

**LAS PRUEBAS ILÍCITAS**  
**(Trabajo escrito para el Congreso de Panamá en homenaje al Dr.**  
**Jorge Fábrega. Febrero de 1995).**  
**REFLEXIONES SOBRE LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL**  
**DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PRUEBAS ILÍCITAS EN EL**  
**PROCESO PENAL**

**DR.: ENRIQUE VESCOVI.**  
**(Del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.**  
**Ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)**

**SUMARIO.**

1. Propósito. Delimitación del trabajo. 2. Las pruebas ilícitas. Concepto. 3. Las principales tendencias respecto de la exclusión o no de las pruebas prohibidas y las que derivan de esta en el proceso penal. 3.1. Planteo general. 3.2. La tesis de la admisión de la prueba ilícita. 3.3. La tesis de la exclusión de la prueba ilícita. 3.4. Las tesis intermedias. Las distinciones de los diversos casos. 4. Las modernas tendencias en la materia. 4.1. La jurisprudencia hasta los años ochenta. 4.2. Las nuevas tendencias del Derecho Comparado.

**1. Propósito. Delimitación del trabajo.**

El primero y principal propósito al escribir este trabajo ha sido el de participar, aunque sea a la distancia, dado que nos ha sido imposible concurrir personalmente, en el homenaje al profesor e ilustre amigo Jorge Fábrega.

El objetivo concreto del mismo será, en lo posible y dadas las limitaciones de tiempo y espacio impuestas, recrear el tema sobre el cual hemos escrito desde hace mucho tiempo<sup>1</sup>, en sus aspectos más modernos en el actual

<sup>1</sup> Así lo hemos hecho como resultado de una investigación personal realizada en los Estados Unidos en nuestro trabajo "Premisas para la consideración de la prueba ilícita".

Derecho comparado, tanto en doctrina como en jurisprudencia. Dado que se trata de una de las más importantes cuestiones que afectan el derecho procesal penal en su desarrollo actual que es muy importante, sobre todo en nuestra Latinoamérica. En especial si nos referimos a los **Códigos Modelos, en especial el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica**<sup>2</sup>.

## 2. Las pruebas ilícitas. Concepto.

Aquí cabrían una serie de distinciones que exceden del propósito de este trabajo y su planteo inicial.

Solamente diremos que la prueba puede ser ilícita o ilegítima en sí, en cuanto la ley no la habilita (No podrán probarse por testigos... No podrán declarar como testigos...), o por la forma de ser obtenida. En especial si lo es violando alguno de los Derechos humanos o individuales (como confesión extraída por la tortura, o la interceptación de correspondencia o grabaciones de conversaciones ilegítimamente obtenidas).

Los casos más frecuentes rechazados por la doctrina y la jurisprudencia son de estos últimos, justamente en defensa de esos derechos, sobre todo el de intimidad tan reclamado por la sociedad en épocas como la actual en que el Estado y los propios particulares los atacan. Inclusive en base a modernas técnicas.

Devis Echandía, en una cumbre latinoamericana, sobre todo en sus estudios sobre las Pruebas Judiciales, dice que la prueba ilícita puede derivar del procedimiento para obtenerla, serlo en sí misma, o en la violación de una norma legal. Y cabe rechazarla en todos esos casos<sup>3</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, especializada en el tema, sostiene que "la prueba ilícita (obtenida por medios ilícitos) entra en la categoría de prueba

---

Publicado originalmente en Uruguay en la Justicia Uruguaya, en 1969, T. LXX sec. doct. pág. 35. Y luego en España, en 1970 en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 1970 N°. 12 pág. 341.

<sup>2</sup> En especial a través de la aprobación del Código procesal modelos para Iberoamérica. Estos Códigos modelos han sido un emprendimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal fundado en Montevideo en 1958, en el primer aniversario de la muerte del maestro Couture. en sus IVas... Jornadas (Caracas, Valencia, 1967) su primer Presidente, don Niceto Alcalá Zamora y Castillo propuso la preparación de sendos Códigos Modelos para el proceso civil y penal. Tarea que llevó muchos años y múltiples Jornadas. Por fin en la XIas. Jornadas (Río, 1988) se aprobó el Código Procesal Civil y en las XIIas. Jornadas (Mérida, España, 1990) el del proceso penal.

<sup>3</sup> ECHANDÍA, H. Devis. *Teoría general de las pruebas judiciales*. Buenos Aires 1970. t. I, pág. 542.

vedada. Será así si fuera contraria a una norma legal o principio positivo... pero la prohibición puede derivar de una norma procesal o material<sup>4</sup>.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone, al enumerar los medios de prueba que: "También podrán utilizarse **otros medios de prueba no prohibidos por la ley**" (art. 136. 2).

A su vez, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica establece que "**Son inadmisibles**, en especial, los elementos de prueba **obtenidos por un medio prohibido**, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones y los archivos privados" (art. 148).

Como se ve no hay una distinción clara entre el medio de prueba ilícito en sí y el obtenido por un medio prohibido. En este caso prohibido por la ley, tomada en sentido amplio que incluye, por supuesto las leyes, la Constitución, los tratados internacionales, etc.

### **3. Las principales tendencias respecto de la exclusión o no de la prueba prohibida y las que derivan de ésta, en el proceso penal.**

#### **3.1. Planteo general.**

Con relación al tema aparecen dos tendencias extremas, la primera es el rechazo de esta prueba que llamamos ilícita, su inadmisibilidad; su exclusión como se suele decir utilizando la terminología norteamericana (exclusionary rules).

La otra es la de su admisión, en todo caso sancionando a quien, para obtenerla, ha violado algún derecho u ocasionado un perjuicio, pero entendiendo que existe un fundamental derecho a conocer la verdad de los hechos por el Juez, sobre todo en materia penal y para prevenir las conductas delictivas.

Luego aparecen una multiplicidad de soluciones intermedias, esto es distinciones para ciertos casos en los que se admite y otros en los cuales se rechaza la prueba ilícita.

#### **3.2. La tesis de la admisión de la prueba ilícita.**

Para abreviar, porque el tema es lo suficientemente complejo, vamos a tomar una de las posiciones que llega a la conclusión que podemos llamar positiva, esto es la de la admisión de la prueba ilícita.

<sup>4</sup> A. Pellegrini Grinover. *Libertades públicas e processo penal*. 2ª. ed. Sao Paulo 1982, pág. 102 y ss.

Tal posición puede basarse simplemente en la necesidad superior de que el Juez (como dijimos, sobre todo el penal) acceda a la verdad, no importe por cual medio, dado que de ese modo se sirve mejor al supremo interés de la Justicia.

Otras tesis con más profundas, como las que predominan en una parte relevante de la doctrina italiana.

Nos referimos a la posición de Franco Cordero, el profesor italiano que entiende que la única razón para excluir una prueba del proceso (penal) puede ser de carácter procesal, esto es que por una norma de procedimiento de prueba resulte rechazada porque es ilegal en sí, no porque haya sido obtenida por medios ilícitos, por ejemplo<sup>5</sup>.

### **3.3. La tesis de la exclusión de la prueba ilícita.**

Se funda, como dijimos, en que debe vedarse toda prueba para la cual se practiquen actos que violen las normas legales ("prohibida por la ley") como modo auténtico e insustituible de la protección de los derechos humanos.

Si se entra en distinciones, se dice, (como las que a continuación estudiamos), o se admite no la prueba inicial (confesión por tortura) sino la derivada (elementos encontrados luego lícitamente en base a aquella), se entra en el camino de aceptar la violación del derecho individual.

En esta tesis se prioriza la defensa del derecho del hombre, en especial los reconocidos constitucionalmente, pero sobre todo los de intimidad que debemos defender a toda costa, especialmente en nuestro tiempo en que están tan amenazados.

### **3.4. Las tesis intermedias, las distinciones de los diversos casos.**

En nuestro trabajo de investigación sobre el tema hacíamos referencia a diversas distinciones. A saber:

Hay quienes diferencian la actitud que debe adoptarse según se trate del proceso civil, donde predomina el interés privado, del penal donde el interés público en la persecución del delito debe rechazar toda veda de prueba.

También existe una tesis que distingue la investigación realizada por un funcionario público de uno privado, rechazando la prueba en caso de que el primero viole derechos para obtenerla, como forma de desalentar la mala

<sup>5</sup> Más ampliamente F. Cordero. Tre studi sulle prove penale. Milano 1963.

actuación de aquellos, no en caso de los privados donde no existe tal razón. Esta distinción aparece en los Estados Unidos y favorece la persecución e investigación a través de detectives privados, que luego aportan pruebas al Fiscal.

Por último nos interesa señalar la distinción que se hace en la doctrina y jurisprudencia en cuanto al rechazo de la prueba ilícita en sí, pero no la derivada de ésta. En la opinión que defiende la tesis absoluta del rechazo de toda prueba ilícita la que deriva de esta también es rechazada. (Según aquella jurisprudencia son tan venenosos los frutos del árbol envenenado como éste)<sup>6</sup>.

#### **4. Las modernas tendencias en la materia.**

##### **4.1. La jurisprudencia hasta los ochenta.**

Para seguir con esta exposición en forma esquemática nos hemos permitido hacer una división, como todas arbitraria o aproximada, entre la tendencia, que parece avizorarse actualmente, a través de la moderna doctrina y jurisprudencia comparada y la que culminó en los años ochenta.

Esta última había sido el resultado de una evolución que, según nuestras investigaciones, y mirando siempre lo más general, tendió a priorizar la protección de la defensa del derecho de la intimidad, pronunciándose por la exclusión de la prueba ilícita rechazando las sucesivas distinciones.

Así sucedió en la jurisprudencia de los **Estados Unidos de Norteamérica**, que ha nuestro juicio ha liderado el tema. En especial en la "Corte Warren", ha habido una total prevalencia de la defensa de los derechos frente a la utilización de diversos medios ilícitos para la persecución del crimen.

En puridad se trata de una evolución jurisprudencial que arranca desde casi el principio del siglo. Así en el caso *Weeks vs. USA* (1914), se sostiene la inadmisibilidad de prueba por violación de la Enmienda IV, en un proceso ante un Tribunal Federal. En todo caso demoró un tiempo en que se aplicara la misma regla a los tribunales estatales (*Rea vs. USA*, 1956 y *Elkins vs. USA*, 1960). Regla que, luego de vacilaciones se asienta en el famoso caso *Mapp vs. Ohio*, 1961.

La misma tendencia se puede ver en la **República Argentina** donde diversos tribunales y la Corte Suprema, (está en sentencia de 27/11/84 y 11 de diciembre de 1990) sienta la tesis de la exclusión de la prueba ilícita,

<sup>6</sup> Nos remitimos a: Ada Pellegrini, *Liberdades...* Cit. E. Vescovi. *Premisas...* cit. y B. Minvielle. *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*. Córdoba 1987. Para Panamá hemos consultado a A.A. Arjon López. *Las pruebas ilícitas en el proceso penal*. Panamá 1989.

aunque con algunas precisiones. En este último caso (Víctor Fernández) la Corte descalifica la prueba obtenida por medios ilícitos (allanamiento ilegal) aun cuando hubiese prestado utilidad para la posterior investigación. Sin embargo, establece que es preciso analizar en cada caso las circunstancias que rodearon cada situación concreta<sup>7</sup>.

Igual tendencia aparece en la legislación y jurisprudencia brasileñas, analizadas por la profesora Pellegrini (supra nota N°. 3) amén que la nueva Constitución brasileña de 1988, no sin influencia de tan destacada profesora, incluyó la prohibición de pruebas ilícitas.

Lo mismo puede decirse de la legislación y jurisprudencia alemana<sup>8</sup>. En cambio no puede señalarse la misma tendencia en Francia ni en Italia<sup>9</sup>.

#### 4.2. Las nuevas tendencias del Derecho comparado.

Nos ha parecido importante como aporte novedoso a este Congreso, en homenaje al profesor Jorge Fábrega, comentar algunas de las tendencias más modernas que merecen la atención del procesalista y del hombre de Derecho en general.

En principio debemos decir que descubrimos una tendencia regresiva o limitativa de la prohibición de las pruebas ilícitas que venimos estudiando, al menos con referencia a ciertos delitos que tienen muy preocupada a la comunidad toda. Como pueden ser los de terrorismo y tráfico de drogas y de personas (mujeres y niños).

Así y en este sentido se ha señalado que este derecho a la intimidad, que nos preocupa cada vez más en medio de las agresiones de todo tipo que sufre, es, como todos los derechos no absoluto sino relativo y limitado. Esto es que debe verse en su relación con los demás derechos del Hombre, como el de propiedad, libertad, vida, etc.

Así nace el llamado criterio de **proporcionalidad**, que fundamentalmente rescata la teoría alemana, para considerar, en cada caso concreto, la situación. (Como lo señala la jurisprudencia alemana y la argentina que venimos de citar). Para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al receptor esa prueba.

En todo caso nos causa cierta alarma la nueva jurisprudencia norteamericana, con una Suprema Corte de Justicia más conservadora, que, a nuestro juicio ha retrocedido en torno al tema de la prueba ilícita y a la

<sup>7</sup> A. M. Morello. La Prueba. Tendencias modernas. La Plata Buenos Aires. 1912.

<sup>8</sup> Más ampliamente: A. Pellegrini Grinover. ob. cit. B. Minvielle ob. cit.

<sup>9</sup> También ver: A. Pellegrini, ob. cit. B. Minvielle ob. cit. y E. Vescovi, ob. cit.

mención de los "frutos del árbol venenoso", cuyo concepto protector de la intimidad parece descartado.

Referiremos algunos casos últimos de interés.

Así en el caso *McClelskey's c. Walter Zant* por mayoría y con discordias, se acepta como prueba la confesión del imputado que primeramente había negado su participación en el delito. Esa confesión se obtiene colocando en la celda contigua al acusado otro delincuente con el cometido de conversar con aquél y obtener datos y su confesión que luego ratifica al verse cercado por la prueba obtenida por ese medio.

En puridad la aceptación de esta prueba deriva del rechazo de la petición del acusado en que basa su apelación, por razones formales (no haber invocado determinado precedente, etc.). El fallo de la Corte, redactado por el Juez Kennedy por seis votos (con tres discordias), confirma la decisión de que el recurrente hizo abuso de su "writ" al introducir el recurso de manera ilegal y lo rechaza<sup>10</sup>.

El otro caso que queremos citar en esta pequeña referencia es aún más notorio. Se trata de una persona residente en México que fue secuestrada en su domicilio de dicho país y fletada en un avión particular a Texas donde es juzgada y condenada por secuestro y homicidio de un agente de la DEA. El juez de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones confirmando, entendió que se había violado el Tratado de Extradición entre los dos países y ordenó la repatriación a México del inculpado pero la Suprema Corte de Justicia revoca la decisión, también con discordias. No tenemos tiempo de analizar los fundamentos, pues son ajenos al tema de la prueba ilícita en sí, pero, en todo caso, demuestran una tendencia nueva que, sin duda, restringe los derechos del debido proceso legal y las garantías de defensa, en forma alarmante.

Por último queremos mencionar un caso de nuestro propio país que está aún a resolución de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

Se trata de un caso en el cual están involucradas varias personas, inclusive un abogado penalista, acusados de enviar mujeres a Italia para ejercer la prostitución (la llamada trata de blancas).

El Juez toma como base principal de la prueba grabaciones telefónicas obtenidas por la policía italiana, con autorización del juez italiano, de conversaciones mantenidas entre Italia y Uruguay. La prueba se basa en *los dichos de las personas que hablaban desde Uruguay*.

El juez decretó el procesamiento pero el Tribunal de Apelaciones en lo penal lo revocó en base justamente a que se consideró prueba ilícita la llevada al proceso.

<sup>10</sup> The United States Law Week. Abril 11/91. Vol 19 N°. 40. Caso N°. 89-7029.

Se hizo hincapié en que, naturalmente, el delito imputado se comete en Uruguay y la policía (Interpol) en comunicaciones con la italiana obtiene las grabaciones que luego se usan como prueba trasladada.

La tesis del Tribunal, que representa en Uruguay el rechazo de la prueba ilícita, se sostiene en base a que dicha prueba se obtuvo sin conocimiento del Juez uruguayo que no autorizó la grabación (como hubiera podido hacerlo según nuestra ley) y que no es válida la obtenida en Italia por grabaciones que, aunque autorizadas por el Juez de aquel país se refieren a comunicaciones en Uruguay respecto a un delito cometido en Uruguay y al proceso penal en este país.

Se cita nuestra opinión y la de Ada Pellegrini y Devis Echandía. Este último para poner de resalto que la prueba trasladada no deja de ser ilícita porque se incorpore al proceso con todas las garantías.

Actualmente se ha deducido por el Ministerio Público, la casación sosteniendo la licitud de la prueba. El Fiscal de Corte y Procurador de la Nación, que asume la función del referido Ministerio Público ante la Corte ha informado que comparte la tesis de la ilicitud de la prueba, por los argumentos expuestos y que, en consecuencia, pide la confirmación del fallo del Tribunal y la absolución (revocación del auto de procesamiento) de los imputados.

Como vemos la **conclusión** es que en el mundo sigue la lucha entre la tesis que sostiene que la prueba ilícita, en especial la obtenida en violación de derechos fundamentales, debe ser rechazada por inadmisibles, así como la que derive de ella y la que hace concesiones basadas en la defensa del interés público.

Reconocemos la necesidad de admitir cierto criterio de proporcionalidad, así como admitimos que de una prueba ilícita puede resultar la prevención de un delito (en cuyo caso no se puede dejar de actuar), lo que nos llevaría a admitir que la solución debe adoptarse caso por caso. Pero mucho nos tememos que el abrir una brecha en la tesis que llamamos predominante hasta los años ochenta, puede constituir un peligro para la defensa de los más preciados derechos humanos.

Montevideo, enero de 1995.