para ALEXY, igualmente, las «reglas» son ponderables con los principios, ergo, cualquier norma es derrotable (2014, pp. 25-26). DWORKIN, sostiene «la ponderación oscurece las consideraciones morales que están en el centro de los asuntos de derechos humanos. Cree [DWORKIN] que es un intento de los jueces de disfrazar su pensamiento real, bajo un halo de neutralidad» (citado en BEADE, 2011, p. 278).

<sup>3</sup> Para este trabajo, voy a utilizar «derechos fundamentales» y «garantías» como sinónimos, aunque estrictamente, algunos autores sostengan sus diferencias. Por todos ellos, ver FERRAJOLI, 1999. En su artículo «Derechos fundamentales», que se encuentra dentro de su libro, el autor dice: «[s]ostendré la tesis en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que se debe ser colmada por la legislación». En un trabajo previo, sostuvo que las garantías «no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional» (1992, p. 70).

derivadas- que, a priori, deberían haber sido excluidas. Posteriormente, en el punto 4, analizaré qué factores son considerados por los tribunales y de qué manera lo hacen para admitir este tipo de pruebas. Comenzaré investigando la importancia que los tribunales otorgan al derecho vulnerado para su exclusión, para luego centrarme en la gravedad del delito investigado y en las ponderaciones de costos y beneficios respecto a la garantía violada. Además, exploraré el grado de influencia que tiene si la persona que vulnera una garantía es alguien encargado de la investigación o un funcionario público, o si es un particular el que consigue la prueba ilícita. En el capítulo 5 esbozaré algunas reflexiones acerca de si debiera ser operativa la exclusión cuando la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales es favorable al acusado, y qué sucede cuando en un mismo procedimiento que vulnera el derecho del acusado se obtiene prueba a favor, pero también en contra. Finalmente, concluiré con unas breves reflexiones.

## 2. BREVES ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

En general, suele sostenerse que los derechos fundamentales que se encuentran en una constitución, son la forma de defender a las personas de las injerencias estatales. De esta forma, el constitucionalismo como movimiento, es una manera de «controlar, limitar y restringir el poder del Estado» (WALDRON, 2018, p. 33).

La regla de exclusión probatoria nació de forma pretoriana en la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>4</sup> en el caso «WEEK V. UNITED STATES»<sup>5</sup>, y luego fue receptada por la mayor parte de los códigos procesales de los países con tradición continental. Esta regla consiste, en su forma más extendida, en que si una prueba fue conseguida con violación de un derecho fundamental, ésta debe ser considerada ilícita y debe ser excluida como evidencia en el proceso. Pero para esto, se ensayaron a lo largo de la historia de este remedio

---

<sup>4</sup> 232 US 383 (1914). En este caso, la Corte sostuvo que una prueba que violó la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos debía ser excluida. Sin embargo, esto solo era aplicable en los procesos federales. Luego, en «MAPP V. OHIO» (367 US 643 [1961]) se comenzó a aplicar esta regla a los procesos estatales, en virtud de la Decimocuarta Enmienda. En Argentina, esta regla se aplicó por primera vez en el caso «CHARLES HNOS.», *Fallos* 46:36 (1891). Luego, esto no fue tratado más por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, hasta los casos «MONTENEGRO», *Fallos* 303:1938 (1981) y «FIORENTINO» *Fallos* 303:1938 (1984).

<sup>5</sup> Como afirma NIEVA FENOLL (2017, p. 2), existe cierto debate si esta regla tuvo su origen veintiocho años antes que WEEKS, en el caso «BOYD V. U.S.» (116 US 616 [1886]), donde la Corte sostuvo que la entrega compulsiva de documentación era violatorias de la Quinta y la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

distintos fundamentos que intentan dar cuenta de la utilidad de este a pesar de la pérdida epistémica obvia que sufre el procedimiento en su búsqueda de la verdad<sup>6</sup>.

El más extendido de todos es el *fundamento de la disuasión*. Esta tesis postula que si la prueba obtenida de manera irregular es sistemáticamente excluida de los procesos penales, aquellos responsables de su obtención serían disuadidos y dejarían de llevar a cabo tales prácticas, dado que no les proporcionaría ninguna ventaja en el proceso. Según CHOO, este fundamento reposa en dos bases. La primera es acerca de la posibilidad de que se disuada al «policía responsable de la irregularidad. La segunda, dirigida también a abordar la mala conducta policial, pero en un sentido más amplio que involucra a la institución policial en su conjunto, promueve la generación de una conciencia sobre estas prácticas indebidas, lo que podría llevar a la formulación de programas educativos o directivas específicas con miras a «mejorar las prácticas policiales» a largo plazo (1989, pp. 271-272).

Otro fundamento es el de la *protección de derechos*<sup>7</sup>. Se basa en intentar restaurar la desventaja generada por la obtención de la prueba de manera ilegítima. En otras palabras, con la exclusión de la prueba ilícita se busca recuperar el estado del proceso en que se encontraba la persona previo a la vulneración de alguno de sus derechos y es al tribunal al que le corresponde esa tarea (CHOO, 1989, p. 269; LIMARDO, 2021, p. 10). Si el tribunal acepta que la persona acusada se encuentra en desigualdad porque una determinada prueba fue conseguida ignorando sus derechos, entonces debe hacer lo posible por intentar restaurar esa igualdad, y la forma más efectiva es dejando de lado aquellos elementos colectados en violación de algún derecho fundamental del imputado.

El fundamento de la *integridad* sostiene una carga moral fuerte que debe tener el Estado para que se encuentren habilitadas las condiciones para dictar una condena (DUFF ET AL., 2007, pp. 225-226). Así, *«toda decisión de un juez o tribunal sobre la culpabilidad de una persona es algo más que valorar un conjunto de evidencias y determinar si alcanzan el nivel de suficiencia probatoria establecido por un estándar de prueba para condenarla. Es también una comunicación o un mensaje de tipo moral. Existe, por tanto, requisitos morales de integridad por parte del emisor que deben ser*

---

<sup>6</sup> Para un desarrollo completo de estos, ver CHOO, 1989, pp. 268-279; DUFF ET AL., 2007, pp. 225-235; LIMARDO, 2021, pp. 6-22.

<sup>7</sup> También llamado *fundamento de la compensación* (CHOO, 1989, p. 268).

*cumplidos para que esa condena pueda considerarse una comunicación moral genuina»* (LIMARDO, 2021, p. 14).

Un último fundamento es el *epistémico*<sup>8</sup>. Aquellos defensores de este fundamento, lo hacen valiéndose de la posible manipulación que tiene la prueba, teniendo en cuenta el modo en que fue obtenida. Se afirma que *«la vulneración del derecho constituye un indicio absolutamente razonable de que el agente está intentando crear un relato que tiene la más amplia oportunidad de introducir en la escena, manipulando la realidad, sembrando una prueba falsa en el proceso que todo el mundo va a dar por auténtica»* (Nieva Fenoll, 2017, p. 8). El ejemplo más citado para demostrar esto es el de las confesiones hechas bajo tortura. Se dice que, quien es torturado, normalmente dirá lo que su victimario quiere escuchar con la intención de terminar con los tormentos (Beccaria, 1993, Capítulo XVI; Duff et al., 2007, p. 105)<sup>9</sup>.

### 3. ARGUMENTOS A FAVOR DE SU RELATIVIZACIÓN

Salvo ciertos casos<sup>10</sup>, los tribunales fueron encontrando argumentos a favor de su relativización. Según el fundamento que se encuentra detrás de la regla (*disuasión, protección de derechos, integridad, epistémico*), existen a su vez razones que hacen que su aplicación no se haga de manera automática, y la prueba pueda formar parte del conjunto probatorio aunque se haya vulnerado algún derecho del acusado, ya sea de jerarquía constitucional o no. Estas excepciones suelen darse fruto de esfuerzos de

---

<sup>8</sup> Este puede ser entendido también como un fundamento sobre la valoración de la prueba. Sin embargo sirve para la exclusión de la prueba y evitar que sea valorada por no aplicar el filtro *ex ante*.

<sup>9</sup> BECCARIA, en su tratado, afirma que *«[e]ntonces el inocente sensible se llamará reo si cree con esto hacer cesar el tormento. Toda diferencia entre ellos desaparece por aquel medio mismo que se pretende empleado para encontrarla. Es superfluo duplicar la luz de esta verdad citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron reos por los dolores de la tortura: no hay nación, no hay edad que no presente los suyos; pero no los hombres se mudan ni sacan las consecuencias. No hay hombre, si ha girado más allá de las necesidades de la vida, que alguna vez no corra hacia la naturaleza, que con voces secretas y confusas lo llama a sí; pero el uso tirano de los entendimientos lo separa y espanta. El éxito, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y de su sensibilidad; tanto que con este método un matemático desatará mejor que un juez este problema. Determinada la fuerza de los músculo y la sensibilidad de las fibras de un inocente, es fácil encontrar el grado de dolor que lo hará confesar reo de un delito supuesto»*. Una muestra sobre el uso de técnicas para extraer una confesión de una persona acusada se puede ver en el excelente documental de Netflix llamado *«The Confession Tapes»* (2019).

<sup>10</sup> Como en *supra* nota 7, los casos de aplicación de tortura para conseguir una determinada prueba que perjudique al acusado, suelen estar resguardados por la regla de exclusión, sin que se permita argumento en contra.

argumentación y ponderación de ciertos intereses que buscan minimizar aquellos argumentos a favor de la regla de exclusión (MUÑOZ ARANGUREN, 2024, p. 312)<sup>11</sup>.

Pero también, suele suceder que esa relativización se encuentre en forma de excepción a la regla, y existan razones para que esto sea así. Es el caso, por ejemplo, de aquellas excepciones que se dan a la *doctrina del fruto del árbol envenenado*<sup>12</sup>. Estas son: de la *fuerza independiente*, del *nexo causal atenuado* y del *descubrimiento inevitable*.

### 3.A. LA RELATIVIZACIÓN A LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

La doctrina de la *fuerza independiente*<sup>13</sup>, tiene su fundamento en la existencia real de un cauce independiente de investigación que hubiera dado lugar a la obtención de la prueba todas maneras. De hecho, como sostiene CARRIÓ, «esta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente, sino tan sólo la “posibilidad” de que ello hubiese ocurrido en el caso concreto» (2015, p. 329). De esta manera, los tribunales pueden contar con prueba relevante en el proceso que de otra manera debería haber sido excluida, siempre que pueda afirmarse que ésta es «genuinamente independiente de la fuente ilegítima» (GASCÓN ABELLÁN, 2020, p. 189).

---

<sup>11</sup> La teoría de la ponderación (*Abwägungslehre*) es la mayoritaria en Alemania. Esta teoría «consistiría en un juicio de contraposición entre los derechos o reglas violentados y la eficacia del proceso penal». La jurisprudencia alemana rechaza mayoritariamente el efecto reflejo de la prueba ilícita (MOSQUERA BLANCO, 2018, p. 9). También está presente en el famoso caso «FALCIANI», que analizaré más adelante. Allí, el Tribunal Supremo español sostuvo: «el razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. **Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto**». Para RICCARDO GUASTINI, ponderar es «poner los principios en conflicto sobre los platillos de una balanza y, por tanto, “pesarlos” para ver cuál “pesa” más, es decir, cuál tiene más valor» (2014, p. 215).

<sup>12</sup> La primera vez que la Corte Suprema de Estados Unidos utiliza esta expresión, fue en «NARDONE V. U.S.» (308 US 338 [1939]) afirmando que «no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones». Se la puede conocer también como *vicio purgado* (*purget taint doctrine*) (GASCÓN ABELLÁN, 2020, p. 191).

<sup>13</sup> Lo desarrolló la Corte Suprema de Estados Unidos en 1920 en el caso «SLVERSTHORNE LUMBER CO. V. U.S.» (251 US 385), y luego fue confirmado en 1980 en el caso «U.S V. CREWS» (445 US 463). Para ver por qué, en este último caso, esta excepción estuvo mal aplicada, véase NIEVA FENOLL, 2017, p. 5. En Argentina, esta excepción se menciona por primera vez en el caso «RAYFORD Y OTROS», *fallos* 303:733 (1986), y luego afirmado en «RUÍZ ROQUE» *fallos* 310:1847 (1988).

Por otro lado, la excepción del *nexo causal atenuado*<sup>14</sup> tiene su fundamento en que, si bien existe un nexo causal entre la prueba obtenida de manera ilegal y otra que depende de la primera, esta última es admisible si es posible afirmar que esa causalidad tiene escasa relevancia. Lo que se trata de apuntar, es la poca influencia que tuvo una prueba ilícita sobre la otra (NIEVA FENOLL, 2017, p. 5).

Por último, la doctrina del *descubrimiento inevitable*<sup>15</sup>, se basa en que la prueba ilícita hubiera sido conseguida de todas maneras, más allá de la violación a un derecho fundamental. Se postula, de esta manera, que no tendría sentido excluir prueba ilícita si quien investiga hubiera conseguido la prueba de todas maneras.

### 3.B. LA RELATIVIZACIÓN A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

También existen otro tipo de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilegal que es fruto de esfuerzos de argumentación y ponderación de los tribunales, entre los intereses de la persecución penal y los derechos del acusado<sup>16</sup>. De esta manera, a cada justificación sobre la regla de exclusión probatoria por prueba conseguida de forma irregular, se le contraponen ponderaciones que se realizan con el fin de poder utilizar esta prueba, siempre que resulte valiosa y que el efecto de descartarla sea muy dañino para el proceso. Y con respecto a la doctrina de la ponderación, se afirma que «... *debería ser concretada a fines de evitar una impresión de arbitrariedad...La decisión “correcta” tiene que darse caso por caso, por lo que una cierta casuística no parece evitable*» (Ambos, 2009, pp. 29-30).

Por ejemplo, al *fundamento de la disuasión*, se le suele argumentar que el precio que se paga por disuadir tal vez a un agente policial, es muy alto, sobre todo si el delito que se investiga es muy grave o si, a su vez, la falta cometida sea leve<sup>17</sup> (DUFF ET AL., 2007, p. 229). Al de la *protección de derechos*, en cambio, se le replica que muchas veces, que no es la vía más adecuada para resarcir el daño hecho por la violación de un derecho.

---

<sup>14</sup> «NARDONE V. U.S.». Luego, fue ratificado en 1963 en el caso en «WONG SUN V. U.S.» (371 US 471).

<sup>15</sup> «NIX V. WILLIAMS» (467 US 431 [1984]). La Corte sostuvo que no existía, entre la ilegalidad realizada por la policía y la prueba, un nexo suficiente que habilite la exclusión. El Tribunal Supremo español receptó esta necesidad de «conexión de antijuridicidad» en los casos STC 11/1981 y STC 81/1998.

<sup>16</sup> Como sostiene MORGENSTERN, «[l]a solución al uso de prueba ilícita no es evidente, porque hay muchos intereses válidos involucrados y además en el plano nacional y regional no hay una previsión legal expresa que la prohíba» (2014, p. 6)

<sup>17</sup> Se le suele argumentar, también, que este fundamento carece de capacidad explicativa cuando la obtención de prueba de forma irregular es realizada por un particular, pero volveré sobre esto más adelante.

A su vez, existe el problema que ROBERTS Y ZUCKERMAN llaman «la irracionalidad de la ceguera ante la prueba», explicando de esta forma que una vez conocida la prueba, quien juzga no puede ignorar esto, y ya es un elemento epistémico que va a considerar de todas maneras al momento de tomar una decisión (2004, pp. 153-154). El de la *integridad*, tiene su contra argumento en que quien decide en un proceso penal, no puede cargar con la inmoralidad del accionar de una persona durante la etapa de investigación. Puede, en cambio, sostener la prueba como elemento de juicio por un lado, y al mismo tiempo reprochar el actuar ilegítimo de los agentes policiales<sup>18</sup> (REDMAYNE, 2009, p. 305). Por último, el *fundamento epistémico* recibe su crítica en que no es aplicable a prueba que no pierde su valor intrínseco epistémico por el modo en que fue conseguida, como suele suceder con prueba material. De esta manera, su capacidad explicativa como teoría de la exclusión es muy estrecha, solamente aplicable a un mundo muy pequeño de tipos de prueba (NIEVA FENOLL, 2017, p. 8).

También se puede afirmar, de manera más general, que no existe un derecho a la exclusión probatoria cuando un elemento fue obtenido de forma irregular. Este tipo de argumentos viene a sostener que algún tipo de laxitud en la regla de exclusión no solo es válida, sino que desafía el concepto de que ante decisión de este tipo la consecuencia es la automática violación masiva de las garantías de las personas en pos de conseguir prueba incriminatoria. Se sostiene, así, que «*no todo es reducible a si el Estado se puede beneficiar de una ilegalidad en el curso de una investigación penal, sino que hay otras dimensiones relevantes que deben ser integradas en la consideración*» (MORGENSTERN, 2014, p. 15). Y además, se argumenta, las constituciones -o los pactos internacionales- no suelen decir nada respecto al remedio que debe aplicarse cuando se invoca -y se constata- la violación de un derecho fundamental, por lo que no existe una derivación lógica entre una garantía vulnerada y este remedio, por lo que no es posible sostener que es un derecho constitucional -o convencional- (MORGENSTERN, 2014, pp. 28-29).

Finalmente, una última forma de argumentar la posibilidad de utilizar prueba ilegítima es mediante la diferenciación entre lo que se conoce como *principios* y *reglas*. En apretada síntesis, los *principios* son normas jurídicas redactadas de una forma más vaga, que permite una mayor interpretación respecto de su aplicación a los jueces, mientras que las *reglas* son normas redactadas con términos muy específicos y concretos,

---

<sup>18</sup> En palabras de LIMARDO, sería la «intransmisibilidad del efecto moral» (2021, p. 15)

con el fin de limitar su interpretación<sup>19</sup>. De esta manera, se sostiene que los derechos fundamentales que se encuentran en las constituciones suelen estar redactados como un principio, con el fin de permitir que los legisladores luego las reglamenten, y de esta manera dotar de mayor discrecionalidad a los jueces.

---

<sup>19</sup> Como advierto, esta forma de diferenciarlos es muy simple y solo a los efectos de este trabajo, para demostrar la forma en que los jueces llevan adelante su aplicación. Para indagar más sobre esto, se puede ver, entre otros GARCIA YZAGUIRRE, 2022; GUASTINI, 2008.

#### 4. ¿QUÉ ES LO QUE IMPORTA?

Como intenté mostrar muy brevemente, existen quienes sostienen que ante una irregularidad en la obtención de los elementos de prueba apoyan una regla de exclusión automática, pero normalmente los jueces -y algunos doctrinarios- suelen realizar esfuerzos argumentativos en busca de ponderar el conflicto de intereses que existe en el proceso penal -entre el descubrimiento de la verdad de un delito y la protección de las garantías de los individuos (MOSQUERA BLANCO, 2018, p. 12)-, para minimizar el remedio de la exclusión probatoria con el objetivo de utilizar dicha evidencia, derrotando la regla.

Sin querer pararme del lado de ninguna de las posturas -aunque me reconozco más cerca de la primera que de la segunda-, voy a intentar mostrar que el camino hecho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia puede leerse como una suerte de estándar, que en varios casos -como cuando la gravedad del delito es alta, o quién violó un derecho no es el Estado- suele hacer previsible los resultados de una acción tendiente a conseguir prueba ilícita, y esto puede tener diversas consecuencias para el proceso penal.

La distinción entre «reglas» y «principios», como mencioné anteriormente, se utiliza para distinguir las normas que reducen la posibilidad de ser interpretadas, minimizando la discrecionalidad por parte de los tribunales, de aquellas que, por su lenguaje vago, el juez tiene mayor margen de decisión respecto a su aplicación<sup>20</sup>. De esta forma, para las «reglas», quienes aplican el derecho suelen limitar su accionar a constatar los aspectos descriptos en la regla y aplicar la solución prevista. Los «principios», en cambio, son una modalidad de reglamentación que deja a los decisores que adopten su aplicación caso a caso (LARSEN, 2022, pp. 29-30)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> SCHAUER defiende la «hipótesis de la convergencia», donde sostiene que «[e]l comportamiento por parte de las instituciones y de los individuos encargados de interpretar y hacer cumplir las directivas regulatorias tendrá el efecto de empujar las "reglas" hacia "estándares", y de empujar los "estándares" hacia las "reglas", colapsando así en la práctica la distinción normal entre reglas y estándares». Esto, con otras palabras, fue advertido en el siglo XVII por THOMAS HOBBS, cuando sostuvo que «mediante la habilidad de un intérprete se puede hacer que la ley porte un sentido contrario al del soberano, por lo cual el intérprete se convierte en legislador» (1651, Capítulo XXVI).

<sup>21</sup> Las normas creadas en forma de «regla» tiene una estructura de «reglamentaciones que adoptan una perspectiva predominantemente *ex ante*, donde los creadores de las normas de adelantan a la aparición de los casos concretos y establecen con precisión, de forma previa, cuál es la forma en que deberían ser resueltos». Aquellas creadas como «estándares», no establecen de antemano cuál es la solución aplicable al caso, sino que «adopta una perspectiva predominantemente *ex post*» (LARSEN, 2022, pp. 29-30).

Algunos autores sostienen que los límites constitucionales a la adquisición de la prueba son dos: 1) la garantía del *nemo tenetur*, como coacción contra la persona para que se auto incrimine y 2) la protección de la intimidad (DÍAZ CANTÓN, 1999, pp. 333-334; GUZMÁN, 2011, p. 128; MAIER, 2016, pp. 654-664). Es por esta razón que a continuación, los análisis se harán teniendo en cuenta estos dos universos de casos.

#### 4.A. LAS GARANTÍAS. EL PESO DEL DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO

Voy a comenzar por el más simple, porque no hay discusión sobre esto<sup>22</sup>. Se trata de la tortura, apremios o hasta engaños para conseguir una confesión<sup>23</sup>, y violar de esta manera el derecho contra la autoincriminación, presente en todas las constituciones y tratados internacionales<sup>24</sup>. Es esta manera de conseguir prueba ilícita el límite que ponen todos los tribunales al momento de decidir sobre la exclusión de la prueba. Cualquier evidencia que se consiga por estos medios, debe ser dejada de lado inmediatamente en el proceso y no debe considerarse válida ni la declaración y, por lo tanto, no debe valorarse.

En Argentina, el primer caso en que se discutió esto fue «MONTENEGRO»<sup>25</sup>. Allí, el Procurador General en su dictamen advierte que «si una persona es obligada a declarar

---

<sup>22</sup> Existe, sin embargo, discusiones sobre la permisión de la tortura en casos límites. Estas discusiones se suelen centrar en la posibilidad de salvar a inocentes mediante la tortura de un sospechoso. Para ver el estado de esta discusión, se pueden consultar dos excelentes trabajos de KAI AMBOS (2008) y LUIS GRECO (2014, pp. 16-64). Incluso en Alemania, donde la producción de prueba ilícita realizada por particulares es valorable, admiten una excepción en casos de «extrema violación de los Derechos Humanos» (ROXIN & SCHÜNEMANN, 2019, p. 306).

<sup>23</sup> Actualmente, en ocasiones, los Estados utilizan métodos de tortura que no dejan marcas corporales, con el fin de conseguir una confesión. Así lo explica el doctor en neurociencia MATTHEW WALKER al escribir «Un informe en 2007 titulado: “Leave No Marks: Enhanced Interrogation Techniques and the Risk of Criminality” (Sin dejar huellas: técnicas de interrogatorio mejoradas y riesgo de delincuencia) ofrece una inquietante descripción de tales prácticas en la actualidad. El documento fue compilado por Physicians for Human Rights (Médicos por los Derechos Humanos), un grupo que tiene como objetivo acabar con la tortura humana. Tal como indica el título del informe, muchos de los modernos métodos de tortura están diseñados para no dejar evidencia de agresión física. La privación de sueño es el paradigma de este objetivo, y, mientras escribo este libro, todavía se utilizan para los interrogatorios en países como Birmania, Irán, Irak, Estados Unidos, Israel, Egipto, Libia, Pakistán, Arabia Saudita, Túnez y Turquía» (2020, p. 327).

<sup>24</sup> Art. 18 de la Constitución Nacional Argentina (en adelante CNA); art. 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); art. 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP); art. 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE); art. 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes; el parágrafo 136.III.a) StPO de Alemania; artículo 191 del Código procesal penal de Italia; quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, etc.

<sup>25</sup> *Supra* nota 4. Luego de este caso, en Argentina hubo una seguidilla de casos en los cuales la persona sospechada de cometer un delito, manifestaba «espontáneamente» información que se terminaba usando para conseguir prueba que lo condene. Estos casos, entre otros, son «RUÍZ ROQUE» (*fallos* 310:1847); «FRANCOMANO» (*fallos* 310:2384); «DARAY» (*fallos* 317:1985).

contra sí, tal declaración debe considerarse inexistente y no podrá por lo tanto ser tenida en cuenta ni valorada acerca de la exactitud de los hechos»<sup>26</sup>. La Corte (CSJN) en este caso advierte que los apremios ilegales sobre el imputado no pueden otorgarles validez a las manifestaciones, por consiguiente, esta no puede ser considerada. Sostiene que «*el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito*». La Corte afirma que el remedio para este tipo de conducta no puede ser nunca un castigo para los que cometieron los actos tendientes a arrancar una confesión del imputado, sino que además, esa prueba debe desecharse.

La Corte IDH decidió, en reiteradas ocasiones, de la misma manera. En el caso «CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO», el Tribunal dijo que «*la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante 'regla de exclusión') ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos. Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable*»<sup>27</sup>.

En Estados Unidos, el caso ya mencionado «NIX V. WILLIAMS» tiene la características de que, si bien se excluyó la confesión conseguida mediante tortura, el acusado fue condenado de todas maneras utilizándose la doctrina del *descubrimiento*

---

<sup>26</sup> De igual manera, el representante del Ministerio Público advierte correctamente que lo que no puede existir en el proceso no puede tampoco ser tenido en cuenta en la sentencia.

<sup>27</sup> Sentencia del 26 de noviembre de 2010. En igual sentido, véase «HERRERA ESPINOZA Y OTROS VS. ECUADOR», Sentencia del 1 de septiembre de 2016. En un caso más reciente, el Tribunal Interamericano sostuvo la necesidad de excluir toda la prueba que haya sido obtenido mediante el uso de técnicas que buscan romper la garantía contra la auto incriminación, con el siguiente argumento: «[e]l uso de la tortura como mecanismo para obtener confesiones o antecedentes incriminatorios del imputado o acusado no puede tener otra consecuencia que la exclusión de la prueba. De lo contrario, la prohibición de tortura quedaría vaciada de contenido, convirtiéndose en un derecho meramente formal sin ninguna consecuencia operativa. En vista de que el proceso se encuentra aún en fase recursiva, las autoridades competentes deberán -de oficio-, al resolver el recurso de apelación y en los demás actos procesales, excluir todos los antecedentes incriminatorios que fueron obtenidos bajo coacción o tortura para determinar si se mantiene o no el fundamento para establecer la responsabilidad penal de los acusados» afirmando, además, que «esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción» («GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO V. MÉXICO». Sentencia del 25 de enero de 2023).

*inevitable* en prueba fruto de la ilegalidad. En cambio, en «SPANO V. NEW YORK»<sup>28</sup>, la Corte Suprema estadounidense declaró la invalidez de una confesión policial de un acusado que había sido interrogado durante varios días en su celda por un policía que lo engañó.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, si bien recoge a la regla de la exclusión probatoria dentro de la fundamentación general del acceso a un proceso justo en los términos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>29</sup> ya que sostiene que el Convenio no regula qué pruebas pueden ser consideradas ilícitas, y sería competencia de cada Estado regularlo, pone una excepción respecto a aquella prueba obtenida mediante tortura o tratos degradantes, por ser esto contrario al art. 3 del Convenio<sup>30</sup> (MOSQUERA BLANCO, 2018, p. 11)<sup>31</sup>.

Existen, sin embargo, otros casos que son más complejos porque la garantía vulnerada es ponderada con valores del proceso que los tribunales suelen otorgarle mayor peso, por lo cual ingresa más prueba ilícita<sup>32</sup>. Estos son los que se encuentran dentro de la órbita de la intimidad, y especialmente voy a ocuparme de los casos referidos a los allanamientos sin orden judicial y a las detenciones arbitrarias.

En el primero de estos, y como aclaración previa, voy a advertir que no voy a ingresar en aquellos allanamientos que se dan con las excepciones que suelen estar previstas en leyes procesales, sino en aquellos casos en donde la orden judicial pudo ser recabada sin que eso perjudique el proceso, pero se decidió no hacerlo.

---

<sup>28</sup> 360 US 315 (1959). Este fallo «formó parte de una línea jurisprudencia, de más de treinta precedentes dictados por la Corte estadounidense en el período entre 1936 y 1966, en el cual el citado tribunal aplicó el llamado test de la "voluntariedad" a los fines de determinar la validez de las confesiones policiales. En tales casos, la decisión del tribunal no se fundaba en la violación de una cláusula específica de la Declaración» (GULLCO, 2012, p. 7).

<sup>29</sup> En Estados Unidos, muchos precedentes sostienen que el acusado tiene derecho a un juicio justo, pero no a un juicio perfecto «BRUTON V. UNITED STATES», 391 US 135 (1968); «BROWN. UNITED STATES», 411 US 223 (1973); «POPE V. ILLINOIS», 481 US 497 (1987).

<sup>30</sup> En el caso «Gäfgen c Alemania» (STEDH de 1 de junio de 2010, Gran Sala), el tribunal de Estrasburgo admitió la existencia de tratos inhumanos con el fin de obtener una declaración por la sospecha de que un niño de 11 años secuestrado podía seguir con vida y condenó a Alemania por este proceso. Sin embargo, sostuvo que el remedio a esto no era la exclusión de la prueba ilícita, porque en la sentencia la tortura no habría sido valorado, y estuvo basada en otra prueba independiente, ya que del art. 3 del Convenio se deriva solo una prohibición de valoración, pero no su admisión al proceso.

<sup>31</sup> El autor cita, respecto a la exigencia de comprobación si el recurrente había tenido un juicio justo, a los casos «SCHENK CONTRA SUIZA» (1998) y «KHAN CONTRA REINO UNIDO» (2000). Respecto a la prohibición de incorporar prueba obtenida mediante tortura, «JALLOH CONTRA ALEMANIA» (2006).

<sup>32</sup> Art. 18 CNA; art. 18.2 CE.

En estos casos, los tribunales suelen tener en cuenta otros aspectos al momento de excluir o no una prueba. La discusión suele centrarse, en varias ocasiones, en el consentimiento que puede prestar quien se encuentra en el domicilio, o si se encuentran dadas ciertas excepciones que prevé la ley para ignorar pedir una orden judicial. Sin embargo, existe jurisprudencia que puso reparos a los requisitos del consentimiento para ser válido.

El caso «FIORENTINO»<sup>33</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es un ejemplo de esto. Llega al más alto tribunal del país porque se cuestionaba el consentimiento dado por el menor Fiorentino para que agentes de la policía que lo habían interceptado en la puerta ingresen a la vivienda que aún compartía con sus padres. La Corte revocó la condena, sosteniendo que *«admitido como fue en la sentencia que los progenitores no autorizaron el allanamiento, aparece carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había consumado el ingreso de los extraños en la vivienda, máxime si se tiene en cuenta el modo como se desarrollaron los hechos»*<sup>34</sup>.

En un caso del mismo año, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional opinó en el mismo sentido. En «MONTICELLI DE PROZILLO»<sup>35</sup>, la acusada se encontraba detenida, y en sede policial admitió haber participado de los hechos que eran investigados, otorgándole a los policías información de donde escondía un arma, que luego sirvió como prueba para condenarla. La Cámara, sostuvo que *«[e]l consentimiento del interesado y el allanamiento serían entonces las dos caras de una misma moneda: el ingreso a una morada ajena; que puede realizarse o por la voluntad del titular o contra ella (allanamiento). Habida cuenta de la importancia que posee este consentimiento, dado que excluye la necesidad de la orden judicial, resulta insoslayable determinar qué características debe tener y cuál es la persona que puede prestarlo»* estableciendo, más adelante, que estos requisitos son: *«debe ser prestado de modo expreso (no hay confesiones criminales tácitas), por la persona que tenga derecho a excluir a un tercero*

---

<sup>33</sup> *Supra* nota 4.

<sup>34</sup> En el caso, se lo había condenado a FIORENTINO en primera instancia porque el tribunal entendió que la no negativa de los padres durante el ingreso de la policía también podía considerarse como que habían prestado su consentimiento para el allanamiento. La Corte entendió que, teniendo en cuenta la época en que ocurrió el hecho (1982, dictadura militar) no era lógico exigirle a los padres que echaran a la policía, si ya había ingresado al domicilio.

<sup>35</sup> Sentencia del 10.8.1984, L.L., 1984-D, 373.

*del domicilio y que, además, puede verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención».*

En «FERNÁNDEZ PRIETO»<sup>36</sup>, la CSJN no hizo lugar al pedido de la defensa de excluir prueba que fue obtenida mediante una inspección en el auto del acusado. Para esto, la Corte sostuvo que la «actitud sospechosa» que exige el código procesal se encontraba acreditada, y esta era una de las excepciones que prevén los ordenamientos con el fin de suplir las órdenes judiciales.

En el caso «TORRES»<sup>37</sup>, la Corte confirmó un allanamiento que había sido ordenado por un juez incompetente -jueza de faltas-, y sin fundamentación, utilizando términos totalmente imprecisos como «*el causante más arriba citado se encuentra portando consigo elementos de dudosa procedencia*». Sin embargo, el Tribunal Superior, en el considerando 8º, entendió que «*el referido magistrado tenía indudablemente facultades para disponer el allanamiento cuestionado. Si como resultado de tal procedimiento fueron obtenidas probanzas referidas a la posible comisión de delitos cuyo conocimiento excede la competencia de aquel magistrado, ello no autoriza a descalificar sin más tales elementos probatorios*».

En Estados Unidos existe, ante una orden judicial de allanamiento, la «knock and announce rule». Esta regla obliga a los agentes policiales que van a allanar un domicilio, advertir a las personas que están adentro, antes de ingresar por la fuerza. En el caso «HUDSON V. MICHIGAN»<sup>38</sup>, la policía respetó la regla pero solo esperó tres segundos para ingresar en la vivienda. Para NIEVA FENOLL «la condena debiera haber sido revocada, resultando peligrosísima esa excusa para el cumplimiento de los derechos fundamentales derivada de los “costes sociales sustanciales”, que amenaza con ser expansiva» (2017, p. 12).

Estos casos demuestran que existe un estándar de introducción de la prueba ilícita en las primeras instancias, resolviéndose en un análisis *ex post* en segunda instancia de apelación su exclusión, que tampoco es segura. Los tribunales hacen esfuerzos para matizar este tipo de violaciones, apoyándose en términos muy vagos como *actitud*

---

<sup>36</sup> Fallos 321:2947. Argentina fue sancionada por la Corte IDH en el año 2020 por este caso -y otro más- referidos a detenciones ilegales (Caso «Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina». Sentencia de 1 de septiembre de 2020).

<sup>37</sup> ED, 148-720; JA, 1992-IV-99.

<sup>38</sup> 547 U.S. 586 (2006).

*sospechosa* o consentimientos que fueron dados, pero se encuentran lejos de poder declararse válidos.

El segundo de los derechos referidos al espectro cubierto por la intimidad es de las detenciones policiales ilegales. Y acá suele suceder que las personas que se encuentran detenidas, muchas veces lo ignoran, y en muchas ocasiones esto se debe a que el concepto de detención en la vía pública no suele ser equiparado al de una detención formal, cuando tal vez se debería. Es por esto que *«aparte de los naturales inconvenientes derivados de toda detención, cualquiera sea su prolongación, debe reconocerse que durante mucho tiempo nuestro sistema prefirió otorgar amplia libertad justificante de un arresto y pocas o ninguna barrera para evitar potenciales arbitrariedades»* (CARRIÓ, 2015, p. 240).

La prueba obtenida de manera ilegal que ingresa es igual o similar a la anterior, es decir, a los allanamientos. Esto se debe a la discrecionalidad que se le otorga -tanto en la ley como desde los tribunales- a la policía en la averiguación de delitos, basándose en un instinto personal apoyado en su experiencia, que les permiten determinar si una actitud es sospechosa, sin apoyo empírico basado en alguna investigación previa, haciendo muy difícil los análisis a los tribunales.

El caso que marcó la discusión en Argentina es «DARAY»<sup>39</sup>, y es problemático porque los hechos que dieron lugar a la detención son confusos. Aquí, la policía detiene a Carlos Antonio Garbin en un operativo de rutina, y aunque éste le presenta toda la documentación correcta, la policía lo “invitó” a que vaya con ellos a la estación policial. Ya en el auto de la policía, “espontáneamente” Garbin informa que sus hijos tenían autos extranjeros en su poder con matrículas diplomáticas, ofreciéndose a su vez a acompañarlos. La Corte fue contundente al afirmar que *«los agentes de policía no presenciaron la comisión de ningún delito, ni dejaron constancia que tuviesen, al momento de detener al señor Garbin, ningún indicio que pudiera razonablemente sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito»*. Y en el considerando 11, aclaran que la invitación en cuestión *«no fue tal, sino una verdadera detención»*. En este caso se terminó resolviendo por descartar la prueba, y absolver a los acusados<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Fallos 317:1985.

<sup>40</sup> Existen una variedad de casos que toman estos conceptos y se centran en los requisitos que debe tener una detención para que sea válida. La Casación Nacional y Federal re afirmaron esto en «YON VALENTÍN» (CNCP, Sala I, 8/10/97); en «DESESAR» (CNCP, Sala II, 9/6/06); en «IBARRA» (CFCP, Sala III, 24/7/08).

Pero, algunos casos de casación, y de la misma Corte dieron pasos atrás respecto a estos estándares. Como mostré en los casos de allanamientos, «FERNÁNDEZ PRIETO» sentó un precedente restrictivo de la regla de exclusión. A este caso, luego, le siguió el famoso «TUMBEIRO»<sup>41</sup> -que formó parte del combo por el que fue condenada Argentina por la Corte IDH en el 2020-, por una detención hecha en virtud de una supuesta *actitud sospechosa*. El caso llega a la Corte por apelación de la acusación, ante una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que absolvió al imputado, haciendo referencia a la invalidez del procedimiento policial cuando lo detuvo. Citó al tribunal de juicio -que a su vez se había apoyado en el precedente estadounidense «TERRY V. OHIO»<sup>42</sup>-, re afirmando que *«cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de su investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona, a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo»*. Para configurar los indicios vehementes de culpabilidad que exigen las leyes procesales<sup>43</sup>, la policía advirtió que era una persona que *«por su comportamiento y su vestimenta no parecía de la zona»*. Con esta mera afirmación, la Corte avaló el procedimiento policial, sin exigir mayores explicaciones a los agentes de seguridad.

En Alemania, como menciona *supra* nota 10, la teoría de la ponderación es la mayoritaria. Sin embargo, también existen lo que ellos llaman un «ámbito nuclear inalienable» (ANI) de la esfera privada donde cualquier intromisión se encuentra absolutamente vedada. Pero, aun teniendo esa delimitación, en la jurisprudencia esta distinción nunca resultó clara, ya que existen decisiones del BVerfG solicitó al órgano legislador que introduzca dentro de ese ANI la vigilancia de las telecomunicaciones y el secuestro de anotaciones de diarios<sup>44</sup>, donde luego el Tribunal Supremo Federal para casos

---

<sup>41</sup> Fallos 325: 2485.

<sup>42</sup> 392 US 1 (1968). Con este caso la Corte Suprema de Estados Unidos desarrolló el concepto de lo que se conoce como «causa probable».

<sup>43</sup> «Art. 284. - Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 3º) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención».

<sup>44</sup> BVerfGE 109, 279; BVerfGE 113,348; También BGHSt 19,325.

como estos retomo la teoría de la ponderación, permitiendo que se utilicen las anotaciones en el diario íntimo de un sospechoso de un asesinato, imponiéndose «interés de la justicia penal sobre el derecho a la personalidad del imputado»<sup>45</sup> (ROXIN & SCHÜNEMANN, 2019, PP. 301-302).

Como traté de mostrar hasta ahora, y solo pensando en los derechos fundamentales de las personas acusadas, se puede percibir que más allá de la tortura u otros apremios sobre la persona con el fin de extraer una declaración que las autoincrimine, donde el remedio se aplica como una «regla» y se puede sostener *ex ante* que en esos casos, la vulneración de los derechos fundamentales sobre el imputado vuelve operativa a la regla sin mediar excusas. En los demás casos, los tribunales suelen realizar verdaderos esfuerzos argumentativos que limitan la aplicación de la exclusión probatoria, con el fin de que no se haga operativa, siendo ésta un verdadero «principio».

Pero, ¿qué pasa cuando se empiezan a ponderar también los delitos investigados?

#### 4.B. LOS DELITOS. LAS DIFERENCIAS DE HECHOS INVESTIGADOS

¿Influye en la decisión de los tribunales, para aplicar la regla de exclusión, la gravedad del delito investigado?

Como estuve desarrollando, los distintos valores que existen dentro de un procedimiento penal muchas veces entran en conflicto, se tensionan entre ellos. En el punto 4.A, solamente mostré casos en donde el tribunal verificaba si existía una vulneración a un derecho del acusado que merezca la reparación, vía la exclusión de la prueba, y una vez dejada de lado, comprobar si la convicción del decisor podía mantenerse.

Sin embargo, adoptar una postura firme en términos deontológicos sobre la exclusión probatoria, puede ser difícil cuando la garantía vulnerada tiene, en principio, un costo menor a dejar un delito grave impune. Creo que los tribunales tienen en cuenta esto y realizan esfuerzos para que una prueba ilícita pueda ser usada en casos en donde la impunidad del delito investigado aparece como un escenario real. Sobre todo, como

---

<sup>45</sup> BGHSt 34,397. En BverfGE 76, 281 y BverfGE 38,281, el Tribunal sostuvo que «la intensidad de las molestias que le causa al afectado la limitación de su derecho debe guardar una relación razonable con las ventajas que la medida estatal persigue y beneficia a la mayoría de la gente».

mencioné previamente en el punto 3.B, cuando la pérdida probatoria por la exclusión es muy grande teniendo en cuenta el delito investigado o cuando la violación es leve.

En cualquier caso donde se excluyó prueba ilícita podríamos preguntarnos lo mismo. ¿Qué hubiera sucedido si el delito era sustancialmente más grave, no sólo en términos de pena -que ya de por sí es un baremo para medir su gravedad- si no también en términos más personales? Los ejemplos contra fácticos pueden ser útiles para ilustrar esto.

En «MONTENEGRO» -visto anteriormente- se excluyó prueba que fue obtenida mediante tortura aplicada por la policía. Allí, se encontraron elementos sustraídos de una tienda, por un hecho que ni siquiera había sido denunciado. Cuando interrogaron a la víctima del robo, describió los objetos sustraídos y concordaban con los encontrados en el domicilio de MONTENEGRO. El tribunal de primera instancia había incorporado su declaración, pero lo había hecho como «*presunciones graves, precisas y concordantes*» y no como confesión, salvando así la violación al derecho contra la auto incriminación. La Corte allí afirmó, con cita a «Spano v. New York»<sup>46</sup>, que existía un «*conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; sin interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley*». También advirtió que «*compromete la buena administración de la justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito*». Con toda esta declaración firme en contra de incorporar prueba que fue violatoria de un derecho, podríamos afirmar que en ningún caso, por más grave que sea el delito, una prueba de este tipo podría admitirse. Pero es difícil también aceptar eso, si aceptamos que esta declaración fue hecha en el caso de un robo -que, repito, no había siquiera sido denunciado- y no en el caso de un homicidio, por ejemplo.

En el caso «NIX V. WILLIAMS» sucedió exactamente eso. A diferencia de «MONTENEGRO», en este caso la declaración del imputado no se da por medio de tortura o apremios ilegales, aunque del fallo surge que un policía obtuvo la declaración luego de «*persuadirlo*» y sin la presencia de su abogado defensor. Si bien en «NIX», se aplicó la doctrina del *descubrimiento inevitable*, es muy dudoso aceptar sin más eso. El lugar donde la policía estaba rastreando en busca del cadáver, era el lugar donde había aparecido la

---

<sup>46</sup> 360 US 315 (1958).

ropa de la niña que estaban buscando, y el cuerpo apareció a 120 kilómetros del lugar (Nieva Fenoll, 2017, p. 11)<sup>47</sup>.

Como se vio en el punto anterior, la tortura sigue siendo un delito que excluye de manera automática toda prueba obtenida de esa manera. Sin embargo, si la declaración de la persona se consigue en violación de otras garantías, esto puede ser relativizado y la prueba puede incorporarse al proceso, sobre todo si el delito es grave.

En Estados Unidos, un fallo que marcó un hito en las detenciones fue «MIRANDA V. ARIZONA»<sup>48</sup>, que estableció lo que luego fue conocido como «*Miranda rules*»<sup>49</sup>. Pero, en el caso «NEW YORK V. QUARLES»<sup>50</sup> decidió que en los casos de emergencia pública, la policía podía omitir dictar los derechos Miranda. Además, en 2010, se dictó el fallo «BERGHUIS V. THOMPSON», en el cual la policía podía seguir interrogando al sospechoso en tanto y en cuanto éste no dijera expresamente que quería hacer uso de su derecho a guardar silencio<sup>51</sup>.

Los casos «FERNÁNDEZ PRIETO» y «TUMBEIRO» dieron lugar a fuertes críticas en la doctrina. A mi entender, esto se debe a que los delitos cometidos allí tenían que ver como el tráfico de estupefacientes, y en cierta medida de baja cantidad. Sin embargo, no estoy seguro de que si el delito era de mayor gravedad, las críticas hubieran sido tan unánimes.

Lo recientemente dicho puede palpase, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª, STS nº 891/2022, del 11 de noviembre de 2022. Aquí, luego de que exista una discusión respecto a la validez de prueba conseguida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad que significó en el procedimiento seis resoluciones judiciales distintas, el Tribunal Supremo, por recurso de la defensa, dio por

---

<sup>47</sup> NIEVA FENOLL sostiene que la confirmación de la condena es correcta, pero no porque se hubiera descubierto de todas formas, sino que sostiene que era porque «la realidad era notoria: nadie sino el autor del hecho podía localizar con esa precisión el cadáver, en el que además aparecieron vestigios que también involucraban a Nix» (2017, p. 11).

<sup>48</sup> 384 US 436 (1966).

<sup>49</sup> Estas reglas establecen algo así: «[t]iene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usada en su contra en un tribunal de justicia. Tiene el derecho de hablar con un abogado y que un abogado esté presente durante cualquier interrogatorio. Si no puede pagar un abogado, se le asignará uno pagado por el gobierno». La Corte luego fue aplicando algunas excepciones a esta obligación.

<sup>50</sup> 467 US 649 (1984).

<sup>51</sup> En Argentina hubo intentos de traer lo establecido en el caso Miranda, pero siempre la Corte decidió no llegar tan lejos. En casos como «FRANCOMANO, ALBERTO JOSÉ Y OTROS S/ INF. LEY 20.840» (1987) y «CABRAL AGUSTÍN S/ CONTRABANDO» (1992) se discutió el accionar policial al momento de la detención de una persona, y como la información suministrada debía o no ser utilizada. Para un análisis más completo de estos fallos, ver CARRIÓ, 1988, 1993.

válidas las pruebas. En este resonante caso, la policía<sup>52</sup> había violado la intimidad de una persona al copiar información de un pen drive y dos tarjetas SD encontrando archivos multimedia con imágenes pedófilas, que se encontraban dentro de un bolso que una persona les había alcanzado porque los encontró en la calle, junto con otras pertenencias como documentación personal que permitió la identificación de la persona. El guardia civil que copio los archivos se los mostró a sus superiores, y estos recabaron una orden judicial para allanar el domicilio del acusado. El allanamiento se realizó y se recabaron mayores pruebas contra el acusado<sup>53</sup>.

En primera instancia, el tribunal absolvió al acusado por entender que las pruebas en su contra debían ser excluidas, como toda aquella derivada de la primera<sup>54</sup>. El órgano revisor, el 2 de julio de 2019<sup>55</sup>, anuló la decisión ordenando que durante el juicio se practique esta prueba, con una nueva composición de los miembros del tribunal.

El 28 de agosto de 2020, un nuevo tribunal volvió a absolver al acusado, con similares argumentos al anterior tribunal, sosteniendo además que la ilicitud originaria de la obtención probatoria generó un perjuicio tal que no había garantizado el derecho a un proceso justo<sup>56</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el 11 de enero de 2021, anuló esta nueva decisión, y ordenó que el tribunal, con la misma composición esta vez, dicte una nueva sentencia donde valore la prueba<sup>57</sup>. El tribunal esta vez sí condeno al acusado a la pena de 30 años de prisión<sup>58</sup>, valorando solo aquella prueba conseguida en los

---

<sup>52</sup> El Tribunal Supremo, en su sentencia, termina por sostener que en realidad la vulneración del derecho a la intimidad -como hecho totalmente probado- había sido por un particular, por ser este un guardia civil en ejercicio de sus funciones en la comisaria, y no ser un agente dedicado a la investigación de un delito particular, receptado de esta forma la doctrina del caso FALCIANI, que más adelante analizaré (MUÑOZ ARANGUREN, 2024, p. 332).

<sup>53</sup> Durante la declaración ante la policía, el acusado prestó consentimiento expreso para el examen del USB. Sin embargo, no voy a detenerme en el análisis de este consentimiento, ya que entiendo que la vulneración de la garantía ya había sucedido y esto, analizado *ex post*, no enmienda la violación de su intimidad. Sin embargo, como sostiene MUÑOZ ARANGUREN «[l]a propia doctrina del TS -acogiendo, a su vez, la jurisprudencia constitucional- exige, para que las declaraciones posteriores a la infracción de los derechos fundamentales puedan considerarse una prueba no contaminada por la ilicitud de la prueba matriz, que estas se produzcan siendo conocedor el acusado de la trascendencia convalidante de su testimonio -algo que en este caso no constaba en absoluto- prestándose especial relevancia al lapso temporal que medie entre la lesión del derecho fundamental y la posterior confesión del investigado» (2024, p. 337).

<sup>54</sup> SAP Navarra 9/2019, del 15 de enero de 2019.

<sup>55</sup> STSJ Navarra, 14/2019.

<sup>56</sup> SAP Navarra, 208/2020.

<sup>57</sup> STSJ Navarra 2/2021.

<sup>58</sup> SAP Navarra 84/2021.

allanamientos «apreciando su desconexión de antijuridicidad con respecto al primer material incriminatorio»<sup>59</sup> (MUÑOZ ARANGUREN, 2024, p. 3016).

El 17 de enero de 2022, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado fue desestimado por la Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>60</sup>. Esta decisión dio lugar a la STS 891/2022, que casó la sentencia recurrida el 1 de noviembre. Allí, el Tribunal Superior pone de manifiesto que los delitos importan para ignorar la exclusión probatoria en violación de derechos fundamentales. Sostiene el tribunal que *«los agentes se hallaban ante la evidencia de unos posibles delitos de extrema gravedad. El bolso con los dispositivos USB y SD le habían sido devueltos al acusado. La mera tenencia por el acusado de esos archivos ya era, por sí misma, delictiva. Y persistir en su tenencia suponía permitir se siguiera cometiendo el delito. Es más, en algunas fotografías se identifica al menor Gabriel que está siendo víctima de un abuso sexual de extrema gravedad. Los agentes de la autoridad no podían obviar tales circunstancias y permanecer inactivos, hubieran incumplido sus obligaciones legales de investigación y persecución del delito. En tales circunstancias el Estado no puede dejar de actuar y permitir que se siga cometiendo un delito o que presuntos delitos ya cometidos no reciban respuesta penal»*<sup>61</sup>.

En igual sentido, en aquellos casos donde lo que se encuentra en discusión no es el ámbito de la personalidad, sino la esfera privada, ROXIN Y SCHÜNEMANN sostienen que cuando se trata de una «“prohibición de valoración independiente”, o sea, cuando el Estado no ha llegado a la posesión del medio probatorio a través de una producción de

---

<sup>59</sup> La tesis de la «conexión de antijuridicidad» reconocida por el Tribunal Supremo español (ver *supra* nota 15), viene a sostener que «[c]uando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso sino sólo cuando entre la lesión y las pruebas exista, además de una relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la aplicación de la regla de exclusión. Cuando por el contrario no haya conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso» (GASCÓN ABELLÁN, 2020, p. 186). Para la autora, esta excepción «termina dejando en manos de los jueces la concreta garantía de los derechos» (2020, p. 188).

<sup>60</sup> STSJ Navarra 1/2022.

<sup>61</sup> Sin embargo, si bien es cierto que hay una necesidad de que este tipo de delitos de extrema gravedad no queden impunes, y también la necesidad de proteger a cualquier posible futura víctima de un delito semejante, en la sentencia esto parece ser ficticio. Así lo afirma MUÑOZ ARANGUREN en tanto «... hay un dato, que no me parece insignificante, que desmiente la idea de que la elusión de las garantías legales por parte de los agente de la Guardia Civil estaría justificada por la extraordinaria gravedad de los delitos revelados tras el examen de la memoria USB y por el temor de que el (todavía no formalmente) investigado pudiera “reiterar este tipo de conductos sobre otros menores”: en ese lapso de seis días [entre el descubrimiento de la prueba y el pedido de orden judicial para los allanamientos] los agentes no procedieron a detener al propietario del dispositivo ni realizaron actuación alguna encaminada a separar a los menores de él». (2024, p. 338).

prueba antijurídica, se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, **si se trata de delitos muy graves**, la valoración es admisible»<sup>62</sup> (el resaltado es propio) (ROXIN & SCHÜNEMANN, 2019, p. 302).

Todos estos casos tienen en común que, si lo que se encuentra en juego es la integridad física o la vida de las personas -víctimas-, los jueces encuentran la manera de relativizar la «regla» de exclusión a favor de poder utilizar prueba que, de lo contrario, acabaría muy probablemente con la absolución de las personas acusadas, pasando a ser ésta un «principio». Esto puede fundarse en el *principio de proporcionalidad*. En respeto a este principio «toda regulación del Estado debe ser *razonable*, por tanto, regida por una correcta ponderación de las relaciones entre la injerencia del Estado, los fines a alcanzar con la reacción y los derechos afectados por ella» (SANCINETTI, 2016, pp. 79-80)<sup>63</sup>.

Por ejemplo, en el caso «MONTENEGRO» fue fácil aplicar la «regla», ya que estaba en juego un robo que ni siquiera había sido denunciado por la víctima, pero si el delito es más grave, los jueces intentan interpretar el remedio como si fuera un «principio», como sucedió con el caso «NIX» de la Corte de Estados Unidos, que hasta creó una excepción a la regla en materia de prueba derivada. Esto también se puede ver claramente en el caso del Tribunal Supremo español en la sentencia 891/2022, donde la extrema gravedad del hecho investigado funcionó como una receta de alquimia que transmutó la «regla» en un «principio» más derrotable para los jueces. La ponderación realizada por los jueces en este caso también puede tener su razón en la peligrosidad del delito y la vigencia del hecho. Y podría ser un argumento válido en casos de delitos continuados que se ven impedidos de investigación por haber sido recabada la prueba inicial mediante una vulneración.

---

<sup>62</sup> Como mostraré más adelante, en Alemania las pruebas ilícitas obtenidas por particulares son válidas, pero teniendo en cuenta la gravedad del hecho, se pueden excluir. El BGH aceptó esto en un caso donde un particular reviso una conversación grabada privada descubriendo que se estaba planeado un incendio (BGHSt 36, 167). Al contrario, en una causa donde la prueba ilícita demostraba una injuria, el BGH decidió por la imposibilidad de valoración (BGHSt 14, 358).

<sup>63</sup> Según el autor, si bien este principio no tiene una regulación textual en el derecho constitucional argentino, puede constituirse mediatamente a partir del *principio de igualdad* (arts. 16 CN y 24 CADH), entendiendo a la igualdad no solo como la equiparación de todos entre sí, sino también mediante «una relación entre la entidad y medida de la reacción y un ideal de lo aceptable; pues proporción significa: “igualdad relativa a una cierta medida” (“relación cuantitativa entre dos o más cosas” o bien “equilibrio o adecuada relación entre las cosas”))» (2016, p. 80).

El hecho de que, como transcribí previamente, en la sentencia no solamente se trate de un caso de «extrema gravedad», sino que a su vez el abuso a menores podría seguir ocurriendo, ante una sospecha de ese tipo, lleva razón el tribunal en sostener que «... *el Estado no puede dejar de actuar y permitir que se siga cometiendo un delito o que presuntos delitos ya cometidos no reciban respuesta penal*» (el resaltado me pertenece). La proporcionalidad ejercida por los tribunales mediante la ponderación, en casos donde sigue vigente el daño, es intuitivamente deseable en favor de la continuación en la persecución del hecho.

#### 4.C. QUIÉN. EL SUJETO VULNERADOR

Más allá de las discrepancias sobre si la regla de exclusión probatoria debe ser relativizada, teniendo en cuenta las ponderaciones realizadas sobre el peso de los valores encontrados en el proceso penal, surge el interrogante sobre la decisión judicial cuando quien vulnera el derecho fundamental de una persona es un particular. ¿Es lo mismo que quien obtiene evidencia incriminante contra un acusado en desprecio de un derecho fundamental sea un particular o un funcionario público?

Estos casos, aunque escasos, suelen darse en intromisiones a la intimidad que son ilegales, y donde se descubre evidencia perjudicial contra una persona, haya un proceso penal iniciado en su contra o no. Sin embargo, aunque mucho menos rico en casos que los anteriores puntos, existen algunas decisiones para analizar.

En el caso de Argentina, en algunos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación venía haciendo afirmaciones muy tajantes respecto a donde tenía que ponerse el foco a la hora de analizar la exclusión<sup>64</sup>. En «MONTENEGRO»<sup>65</sup> el máximo tribunal sostuvo que existía un conflicto de valores, expresado en «*su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley*». Acá la Corte claramente establece que existe también un interés de protección del Estado para que los derechos fundamentales de las personas no sean vulnerados, sin dar mayores

---

<sup>64</sup> Tribunales de menor jerarquía también tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre esto, fallando en favor de la exclusión probatoria en un caso donde la denuncia penal se inició por intromisión a los papeles privados de un tercero (caso «P., F. S.») citado en CARRIÓ, 2015, p. 352.

<sup>65</sup> *Supra* nota 20.

explicitaciones. CARRIÓ, argumenta que en «RAYFORD»<sup>66</sup> el tribunal retoma este análisis, pero haciendo la aclaración que el Estado debe «prevenir el menoscabo de los derechos individuales de sus miembros a raíz de la aplicación de métodos inconstitucionales **por parte de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento**» (2015, p. 351)<sup>67</sup>.

En «FIORENTINO»<sup>68</sup>, la mayoría hizo una aclaración sobre la protección a la privacidad del domicilio del art. 18 de la CN<sup>69</sup>. Allí, sostuvo que la garantía es «*oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público*». Al hacerla en un proceso donde no se discutió en ningún momento el carácter de funcionario público de quienes llevaron adelante el allanamiento ilegal, adquiere mayor peso porque puede ser entendido como una regla que deba ser aplicado en futuros hechos similares, donde el peso estaría puesto solo en la vulneración.

En Estados Unidos, la Suprema Corte tiene desde 1921, con el caso «BURDEAU V. MC DOWELL»<sup>70</sup> una jurisprudencia consistente en permitir la inclusión en el proceso de prueba obtenido en violación de una garantía fundamental por parte de un particular, pero con la salvedad de que esta forma de conseguir la evidencia no haya sido fruto del uso de un particular como autor mediato para obtener la prueba ilícita. Y esta aclaración que hacer la Corte es prudente, porque la policía en ese sistema muchas veces se vale de agencias privadas para sus investigaciones (MIJANGOS, 2013, p. 229).

El Tribunal Constitucional español, en su más reciente sentencia al respecto de este tipo de adquisición probatoria, sostuvo la legitimidad y posterior postura a favor de la incorporación de esta evidencia, en la causa «FALCIANI»<sup>71</sup>. Los criterios que venía aplicando la jurisprudencia española respecto a la exclusión, pueden ser resumidos en la sentencia STS 228/2017. Allí, el Tribunal Supremo español dijo que «*en la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de*

---

<sup>66</sup> *Supra* nota 11.

<sup>67</sup> El autor sostiene que esto también estaría aclarado en «MONTENEGRO», pero no creo que sea así. De la extracción textual de la sentencia se puede ver que no hace la aclaración que hace en «RAYFORD», pudiendo hacerla. Y la omisión es porque lo que interesaba en el primer fallo, era no condenar a una persona que sufrió una vulneración a un derecho fundamental, como es la auto incriminación.

<sup>68</sup> *Supra* nota 4.

<sup>69</sup> Art. 18 CN: «... [e]l domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...»

<sup>70</sup> 256 US 465.

<sup>71</sup> Sentencia 97/2019, del 16 de julio de 2019.

*antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra», dejando abierta de esta manera a cualquier otra excepción que pueda darse ante evidencia útil<sup>72</sup>.*

En el caso «FALCIANI», se había conseguido una lista con alrededor de 130.000 nombres de personas que podrían haber defraudado a la hacienda pública. La lista fue obtenida mediante un allanamiento lícito, en el marco de un procedimiento por violación de secreto bancario. Sin embargo, el documento que fue incautado en ese registro, había sido obtenido por Falciani<sup>73</sup> violando la intimidad de las personas que figuraban en la lista. El Tribunal Supremo, en su decisión de 2017<sup>74</sup>, admitió la prueba -haciendo referencia a otros tribunales que también la habían admitido<sup>75</sup>-, con el argumento interpretativo histórico de que el espíritu del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español de excluir prueba ilícita, tiene su fundamento en la evitación de excesos policiales<sup>76</sup>.

En el 2019, el Tribunal Constitucional español, de manera unánime, aceptó la validez de las pruebas. Sin embargo, en su *obiter dictum* utiliza una curiosa forma de aclarar algo al igual que la Corte de Argentina en «MONTENEGRO», esto es, que en general hay que proteger a las personas ante la obtención de pruebas ilícitas, sin importar quien las obtuvo. Dijo el Tribunal: *«[e]l sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para*

---

<sup>72</sup> Sostiene MOSQUERA BLANCO que otra excepción es la de la «doctrina de la buena fe, respecto a la ilicitud original de los medios probatorios, lo que permite su utilización, en base a la actuación de los agentes actuantes» (2018, p. 16). Esta excepción fue aplicada por primera vez en Estados Unidos en el caso «United States v. Leon» (468 US 897 [1984]). Allí, la Corte afirmó que «no procede aplicar la exclusión cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida pero aparentemente correcta» (GASCÓN ABELLÁN, 2020, p. 194).

<sup>73</sup> Falciani era empleado del banco suizo que contenía los datos sustraídos.

<sup>74</sup> STS 116/2017.

<sup>75</sup> Como el proceso se dio en el marco de una investigación con cooperación internacional, varios países y el mismo TEDH tuvieron que expedirse sobre la exclusión -o no- de la prueba. El Tribunal Supremo mencionó al Tribunal Federal Belga, la Corte de Casación francesa, el Tribunal Constitucional alemán, la Corte de Casación Italia y al TEDH en la sentencia «K.S. Y M.S. CONTRA ALEMANIA» (MOSQUERA BLANCO, 2018, p. 19)

<sup>76</sup> El Tribunal igualmente realiza una aclaración sobre la gravedad de hechos investigados, sosteniendo que «Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública».

*obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso»<sup>77</sup>.*

En Alemania, las pruebas producidas por un particular en violación de un derecho fundamental son valorables, ya que entienden que «las disposiciones sobre el proceso de la StPO (¡y sobre todo las prohibiciones de métodos probatorios!) solo se dirigen a los órganos de persecución penal, básicamente este tipo de pruebas son *valorables*» (ROXIN & SCHÜNEMANN, 2019, p. 306).

En estos casos, los tribunales son renuentes a aceptar la posibilidad de que se excluya prueba ilícita obtenida por particulares, siendo esta solución un «principio» disponible por los decisores. Se podría sostener la inversión de su aplicación, así, que la «regla» sea la inclusión de la prueba cuando la ilegalidad proviene de un particular<sup>78</sup>.

## 5. PRUEBA ILÍCITA EN FAVOR DEL ACUSADO

Hasta acá se intentó dar un panorama descriptivo de lo que sucede en los casos en donde la vulneración a un derecho fundamental permite la obtención de prueba en contra del acusado. Pero podríamos preguntarnos también qué sucede en aquellos casos donde la prueba encontrada es favorable al imputado. ¿Debe excluirse esta prueba también, aun cuando su valoración mejore la situación quién se encuentra investigado en una causa penal? Yo creo que la respuesta es un contundente no. Voy a intentar explicar las razones.

Podemos pensarlo desde dos perspectivas distintas. La primera, y como mencione en el punto 2, los derechos fundamentales como norma en una constitución, según JEREMY WALDRON, existen para ponerle un límite al poder estatal. De esta manera, cualquier intervención estatal abusiva de su poder, tiene como límite, el derecho de la

---

<sup>77</sup> Para GASCÓN ABELLÁN, esta excepción sólo es aplicable en aquellos casos en que los particulares, con su conducta ilícita, no pretendían obtener prueba en un caso penal. En supuestos donde sí se busca obtener prueba incriminatoria –continúa la autora- es probable que los tribunales realicen un ejercicio de ponderación teniendo en cuenta el delito investigado (GASCÓN ABELLÁN, 2020, pp. 196-197).

<sup>78</sup> En el punto anterior se analizó la STS 891/2022, donde uno de los fundamentos ensayados por el Tribunal para no excluir la evidencia –aunque al final no fue decisivo- había sido que al cometerla un particular, por no ser este agente el encargado de investigar el delito, no le corresponde el mismo remedio que a los agentes estatales.

persona, como una carta de triunfo de un derecho individual en mano de un ciudadano (DWORKIN, 1984a, p. 37, 1984b, p. 153)<sup>79</sup>. En general, entonces, se puede sostener que el régimen de exclusiones probatorias fue concebido en miras de proteger la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (HAIRABEDIÁN, 2022, p. 89). Sostener esto implica que, si ocurriera que se viola una garantía constitucional pero lo obtenido mediante es favorable al acusado, entonces es el propio damnificado en este procedimiento que tiene la posibilidad de presentar la prueba, sin que el Estado pueda alegar su propia torpeza. A su vez, el derecho a la prueba formaría parte del derecho fundamental a la defensa, y que también le corresponde al derecho al debido proceso (AGUILERA GARCÍA, 2019, p. 183; FERRER BELTRÁN, 2007, p. 53)<sup>80</sup>. Privar de prueba que sirva al imputado para probar su inocencia, solo porque ésta fue conseguida mediante un procedimiento ilícito, es violar los derechos del acusado de dos maneras distintas. Por la vulneración en donde se obtuvo la prueba, y por no permitirle la posibilidad de contraprueba por un hecho del cuál no tuvo responsabilidad<sup>81</sup>.

La segunda perspectiva, tiene que ver con los fundamentos de la regla de exclusión, y como de la forma en que fueron pensados no se corresponden con estos casos. Si analizamos uno por uno estos fundamentos, entonces resulta sencillo ver que ninguno brinda soluciones adecuadas si se quisiera excluir, además, esta prueba. El *fundamento de la disuasión* no le generaría ningún incentivo al agente policial, por ejemplo, que cometió la ilegalidad con el fin de encontrar prueba que incrimine al investigado. De hecho, habría logrado ponerlo en peor situación, desechando prueba que él hubiera podido utilizar<sup>82</sup>. No podría sostenerse que con su exclusión se busca restaurar el estado de cosas previo a la violación del derecho. El *fundamento de la integridad*, en su búsqueda del status moral que debe tener el propio Estado para poder condenar, privaría a la sociedad

---

<sup>79</sup> La Corte Suprema Argentina tomó estas ideas de DWORKIN en el fallo «SEJEAN» (308:2268 [1986]) que declaró la inconstitucionalidad de la ley que prohibía la unión matrimonial en segunda nupcias. En su voto, el juez PETRACCHI sostuvo que «...la primera parte de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común».

<sup>80</sup> FERRER BELTRÁN, deriva también del derecho a la prueba el derecho fundamental a la valoración racional de la prueba (2007, pp. 126-138).

<sup>81</sup> Para FERRAJOLI, «para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera, no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles» (1995, p. 151).

<sup>82</sup> «... el carácter ilícito de una prueba no impide que ésta pueda surtir efectos favorables para la parte que nada tuvo que ver con la causa de ilicitud. Con ello, la regla de exclusión cumpliría su finalidad disuasoria de actuaciones ilícitas sin restar virtualidad frente a quien pueda beneficiarse legítimamente del resultado de dicha prueba» (DE LA OLIVA CITADO EN FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2004, pp. 240-241).

de la «comunicación moral genuina» en el proceso. Finalmente, el *argumento epistémico*, si se aplicara, podría generar que los tribunales también desconfíen de las intenciones que tuvo la policía, por ejemplo, para obtener esa prueba y querer que ésta no sea valorada. La desconfianza sería hacia la necesidad de exclusión de prueba valiosa para el imputado.

Esto, además, es puesto en relieve que siempre que se habla de la regla de exclusión cuando sucede un hecho que, *a priori*, amerita su aplicación, se hace la aclaración que esta prueba debe ser en contra del acusado. Así, MAIER afirma que «las restricciones impuestas a la actividad probatoria... perderían su sentido si la inobservancia de esos preceptos, o los que no admiten la injerencia sino bajo ciertas formas y autorizaciones, no provocara la inadmisibilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba –**desfavorables para el imputado**- obtenidos ilegítimamente o, si ya fueron incorporados, la expulsión de su seno» (el resaltado es propio) (2016, p. 654)<sup>83</sup>.

Esto se mantiene de la misma forma si en un mismo acto en que se vulneran los derechos de un acusado, se encuentra prueba a favor, pero también en contra. No podría sostenerse que la prueba, por haber sido obtenida en un solo acto en contra de las garantías de una persona, es parte de un todo, y cada una de ellas debe correr el mismo riesgo que la siguiente<sup>84</sup>. La solución de la exclusión es justamente porque el Estado cometió un hecho que, sin cumplir las propias normas que, desde otro poder, el mismo creo, puso en una situación totalmente desventajosa a quien está investigado. Y la inclusión de aquella prueba favorable, aun habiendo sido obtenida de manera ilegítima, permite resguardar el derecho de defensa de la persona acusada, permitiéndole usar toda la prueba que el desee aportar que apoye su inocencia, ya que el uso de esta carga de la prueba, es libre (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2004, p. 161).

## 6. CONCLUSIONES

En el trabajo, intenté demostrar que no existe de por sí una «regla» de exclusión, sino que muchas veces ésta pasa a ser un «principio» disponible para el juez. Teniendo en cuenta los distintos fundamentos que apoyan su razón de ser, y aquellos otros que intentan relativizarla, los tribunales generalmente pivotean entre unos y otros, con el

---

<sup>83</sup> En idéntico sentido, GUZMÁN, 2011, pp. 126-133.

<sup>84</sup> En contra de una postura de este estilo, ASECIO MELLADO citado en FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2004, p. 240.

objeto de ponderar caso a caso la posible aplicación de la «regla de exclusión» o lo que podríamos llamar el «principio de exclusión».

En el caso de las garantías vulneradas, hay un consenso fuerte respecto de la aplicación de la regla de exclusión en los casos de torturas o malos tratos con el fin de obtener una confesión, violándose el derecho contra la auto incriminación, aplicándose la «regla» de exclusión probatoria. Pero respecto a otras garantías referidas a la intimidad, esta exclusión deja de ser automática para comenzar a incorporarse prueba ilícita. Distintas son las razones que fundamentan estas decisiones, pero lo cierto es que ya no podríamos aseverar que los tribunales aplican la «regla» ante la violación de nuestros derechos fundamentales, siendo ésta un «principio».

Luego, intenté centrarme en los delitos y si la gravedad es una razón de peso. Con ejemplos en la jurisprudencia sobre delitos graves, traté de demostrar que los tribunales no son neutros ante esto, y que no es lo mismo la obtención de prueba ilícita que inicia una investigación por un delito leve, donde la regla de exclusión funciona como «regla», a aquellos casos en donde se inició un proceso por un delito grave. En estos casos, los jueces realizan la ponderación de intereses respetando el *principio de proporcionalidad*, que debe primar en todas las decisiones del proceso, y el «principio» de exclusión es ponderado entre la violación cometida y la gravedad del delito investigado, teniendo en cuenta el coste que tendría para el proceso la exclusión de prueba, pero también, la vigencia del hecho, en caso de que exista un riesgo de que el delito continúe.

En tercer lugar, indagué sobre la posibilidad de que quién obtiene las pruebas sea un particular, y si esto influye de alguna manera en las decisiones. Nuevamente, los tribunales no ignoran este hecho, y comprenden el problema, pero suelen aceptar esta prueba, mientras a su vez hacen afirmaciones dogmáticas carentes de fuerza, al admitir que es deber del Estado no solo proteger a las personas contra violaciones de las fuerzas de investigación, sino que además lo tienen que hacer en general -haciendo a veces explícito el hecho de que hablan de violaciones particulares- para garantizarles a las personas un proceso justo. La «regla» parecería ser la inclusión de la prueba ilícita. El de la *protección de derechos*, por su caso, no restauraría el desequilibrio generado por la vulneración, que de hecho, lo agravaría.

Finalmente, me pregunté que debe suceder en aquellos casos donde se obtuvo prueba ilícita pero favorable para la persona investigada. En pos del derecho de defensa y la libertad de la carga de la prueba la regla de exclusión debe operar como una verdadera «regla». Ninguno de los fundamentos a favor de la regla de exclusión es útil para justificar privar de la aportación de prueba de descargo a una persona que se vio violentada en sus derechos, pero que gracias a eso puede verse beneficiado en el proceso. Si es cierto que el derecho es una construcción colectiva<sup>85</sup>, se puede apreciar que cada vez son mayores los esfuerzos de los tribunales por limitar la exclusión de la prueba, pudiendo incluso ser una pendiente resbaladiza (*slippery slope*) en contra de los derechos fundamentales, debilitando cada vez más su peso.

---

<sup>85</sup> DWORKIN lo describió como una «novela en cadena» (1986, p. 229). NINO, por su parte, como la construcción de una catedral gótica (1990, pp. 205-207).

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera García, E. R. (2019). *Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria*. 3, 182-199.
- Alexy, R. (2014). *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*. 9-28.
- Ambos, K. (2008). *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?* 2(62), 261-288.
- Ambos, K. (2009). *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán –fundamentación teórica y sistematización–*. 7.
- Beade, G. (2011). El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin con relación al caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana. En G. Beade & L. Clérico (Eds.), *Desafíos de la ponderación* (pp. 253-297). Universidad del Externado de Colombia.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Heliasta S.R.L.
- Carrió, A. D. (1988). *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país? Tal vez no, pero anda cerca*.
- Carrió, A. D. (1993). *Otra vez el tema de las confesiones policiales: Miranda está lejos y espera*. 4.
- Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal* (6° edición actualizada y ampliada. 1° reimpresión.). Hammurabi.
- Choo, A. (1989). *Improperly Obtained Evidence: A Reconsideration*. 9(3), 261-283.
- Díaz Cantón, F. (1999). *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*. 333-346.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S., & Tadros, V. (2007). *The trial on trial. Volume three*. (1°). Hart Publishing.
- Dworkin, R. (1984a). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (1984b). Rights as trumps. En J. Waldron (Ed.), *Theories of Rights* (pp. 153-167). Oxford Press University.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire* (Harvard University Press).
- Fernández López, M. (2004). *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Universidad de Alicante.
- Ferrajoli, L. (1992). *El derecho como sistema de garantías*. 16-17, 61-69.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (AA. VV., Trad.; 1° edición). Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba* (1°). Marcial Pons.

- García Yzaguirre, V. (2022). *Excepciones implícitas e interpretación una reconstrucción analítica*. Palestra.
- Gascón Abellán, M. (2020). Además de la verdad. En P. A. Ibáñez, P. P. Grández Castro, B. Marciani Burgos, & S. Pozzolo (Eds.), *El compromiso constitucional del iusfilosofo. Homenaje a Luis Pietro Sanchís*. (pp. 177-202). Palestra.
- Greco, L. (2014). *Tortura, incesto y drogas: Reflexiones sobre los límites del derecho penal*. (1° edición). Hammurabi.
- Guastini, R. (2008). *Nuovi studi sull'interpretazione*. Aracne.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gullco, H. V. (2012). *Las declaraciones policiales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. 9.
- Guzmán, N. (2011). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. (2° edición actualizada y ampliada).
- Hairabedián, M. (2022). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal* (3°). Ad Hoc.
- Hobbes, T. (1651). *Leviathan*. True Sign Publishing House.
- Larsen, P. (2022). *Derechos fundamentales, discrecionalidad judicial y proceso penal: Cómo la reglamentación de los derechos puede afectar los objetivos del proceso*. 3, 13-47.
- Limardo, A. (2021). Regla de exclusión de la prueba ilícita: Una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa. En *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 1-49). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Maier, J. B. J. (2016). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos* (1°). Ad Hoc.
- Mijangos, J. (2013). *Prueba ilícita*. 5, 223-231.
- Miranda Estrampes, M. (2010). *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. 22, 131-151.
- Morgenstern, F. (2014). *Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal*. Universidad Torcuato Di Tella.
- Mosquera Blanco, A. J. (2018). *La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero*. 3, 34.
- Muñoz Aranguren, A. (2024). *La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Variaciones sobre un caso trágico. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Nº 891/2022, de 11 de noviembre*. v, 301-352.
- Nieva Fenoll, J. (2017). *Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: Un error de base*. 9068, 1-18.
- Nino, C. S. (1990). *La Constitución como convención*. 189-217.

- Redmayne, M. (2009). *Theorizing the Criminal Trial*. 2(12), 287-313.
- Roberts, P., & Zuckerman, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford Press University.
- Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho Procesal Penal*. (1.<sup>a</sup> ed.). Didot.
- Sancinetti, M. A. (2016). *Casos de Derecho penal. Parte general*. (3<sup>o</sup> edición reelaborada y ampliada. 1<sup>o</sup> reimpresión., Vol. 1). Hammurabi.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. (T. J. Schleider, Trad.). Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). Constitucionalismo: Una postura esceptica. En J. Waldron, *Contra el gobierno de los jueces* (pp. 25-53). Siglo XXI.
- Walker, M. (2020). *Por qué dormimos*. (1<sup>o</sup> edición). Paidós.