



Artículo original

Análisis comparado de la prueba ilícita y las reglas de exclusión **Comparative analysis of unlawful evidence and exclusion rules** **Prueba ilícita ha umi regla de exclusión oñembojovake ha oñehesa'ýijo**

*Pablo Darío Villalba Bernie

<https://orcid.org/0009-0005-5142-4801>

Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Encarnación. Paraguay.

Resumen

La investigación se concreta tras analizar la problemática de la prueba ilícita y los alcances de las reglas de exclusión en el orden legal paraguayo, en un estudio realizado a partir de los orígenes de la ilicitud probatoria, que ha tenido injerencia desde el derecho anglosajón, por lo que se realiza una mirada también al derecho europeo, finalmente para abordar respecto a la operatividad en el ámbito nacional. Sin dudas es un temario de polémico razonamiento, válidos en ambos sentidos, tanto en lo referente a los justificativos de la exclusión como también para su admisión en determinadas situaciones. En tal sentido, se puede afirmar que el posicionamiento de origen acerca de las pruebas ilícitas ha mutado, para justificar una gran flexibilización en cuanto a la admisión como elemento probatorio. Asimismo, la metodología utilizada consistió en el análisis descriptivo, de soportes doctrinarios y jurisprudenciales nacionales como internacionales, con un alcance descriptivo de enfoque cualitativo. Se ha efectuado un análisis de la idea de prueba ilícita y su problemática, esbozándose los distintos criterios doctrinales que dominan la materia, abordando las peculiaridades evolutivas referentes a las reglas de exclusión así como el giro que fueron dando.

Palabras Claves: Prueba ilícita, reglas de exclusión, proporcionalidad, flexibilización.

Recibido: 01/12/23

Aprobado: 14/12/23

*Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, sede Encarnación. Paraguay. Email: pablo.villalba@uc.edu.py y villalbabernie@gmail.com.

Doctor en Derecho. Prof. de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional; Prof. de la Escuela Judicial del Paraguay, como de posgrado en universidades nacionales e internacionales; Conferencista internacional y autor de libros jurídicos.

ISSN 2415-5063 Versión impresa
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py>

ISSN 2415-5071 Versión en línea
Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0



Abstract

The research is carried out after analyzing the problem of unlawful evidence and the scope of the rules of exclusion in the Paraguayan legal order, through a study based on the origins of the unlawfulness of evidence that had interference from Anglo-Saxon law, so that a look is also made at European law, finally to address the operation at the national level. Undoubtedly, it is an issue of controversial reasoning, valid in both senses, both in relation to the justifications for exclusion, as well as for its admission in certain situations. In this sense, it can be affirmed that the original position on illicit evidence has mutated to justify a great flexibility regarding its admission as an evidentiary element. Likewise, the methodology used consisted of a descriptive, non-experimental analysis of national and international doctrinal and jurisprudential supports, with a descriptive scope and a qualitative approach. An analysis was made of the idea of unlawful evidence and its problems, outlining the different doctrinal criteria that dominate the matter, addressing the evolutionary peculiarities and the twists and turns, in terms of its application, regarding the rules of exclusion.

Key words: Unlawful evidence, exclusion rules, proportionality, relaxation.

Ñemombyky

Ko tembiapo oñemohu'ã oñehesa'yjjo rire apañuãi oñuãva prueba ilícita ha umi regla ombohapéva ñemboyke paraguái leikuéra ryepýpe, pe ilicitud probatoria ojasuru pyypa'ekue derecho anglosajón guive ha oñemaña avei derecho europeo rehe ikatu haguã ojekuaa mba'éichapa ojejpapóta kóva ko ñane retãme. Ko tema ningo ñapañuãi vai heta akãme guarã ovale kuaágui mokõive hendáicha, umi mba'e omombaretéva ñemboyke rehe, ha avei ijeroike ikatu jave. Upévare, ikatu oje'e pe prueba ilícita oñentende joavymaha ohóvo yma guarégui ojustifica haguã, oñemohu'ũ ha oñemoinge haguã elemento probatorio-ramo. Upéichante avei, ko tembiapo jeroguatara ojeipurúva héra análisis descriptivo, no experimental kóva oñemopyenda doctrina y jurisprudencia- kuéra ko tetã ha ambue tetãmegua ári, omombe'upaité enfoque cualitativo rupive.. Oñehesa'yjjo upe he'iséva prueba ilícita ha umi apañuãieta oĩva hese, ojehechauka opaichagua kuaapy hesegua, oñemyesakã heko ñepyrũ guive, umi giro oguerékóva, oñemoañetévo umi, regla de exclusión jepuru.

Ñe'ẽ Tee: Prueba ilícita, regla ombohapéva ñemboyke, jejojarã, ñemohu'ũ.

Introducción

Resulta vital para el entramado del traslucido *vitreaux* respecto a la prueba ilícita se visualiza que tan variado y polémico temario parte a consecuencia de la vitalidad adquirida en los últimos tiempos, de manera que corresponde esclarecer cualquiera sea la naturaleza del mecanismo de litigación a implementar, más allá del tipo procesal o sistema de juzgamiento, resulta obvio que la prueba juega un papel sustancial al servicio del proceso al tutelarse el derecho a la prueba como de rango constitucional.

Ahora bien, conforme a la relevancia que se reconoce al derecho probatorio en general y a



la prueba en específico, radica en dilucidar qué tipo de prueba puede producir en un conflicto judicial, surgiendo así la primera observación, la cual refiere que solo las pruebas obtenidas lícitamente son las válidas para fundar un derecho, por ende, para que el juez valore y sustente de acuerdo a ellas la decisoria del conflicto.

En ese entendimiento, se ha enseñado como *factum* desde siempre que las pruebas ilícitas no podían ser incorporadas válidamente al proceso, basado en una interpretación hermenéutica de una lógica que aparentaba ser insuperable, cuando dichas instancias pretéritas parecen ser abandonadas en los tiempos modernos, como asimismo los razonamientos referenciales precisan ajustar las carestías probatorias a los nuevos entornos.

La ilación argumentativa denota que la licitud de la prueba refiere a la forma en que se ha obtenido la fuente de prueba, introducida al proceso por algún medio probatorio.

De este modo, lo normal es que la prueba admitida como elemento demostrativo de un hecho, consiste en un medio de prueba obtenida lícitamente.

En este orden, desentrañar que valoración se le otorga a la prueba obtenida ilícitamente, considerando que aquí es donde surgen los inconvenientes, más aún cuando se advierte que con la ilicitud probatoria se demostraría, la ocurrencia de un suceso en particular relevante para la casuística apuntalando la obtención de verdad, que de otro modo no llega al proceso judicial.

En tal tenor, la cuestión oscila en verificar si las pruebas ilícitas deberían ser excluidas o no del razonamiento probatorio, esto es que aunque mediante ellas se obtengan la verdad de los hechos, corresponda despejar si serán o no utilizadas por el juez para formar convicción; ejemplo de ello se manifiesta con las escuchas telefónicas no autorizadas, que podrían ser obtenidas cercenando derechos, pero que al mismo tiempo, a través de dichas irregularidades figuran comprobados la comisión de actos ilícitos o irregulares.

Ante dicha circunstancia, los ordenamientos jurídicos le otorgan disímil respuesta a esta mezcla que actúa como una maraña sin solución efectiva, aun cuando la proyección en los últimos tiempos sea la de una notoria flexibilización.

¿Dónde se encuentran los límites de admisión de la prueba? ¿Corresponde dejar de lado una prueba ilícita, aun cuando con ella se demuestre la veracidad de los hechos? ¿Cuándo se la puede admitir, si ello fuera posible en el orden legal? ¿Sus consecuencias son válidas, en especial de no derivar del tronco original, sino que son una ramificación secundaria o refleja de estos hechos?

Constituyen algunos de los cuestionamientos que merecen respuestas por el orden legal, fundamentalmente, en estos tiempos donde por la vorágine de las relaciones jurídicas no existe otro modo de probar determinados hechos de la vida real. Fluye así la confusión que enfrenta la verdad o mentira, compromiso o no con el hallazgo de la veracidad, pugna entre justicia e injusticia, generando el contrapeso analítico sobre si la prueba puede o no ser obtenida de cualquier manera.

En el transcurso de la investigación, se ha constatado que las reglas de exclusión en los países de origen de la doctrina se han desmantelado, siendo la tendencia hacia una morigeración de los criterios de impedimento receptivo de la ilicitud probatoria, especialmente si con ella se demuestran hechos contundentes en situaciones de dificultad probatoria. Esto conlleva que se hayan modificado los criterios radicalizados de antaño sobre la no admisibilidad de las pruebas ilícitas.



Contextualización

El estudio comprendió un marco teórico que englobó las fuentes de conocimientos disponibles, donde se visualiza la problemática de la prueba ilícita en su vinculación con los ámbitos constitucional y procesal, habiendo explorado el marco constitucional y los repertorios procesales vigentes, los tratados internacionales de derechos humanos que inciden en el orden procesal interno, como la normativa contemporánea que referencia al temario, en especial la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, en adelante EE. UU. y la de los países europeos. Comportó, asimismo, el análisis descriptivo del derecho comparado y sus disímiles visiones doctrinarias.

De manera que, la investigación se ceñirá a la problemática presentada en el Paraguay, en su relacionamiento con la doctrina proveniente de la ciencia procesal contemporánea. Este artículo investigativo inédito, deviene de la profundización de un estudio anterior que fuera abordada respecto a la prueba ilícita circumscripita al proceso civil (Villalba Bernié, 2023), con una adaptación ampliada enfocada en las reglas de exclusión y su incidencia al derecho procesal en general, generando una visión expandida.

Método

La investigación utilizó un enfoque cualitativo, de tipo documental y de alcance descriptivo, con un diseño no experimental. Como técnica se utilizó la recolección de datos y el análisis documental, por lo fueron examinados fuentes bibliográficas, como jurisprudencia nacional y extranjera, en especial de los EE. UU., España y el sistema europeo de derechos humanos, obtenidas de páginas oficiales.

En cuanto a las reseñas de la jurisprudencia nacional fueron extraídas de la base de datos de las páginas abiertas del Poder Judicial. Las técnicas de investigación se circunscribieron a la interpretativa del marco normativo transnacional, constitucional y legal, efectuándose un examen de legislaciones del derecho comparado, como doctrinario y bibliográfico, tanto de textos primarios como secundarios.

En tal sentido, el proceso de investigación documental requiere la organización y sistematización de los datos indagados relacionados al objeto de estudio a través de sus diferentes fuentes (Morales, 2003).

Resultados

Problemática de la prueba ilícita

Constituye un entramado complejo diseñar una cristalización uniforme de la idea de prueba ilícita, partiendo de la noción que engloba indistintamente a una variada terminología que se utilizan con idéntico significado y equivalencia, así denominadas pruebas prohibidas, ilegal, irregular, inconstitucional, ilegítima, viciada o contaminada, ilícita o ilícitamente obtenida.

Diferentes vocablos que muchas veces indican sinonimias y semejanzas, cuando, sin embargo, también en algunas situaciones exponen indudables divergencias conceptuales.

Sin vueltas, refiere a una terminología ambivalente que se justifica desde variados ángulos. Incluso, de la que surge tanto un posicionamiento amplio, como un criterio restringido para el análisis, así la perspectiva de la prueba ilícita difiere según los doctrinarios.



Criterio amplio

Para este sector, se reflexiona que la prueba ilícita es: «aquella que atenta en contra de la dignidad humana» (Silva Melero, 1963, p. 69). Otros autores como Ada Pellegrini Grinnover (2000), destaca que éstas «se enmarcarían dentro de la más amplia categoría de las llamadas pruebas ilícitas prohibidas» (p. 299). También, Devis Echandía (2002) se decanta por esta categoría, al afirmar lo siguiente:

Son las que están expresa o tácitamente prohibida por ley, o atentan contra la moral o buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan... (p. 517).

Asimismo, Vescovi (1970) se suma a esta posición, al sostener: «La ilicitud puede provenir de la violación de una regla expresa, sea cual sea su rango (legal, constitucional o reglamentario), y también de normas no expresas» (p. 345).

Criterio restrictivo

En una visión más estricta de la idea de prueba ilícita se encuentra Parra Quijano (1997) quien aduce: «(...) es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba» (p. 37).

Se proyecta dentro de este criterio restringido Picó I Junoy (1996), al proponer que el concepto de la prueba ilícita en el derecho conlleva a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa, conjuntamente con los consagrados en la Constitución, obligando a mantenerla dentro de un carácter restrictivo, en cuanto al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad, «ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales» (p. 286).

Para, Minvielle (1987) se suma a esta posición, apuntalando que «únicamente se puede hablar de prueba ilícita toda vez que, esta concorra con violación de derechos constitucionales, principalmente los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad» (p. 12).

Igualmente, Priori Posada (2019) se alinea con esta visión, al indicar que sustituye la expresión prueba ilícita por la de «medios probatorios obtenidos en violación de derechos fundamentales» (p. 367) –así denomina a la prueba ilícita–, cuando se producen en los procesos de tutela de derechos, donde una parte no sea el Estado, porque si lo es dicha situación requiere de un análisis de la existencia o no de especial protección por parte de diseño legal.

Finalmente, Luca Passanante (2017) –discípulo de Taruffo–, entiende que:

La prueba ilícita debe definirse como aquel medio de prueba preconstituido para cuya obtención se han infringido normas de derecho sustantivo sancionables, o aquel medio de prueba practicado en el proceso en el que la parte ha vulnerado normas de derecho sustantivo sancionable (p. 135).



Criterio intermedio

En esta línea, entre ambas posiciones se ubica Vittorio Denti (1974, p. 271), quien manifiesta que «las pruebas ilícitas son en realidad tales, no porque violen normas procesales, o porque choquen con la exigencia de declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidos en violación de derechos protegidos por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales».

En esta misma línea se adscribe Midón (2019) sosteniendo:

(...) la prueba ilícita parecería exigir algo más que la mera observancia de un precepto legal; y su ocurrencia quedaría supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o puesta en práctica de la prueba pertenezca a la Constitución o a los instrumentos internacionales a ella igualadas a su jerarquía (...); o eventualmente, al caso de violación de una norma inferior, siempre que tenga por objeto la protección de las libertades públicas o la tutela de derechos personalísimos (p. 42).

Criterio asumido

Se asevera que la prueba ilícita se posiciona en una idea intermedia, donde lo esencial es que para su obtención –fuente de prueba– o para su producción –medio de prueba– se hayan conculcado derechos fundamentales o derechos humanos previstos en la constitución o en tratados internacionales de protección de derechos humanos, siendo violatorias de normas o principios de esta jerarquía.

Condicionando a que la ilicitud debería estar vinculada a una noción de jerarquía constitucional o convencional, inclusive cuando se indica a una violación de un precepto o norma legal, incumbiendo vincularla a la violación de principios, valores o disposiciones de carácter superior.

A pesar de las divergencias y precisiones iniciales, observar que las líneas conductoras no están muy alejadas unas de otras, porque generalmente, se confunde a la ilicitud con la ilegalidad y la ilegitimidad, otorgándole igual tratamiento, de ahí que se hagan necesario precisar los conceptos.

Acto ilícito

Al momento de definirla, pareciera circunscribirse a aquel acto jurídico ilegal, aquello expresamente prohibido por el orden legal, de tal manera que solo una prohibición concreta podría dar lugar a la ilicitud. En este orden, no todo hecho ilícito podría generar un hecho punible penal, aun cuando pudiera tener consecuencias en otros fueros, partiéndose de una noción amplia del concepto (CSJ, Acuerdo y Sentencia n.º 1/2021).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la refiere como: «Acto ilícito comprende todo acto antijurídico, contrario a derecho, tanto de normas como de principios, que sea susceptible de causar un daño y que esté desprovisto de justificación» (Acuerdo y Sentencia n.º 90/2020).

Derivado de lo manifestado, la prueba ilícita en sentido estricto se entiende por aquella que ha sido formulada fuera del proceso o incorporada al mismo con: medios ilegales o ilegítimos, métodos penalmente ilícitos o actos que comportan una violación a los derechos individuales. En cuyo caso, considera que hay una prohibición de utilización de la prueba ilícita, porque sería



incorrecto calificarlas como atípicas al objeto de justificar su admisibilidad. Sin que ello implique una idea absoluta, por cuanto no hay duda alguna de su flexibilización en la actualidad.

Aspecto legal

Al reflexionar sobre la prueba ilícita, a modo de justificar la existencia de un hecho controvertido, sea un hecho delictual o antijurídico, se cae en la cuenta de apreciar si el medio de prueba obtenido con violación de los derechos fundamentales, puede servir para colegir sobre una condena.

La propia Constitucional Nacional en el art. 17 inc. 9), dispone: «(...) que no se opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas (...)». De lo que se infiere que constituye un derecho fundamental, la prohibición de una ilicitud probatoria.

Se halla en intrínseca vinculación con la tutela del derecho a la intimidad contenida en los arts. 33 y 36 de la carta magna, referentes al derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada, alegando que las obtenidas irregularmente carecen de valor en juicio.

En idéntico sentido, la Ley n.º 1337/88 «Código Procesal Civil» en su art. 247, contiene un lineamiento aplicable a la prueba ilícita. Para el análisis se parte del art. 246, que dice: «El juez podrá disponer a pedido de parte el diligenciamiento de los medios de prueba no previstos en la ley, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidas (...)».

A sí mismo, es complementada por el art. 247, que en el segundo párr., regula: «(...) No serán admitidas pruebas que fueren prohibidas por la Ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias; si lo hubiesen sido, no serán consideradas en la sentencia».

A su vez, el Código Procesal Penal (Ley n.º 1.286/98), regula en tres disposiciones específicas la cuestión, la primera de ellas contenida en el art. 165, al prescribir respecto de los principios de las nulidades, el cual establece que no podrán ser valoradas para fundar la decisión del caso, los actos cumplidos con inobservancia de las formas legales previstas tanto en la constitución, tratados internacionales, como en la legalidad interna, al considerarlas como nulidades relativas.

La segunda normativa aplicable, constituye el art. 171, el cual indica que la nulidad declarada conlleva la invalidez de todos los efectos causados como de los actos consecutivos que devengan de esta.

Finalmente, en el tercer lugar, parecería consagrarse una literal regla de exclusión probatoria, al razonar en el art. 174: «Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos».

Nótese, que en los distintos cuerpos normativos citados retona la misma idea, respecto a las disposiciones constitucionales como a las legales, al referir que en ningún caso, se podrá obtener la prueba de forma irregular, sean que contravengan garantías fundamentales o legales.

De este modo, la diferenciación entre pruebas ilícitas –que violentan las garantías fundamentales contenidas en la Constitución o que atenten contra la dignidad humana– y las pruebas ilegales o irregulares –que violan la ley o se encuentran viciadas por la forma procesal en que fueron obtenidas– prácticamente resulta obviada por el régimen de equiparación de estas



categorías, atento a que en ambos casos la consecuencia es restarle efecto probatorio careciendo de eficacia. Parecería ser que desde el punto de vista del ámbito penal se enrola en los sistemas que declaran inadmisibles la prueba ilícita (CSJ, Acuerdo y Sentencia n.º 910/2009).

Es importe convenir que la prueba ilícita en el derecho paraguayo es aquella obtenida violando las garantías fundamentales y también las garantías legales, no fungiendo una diferenciación con la prueba irregular o ilegal. Consecuentemente, adquieren contenido y efectos idénticos.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional viene considerando que la integridad de la prueba constituye un elemento del debido proceso, de manera que la prueba obtenida de forma alterada con la cadena de custodia, vulnera el derecho de defensa de la víctima (CSJ, Acuerdo y Sentencia n.º 1720/2012).

En ese entendimiento, en doctrina fue desarrollada lo que se denomina la teoría del fruto del árbol envenenado, declarando que la prueba será ilegal desde el momento que no cumple con los requisitos esenciales para su obtención, es decir, tiene que garantizarse el cumplimiento de los elementos válidos para su obtención, por cuanto, desde el instante que el elemento probatorio padece de irregularidades su validez resultará afectada no siendo apta como medio probatorio (CSJ, Acuerdo y Sentencia n.º 910/2009).

Lo antedicho es de aplicación en el fuero penal de facto, el marco constitucional establece la irregularidad como elemento para la invalidez en el proceso, sea penal o cualquier otro de donde provenga sanción o pena, por lo que se podría afirmar que no afecta al fuero civil o al laboral, sin embargo, en todos se ha adoptado idéntico criterio al proveniente del ámbito constitucional y del penal.

Reglas de exclusión

Ideas genéricas

En torno a la aplicabilidad de las pruebas ilícitas, la regla que ha proliferado en la jurisprudencia nacional consiste en la recomendación de la exclusión probatoria, tendencia a cerca de la que valdría aseverar que existe una posición uniforme universalmente.

Dicha regla conlleva que no puede condenarse a nadie sobre la base de un sustento *vacuo contra legem*, ya que sería inconcebible con la idea de un Estado Social de Derecho como atentatorio de los postulados del debido proceso. Esta concepción reposa en la idea que el —fin no justifica los medios— posición contraria al postulado maquiavélico.

Ahora bien ¿tiene cualidad absoluta la regla de exclusión o esta admite atenuaciones? aquí se centra el cuestionamiento a responder, porque cuando se deja de lado —excluyendo— a una prueba ilícita se evita que derechos fundamentales sean violentados, en especial, el derecho de defensa y la presunción de inocencia; pero también es cierto, que al privar de valor a una prueba o excluyéndola, se violentan otros derechos fundamentales que tienen relación con la obtención de verdad y justicia, es decir, la situación tiene un anverso y un reverso, que merecen analizarse detenidamente, tal cual las dos caras de una misma moneda.

Basado en el principio de legalidad y de garantía de inviolabilidad de la defensa, se proclama casi al unísono que este tipo de prueba debe ser excluida del ámbito procesal, más allá



de la naturaleza de la violación, resultando inadmisibles como elementos de convicción. Así la regla de exclusión «expulsa o erradica del proceso a aquella prueba que conlleva una ilegitimidad originaria» (Maiztegui Marcó, 2007, p. 354).

Origen

En cuanto al origen de la regla de exclusión, deriva de la denominada «*Exclusionary Rule*» aplicada en los EE. UU., por la Corte Suprema de Justicia, en una línea jurisprudencial desarrollada a partir del caso «*Boyd vs United States*» (1886), al considerar que se produjeron violaciones a la IV y V Enmienda Constitucional.

Se prolonga luego con el caso «*Week vs United States*» (1914) donde desarrolla la doctrina del «*Supresión doctrine*» en virtud de las cuales las fuentes de prueba —*evidence*— obtenidas por las fuerzas del orden público, en el curso de una investigación penal que violenten garantías contenidas en la IV, V, VI y XIV de la enmienda no podrían ser valoradas por el juez en la fase decisoria (Falcón, 2009).

Pero, fue el caso «*Mapp vs Ohio*» (1961) el que otorga rango constitucional a la regla de exclusión. Luego de las sentencias que habían flexibilizado la situación que limitaba solo a asuntos de procesos penales federales, lo que explicaba su aplicación solo como regla federal, denominada «la doctrina de la Bandeja de Plata» (Miranda Estrampes, 2019, p. 26).

En esa línea, esta visión da un giro radical con «*Mapp vs Ohio*», el cual vino a revocar los precedentes anteriores —especialmente al caso «*Wolf vs Colorado*» 1949— calificada como una de las decisiones más importantes de la Corte en el ámbito penal desde el inicio del siglo.

Al respecto, sujetó a los Estados federados al cumplimiento de las garantías constitucionales —XV y XIV enmiendas— pues los hechos se producen cuando se registró el domicilio de la Sra. Dollree Mapp, mintiéndole acerca de la existencia de una orden judicial de registro en busca de un fugitivo que supuestamente se encontraba en su casa —luego se comprobó que nunca existió—.

Durante ese registro incautaron materiales obscenos y pornográficos por lo cual fue acusada y condenada la Sra. Mapp. Luego de las apelaciones pertinentes ante el Estado —que fueron rechazadas— la Corte acordó por mayoría de 5 a 4 la *exclusionary rule*, excluyendo las evidencias por haberse obtenido en vulneraciones de garantías constitucionales, ante la inexistencia del orden judicial de cateo en el domicilio de la mencionada ciudadana.

Mediante esta sentencia, los efectos se extendieron a todas las casuísticas, no limitándose a la regla federal y adquiriendo rango constitucional. «La regla Mapp obligó a los Estados federados que no tenían regla de exclusión a incorporarla y aplicarla en sustitución de los remedios alternativos, que hasta ese momento venían aplicando» (Miranda Estrampes, 2019, p. 34).

Finalmente, en el caso «*Janis vs United States*» (1976) el Tribunal Supremo, declara: «El principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» (Miranda Estrampes, 2019, p. 42). Consistiendo en una resolución de aplicabilidad de la doctrina del *balancing test*.

De lo anteriormente citado se desprende que fue generado en el ámbito penal —originariamente— para luego trasladarse a los otros fueros, pero resulta indudable que el tratamiento de las pruebas ilícitas tiene vínculos estrechos con el procedimiento penal donde se ha



desarrollado profusamente, luego de su nacimiento en el derecho anglosajón.

Así en los EE. UU. la prueba ilícita podría ser suprimida mediante la audiencia de exclusión, evitando que la prueba se introduzca al proceso, incluso también ser excluida del juicio.

Justificativos a favor y en contra de la exclusión

El temario es complejo, discrepado y enmarañado, donde lo fundamental es encontrar vueltas para equilibrios como el que se plantea con la ilicitud probatoria, si debe ser rechazada o si deben ser admitidas las pruebas ilícitas como elemento de corroboración de hechos, e incluso, al reflexionar acerca de la doctrina del fruto del árbol venenoso, es decir, si las posiciones encontradas son fundadas. Bastaría corroborar que ambas vertientes tienen en parte razón, por lo que en gran medida queda al arbitrio de los jueces y legisladores el tratamiento en específico, midiendo las connotaciones de las diferentes realidades sociales en que se encuentran las comunidades que precisan abordarla.

En una apreciación superficial, claro está que se debería bregar en favor de la exclusión de las pruebas ilícitas, otras veces, en cambio a partir de la década de los 80 en adelante las soluciones no devienen tan claras, desencadenando reglas de morigeración y flexibilización.

En una simetría de ideas, no cabe dudas que la mayoría de los lineamientos legales están en contra de la admisión de las pruebas ilícitas, debiendo presentarse situaciones con ciertas peculiaridades o incluso atipicidad como terrorismo, delitos informáticos o de difícil prueba, para admitir su utilización y valoración como pruebas.

Argumentos en favor de la exclusión

A continuación, serán descriptos los argumentos esbozados en favor de la exclusión de las pruebas ilícitas, sustentadas en los siguientes tópicos:

Apuntalamiento ético. La argumentación radica en que el Estado como tal, tiene la obligación de esbozar un discurso ético, pero no solo ello, sino que tiene la imperatividad de conducirse con ética dentro de las investigaciones que realiza. Asentir que en un procedimiento pueda ser incorporadas pruebas ilícitas por parte del Estado, que orienta hacia la buena fe y la lealtad procesal, sería como violentar sus propias normativas.

En ese sentido, la administración de justicia debe comportarse en el proceso respetando la ética y la moral, de otra manera no cumpliría los fines de justicia y seguridad. El aprovechamiento de un medio de prueba ilegal comportaría un procedimiento inmoral, en tal sentido, el servicio de justicia no debería aprovecharse de estas pruebas ilícitas, porque de hacerlo estaría resintiéndose justamente aquello que protege.

Cargas que el sistema debe soportar. Todo orden legal que regula relaciones intersubjetivas contiene defectos, de conocerse el sistema perfecto con seguridad se hubiera implementado, sin embargo, es conocido que, desde el momento de consistir en una creación humana, siempre será –eminentemente– perfectible.

En tal sentido, la inadmisibilidad de la prueba ilícita es una consecuencia de este sistema, por tanto, debe soportarlo como una carga, evitando que el acto antijurídico sirva para sentenciar contra quien lo cometió, aun cuando conduzca a la impunidad. La averiguación de la verdad es un



compromiso, basado en cánones lícitos, nunca ilícitos.

Respeto a los derechos humanos. Se cimenta, además, la regla de exclusión en el respeto y preservación de los derechos humanos, pues con la admisión de medios probatorios ilegítimos, supone una confrontación de valores, generando inútiles disputas axiológicas, porque con certeza no habrá acuerdos al respecto.

En efecto, la CN tutela las garantías fundamentales de los ciudadanos, prohibiendo que sean utilizadas pruebas obtenidas en contra de la ley o prohibidas, por tanto, deben ser respetadas sobre la base de la presunción de inocencia y la garantía del derecho de defensa en cuestiones lícitas.

Derecho a la prueba con carácter relativo. Otra consideración constituye que el derecho a la prueba no es absoluto, siendo relativo a pesar de hallarse consagrado constitucionalmente como garantía del debido proceso. Como todo poder subjetivo propio de seres humanos, son objeto de una razonable reglamentación.

Dicha reglamentación no debe ser mirada en un sentido absoluto, sino más bien, asume la relatividad como su característica principal, al punto que el repertorio jurídico deja abierta una brecha para la incorporación de nuevos medios probatorios.

En consecuencia, estos límites propios de la prueba son la salvaguarda de legalidad, ya que la búsqueda de verdad no autoriza al órgano jurisdiccional a realizar cualquier acto, sino aquellos con bases a la legalidad, sustentos éticos, morales y respetuosos de la dignidad humana.

Efecto disuasivo para futuros hechos incorrectos. Una última consideración a favor de la exclusión consiste en el efecto disuasivo que tendrían para futuros hechos o procedimientos irregulares, impidiendo que las autoridades utilicen estos medios ilícitos, al excluir la prueba ilícita del procedimiento.

Con ello se orienta a que las autoridades de investigación —policías, etc.— se nutran de pruebas correctamente obtenidas, evitando desencadenar abusos al ciudadano en la búsqueda de la verdad. La idea se centra en consolidar la noción que las investigaciones se realizarán respetando los derechos constitucionales, así los buenos investigadores se movilizarán dentro de los márgenes legales.

Argumentos contrarios a la regla de exclusión

Mas allá de los contundentes argumentos a favor de la exclusión de la prueba ilícita, se alzan otros doctrinarios quienes argumentan en favor de su inclusión, sustentadas en los sesgos que se detallan a continuación.

Obtención de verdad. El proceso debe estar comprometido con la obtención de la verdad, en tal sentido, una vez adquirida la prueba por el medio que sea, el juez ha formado su convicción, más allá de los razonamientos en contrario propuestos en la causa respectiva.

Así cuando se ofrecen pruebas que conduzcan a la verdad, estas deben ser valoradas por el juez, con el fin de formar su convicción, una vez que la verdad emerja a la luz, será irrelevante la forma en que fue obtenida, sostiene Muñoz Sabaté (1967):

«(...) una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica (...) pretender que el juez automutile su propia convicción, declarando no ser verdad lo que es verdad, resulta



algo que rompe con cánones de toda cordura (...) Si por cualquier causa la prueba ilícita logra burlar las barreras de la admisión y adviene a los autos, el juez debe valorarla como otra prueba cualquiera (...)» (p. 77).

De esto resulta, que el juez vea la verdad, pero por formalismos las evite, lo que importaría prescindir —voluntariamente— de un elemento de convicción acreditado, que conlleva a un axiomático y contingente problema.

El italiano Luca Passanante (2017), esgrime que la falta de normas reguladoras de la exclusión de la prueba ilícita a partir de principios constitucionales a favor de la verdad y justicia, le permite concluir que no es posible excluirlas, aunque fuesen ilícitas u obtenidas de manera ilegal, en efecto, deben servir para resolver el litigio.

Entorpecimiento en el accionar de la justicia. Como oposición a la regla de exclusión, se argumenta que de hacerlo así, se entorpecería el accionar de la justicia, puesto que, con ese medio probatorio aunque ilícito, se actuaría favoreciendo a la obtención de verdad y asintiendo la concreción de justicia. Corresponde sean admitidas las pruebas ilícitas, pero sancionando a quien fuera responsable de ello, aun así, utilizarla válidamente (Caso *People vs. Defore*, 242 NY 13, 1926).

Ahora bien, también es cierto que «no convendría a la justicia ser demasiados rigurosos, porque nunca se lograría combatir las irregularidades en el ámbito civil, ni la criminalidad en el contexto penal» (Taruffo, 2012, p. 61).

Ineficacia del acto lesivo no es el único remedio para la protección de derechos fundamentales. En un Estado social de derecho se deben proteger los derechos, esencialmente los fundamentales. Esto impone que los remedios para la protección sean eficaces, con el fin de reponer las cosas a la situación anterior del hecho lesivo.

En lo que respecta a la prueba ilícita, siempre se ha mirado desde el punto de vista de proteger al que estuviera en condición irregular —imputado o demandado— pero —generalmente— se evita ver desde la óptica de la víctima. Por cierto, a quien también se le han violentado derechos fundamentales y requiere protección, a este no le importa cómo se pruebe, sino que se pruebe. Se tienen entonces dos afectados por la violación de normas esenciales —victimario y víctima— por lo que es una situación compleja.

Por tal motivo, son varios los doctrinarios en sostener que la provisión del remedio de la ineficacia es una de las vías más y no todos los remedios. «(...) en otras palabras, existe una serie de remedios disponibles para la protección de los derechos, de los cuales puede valerse el legislador» (Priori Posada, 2019, p. 372).

Se apartan de las soluciones absolutas, donde el juez deberá valorar que posición adoptar, no basado en el todo o nada, sino aplicando la ductilidad del derecho, invitando a que los valores constitucionales se protejan.

Costo social de exclusión. De una corresponderá analizar el costo, lo que permite perjudicar personas por grandes desfalcos, actos de corrupción, etc., debiendo la comunidad pagar un alto costo a esta sanción procesal. Es la sociedad la que reclama que los actos ilícitos disminuyan, puesto que, la colectividad los reputa indeseables, por consiguiente, deben abandonarse las posturas intransigentes de exclusión.



Protección del derecho a la prueba. El derecho a la prueba consiste en un derecho fundamental, ante lo cual requiere de una protección jurídica dentro del orden procesal. Incluso el amparo proviene del marco convencional, donde se significa que toda persona debe tener un marco adecuado para probar. Para el logro de la tutela jurídica efectiva corresponde garantizar este derecho con la salvedad que tiene límites.

Ahora bien, que ocurriría si el medio de prueba contiene la información necesaria, pero ha violentado derechos fundamentales ¿se le debería privar de eficacia? Profundizando, la cuestión se vuelve más obtusa para concluir que esta deba excluirse, el cuestionamiento sería ¿debe dejarse de lado la verdad del hecho, por haber sido obtenida con prueba ilícita? ¿El juez debe sentenciar a sabiendas que no va a hacer justicia? ¿Puede una hiperprotección jurídica resguardar la obtención de la verdad?

Sin vueltas, se está en aguas turbulentas, donde cualquier respuesta brindada podría encontrar justificativos de consideración. Finalmente, si se decide no utilizar la prueba ilícita, se estaría ante la posición de que la verdad no impere y por otro lado, que el derecho material a ser protegido, continúe en estado de insatisfacción, cuya solución es –absolutamente– ilógica.

Giro ideológico: *balancing test*

A modo de corolario respecto del tratamiento de las pruebas ilícitas, lo que en un tiempo no tenía dudas de inadmisibilidad, en la actualidad la situación no resulta clara, exhibiendo un giro ideológico en cuanto a la admisión de las reglas de exclusión, logrando una moderación

Se debe sopesar en una forma de *balancing test*, haciendo una ponderación entre el interés del ciudadano por la protección de sus derechos y el de la sociedad que se persiga el hecho ilícito (Parra Quijano, 2009). Cuanto menos se analizan las posibilidades de exclusión, se posiciona en un punto intermedio.

Validación por otros medios probatorios

La derivación de la buena costumbre de la regla de exclusión de la ilicitud probatoria, fluye cuando este hecho puede ser probado por otro medio de prueba lícito, camino alternativo y seguro, mediante el cual por una vía lícita y legal, se demuestre el mismo hecho, subsanando el inconveniente.

En este caso, se aplicaría la no exclusión, porque la prueba fue obtenida por vías legítimas, ej: la agregación de una escucha telefónica irregular, pero luego en el proceso los testigos refiriéndose a ellas, dan declaraciones de lo actuado o relatan los hechos, por lo que corresponde admitirlas como prueba (Parra Quijano, 2009).

Proporcionalidad

En Alemania, fue desarrollada la teoría de la proporcionalidad, implica que por vía de este principio se intenta hallar un equilibrio entre los valores y principios en conflicto, para determinar su prevalencia de manera a habilitar o no la introducción posterior de la valoración de la prueba ilícita (Maiztegui Marcó, 2007).

Incluso, la Corte Europea de Derechos Humanos, entendió que no se puede excluir en



abstracto la prueba ilícita, ponderándose en cada situación acerca de los valores colisionados, y a partir de ahí apreciar en conjunto la prueba, en los siguientes términos:

En el caso, el actor alegó que la grabación de una conversación telefónica y su utilización como prueba en su contra violaba su derecho a un proceso justo, al ser ilegal dicho medio por haberse realizado sin autorización judicial. El tribunal desestimó el planteo, pues tuvo oportunidad de impugnar el medio y aun de valerse de la prueba testimonial, por parte del sujeto que había realizado la grabación (CEDH, Schenk vs. Suiza, 1988).

A partir de esta sentencia, se ha comprendido en el orden europeo de protección de los derechos humanos, que algunas legislaciones permiten la intervención telefónica de sospechoso que fue parte de un litigio. De tal forma a efectuar un interesante razonamiento, respecto de que no son lo mismo las escuchas telefónicas con la aplicación del suero a la verdad o la tortura, medios absolutamente prohibidos.

En efecto, la Corte Europea resolvió la situación haciendo una interpretación extensiva del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que textualmente establece:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás (p. 11).

Por consiguiente, entre los argumentos vertidos, se señala que en muchos Estados europeos, el empleo de una grabación como prueba es legal, según resulta del estudio de derecho comparado del viejo continente.

En algunos países, incluso, la grabación hecha por uno de los participantes de una conversación telefónica no es un acto ilegal; en cualquier caso, el que sostiene la conversación —sea o no por teléfono— corre siempre el peligro de que su interlocutor posteriormente declare como testigo de ese contenido, sea por escrito, en taquigrafía o por otro procedimiento —voto particular de conformidad del señor Danelius, al que se han unido el señor Weitzel y Sir Basil Hall, en la misma casuística referenciada contra Suiza—.

Esta situación pareja la consolidación de una visión subjetiva de la prueba, con gran discrecionalidad del juez, por lo que, también reporta objeciones a su admisibilidad. No obstante, deviene aplicada como doctrina imperante en la cosmovisión europea.

Relevancia del medio de prueba

Otra cuestión a debatir que se incorpora a la discusión es acerca de la trascendencia del medio de prueba —en este punto se debe tener precisión— ya que no se trata de analizar si se excluye una prueba obtenida bajo tortura, el cual resulta inaceptable desde cualquier óptica, sino de un medio de prueba admitida, que contenga alguna ilicitud en su contenido.

Por ejemplo, una escucha telefónica sería perfectamente válida, siempre que fuera admitida por las partes, sin embargo, si fue obtenida sin el consentimiento, ya comienza a tener



vicios de ilicitud, es aquí donde debería apreciarse la relevancia de la prueba, como afirma Taruffo (2010) al referir: «(...) todas las pruebas potencialmente útiles para la determinación de los hechos deben ser admitidas en juicio (...) una prueba, o es relevante o no lo es» (p. 163).

También, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (1984) se ha manifestado en idéntico sentido, cuando en el ámbito privado no se objetó o probó en contra de la grabación telefónica efectuada por el interlocutor, en consideración a que no afectaba a vida íntima y tampoco su intimidad personal. De esta manera, se consagra –sin rodeos– que las grabaciones realizadas *inter partes* son válidas.

En cambio, donde sí se tiene mayores pretensiones es cuando la información se obtiene de forma ilícita por un tercero, aunque siempre evitando considerarla como de exclusión para no degenerar en un formulismo exagerado, que *so pretexto de la ilicitud* probatoria amañe la no concreción de la verdad en el proceso judicial.

En este escenario, concertar que la exclusión de una prueba esencial vulnera los derechos fundamentales, lo que implica excluir informaciones valiosas para el resultado del proceso, se concluye que, eludiendo aplicar una prueba fundamental de la valoración y del proceso, resultaría una solución antiepidémica (Priori Posada, 2019).

Doctrina del fruto del árbol envenenado

Descriptiva y origen

Resulta inevitable por la relevancia que adquiere dentro de este diagnóstico de la prueba ilícita, describir la doctrina del fruto del árbol envenenado –*fruit of the poisonous tree doctrine*–, vigorizado en el derecho norteamericano, trasladada en este tiempo a Latinoamérica y, en especial, al Paraguay.

En esta teoría, se analiza a profundidad la prueba ilícita cuando se evidenciar en el proceso, pero con violación de garantías constitucionales, más allá de la certeza que ofrezca, considerándose inválida por tener raíces ilegítimas –estando viciada desde su mismo origen– en consecuencia, concreta la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita, no apta para demostrar un hecho, al convenir que proviene de un origen ilegítimo.

Específicamente, la doctrina del fruto del árbol envenenado plantea que la exclusión se extienda «...no solo a las pruebas primarias obtenidas de la actuación inconstitucional, sino también a las obtenidas indirectamente o secundarias» (Miranda Estrampez, p. 88, 2019).

Al respecto, la diferencia con la regla de exclusión –*exclusionary rule*– donde se aplica a los hechos o evidencias primarias –*primary evidence*–, como resultado inmediato de un registro o confiscación ilegal; sino que extiende sus efectos de exclusión de manera expansiva a las pruebas –aun correctamente obtenidas– que tuvieron origen en informaciones o datos provenientes de la práctica de las primeras. Abarca a las pruebas derivadas o reflejas.

En ese entendimiento, trasluce que la causa y el origen de la información parte de una prueba primaria inconstitucional o ilícita. La primigenia ilicitud contamina a la prueba refleja o derivada.

Así se tiene, que la prueba refleja tiene la característica de que en un primer momento discurre con un carácter lícito, incluso cuando fue adquirida sin afectación de derechos



constitucionales. Conlleva entonces, que la exclusión alcanza tanto a la prueba primaria, como a su derivado, la evidencia secundaria o refleja, ambas son ilícitas e ilegales.

Esta doctrina se origina en el derecho anglosajón, pero es en los EE. UU. donde se profundiza a partir del caso *Silverthorne Lumber Co vs. United State* (251 US 385–1920), en el que la Corte Federal de aquel país decide que no podía intimar a una persona a que entregue un documento, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal (Carrió, 1994), por contravenir preceptos constitucionales contenidos en La IV Enmienda.

La casuística citada se llevó a cabo por un supuesto de entrada y registro sin autorización judicial en la compañía citada, donde se incautaron documentos y papeles para justificar evasión de impuestos.

Luego de que fueron devueltos los papeles incautados, la fiscalía con las fotocopias y las fotografías realizadas, las introdujo en un nuevo proceso, ante lo cual la Corte extendió la protección de La IV Enmienda a las personas jurídicas, en opinión mayoritaria redactado por el juez Oliver Wendell Holmes.

Propiamente, la expresión *fruit of the poisonous tree* fue acuñada en la sentencia del caso *Nordone vs United States* (308 US 338–1939), realizado por el Justice Frankfurter, donde el tribunal supremo utiliza la expresividad –fruto del árbol venenoso–, al resolver que no solo se debía excluir como prueba en contra de un procesado, las grabaciones de sus conversaciones obtenidas sin orden judicial, sino también otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones (Picó I Junoy, 1996), para acreditar un delito de transporte y comercialización de mercancías de contrabando.

La eficacia reflejada se predica tanto en evidencias primarias como secundarias, físicas o materiales, así como a las confesiones o declaraciones realizadas por el acusado.

Lo que en un principio surgiera como una prohibición absoluta de aplicación de los medios de prueba así obtenidas, fue desarrollando una limitación con el correr del tiempo, ya en la época del juez Warren –presidente de CSJ Norteamericana–, a partir de los años 1980 se da una evolución paulatina, que tiende a restringir al máximo su vigencia en Casos como: *United States vs Havens*, (466 Us 620, 1980); *United State vs Leon* (35 CR, 1.984); *Massachusetts vs Sheppard* (35 CR 3296– 1984) y *Arizona vs. Fulminante* (111 SC, 1246, 1991). Se puede observar que la evolución ha permitido a la doctrina estadounidense, abandonar posturas inflexibles respecto al temario de las pruebas ilícitas.

En líneas generales, la doctrina plantea la licitud o no de las pruebas derivadas, que tienen origen en el vicio genérico de la prueba, por el cual se conoció el hecho conllevando la necesidad de un análisis de si sus frutos, también deberían reputarse como ilícitos. Una descalificación de la prueba indirecta derivada de la considerada inválida, por lesionar garantías fundamentales. Se observa una especie de «contaminación en la totalidad de la evidencia probatoria que se vincula con la ilegitimidad apuntada» (Maiztegui Marcó, 2007, p. 358).

¿Consiste en una regla general de aplicación?

La marquesina descriptiva de la prueba ilícita y la doctrina del fruto del árbol envenenado, plantea la necesidad de análisis de la diversidad de cuestiones que conlleva la verificación de los



hechos, por el modo irregular de obtención probatoria.

Desde aquí constatar si se le otorga validez o no a la prueba así obtenida, o si constituye una regla general que toda prueba en estas condiciones violenta el debido proceso y, desde allí, a las demás garantías procesales y jurisdiccionales.

En verdad, constituye un tema polémico de difícil solución –especialmente– porque en la actualidad, los casos de corrupción resultan casi imposible probar por los medios tradicionales, lo que ha llevado a la doctrina especializada a plantear su moderación.

Nótese, que en los EE. UU. donde tuvo su mayor desarrollo pasó por idénticas situaciones, de donde se resalta que la cuestión no esta tan clara y existen tendencias encontradas, las que pueden ser divididas en dos:

a) La primera, que se mantiene integro en la idea de exclusión total de las pruebas así obtenidas, declarando su ilicitud.

b) La segunda, las modernas que ya no observan la situación de manera tan drástica, sino que deben ser analizadas en cada caso en concreto, dando pie a un gran arbitrio judicial.

Procedente de dichas posiciones, corresponde reseñar que los estudios estadísticos desarrollados en el mencionado país anglosajón respecto a la prueba ilícita, exhiben un escenario de pocos casos que se benefician de las pruebas irregulares, materializando que su aceptación o no más que de una efectividad concreta por la cantidad, repercute por la profundidad del temario, y por la necesidad del hallazgo de la verdad. Aun así, lejos están de encontrar una solución uniforme.

Efectos otorgados a la prueba ilícita

Siguiendo la temática descriptiva, corresponde verificar cuales son los efectos de la prueba ilícita derivado de esta doctrina, donde las tendencias también son disímiles:

a) Un sector prefiere referenciar la inutilidad o inaprovechabilidad de la prueba obtenida ilícitamente, que por su origen ilegal no se aplique en el proceso, lo que implica la exclusión del medio probatorio.

b) Otro sector, parte de analizar el nexo de obtención de la prueba ilícita, diferenciando entre prueba ilegal y legal, haciendo viable introducir la perspectiva de admisión en algunas hipótesis, que exceden al análisis de esta investigación, donde el panorama se vuelve más enmarañado.

En este sentido, con relación a los efectos, pues mientras en el *common law* la prueba no existiría, pues se excluye directamente; en los sistemas de tradición romana se aplicaría el régimen de nulidades; en cambio, en la tradición germana se remiten al juez para considerar la validez probatoria.

Con estas bases, se resume que: cuando en el *common law* la prueba no existe, en el *civil law* es nula, en diseño germánico es un tema reservado a la potestad del juez, quien determina su aprovechamiento o no (Parra Quijano, 2009).

El desmantelamiento de la regla de exclusión

Por su gran relevancia, se pasa a considerar en detalle lo ocurrido en el caso *Hudson vs Michigan* (547 US 586, 2006), pues mediante esta decisoria se produce el desmantelamiento de las reglas de exclusión probatoria en los EE. UU., reformulando a la idea original que se tenía. Fue



puesta en discusión la lógica que por décadas se implementaba en el país del norte, rompiendo con la idea que la prueba ilícita no era válida para el proceso jurisdiccional.

Ocurrió que la policía se introdujo en el domicilio del Sr. Hudson para la búsqueda de estupefacientes, drogas y armas de fuego, encontrando en el interior rocas de cocaína en el bolsillo del acusado, armas de fuego y una gran cantidad de drogas. Ante lo cual los representantes del acusado plantearon la exclusión probatoria de dichas evidencias, porque se había violentado con una entrada prematura por parte de la policía en su vivienda, violándose los derechos contenidos en La IV Enmienda.

En forma posterior Hudson fue condenado por el juez, luego en apelación se confirmó la condena. A continuación, la Corte Suprema de Michigan rechazó la revisión de la condena; finalmente, la Corte Suprema Federal concedió el *certiorari*, que también fue rechazado.

A partir de esta sentencia, se descartó la aplicación de las reglas de exclusión, *ergo*, admitiéndose las evidencias obtenidas irregularmente. Entre los argumentos esenciales figuraban, si bien el costo social de la exclusión era considerable, era un precio inferior al que derivaba de no valorar las pruebas que demostraban con certeza la comisión de ilícitos por el acusado.

Analizando a profundidad, si los costos sociales de suprimir la evidencia superan al beneficio de disuadir futuras violaciones constitucionales, desde este análisis se puede entender que las reglas de exclusión estarían actualmente obsoletas. «En Hudson, la mayoría sugiere que la *exclusionary rule* estaría en la actualidad obsoleta, de ahí la necesidad de acceder a otros remedios alternativos» (Miranda Estrampez, 2019, 164).

Con el caso Hudson se afirmaría que llega a su fin un progresivo cuestionamiento a las reglas de exclusión, por el gran descrédito social que tienen, pues desde siempre se ha considerado como instrumentos en manos de los acusados, para escapar de la acción de la justicia, con bases a meros tecnicismos y procesalismos.

De modo que, la tendencia actual en los EE. UU. es propiciar la exclusión y abandono de las *exclusionary rule* (Mazagato y Sanchez Rubio, 2016), lo que significa aplicar válidamente la prueba ilícita, evitando la regla de exclusión. Apréciase que la doctrina fue evolucionando y ajustándose a nuevos cánones de tutela, en especial basado en razones de seguridad nacional y de dificultad probatoria de determinados delitos.

La profundización de la ciencia jurídica en muchos casos, como el que ocupa en esta ocasión, ha enseñado que no hay soluciones inequívocas. Ante el dilema de evitar efectos a la prueba ilícita por ser contraria a la moral, se contrapondrá la necesidad de la sociedad de evitar impunidades, donde la opinión pública juega un papel preponderante, correspondiendo articular equilibrios entre impunidad o respeto de las garantías fundamentales (Armenta Deu, 2011), sin que se impida fijar límites para su aplicabilidad, no abriendo grifos desmesuradamente.

Hacia la flexibilización

La visión hacia la flexibilización se plantea como una solución al radicalismos que fueron asentidos por la doctrina, como una forma de solucionar inconvenientes que de otra forma no tendría un correcto resultado en el mecanismo de resolución de conflictos.

En tal sentido, recomendar que el juez pueda considerar algunos aspectos, recomendados



por *Priori Posada* (2019), tales como:

- a) Facilidad o dificultad probatoria del hecho que se intenta probar con la prueba ilícita;
- b) Posibilidad de contar con otros medios de prueba;
- c) Análisis del elemento subjetivo con el que actuó el actor de la infracción;
- d) Si quien comete la infracción es parte del proceso o no, o si lo hizo con el propósito de generar una ilicitud probatoria;
- e) El grado de vulneración del derecho fundamental;
- f) Naturaleza del derecho cuya protección se pretende en el proceso;
- g) Contexto de la violación de los derechos en juego;
- h) La necesidad de infringir un derecho fundamental para obtener la prueba.

La profundización de la ciencia jurídica en muchos casos, como el que ocupa esta investigación acerca de la ilicitud probatoria, ha enseñado que no hay soluciones inequívocas. Ante el dilema de evitar efectos a la prueba ilícita por ser contraria a la moral, se contrapondrá la necesidad de la sociedad para evitar impunidades, donde la opinión pública juega un papel preponderante, correspondiendo articular equilibrios entre impunidad o respeto de las garantías fundamentales (Armenta Deu, 2011).

Discutir si las formas pueden primar o si deben tolerar ciertas violaciones, sobre todo en casos dificultosos, donde resulta evidente que tendrá que efectuarse una exigencia ética para la búsqueda de la verdad. Recordando que el juez debe dejar de ser un necio legalista, para dar razón al derecho, pero tampoco podría avalar la ilicitud de la prueba a ser obtenida por medios racionales. Con ello certificar, que se evidencia una cierta tolerancia a la violación de derechos fundamentales para conseguir pruebas imposibles de otro modo (Parra Quijano, 2009). Con seguridad, deberá ser un tema de profundo análisis que en este tiempo tecnológico se exterioriza con mayor asiduidad.

Conclusión

A modo de colofón, se concreta que en los últimos tiempos se ha evidenciado criterios de moderación de las posiciones extremas, accediendo a un posicionamiento equilibrado e intermedio, que no llegue a una exclusión total de la prueba ilícita, ni tampoco a una admisión integral de todo elemento probatorio, sino uno intermedio, donde permitir que luego de un análisis casuístico asuma ponderar si hacer lugar o no a la prueba ilícita.

Son extremos de ponderación que el juez deberá abordar para realizar el test, sin perjuicio de incluir otros. En este orden, reconocer que el tema de la prueba ilícita no se aborda de manera uniforme, donde las posiciones extremas no siempre son las prudentes y correctas, debiendo incluso realizarse un análisis epistemológico de los objetivos del proceso judicial.

Se mire desde una u otra solución, la contraria parecerá equivocada, sin embargo, alguna alternativa racional deberá encontrarse, ajustándose a la permeabilidad de ese momento social en particular.

Valga como ejemplo lo ocurrido en los EE.UU., primero en contra de la admisión formulando reglas de exclusión –*exclusionary rule*– (1914), para en la actualidad dicha postura estar herida de muerte, al compás del caso *Hudson* (2006), donde se observa que la tendencia es la eliminación de las reglas de exclusión.



Esto conlleva certificar que, en materia de pruebas ilícitas, valen más las circunstancias socio-políticas –complejas y variables– que las razones doctrinarias jurídicas.

Hoy se abre el sendero a la teoría del descubrimiento inevitable –inevitable discovery–, donde una prueba ilícita no resulta inválida si probablemente estos hechos se hubiesen descubierto de todas maneras. Fluctúa sin vacilación, que los criterios de ética y moralidad deben seguir rigiendo, pero no ya sin límites, intentando lograr un equilibrio, especialmente cuando el evento de igual manera pudiera haberse conocido.

Finalmente, de esta manera se estampó un sesgo oclusivo al análisis de la ilicitud probatoria, en una metamorfosis de envergadura, que con gran vértigo se ciñe acerca del ámbito jurídico, temario sobre el que aún hay mucho por desarrollar, pues los claroscuros emergen precisando la versatilidad de flamantes enfoques que conduzcan al final del laberinto.

Referencias

Armenta Deu, T., (2011), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid, España, 2º Edición, Editorial Marcial Pons.

Carrió, A., (1994), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Argentina, 3º Edición, Editorial Hammurabi.

Código Procesal Civil del Paraguay, Ley 1337/88.

Código Procesal Penal, Ley 1286/98.

Constitución de la República del Paraguay, 1992.

Corte Europea de Derechos Humanos. (1 de junio de 2010). www.echr.coe.int. Obtenido de www.echr.coe.int: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Boyd vs. United States*, 116 U.S. 616 (1886). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>

Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Week vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>

Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Silverthorne Lumber Co, Inc. vs. United State*, 251 U.S. 385 (1920). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>

Corte Suprema de Estados Unidos, caso *People vs. Defore*, 242 NY 13 (1926). <https://casetext.com/case/people-v-defore-1>

Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Nordone vs. United States*, 308 U.S. 338 (1939). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>



- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Wolf vs. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Janis vs. United States*, 428 U.S. 433 (1976). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/433/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United States vs. Havens*, 466 U.S. 620 (1980). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/620/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United State vs. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/620/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Massachusetts vs. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/981/>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Arizona vs. Fulminante*, 499 U.S. 279, (1991). <https://casetext.com/case/arizona-v-fulminante>
- Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/586/>
- Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Schenk vs. Suiza*, Sentencia 10862/84, 12 de julio de 1988. <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164753>
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), Acuerdo y Sentencia N° 1/2021, de fecha 11 de Febrero 2021. <https://drive.google.com/file/d/1f-uCQI5WIj34t4cAVs7M1u9DXqFvdhF-/view?usp=sharing>
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), Acuerdo y Sentencia N° 90/2020, de fecha 9 de Septiembre de 2020. <https://drive.google.com/file/d/1TvpjXWlwo1P7ju2MPf4JVR8jwVUzrVvE/view?usp=sharing>
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), Acuerdo y Sentencia N° 910/2009, de fecha 23 de Diciembre 2009. <https://drive.google.com/file/d/1XVFWyGR3pPwiro1LL0hgvzy8GM9EcZ4/view?usp=sharing>
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), Acuerdo y Sentencia N° 1720/2012. <https://drive.google.com/file/d/1G40jAF2X16I2fC4zUgoyW2QB2plkOeIx/view?usp=sharing>



- Denti, V., (1974), Estudios de derecho probatorio, Buenos Aires, Argentina, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América.
- Devis Echandía, H., (2002), Teoría general de la prueba judicial, T. I , Bogotá, Colombia, Editorial Temis.
- Falcón, E., (2009), Tratado de la prueba –Civil, Comercial, Laboral, Penal y Administrativa, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2º Edición actualizada y ampliada.
- Maiztegui Marcó, F., (2007), Fronteras de la actividad probatoria la prueba ilícita, publicado en Tratado de la prueba, Dir. Marcelo Midón, Resistencia, Chaco, Argentina, Librería de la Paz.
- Mazagatos, E. y Sánchez Rubio, A., (2016), La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Valencia, España, Editorial Tiranch lo Blanch.
- Midón, M.S., (2019), Pruebas ilícitas, análisis doctrinario y jurisprudencial, Bogotá, Colombia, 3º Edición, Ediciones Nueva Jurídica.
- Minvielle, B., (1987), La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal, Córdoba, Argentina, Editorial Marcos Lerner.
- Miranda Estrampez, M., (2019), Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense, Madrid, España, Editorial Marcial Pons.
- Corte Europea de Derechos Humanos. (1 de junio de 2010). www.echr.coe.int. Obtenido de [www.echr.coe.int: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa)
- Morales, O. A. (2003). Fundamentos de la investigación documental y la monografía. (U. d. Andes, Ed.) Manual para la elaboración y presentación de la monografía, 1-14. Obtenido de <http://www.webdelprofesor.ula.ve/>.
- Muñoz Sabaté, Lluís, (1967), Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Madrid, España, 4º Edición, Editorial La Ley.
- Parra Quijano, J., (1997), Pruebas ilícitas, Lima, Perú, publicado en Revista Ius & Veritas, n.º 14. -(2009) Manual de Derecho Probatorio, Bogotá, Colombia, 17º Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda.



- Passanante, L., (2017), *La prova illecita nel processo civile*, Torino, Italia, Editorial Giappichelli.
- Pellegrini Grinover, A., (2000), Pruebas ilícitas, Lima, Perú, publicado en Revista Peruana de Doctrina y jurisprudencia penal, n.º 1.
- Picó I Junoy, J., (1996). El derecho a la prueba en el proceso civil, Barcelona, España, Bosch Editor.
- Priori Posada, G., (2019), Los remedios a la violación de derechos fundamentales en la obtención de medios probatorios en el proceso civil: una propuesta de revisión de la prueba ilícita en el proceso civil, publicado en La prueba, teoría y práctica, Directores Agudelo Mejía, Dimaro y otros, Medellín, Colombia, Universidad de Medellín y Sello Editorial.
- Silva Melero, V., (1963), La prueba procesal, T. I, Madrid, España, Revista de Derecho Privado.
- Taruffo, M., (2010), Simplemente la verdad, Madrid, España, Editorial Marcial Pons.
- (2012), Proceso y decisión, Madrid, España, Editorial Marcial Pons.
- Tribunal Constitucional Español, Sentencia n.º 114, del 29 de Noviembre de 1984.
- Véscovi, E., (1970), Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita, publicado en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, n.º 2.
- Villalba Bernié, P., (2023), La prueba en el Proceso Civil, Bs. As., Argentina, IJ Editores. <https://ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=1298>