

Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*

Julio B. J. Maier**

I. INTRODUCCIÓN

El tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. Tal caracterización nos obliga a exponer, sintéticamente, las características generales del problema: para ello nos valdremos de una pequeña reseña histórica y después avanzaremos sobre el estado actual de la discusión y sus perspectivas futuras.

Son varias las fórmulas que históricamente han sido utilizadas para designar la inadmisibilidad procesal de aquellos elementos de prueba obtenidos mediante la inobservancia o vulneración de las normas —procesales o constitucionales— que regulan su objeto o su mecanismo de recolección. Ello, sin duda, ha contribuido a crear cierta confusión en torno a qué es “lo prohibido” y a cuales son los alcances de la prohibición. En el ámbito continental europeo, fue sin duda ERNST BELING el primero en desarrollar analíticamente el problema en su ya célebre trabajo *Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la ver-*

* Ponencia presentada al VIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Salamanca, abril 1996.

** Catedrático de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

dad¹. Allí se planteaba, en una formulación que posiblemente hoy no pueda ser mantenida, la existencia de límites a la misión de averiguación de la verdad que preside a la persecución penal estatal, designados, genéricamente, como “prohibiciones probatorias”. Dentro de ellas, BELING formuló la distinción —hoy todavía utilizada por algunos y criticada por otros— entre “prohibición de temas de prueba” (*Beweisthemaverbote*), cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, “prohibición de medios de prueba” (*Beweismittelverbote*), cuando lo inadmisibles yace en el medio probatorio y “prohibiciones de métodos de prueba”, cuando lo que se prohíbe es, precisamente, la utilización de ciertos métodos en la recolección de la prueba (*Beweismethodenverbote*). Todos estos casos son estudiados actualmente bajo el rótulo de “prohibiciones de recolección de prueba” (*Beweiserhebungsverbote*).

Pero no solo la ciencia jurídica alemana aportó a la discusión. En Italia, sobre todo por influencia de FLORIAN², el problema se estudió de la mano de las limitaciones al principio de la libertad probatoria en materia penal: todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba. Existen, sin embargo, limitaciones absolutas, que se refieren al objeto de prueba (*thema probationis*) y limitaciones relativas, que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido en él la valoración de la prueba. Las primeras aluden a la posibilidad de que el hecho o circunstancia que debe probarse esté excluido de la posibilidad de ser probado por una regla de derecho positivo fundada en la defensa de un bien o interés jurídico que, para el orden jurídico, posee un valor superior a la utilización judicial del hecho o del dato para decidir un conflicto social, como sucede, a guisa de ejemplo, con la filiación adulterina en el derecho argentino. Las limitaciones relativas proceden también de la ley, con idéntico fundamento, pero no impiden, abstractamente, que el hecho o circunstancia, tema de la prueba, pueda ser probado, sino, tan solo, que sea probado por intermedio de algún órgano o medio de prueba específicos o que sea probado mediante un procedimiento extraño al que prevé la ley. Nuevamente a guisa de ejemplo: las legislaciones positivas impiden, en ocasiones, que ciertas personas presten testimonio contra el imputado (cónyuge o parientes, en grado próximo, sacerdotes, abogados o, en general, personas vinculadas por el deber de la reserva profesional o en la práctica de un oficio); otras veces, el orden jurídico excluye ciertos medios para averiguar una circunstancia, según sucede casi siempre con las formas *ad probationem* y, más concretamente, con el estado civil de las personas, que, en principio, solo puede ser probado mediante los certificados que expide la autoridad pública competente; por último, las reglas referidas al procedimiento de asunción y valoración de la prueba deben ser respetadas, razón por la cual, por ejemplo, el tribunal de juicio, en la sentencia, no podría valorar en ella —al menos, en contra del imputado—

¹ *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, reimpresión de la 1ª ed. (1903), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. f.

² EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, § 9, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 146 y ss.; sintéticamente, *Elementos de derecho procesal penal*, cap. V, § 70, trad. de Prieto Castro, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s. f., págs. 314 y ss.

un medio de prueba que no fue incorporado al debate y sometido al procedimiento de contradicción que para él se prevé. Empero, según se observa, las limitaciones relativas no impiden que el hecho o circunstancia valioso para la decisión pueda ser probado por otro órgano o medio de prueba admitido por la ley y conforme al procedimiento que la ley prevé.

Se debe advertir que, como indica la exposición anterior, el desarrollo de las llamadas *prohibiciones probatorias* no emerge, en el derecho continental europeo, para afianzar ciertas garantías procesales del imputado, en el marco de sus derechos fundamentales en un Estado de derecho.

Junto con esta evolución en el derecho continental europeo se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano un sistema conceptual menos rígido —y seguramente más pragmático— en torno al tema en análisis: la doctrina de la *exclusión probatoria*, o, simplemente, *regla de exclusión*, elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del fallo Weeks vs. U. S. (1914). Este desarrollo, que si bien ha conducido a resultados prácticos similares al de las tesis europeo-continuales, partió, sin embargo, de postulados políticos esencialmente distintos: la regla de exclusión surge como un *método para reforzar la vigencia de ciertos derechos constitucionales* (en el fallo mencionado, la protección del domicilio, papeles privados y efectos personales contra búsquedas y secuestros irrazonables), y no emerge, por el contrario, como una excepción a las facultades de indagación de un Estado en principio no limitado en el desarrollo de esta tarea.

Esto marca, a su vez, una importante diferencia entre los respectivos ámbitos de la discusión académica: mientras que en Estados Unidos siempre se ha argumentado sobre la base de las garantías constitucionalmente tuteladas, y de la eficacia de la regla de exclusión para su protección, en la discusión europeo-continental, aunque aquí nos limitamos en verdad a la República Federal de Alemania, se ha ceñido históricamente de manera fundamental —y acaso, excesivamente— al derecho positivo común, el cual rara vez contiene disposiciones expresas en cuanto al tema que nos ocupa (una excepción es el § 136a OPP, que prohíbe expresamente la valoración de la declaración del imputado obtenida mediante coacción o engaño). Prueba de esto es que solo una decisión sumamente reciente de la Corte Suprema alemana (BGH) reconoció la existencia de una prohibición de valoración probatoria frente a la omisión del deber de advertencia previa a la declaración del imputado sobre su derecho a guardar silencio, recogido en el § 136a OPP, tras años de concebir a dicha regla como una “mera disposición de orden”, cuya vulneración no arrojaba consecuencia jurídica alguna —ni siquiera para fundar la casación—, a pesar de la crítica sostenida de la doctrina. A partir de BGH 38, 214 (27 de febrero de 1992), la Corte afirmó la existencia de una prohibición de valoración probatoria derivada de la lesión al § 136a OPP, para lo cual tuvo que abandonar el plano normativo del derecho positivo común y fundar el derecho a guardar silencio en “la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso”.

Todos estos intentos conceptuales pretenden designar, cada cual a su modo, y conforme a sus propias fundamentaciones, la *inadmisibilidad de la valoración en con-*

tra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vulneración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas. En lo sucesivo nos referimos a dicha inadmisibilidad utilizando la expresión "prohibiciones de valoración probatoria", ya que, posiblemente, ella resulte más familiar en este ámbito.

2. LA DELIMITACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA

La dogmática alemana divide a las prohibiciones de valoración en "dependientes" e "independientes", según se apoyen o no en la lesión a una prohibición de adquisición de prueba (como, por ejemplo, las normas referidas al derecho de ciertos testigos de no declarar contra el imputado). En el primer caso, la delimitación no presenta mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. El problema se plantea, como es natural, en el segundo grupo, que es claramente el mayoritario, y en el que se incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales (*verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote*): allí, según la opinión dominante, se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de "criminalidad grave y de difícil esclarecimiento".

Esta fundamentación es muy cuestionable. Por lo pronto, ella parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria *exclusivamente* como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden ceder o no frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema *ético* que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular. Prueba de ello es que, hasta hoy, la única respuesta intentada a la crítica que sostiene que esta fundamentación se acerca al aforismo *in delictis atrocissimis... iura transgredi licet*³ no ha sido otra cosa que una aceptación parcial del aforismo en cuestión⁴. Ello significa que, en la práctica, la limpieza del procedimiento penal dependerá, en verdad, de la magnitud de la imputación realizada, ya que el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución es algo así como "en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello solo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución". Desde el punto de vista *preventivo*, una estrategia no demasiado aconsejable.

No corre mejor suerte la tesis de la Corte Suprema alemana que circunscribe el círculo de prohibiciones de valoración independientes a la lesión efectiva de una norma que afecte el "ámbito de derechos" del imputado (*Rechtskreisstheorie*). Para ello,

³ FRANZ SYDOW, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Würzburg, Holzner Verlag, 1976, págs. 59 y 108.

⁴ KLAUS ROGALL, "Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", en *ZStW*, Berlin, Bd. 91, De Gruyter, 1991, pág. 34.

recurre al "fundamento de la disposición" vulnerada y al interés para el que ha sido creada. Esta teoría ignora directamente el derecho del imputado a que no solo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos sean respetadas, sino también la *regularidad* del procedimiento seguido en su contra⁵. Ello es subrayado en la ácida crítica de SYDOW: "...quien se encuentra en la cárcel porque el tribunal ha lesionado una disposición procesal, y sin la vulneración él hubiera sido con seguridad o incluso con probabilidad absuelto, no olvidará esta teoría, y no lo tranquilizará que la lesión procesal no haya afectado esencialmente su ámbito de derechos"⁶.

La evolución en este aspecto en el derecho angloamericano tampoco resulta satisfactoria⁷. La opinión dominante ha basado siempre la necesidad de una regla de exclusión probatoria a partir de los efectos *preventivos* que ella produciría sobre los órganos de la persecución penal. Así, la exclusión de la prueba obtenida en forma irregular ha sido negada en aquellos casos en los cuales se considera que dichos fines preventivos no resultan necesarios: cuando, por ejemplo, un oficial de policía actúa en la "creencia objetivamente razonable" de que su conducta respeta los derechos fundamentales del afectado, aunque objetivamente los lesione, es innecesario recurrir a la exclusión de la prueba adquirida mediante la injerencia irregular (*good faith exception*). En casos de este tipo, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, los beneficios preventivos que presentaría la regla de exclusión quedan superados por sus propios costos ("imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas")⁸. La discrepancia de la minoría de la Corte frente a esta excepción al ámbito de aplicación de la regla resume la crítica que se le debe formular: la vigencia de la regla de exclusión no depende de sus eventuales efectos preventivos, sino que ella se deduce directamente de un imperativo constitucional; por ello, es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como "factor de corrección" frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado⁹.

Lo expuesto hasta aquí permitiría identificar dos líneas argumentales en tensión constante: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedimiento¹⁰, y que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su pretensión punitiva aquella información que haya obtenido en forma irregular; por otro, la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso de argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales como límite a la persecución penal.

⁵ CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, München, C. H. Beck, 1991, págs. 150 y ss.

⁶ Ob. cit., pág. 69.

⁷ Sobre dicha evolución, cfr. a FABRICIO GUARIGLIA, "Las prohibiciones probatorias" en *El nuevo Código Procesal Penal de La Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Edit. Del Puerto, 1993, págs. 18 y ss.

⁸ U. S. vs. Leon (468 U. S. 897) (1984).

⁹ "No es la regla de exclusión, sino la enmienda misma la que ha impuesto este costo".

¹⁰ BGH, 14, 358.

Para ello, se ha dejado de lado el simple hecho de que aquí se trata, fundamentalmente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren una potestad de injerencia a la persecución penal, o bien de la injerencia realizada en ausencia de una norma semejante. Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan solo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen *autolimitaciones* para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónica en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo¹¹. El Estado de derecho se encuentra por ello obligado a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria¹². El incumplimiento de estas reglas conlleva el contrasentido ético ya señalado por EBERHARD SCHMIDT: el Estado ya no puede mostrar frente al acusado "buena conciencia con la pretensión de superioridad moral"¹³. Ello es aún más evidente cuando se advierte que cada norma de recolección de prueba afecta significativamente derechos individuales de los ciudadanos (algunos ejemplos: el allanamiento y registro domiciliario, el derecho a la intimidad; el secuestro, el de propiedad; el deber de declarar como testigo, la libertad de información, etc.).

Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria solo puede ser, entonces, la prohibición de un *venire contra factum proprium* del Estado. Este se encuentra vinculado por las autolimitaciones descritas, y no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata el *carácter imperativo* que BELING le había conferido a las prohibiciones probatorias: la prueba irregular es "un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer"¹⁴.

3. EFECTOS

Debemos referirnos ahora a las consecuencias jurídicas o efectos de la adquisición estatal irregular de elementos de prueba. Como su misma denominación lo expresa, la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces no el *objeto* de prueba, lo cual solo sucede en el caso de la *prohibición de temas de prueba*, o *limitaciones absolutas*, sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba.

La discusión gira, como es sabido, en torno al *alcance* de la prohibición: ¿abarca ella también a la prueba mediata, o está circunscrita exclusivamente a la obtenida en forma *directa* mediante el acto irregular? Esta pregunta se refiere a lo que en la discusión alemana se denomina "efecto extensivo" (*Fernwirkung*) y, en la terminología de

la Corte Suprema de Estados Unidos, "doctrina del fruto del árbol venenoso". Aquí también encontramos contradicciones similares a las señaladas en el punto anterior.

En Alemania, el desarrollo dogmático y de la jurisprudencia no ha logrado presentar un esquema analítico claro: la jurisprudencia ha negado, históricamente, la existencia de un *efecto extensivo*¹⁵, al menos, como regla general. Algunos sectores de la dogmática lo han afirmado, pero discrepan en torno a su ámbito de vigencia¹⁶.

Es, sin duda, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en donde se encuentra la exposición más completa de la teoría en análisis, aun con las limitaciones posteriores introducidas por la misma Corte. En dos fallos iniciales (*Silverthorne Lumber Co. vs. U. S.*, 1920 y *Nardone vs. U. S.*, 1939), la Corte excluyó prueba adquirida por medios regulares, pero a cuyo conocimiento la persecución penal había arribado mediante una actividad irregular anterior. Según la Corte, la introducción en el juicio, y consecuente valoración, de la prueba *mediata*, supondría "fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal" (*Nardone...*, voto del juez Frankfurter). La única excepción admitida por la Corte en esta época quedaba delimitada por la llamada "fuente independiente" (*independent source*): la prueba puede ser admitida si ella es el producto de un curso de investigación *actual* (es decir, no hipotético), *regular* y totalmente *independiente* de la infracción realizada por la persecución penal. En verdad, tal como se explicó más arriba, esto no constituye, en sentido estricto, excepción alguna, ya que, reiteramos, el *objeto* de prueba, en los casos de aquello que FLORIAN denominaba *limitaciones relativas*, permanece accesible a la persecución penal: la existencia de una línea de investigación independiente —previa o contemporánea a la lesión procesal— que conduce también a la adquisición de la prueba en cuestión, constituye un modo lícito de obtención de esa prueba, salvo que sea imposible determinar con precisión de qué modo la persecución penal tomó conocimiento de ella; en un caso semejante, el peligro de que se incorpore prueba irregular debe prevalecer sobre el interés estatal en la persecución penal, y la prueba debe ser excluida.

Más complejo es el análisis de la segunda excepción introducida en fecha más reciente por la Corte¹⁷: la doctrina del "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery*). Según ella, una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos. Es decir, se trata de determinar, en cada caso, si a través de un *curso causal hipotético* se hubiera llegado en forma regular a la obtención de la misma prueba. Las críticas a un criterio semejante son varias: por un lado, se señala que lo decisivo es que la lesión al derecho individual *efectivamente ha acontecido*: "la inevitabilidad de la acción lesiva no es apta para compensar o reparar el ilícito de la lesión"¹⁸. Por otro, se critica que la responsabilidad del Estado

¹¹ GERHARD FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, C. F. Müller, 1955, págs. 22 y ss.

¹² LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 621, con cita de CARRARA.

¹³ "Gustav Radbruch als Kriminalist", en *ZStw* 63, 1951, pág. 160.

¹⁴ Ob. cit., pág. 25.

¹⁵ BGHST 27, 355; 32, 68; 34, 362; entre otros.

¹⁶ KLAUS ROGALL, "Gegenwärtiger...", págs. 38 y ss.

¹⁷ *Nix vs. Williams*, (1984).

¹⁸ KLAUS ROGALL, "Gegenwärtiger...", pág. 33.

por la violación a las normas constitucionales, o a las reglas del procedimiento, se diluya a través de la especulación¹⁹.

Contemplado desde el prisma del derecho penal material, el problema se aproxima a la relevancia del curso causal hipotético —y del comportamiento alternativo conforme a derecho— para la imputación objetiva del resultado. Es decir, si en el caso concreto el resultado es imputable cuando con certeza también habría sido producido por un comportamiento alternativo conforme a derecho. Ello, según la opinión dominante, conduce a excluir la imputación objetiva y lleva a la impunidad en el caso del ilícito imprudente; por el contrario, si el autor ha obrado con dolo, responde por tentativa²⁰. Esta tesis —que de todos modos no llega a excluir el desvalor de acción en el caso de los delitos dolosos, ni, por ello, el ilícito de la tentativa— no es trasladable al campo del derecho procesal penal, en general, ni al de las prohibiciones de valoración; en particular; no solo porque el fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria no es —o al menos, no exclusivamente— el eventual efecto *preventivo* que ellas podrían tener en los órganos de la persecución penal, como subraya AMELUNG²¹, sino, fundamentalmente, *porque los planos en los que actúan las normas penales y las normas procesales son distintos, y las consecuencias de la infracción a unas y otras también lo son*. Del mismo modo que las autorizaciones que la ley penal le confiere a los ciudadanos para lesionar bienes jurídicos en determinadas circunstancias (*causas de justificación*) no pueden ser utilizadas por el Estado para fundar injerencias no previstas de modo alguno en la legislación procesal²², tampoco pueden ser utilizados los criterios de delimitación de la imputación de la acción al resultado, concebidos para extraer consecuencias penales o no de las acciones de los ciudadanos, para determinar los resultados de la actividad irregular de la persecución penal.

Pero, más allá de ello, y esta es una crítica que posiblemente abarque también a las consecuencias que la dogmática penal extrae de estos casos, lo cierto es que los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido, y a cuya afirmación se pueda llegar con la certeza necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales. Esto implica, necesariamente, la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio *in dubio pro prueba*, naturalmente en contra del perseguido penalmente.

4. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora demuestra, en nuestro criterio, la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de aquella prueba mediata o inmediatamente adquirida mediante una acción estatal irregular, con total prescindencia de consideraciones complementarias, como la gravedad del hecho atribuido al investigado, o el error del agente de la persecución penal sobre la ilicitud de su actuación. Ello aún más frente a las tendencias deformantes del procedimiento penal que hoy se perciben claramente, y que amplían las facultades de injerencia estatal a niveles que, poco tiempo atrás, no hubieran sido imaginables, tales como la introducción del “agente encubierto” en varias legislaciones, o el desarrollo de nuevos métodos de vigilancia electrónica.

¹⁹ Voto del juez Stevens en Nix...

²⁰ CLAUS ROXINS, *Strafrecht*, § 11, AT, München, C. H. Beck, 1992, pág. 240.

²¹ KNUT AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pág. 51.

²² Cfr. a KNUT AMELUNG, “Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere, § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977/19, München, C. H. Beck, 1977, págs. 833 y ss.