

## GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRUEBA

Roland ARAZI\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regla de exclusión. Distintos supuestos*. III. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Nación Argentina (en adelante CNA) dispone en la primera parte del artículo 18:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en que casos y con qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

A su vez en el artículo 19 leemos: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Con más precisión en relación con el tema que vamos a desarrollar, el artículo 13, inciso 3, segunda parte de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dice: “son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas obtenidas como resultado de los mismos”.

\* Doctor en derecho y ciencias sociales; profesor titular consulto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor titular en la Universidad de Belgrado.

En este trabajo nos proponemos encontrar un punto de equilibrio entre el respeto a esas garantías constitucionales y la necesidad de esclarecer los hechos controvertidos en un proceso judicial.

El juez tiene que desestimar la prueba ilícita aun cuando se trate de un medio que conduzca casi a la certeza absoluta acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, como sucede con la denominada “prueba científica”; recibe tal denominación la obtenida aplicando conocimientos científicos o técnicos que exceden el que posee el juez como experto en derecho y, por ello, generalmente, utiliza dictámenes de peritos.

Debemos determinar qué se entiende por “ciencia”. Siguiendo la definición de Bunge podemos afirmar que el conocimiento científico es aquel que reúne las cualidades de racional, sistemático, exacto, verificable y falible.<sup>1</sup>

Para que una disciplina pueda considerarse “científica”, las investigaciones y conclusiones a las que se arribe mediante su estudio deben ser verificables empíricamente y existir posibilidad de repetición de los experimentos. Ello se advierte claramente en las ciencias fácticas o experimentales (astronomía, física, química, biología, geografía, etcétera), pero es más difícil de determinar en las que se han denominado “humanas” (medicina, psicología, sociología, política, historia, derecho).<sup>2</sup>

La verificación en las ciencias humanas se obtiene mediante estadísticas, y cuando ellas demuestran un alto índice de aciertos podemos considerar que el conocimiento y estudio merece el calificativo de científico; a ello agregamos el reconocimiento de lo que podríamos denominar la comunidad científica. De allí que, por ejemplo, resulta correcto afirmar que es científico el conocimiento de la psicología, la sociología, etcétera, y no lo es el de la quiromancia, astrología etcétera, pues los estudios estadísticos han demostrado la falacia de estas últimas.

En las ciencias “humanas” es suficiente un alto grado de resultados estadísticos que corroboren las conclusiones elaboradas, en tanto que en las ciencias “fácticas” una sola comprobación que no concuerde con los enunciados, puede destruir un gran número de comprobaciones que lo confirmen.

<sup>1</sup> Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, México, Siglo XXI, 1978, p. 9.

<sup>2</sup> Véase Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2003, t. 1, p. 10.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló la necesidad de un enfoque interdisciplinario en la prueba científica, con especial referencia a la vinculada con la ciencia médica; en tal sentido expresó:

En el desafío a una participación asociada de medicina y derecho, los galeños solos no se animan, requieren del derecho para tomar decisiones, envueltos en el manto de la obligación de conciencia. A su vez, los jueces se apoyan en la opinión científica, que es casi excluyente. Labor integrada, interdisciplinaria, que plasma en límites de bioética en cada establecimiento de salud. En solitario o actuando de manera unilateral muestran recíprocas carencias; únicamente un inteligente enfoque interdisciplinario permite avanzar responsablemente.<sup>3</sup>

A su vez, la Corte Suprema de Mendoza definió la importancia de la prueba científica en los juicios de filiación en los siguientes términos:

De la mano del concepto social de familia vienen los medios de prueba, que en esta materia han dado un salto cualitativo; el estudio de ADN para determinar el vínculo biológico entre un adulto y su supuesto hijo es una realidad científica incontrastable al servicio del derecho y de los hombres, con un margen de error despreciable y con una práctica incruenta. Combinados ambos factores, social y científico, se advierte claramente que la realidad ha superado la previsión normativa.<sup>4</sup>

## II. REGLA DE EXCLUSIÓN. DISTINTOS SUPUESTOS

Es necesario determinar cuándo una prueba debe excluirse como elemento de convicción por haberse obtenido violando garantías constitucionales. Es importante tener en cuenta ciertos principios como el de “proporcionalidad” y el de “razonabilidad”, antes de decidir; la Corte Suprema de Estados Unidos, interpretando la IV Enmienda, en reiteradas oportunidades expresó que se trata de conceptos dinámicos, basados en el sentido común, que evalúa probabilidades en un contexto fáctico particular y que no puede estar reducido a un conjunto de estrictas reglas le-

<sup>3</sup> “CSJN, 11/1/2001, T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, en adelante J. A. 2001-II-356, Fallos 324-5; véase también CNCiv. Sala I, 6/7/2001, A.G.O c/P.P. de M. y C. S.A. y otro, J. A. 2002-III-638.

<sup>4</sup> CSJ Mendoza, sala 1ra. 12 de mayo de 2005, L.F.C por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A.C., J.A. 2006-I-636.

gales. Morello considera el principio de razonabilidad como el de mayor jerarquía, el más caro y orientador, el talón de Aquiles del edificio del derecho; el punto determinante de las proporciones; el que establece los límites, el punto crucial para llegar “hasta ahí” en las circunstancias del caso o problema de que se trate.<sup>5</sup>

Como bien la define Kemelmajer de Carlucci, la “proporcionalidad” es “el principio general del derecho que obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”.<sup>6</sup> También Gimeno Sendra, refiriéndose específicamente a las escuchas telefónicas, afirma que debido a la circunstancia de que las intervenciones telefónicas restringen un derecho fundamental, tales actos procesales han de estar sometidos al más estricto cumplimiento del principio de *proporcionalidad*.<sup>7</sup>

Se podrá argumentar que “proporcionalidad” y “razonabilidad” son conceptos que adolecen de cierta ambigüedad y subjetividad, difíciles de aplicar. Nadie dijo que era sencillo encontrar soluciones justas cuando existen conflictos de derechos de igual jerarquía legal; sin embargo a ello debemos aspirar.<sup>8</sup>

No sólo es ilícita la prueba producida violando garantías constitucionales sino también la obtenida como consecuencia de otra ilícita aunque aquella, considerada aisladamente sea lícita; tal el caso de elementos secuestrados como consecuencia de una requisita ilegal. Nuestra Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema: por mayoría el Tribunal revocó la sentencia que había absuelto a la imputada por haberse estimado que la prueba de cargo se había obtenido en violación del secreto profesional que el médico que había denunciado el hecho tenía el deber de guardar; se tuvo en cuenta la significativa gravedad del delito,

<sup>5</sup> Morillo, Augusto M., *El proceso civil moderno*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2001.

<sup>6</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 14, p. 77.

<sup>7</sup> Gimeno Sendra, Vicente, “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del T. C. y T. S.”, *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 425 y ss.

<sup>8</sup> Véase, Lorenzetti, Ricardo L., “El juez y las sentencias difíciles”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1998-A.1039.

vinculado con el tráfico de estupefacientes, afectando los compromisos asumidos por la Nación al suscribir diversos tratados internacionales.<sup>9</sup>

### 1. *Examen genético*

En el proceso civil el problema se presenta, principalmente, cuando debe extraerse una muestra para realizar el examen genético, en los juicios donde se cuestiona la filiación de una persona. En el proceso penal la investigación de ciertos delitos, en ocasiones impone la necesidad de avanzar sobre la persona para conocer el hecho.

En los juicios de filiación ya no se discute la posibilidad de considerar la negativa del demandado a someterse a los análisis necesarios para el examen genético, como un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente (artículo 4o. de la Ley 23511); no obstante en algunos supuestos se planteo la inconstitucionalidad de la norma citada por considerársela contraria a la garantías que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo (artículo 18, CNA) y a hacer lo que la ley no manda (artículo 19, CNA): el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba decidió expresamente que esas garantías no pueden confundirse con las consecuencias legales atribuidas a la conducta negativa del demandado, violatoria del deber de colaboración y cooperación que le exigen la realización de las actividades necesarias para la práctica de una prueba insustituible para lograr la determinación del vínculo filiar de un menor,<sup>10</sup> y es esta la opinión generalizada.<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional de España ha dicho que las partes tienen el deber de colaborar con los tribunales y aportar los datos requeridos que se encuentran en su poder, a fin de que el órgano judicial pueda conocer la verdad de los hechos;<sup>12</sup> incluso se ha sostenido que la negativa a someterse a los exámenes pertinentes “constituye un abuso del dere-

<sup>9</sup> CSJN, “Z.D., N.B. s/infracción a la Ley 23.737.

<sup>10</sup> TS de Córdoba, 27/3/2002, Lexis Nexis Online, núm. 70023921.

<sup>11</sup> Véase Barbosa Moreira, José Carlos, “La negativa de la parte a someterse a una pericia médica según el nuevo Código Civil brasileño”, *Debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 369.

<sup>12</sup> J. A. 1994-III-467, con nota de Augusto Mario Morillo.

cho, además de una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia”.<sup>13</sup>

Como lo anticipamos, la ley argentina califica de “indicio” en contra del renuente la negativa a someterse a los análisis necesarios para los exámenes genéticos. El indicio es fuente de presunción judicial; por ello es correcto el término empleado, aun cuando algunos autores prefieren utilizar la palabra “presunción”. La presunción legal invierte la carga de la prueba o, directamente, impide probar en contrario, en caso de tratarse de una presunción absoluta. El indicio deja al juez un amplio margen de apreciación para elaborar la presunción mediante un razonamiento lógico-jurídico. El Código Civil de la República Argentina utiliza la palabra “presunción” cuando se trata de apreciar conductas extra-procesales: tal el caso del artículo 257, incluido en el capítulo referido a las acciones de reclamación de estado, que dispone: El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario; a su vez el artículo 256 también establece una presunción legal al decir que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuese desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Las conductas de las partes en el proceso, tal es el caso de la negativa a permitir los exámenes pertinentes, deben ser valoradas por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y no por el legislador.

La cuestión dudosa está en ir un paso más e intentar obtener el material para el examen a pesar de la resistencia de la parte. En muchas oportunidades el indicio resulta insuficiente: en primer lugar porque frente a la posibilidad de tener una certeza casi absoluta sobre la filiación de una persona no parece razonable quedarse con las conclusiones de una mera presunción judicial; el derecho a conocer la identidad constituye uno de los derechos humanos fundamentales.<sup>14</sup>

En segundo lugar, el indicio derivado de la negativa a someterse al examen, no es útil cuando quien está investigando la identidad es el pro-

<sup>13</sup> Medina, Graciela, *Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas: El problema dentro del marco del derecho constitucional civil y del derecho comparado*, nota al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala I, 31/5/1995; J. A. 1995-IV-340.

<sup>14</sup> Véase artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica; artículos 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño; véase SCJ de Mendoza, sala I, 14/6/2006, LexisNexis Online núm. 35004125.

genitor y la negativa proviene del presunto hijo, quien se encuentra inscripto como hijo de otra persona. Hemos sostenido que el derecho a conocer la identidad es bifronte: no sólo el presunto hijo goza de ese derecho sino también quienes pretenden ser sus progenitores; por ello la oposición de uno o de los otros no debe impedir la averiguación de la filiación.<sup>15</sup>

El artículo 372 del Código Procesal Civil alemán (ZPO) dispone que en caso de que sea necesaria la determinación de la filiación según los supuestos previstos por el Código Civil, o en otros casos, cada persona *tiene que tolerar los exámenes, en especial la toma de muestras de sangre* para determinación del grupo sanguíneo, en tanto ello prometa la aclaración de los hechos de acuerdo con reconocidos principios científicos para el examinado y sus familiares y no exista peligro para la salud.

En Argentina se negó la extracción compulsiva de sangre, siendo suficiente para decidir sobre la filiación de una persona el indicio que se obtiene de la negativa del demandado de someterse al examen;<sup>16</sup> pero si el presunto padre ha muerto, es posible exhumar el cadáver para realizar los exámenes pertinentes, no obstante la negativa de los herederos: debe privilegiarse el derecho a conocer la identidad del peticionario frente a la que tienen los herederos de salvaguardar la intimidad familiar y el respeto por el cadáver.<sup>17</sup>

En la investigación penal es posible obligar al imputado a efectuar los estudios pertinentes cuando se investigan delitos graves como una violación y existen sospechas fundadas sobre su autoría.<sup>18</sup> Debe meritarse que los indicios tienen valores diferentes en los procesos civil y penal; siguiendo a Taruffo, podemos decir que “surgen dos estándares de prueba distintos: uno, que es típico del proceso civil, es el de la probabilidad prevaleciente, es decir, el de considerar probable una hipótesis si es más probable que su negación; otro, que es típico del proceso penal, es el de

<sup>15</sup> “Peritación genética compulsiva y prueba ilícita, comentario al fallo de la CNFed. de San Martín”, sala 2da, 30-9-2004, Barnés de Carloto, Estela, Representación de Asociación Abuelas de Plaza de Mayo”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006-2, p. 13.

<sup>16</sup> “Cámara Nacional Civil, sala D”, 2/4/96, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000-2, p. 438.

<sup>17</sup> Cámara Nacional Civil, sala A, 28/2/94, *ibidem*, p. 443).

<sup>18</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en adelante, CNCC, sala I, 10 de mayo de 2001, *Revista El Derecho*, 196-2001.

la prueba más allá de toda duda razonable.<sup>19</sup> Por ello la condena no puede fundarse en la simple negativa del imputado de someterse a los exámenes correspondientes.

En el caso de un menor víctima del delito de sustracción de menores, no se hizo lugar a la oposición de sus representantes para la extracción del material, evaluando que quienes se oponían eran los presuntos autores del delito investigado;<sup>20</sup> sin embargo, en un proceso donde el menor no estaba imputado como autor ni era víctima del delito que se estaba investigando, se negó la autorización solicitada para practicar el examen porque la extracción de sangre significaría someter a un menor de edad a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia sobre su cuerpo, lo que invade su esfera íntima.<sup>21</sup>

Cuando se trata de personas mayores de edad y capaces que se niegan a la extracción y no son imputadas del delito que se investiga sino, eventualmente, víctimas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó respetar la voluntad de la persona (en el caso, la presunta hija adoptiva de los imputados) que se negaba a colaborar para conocer su identidad.<sup>22</sup> Pero cabe señalar que en ese supuesto el examen sanguíneo no se juzgó indispensable a los fines del proceso penal, sino meramente complementario. Pero en otro caso en que el examen se consideró indispensable para la investigación penal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de San Martín dispuso practicar, *con o sin consentimiento* de las hijas adoptivas de la imputada, la peritación genética pendiente.<sup>23</sup>

La ley alemana del 2 de junio de 1999 modificó la Ley de Identificación por Prueba Genética del 7 de septiembre de 1998. El Código Procesal Penal alemán autoriza a tomar muestras de células de las personas sospechosas de haber cometido actos ilícitos graves, a fin de identificarlas y utilizarlas para comprobar su perfil genético cuando, en razón de la naturaleza o forma de ejecución de los hechos, características personales del sospechoso u otros elementos, exista razón para creer que podría iniciarse un proceso penal en su contra; antes de la reforma de 1999 sólo

<sup>19</sup> Taruffo, Michele, "Algunas consideraciones sobre verdad y prueba", trad. Mauricio Betty y Rodrigo Coloma, *Doxa, Discusiones*, año III, núm. 3, <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>.

<sup>20</sup> CSJN, 4/12/95, fallos, 318:2518.

<sup>21</sup> CSJN, 13/11/90, fallos 313:1113.

<sup>22</sup> "CSJN, 30/9/2003", *La Ley*, 2003-F-965, con nota de Susana Graciela Cayuso.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, nota 15.

era posible examinar el Registro Central Federal para obtener información relativa a una persona específica, pero actualmente se puede consultar ese Registro en relación con personas cuya identificación por perfil genético se está considerando, lo que permite hacer una investigación generalizada.

Cynthia Bryant menciona un antecedente de los tribunales de Estados Unidos de América donde se ordenó el examen compulsivo del compañero sexual voluntario de la víctima, para demostrar la inocencia del imputado.

Con ello los tribunales no violarían el derecho a no auto incriminarse que la V Enmienda acuerda a dicho compañero sexual, puesto que dicha norma constitucional no protege la producción compulsiva de prueba no testimonial. Por otra parte, un balance entre la mínima intrusión en la privacidad y el importante interés social de contar con los resultados del test, revela que la orden judicial no viola el derecho del compañero sexual, fundado en la IV Enmienda, a no ser objeto de exámenes y requisas irrazonables. Por lo tanto, en interés de la justicia, los tribunales deben emitir estas órdenes cuando la muestra resulte esencial para que el prisionero demuestre su inocencia.<sup>24</sup>

El grado de fuerza a emplear para la extracción de una muestra del cuerpo de la persona es mínimo comparado con la importancia del examen tanto en el proceso civil como en el proceso penal; se trata de una prueba decisiva en los casos de juicios de filiación y en los que se investigan delitos graves como la violación o el homicidio.

## 2. *Allanamientos y requisas*

Existe una abundante jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América respecto de la necesidad de que las órdenes judiciales de allanamiento y requisas estén fundadas en una “causa razonable” (probable cause) e incluso que los oficiales de policía puedan llevar a cabo un arresto y realizar requisas sin orden judicial previa de quien crea,

<sup>24</sup> *Investigaciones*, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 2000, núm. 3, p. 793.

*razonablemente*, que ha cometido un delito grave.<sup>25</sup> Volveremos sobre este tema en el punto 5.

### 3. *Control de alcoholemia*

El Tribunal Constitucional de España había decidido que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar y declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se la haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados por la Constitución. No obstante, en fecha relativamente reciente el mismo Tribunal expresó, por mayoría, que *no basta* (para la configuración del tipo penal), comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor (de un vehículo), sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías.<sup>26</sup>

Por su lado la Comisión Europea sostuvo lo siguiente: La posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede aparecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al imputado.<sup>27</sup>

Sobre la misma cuestión se resolvió que si el acusado alega que en el momento del hecho la proporción de alcohol en su sangre era menor a la

<sup>25</sup> Puede consultarse la sección "Jurisprudencia extranjera", *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2006-2, Rubinzal-Culzoni, pp. 589 y ss.

<sup>26</sup> TC, 15/11/2006 en el *Dial.com*, 8/2/2007.

<sup>27</sup> Sentencia citada en Sendra Moreno, Gimeno *et al.*, *Derecho procesal, t II: Proceso penal*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 320.

comprobada al momento del examen, le correspondía acreditar tal circunstancia.<sup>28</sup>

#### 4. *Escuchas telefónicas*

Grabaciones, fotografías, filmaciones. En relación con este medio de prueba podemos distinguir tres situaciones, a saber: 1) intervención de teléfonos por orden de autoridad judicial o administrativa; 2) grabación de conversaciones por terceros; 3) grabación de la conversación por uno de los interlocutores.

El artículo 236 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, en adelante CPP, dice lo siguiente: El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas. Bajo las mismas condiciones el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él. En general se entiende que estas medidas restrictivas de los derechos individuales, también pueden ser ordenadas por el juez civil.<sup>29</sup> Colombo enseña que el proceso civil no puede desentenderse de medios de prueba que, como las grabaciones, han sido admitidas en el proceso penal, donde los derechos del imputado exigen una protección que no es menester poner de resalto.<sup>30</sup>

Señala Kemelmajer de Carlucci que la Constitución nacional no declara expresamente la inviolabilidad de los medios de comunicación pero dicha garantía puede considerarse incluida en el artículo 18 que consagra la inviolabilidad del domicilio, como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos convalidó la sentencia de los tribunales del Reino Unido en cuanto tuvo por válida la prueba obtenida mediante escuchas logradas por mecanismos instalados por la policía en un departamento de uno de los condenados: consideró que la medida estaba justificada en la protección de la seguridad pública, la prevención del crimen y la protección de los derechos de otras personas, y se encontraba

<sup>28</sup> Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, 7/3/2002, [www.courtservice.gov.uk](http://www.courtservice.gov.uk).

<sup>29</sup> Véase el fallo de la Cámara Civil, Sala J, *cit.* en la nota 40.

<sup>30</sup> Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. III, p. 403.

prevista en la ley. En cambio desestimó la prueba obtenida mediante mecanismos de escuchas ocultos en la comisaría porque tal injerencia no estaba prevista en la ley.<sup>31</sup>

Con respecto a las grabaciones realizadas por particulares y su valor como medio de prueba, nos limitaremos a señalar dos precedentes jurisprudenciales comentados por dos distinguidos juristas, los recordados maestros Lino E. Palacio y Germán J. Bidart Campos, quienes indicaron con precisión los alcances de la exclusión de pruebas ilícitas en el proceso civil y en el proceso penal.

La Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, no admitió introducir como medio de prueba la grabación de una conversación telefónica presentada por uno de los interlocutores porque no se había comunicado al otro que se estaba grabando. Ello mereció la justificada crítica del profesor Palacio, quien considero que la prueba debió admitirse tal como se hace con las cartas misivas no confidenciales.<sup>32</sup> Corresponde señalar la necesidad de diferenciar la admisibilidad de la prueba con la eficacia de ella; la primera la decide el juez cuando se ofrece mientras que la apreciación la hará en la sentencia. En el caso el medio ofrecido debió admitirse, sin perjuicio de su valor probatorio.<sup>33</sup>

El otro precedente es el de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala H. El voto en minoría del doctor Martín Vázquez Acuña permitió un meduloso comentario del doctor Germán Bidart Campos que clarifica el tema de la ilicitud de la prueba. El voto propició la absolución de los procesados por hurtos reiterados porque la denuncia se había originado con base en conversaciones telefónicas que el dueño de una empresa escuchó a través de un conmutador instalado en la misma. En el comentario, el doctor Bidart Campos señala que las líneas telefónicas instaladas en un local de comercio se supone que son para el uso de su giro comercial y estima que se ha extendido exageradamente el amparo de la privacidad a un área situada dentro de su perímetro.

Reiteramos nuestra opinión expresada en un trabajo anterior:<sup>34</sup> las escuchas telefónicas grabadas, igual que las grabaciones en general, fotografías y filmaciones realizadas sin incurrirse en actividades ilícitas tales como

<sup>31</sup> 25/9/2001, demanda 44787/98 "P. G. y J. H. c/Reino Unido".

<sup>32</sup> CN.Com., sala D, 18/5/1989, E. D.142-608, con nota de Lino E. Palacio; también en J. A. 1992-II-161.

<sup>33</sup> CN.Crim. y Corr., sala H, 16/5/1989, en E. D. 140-599.

<sup>34</sup> J. A. 2001-III, p. 1066.

colocar de manera ilegal dispositivos que permitan escuchar todas las conversaciones de terceros titulares de líneas telefónicas, violar domicilios o invadir el derecho a la intimidad (artículo 1071 bis. Código Civil) deben ser admitidas como medio de prueba, aun cuando la parte a quien se pretende oponer desconozca que se estaba grabando la conversación, que lo estaban fotografiando en ámbitos públicos o filmando.

##### *5. Prueba obtenida mediante violación del domicilio o la correspondencia*

El artículo 18 de la CNA dispone: El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación. También los Tratados internacionales protegen el domicilio y la correspondencia.

El artículo 150 del Código Penal argentino (en adelante CP) reprime con prisión de seis meses a dos años, si no resulta otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra su voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo, y el artículo 151 prevé la misma pena más la de inhabilitación especial de seis meses a dos años, para el funcionario o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina. Solamente el juez, por auto fundado, puede ordenar el registro de un lugar cuando hubiese motivos para presumir que allí existen cosas pertinentes a un delito o que pueda efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad. El juez puede proceder personalmente o delegar la diligencia en el fiscal o en los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad; en caso de delegación tiene que expedir una orden de allanamiento escrita, que deberá contener: la identificación de la causa en que se libra; la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados; la finalidad con que se practicará el registro y la autoridad que lo llevará a cabo (artículo 224, CPP).

Únicamente en supuestos excepcionales es posible allanar un domicilio sin orden judicial. Estos supuestos están expresamente enumerados en el artículo 227 del CP y son los siguientes: cuando 1) por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; 2) se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras

se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito; 3) se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión; 4) voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro; 5) se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

Como anticipamos la correspondencia epistolar y los papeles privados son inviolables y el Código Penal sanciona al que abriera indebidamente un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido o se apodere indebidamente de ellos aunque no esté cerrado o suprimiera o desviara de su destino una correspondencia que no le está dirigida (artículo 153). Solamente el juez puede ordenar la interceptación y el secuestro de la correspondencia (artículo 234, CPP).

Los elementos de convicción que deriven de la violación de las normas enunciadas, son nulos y no tienen ningún valor.

En relación con las cartas misivas, pueden ofrecerse como prueba en un proceso civil entre el remitente y el destinatario de la carta, sea presentándola o bien requiriendo su exhibición a la parte contraria.

En los procesos entre el remitente y un tercero, las partes pueden pedir que se intime al destinatario su presentación, pero el requerido puede oponerse si la exhibición de la carta puede ocasionarle perjuicio (artículo 389, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en adelante, CPN). Si el destinatario ha entregado la carta a alguno de los litigantes, ella puede ser presentada como prueba, pero si la obtuvo ilícitamente no corresponde su exhibición.

En los juicios entre el destinatario y un tercero puede presentarse la carta o pedirse su exhibición, según quien sea la parte que intenta hacerla valer como prueba.

Las reglas generales precedentes merecen algunas observaciones. En primer lugar, y salvo que se trate de un juicio entre el remitente y el destinatario, deben excluirse como medio de prueba las cartas confidenciales, es decir, las que expresan opiniones íntimas que se presumen dadas para mantenerlas en reserva, según la apreciación que realice el juez en cada caso. En segundo lugar, en los juicios de divorcio se admite la presentación de la correspondencia obtenida por uno de los esposos, sin re-

querirse la justificación de la forma en que llegó a su poder. Finalmente, corresponde aclarar que el propietario de la carta es el destinatario, sin perjuicio del derecho que conserva el remitente sobre la propiedad intelectual, razón por la cual no se podrá publicar sin autorización de éste; mientras la carta no ha llegado a destino pertenece todavía al remitente quien, según alguna opinión, se encontraría facultado para recogerla de la oficina de correos.<sup>35</sup>

## 6. *Confesión del imputado*

Si bien la Constitución de la Nación Argentina no se refiere directamente a la prueba de confesión, como hemos visto, el artículo 18 dispone que ninguna persona será obligada a declarar contra sí mismo. En los tratados internacionales sí se hace mención expresa a la prueba de confesión: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” dispone: *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

La Constitución de la Provincia de San Juan señala que la ley no puede atribuir a la confesión hecha ante la policía, valor probatorio en su contra (artículo 33).

La coacción para lograr la confesión puede ser física, psíquica o la denominada “inherente”; ésta última consiste en el interrogatorio en sede policial, sin mediar coacción en el sentido tradicional, pero que resulta coaccionante por la atmósfera de intimidación que rodea al individuo.<sup>36</sup> Por lo tanto la confesión en sede policial está vedada por las legislaciones modernas, aunque no se acrediten apremios ni castigos para obtenerla. El artículo 184 del CPN dispone que los funcionarios policiales no podrán recibir declaración al imputado; sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías previstos por la ley.

Obviamente, es absolutamente nula la confesión obtenida mediante torturas. Tanto la Constitución nacional como los tratados internacionales prohíben toda especie de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos

<sup>35</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, Parte general*, 7a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1980, t II, p. 190.

<sup>36</sup> Edwards, Carlos E., *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 133.

o degradantes (artículo 18, CNA; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derecho Humanos; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) La Convención Contra la Tortura (Nueva Cork del 10 de diciembre de 1984) dispone: “Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

El artículo 144, ter, inciso 1 del CP reprime con pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua al funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. No es necesario que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, basta que éste tenga sobre aquél poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecuten los hechos descritos. La pena será de reclusión o prisión perpetua si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima (inciso 2). *Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos cuando éstos tengan gravedad suficiente* (artículo citado, inciso 3).

Karl Heinz Gössel afirma más categóricamente que *debe reconocerse como prueba ilícita el interrogatorio del acusado, y como determinación ilícita de los hechos el interrogatorio del que se confiesa culpable*.<sup>37</sup>

## 7. Prueba informática

El impacto de la informática y las nuevas tecnologías constituyen, sin duda, uno de los acontecimientos más importantes de la historia de la humanidad. Cada vez más la informática va aplicándose a todas las ramas de quehacer humano y el derecho no podría estar ajeno a la entrada de la técnica.<sup>38</sup>

El expediente judicial virtual, las notificaciones por Internet, la presentación de peticiones por medios informáticos y las comunicaciones

<sup>37</sup> “La prueba ilícita en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1-, p. 31.

<sup>38</sup> Falcón, *op. cit.*, nota 2, p. 355.

entre órganos jurisdiccionales y entre éstos con la administración o con particulares, sean personas jurídicas o físicas, la cooperación internacional entre tribunales, la toma de declaraciones por video conferencias entre ordenadores, es una realidad que en poco tiempo deberá implementarse en todos los países como ya se está haciendo en algunos.<sup>39</sup>

En relación con la prueba, las constancias existentes en los discos rígidos de las computadoras son una fuente importante para acreditar hechos. En tal sentido la Cámara Nacional en lo Civil, Sala J tuvo oportunidad de pronunciarse en un supuesto donde, en primera instancia, se había hecho lugar parcialmente a la petición de la actora, designándose un licenciado en sistemas informáticos a fin de constatar en el disco rígido de la computadora de la accionante la fecha de intercambio de correo electrónico efectuado con el demandado, indicando las direcciones correspondientes y ordenándose la extracción de copias de ellos; en cambio el juez denegó la medida en relación con los discos rígidos que se encontraban en la oficina del demandado, equiparando el correo electrónico con la correspondencia epistolar y, por lo tanto, amparado por la garantía de inviolabilidad de la correspondencia (artículo 18 de la Constitución nacional).

La Cámara revocó la decisión entendiendo que, no obstante la garantía constitucional, tanto los jueces penales como los jueces civiles pueden restringir los derechos fundamentales de inviolabilidad de la propiedad y de la correspondencia:

Si bien la función jurisdiccional debe ejercerse con las limitaciones y debido respeto de los derechos y garantías constitucionales, resulta viable que en el curso del proceso se dispongan medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos o a asegurar el derecho cuyo reconocimiento se pretende, que importen una restricción o limitación, teniendo en cuenta el debido derecho de defensa de la contraria y asegurando la bilateralidad.

En cuanto al respeto irrestricto al principio de bilateralidad, la Cámara decide que, en el caso, por tratarse de una prueba anticipada (artículo 327, CPN) puede producirse la prueba aplazándose el contradictorio pues el conocimiento anticipado puede permitir al demandado que, a través de maniobras de diversos tipo, oculte, modifique, destruya o cambie el objeto

<sup>39</sup> Véase Cuvillas Sayrol, Jaume Alonso, "Internet y prueba civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001, pp. 131 y ss.

probatorio a adquirir. La mayoría de la Sala ordenó citar al Defensor Oficial; la doctora Ana M. Brilla de Serrat dejó a salvo su criterio en el sentido de que consideraba innecesaria la intervención del Defensor Oficial, por la índole de las tareas que le son propias y por la circunstancia de que la medida debía cumplirse en el propio ámbito de la accionada, lo que posibilita su contralor.<sup>40</sup>

### III. CONCLUSIÓN

En principio, la ilicitud de la prueba es un tema a decidir en la sentencia, ponderando las circunstancias del caso: la regla general es que toda prueba se ha de admitir, sin perjuicio de que después no se le tome en consideración (41: Santiago Sentís Melendo “La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, Buenos Aires, EJEA, 1978, p. 227). Al valorarse la totalidad de la prueba, se excluirá la que merezca la tacha de “ilícita”, sin anular el proceso; si se ha dictado sentencia tomándola en consideración, en caso de recurrirse el fallo, los tribunales superiores lo confirmarán o revocarán prescindiendo de esa prueba. La Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal) decidió en forma expresa:

Existe la creencia de que la prueba ilegalmente obtenida vicia de nulidad la actuación procesal posterior. Esta valoración es equivocada. Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada al proceso y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión, que como mecanismo de saneamiento, opera en esos casos.<sup>41</sup>

Afirma José I. Cafferata Nores que los actos procesales que vulneren las garantías constitucionales carecen de los efectos que las leyes de acuerdan, no tendrán validez, son nulos y no susceptibles de convalidación.<sup>42</sup> Coincido con este autor cuando afirma que en el proceso penal la nulidad no puede ser invocada para hacerla valer en perjuicio del imputado.

<sup>40</sup> CNCiv., Sala J, 15/8/2006. Coincidimos totalmente con la postura de la doctora Brilla de Serrat.

<sup>41</sup> Corte Suprema, Santa Fe de Bogotá, 2001, núm. 14, p. 17. Sin duda es la doctrina correcta.

<sup>42</sup> “Garantías y sistema constitucional”, *Revista de Derecho Penal*, p. 161.

Existe un principio general en materia de nulidades procesales según el cual la parte que hubiese dado lugar a la nulidad no puede pedir la invalidez del acto realizado; principio que adquiere mayor relevancia en el proceso civil y ha sido expresamente consagrado en el artículo 171 del CPN, donde como regla general no existen nulidades absolutas; sin embargo, cuando lo que está en juego son las garantías constitucionales, los jueces no podrán valorar la prueba ilícita aun cuando la parte interesada no solicite que se la invalide.