



**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

***El descubrimiento de la verdad y la exclusión de prueba  
relevante en el proceso penal***

**Autor: Lara Fernanda Benítez**

**Legajo: 27020**

**Mentor de Tesis: Ezequiel Malarino**

**Buenos Aires, 12 de julio de 2020**

# ÍNDICE

## I. INTRODUCCIÓN

## II. La averiguación de la verdad como finalidad del proceso

## III. Discusiones sobre la averiguación de la verdad

- A. Posibilidad teórica y posibilidad práctica
- B. Posibilidad ideológica

## IV. La importancia de la averiguación de la verdad

- A. La verdad y la legitimación de los actos jurisdiccionales
- B. La verdad y la finalidad de la imposición de penas
  - 1. Teorías absolutas
  - 2. Teorías relativas
- C. La verdad como realización de la justicia

## V. El procedimiento de averiguación de la verdad

- A. Precisiones conceptuales sobre la prueba: objeto, medio y métodos
- B. La averiguación de la verdad desde la epistemología: relevancia y materialidad
- C. La averiguación de la verdad desde la epistemología: el principio de inclusión
- D. La admisibilidad

## VI. Reglas de admisibilidad extrínsecas

- A. Exclusión por fines ajenos al proceso
  - 1. Desarrollo
  - 2. Valor epistémico
  - 3. Justificación
  - 4. Ponderación
- B. Prohibiciones de valoración probatoria o reglas de exclusión
  - 1. Precisión conceptual: exclusión o prohibición de valoración
  - 2. Surgimiento y desarrollo jurisprudencial de las reglas de exclusión
    - a. Estados Unidos
    - b. Argentina
  - 3. Valor epistémico de las pruebas excluidas
  - 4. Justificación de las reglas de exclusión
    - a. Argumentos éticos
    - b. Argumentos constitucionales
    - c. Argumento del remedio constitucional
    - d. Argumento de prevención o incentivos
  - 5. Ponderación y evaluación de soluciones alternativas

## VII. Reglas de admisibilidad intrínsecas

- A. Exclusiones basadas en la posible valoración del juzgador
  - 1. Testigos de referencia: *hearsay*
  - 2. Antecedentes penales y comportamiento previo
- B. Exclusiones basadas en la falta de calidad epistémica de la prueba
  - 1. *Junk science*
  - 2. Reconocimientos
  - 3. Prueba obtenida o preservada sin procedimientos que garanticen su confiabilidad

## VIII. Conclusión

## RESUMEN

La averiguación de la verdad no es solo relevante por tratarse de la finalidad central del proceso penal, sino que su importancia también se debe a que es necesaria para otras consideraciones como la legitimación institucional, la finalidad de la imposición de penas y la justicia sustancial de las decisiones judiciales. A pesar de ello, el valor de la averiguación de la verdad ha sido frecuentemente desmerecido o ignorado. Según criterios epistemológicos, la mejor forma de arribar a la verdad es mediante la inclusión de la mayor cantidad de pruebas relevantes. Sin embargo, en distintos ordenamientos, y particularmente en Argentina, se observan dos tendencias preocupantes. Por un lado, existen reglas que excluyen evidencia del proceso sosteniendo que su exclusión responde a la defensa de otros valores importantes. Esos valores, en algunos casos, no son tan valiosos o necesarios como la averiguación de la verdad. En muchos otros, si bien son valores de importancia fundamental, no se observa que se haya analizado si efectivamente la exclusión de prueba es un modo idóneo para garantizarlos. Por otro lado, existe una multitud de pruebas que, por su falta de calidad epistémica, al ser admitidas reducen enormemente las posibilidades de arribar a la verdad. No obstante ello, estos elementos son admitidos en el proceso, frustrando la averiguación de la verdad y teniendo como consecuencia, muchas veces, la condena de personas inocentes.

## I. INTRODUCCIÓN

Motivar la conducta de los miembros de una sociedad determinada puede ser considerada como una de las tareas principales del Derecho. Con el fin de lograrlo se ha recurrido al Derecho penal y, específicamente, a la aplicación de sanciones sobre aquellos individuos que hayan incurrido en las conductas prohibidas por el ordenamiento. De esta forma –para determinar correctamente quién ha transgredido las reglas- se desprende la evidente necesidad de averiguar la verdad y, así, esta tarea se consolida como una de las finalidades principales del proceso penal. Adicionalmente, razones relacionadas con la justicia sustancial de las decisiones judiciales, las finalidades de la imposición de las penas y la legitimación de las conductas jurisdiccionales, dotan al concepto de verdad de una indudable relevancia. A pesar de ello, el valor de la averiguación de la verdad ha sido frecuentemente descuidado, e incluso desmerecido, por relacionárselo con prácticas inquisitivas. Esta desvalorización ha condicionado profundamente las consideraciones en torno a la admisibilidad de la prueba en los procesos penales.

Los distintos sistemas de investigación y la eficacia de sus métodos para la averiguación de la verdad han sido objeto de estudio de la epistemología jurídica. Partiendo de esta ciencia, se ha postulado como principio general que si se pretende aumentar la probabilidad de la averiguación de la verdad en una circunstancia determinada –por ejemplo, en un proceso penal- deberían admitirse en el proceso la mayor cantidad de pruebas relevantes posibles. Así, solo deberían excluirse las pruebas irrelevantes y aquellas que posean un valor contraepistémico, es decir, aquella prueba cuya incorporación disminuiría las posibilidades de acierto en la decisión.

A partir de ello, los ordenamientos jurídicos han diseñado reglas de admisibilidad con el fin de regular qué prueba ingresará al proceso y qué prueba no será admitida. Comúnmente, la inadmisibilidad de un elemento probatorio se funda en la creencia de que su exclusión contribuirá a la búsqueda de la verdad, o bien en consideraciones ético-políticas relacionadas con promover otros fines que también se consideren valiosos. Problemáticamente, las exclusiones basadas en este último motivo –por contradecir el principio general de la epistemología- serán contraepistémicas; es decir, reducirán las probabilidades de averiguar la verdad.

A pesar de que el debate sobre admisibilidad de la prueba debería ser central para el diseño de la política criminal, en Argentina la discusión solo abarcó las consideraciones ético-políticas, limitando el análisis a la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales del acusado y replicando la argumentación ofrecida en la jurisprudencia norteamericana. En

este sentido, tanto la jurisprudencia norteamericana como la argentina han sostenido que este tipo de prueba debía ser inadmisibile ya que la exclusión, a su juicio, operarí­a como un modo de garantizar o proteger los derechos vulnerados.

Ante esta argumentación, el presente trabajo intentará determinar, en primer lugar, en qué medida la exclusión de esta prueba afecta la averiguación de la verdad. Seguidamente, si hubiera tal afectación, ponderarla con los derechos vulnerados que pretenden protegerse con la inadmisibilid­ad de la prueba. En tercer lugar, recurriendo a estudios empíricos, se buscará analizar si la exclusión constituye un modo idóneo y efectivo para garantizar estos derechos. Finalmente, se reflexionará sobre la existencia de modos alternativos cuya afectación a la búsqueda de la verdad sea menor y cuyo éxito en salvaguardar los derechos en juego sea mayor.

Como consideración ético-política adicional utilizada para la exclusión de prueba relevante se postula la necesidad de proteger ciertos vínculos profesionales o interpersonales mediante los denominados *privileges*. Si bien este debate no ha sido adecuadamente abordado ni en Argentina ni en el resto del mundo, parece necesario preguntarse en qué medida estas exclusiones se encuentran justificadas. Esto implica repensar qué relaciones deben ser privilegiadas y por qué, a la vez que implica considerar si el Estado tiene o no el deber de proteger ciertos vínculos, aun cuando ello implique obstaculizar la averiguación de la verdad.

Como se ha adelantado, el debate sobre la admisibilid­ad de la prueba por consideraciones epistémicas ha sido escasamente abordado por la doctrina argentina y ni siquiera considerado en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, en aquellos lugares en los que sí tuvo lugar esta discusión se han identificado dos aristas centrales del problema. Por un lado, se ha sostenido que existen una serie de elementos probatorios que deberían ser excluidos debido a la alta probabilidad de que el juzgador –pensando específicamente en el jurado- le asigne un valor inadecuado. Sobre ello, este trabajo buscará determinar si se cuenta con evidencia empírica que demuestre la existencia de un riesgo de sobrevaloración de la prueba que afecte en mayor medida a los juzgadores lego que a los juzgadores profesionales. A partir de ello, se intentará repensar la justificaci­on de este tipo de exclusiones.

Por otro lado, también atendiendo a las consideraciones epistémicas, se ha identificado la necesidad de excluir aquella prueba que conspire contra la averiguación de la verdad, no por un riesgo de ser sobrevalorada, sino por tratarse de prueba que carece de todo valor, tal como sucede con la utilizaci­on de ciencia basura (*junk science*).

Lamentablemente, esta problemática ha sido la menos abordada y su desatención es particularmente alarmante en tanto la utilización de medios probatorios de bajo valor epistémico constituye una de las principales causas de condenas erradas en el mundo. Este trabajo pretende ilustrar brevemente los avances que han existido en esta materia y, a la vez, enfatizar en la necesidad de atender a estas consideraciones para que los procesos penales concluyan de forma más eficiente y justa.

## II. La averiguación de la verdad como finalidad del proceso

Foucault concebía la práctica judicial como un método de indagación para “*saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento*”.<sup>1</sup> De esta forma, se resume en pocas palabras lo que un proceso penal implica en términos prácticos.

Como se ha expuesto, una de las funciones centrales del derecho es la de dirigir la conducta de los miembros de la sociedad y, para hacerlo, se dictan normas jurídicas prescriptivas. En este sentido, con el objetivo de lograr que los individuos cumplan con las normas, el legislador añade amenazas de sanción penal que se aplicarán ante la eventual violación de las leyes. De esta forma, en el caso de que los órganos judiciales sean alertados de una presunta transgresión a una norma, se iniciará un proceso penal con el objetivo de determinar si en el caso concreto ha existido, o no, tal transgresión. En consecuencia, el proceso tendrá como finalidad determinar si el sujeto acusado ha o no incurrido en la conducta prohibida por la norma. Por ello, el proceso deberá ocuparse indefectiblemente de dilucidar la verdad o falsedad de las acusaciones, para lo que deberá lograr una adecuada determinación de los hechos relevantes. Si esto no fuera así, y suponiendo que las sanciones se aplicaran aleatoriamente, no habría ninguna conexión entre la conducta de los individuos y su posibilidad de ser sancionados. En consecuencia, existiría una razón menos para concebir al derecho como un mecanismo adecuado para motivar la conducta de los individuos.<sup>2</sup>

A partir de este razonamiento se evidencia una relación teleológica entre el proceso penal y la averiguación de la verdad. En efecto, si la aplicación del poder punitivo estatal solo procede ante determinadas circunstancias establecidas por la norma, para una aplicación adecuada de la sanción penal será indispensable determinar si las circunstancias efectivamente

---

<sup>1</sup> Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, (Barcelona: Gedisa, 2017). Disponible en: <http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/Foucault%20-%20La%20verdad%20y%20las%20formas%20jur%C3%ADdicas.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2020); Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2007).

<sup>2</sup> Julio Maier, *Derecho procesal penal, T. I: Fundamentos*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996).

sucedieron, *i.e.*, determinar la verdad de los hechos.<sup>3</sup> A pesar de ello, es necesario aclarar que la averiguación de la verdad no es el único fin válido del proceso, sino que puede haber otros fines que se persigan tales como la paz social, la compensación de la víctima, etc. Sin embargo, si se atiende al proceso en los términos en los que hoy en día es entendido, se identifica que la verdad opera como una finalidad primera, práctica y necesaria, que se desprende de forma directa de la definición objetiva del proceso penal. En otros términos, si aceptamos que el proceso es definido como la herramienta destinada a determinar si procede o no la aplicación de la pena, entonces necesariamente requeriremos la averiguación de la verdad.

### III. Discusiones sobre la averiguación de la verdad

A pesar de la evidente importancia de la averiguación de la verdad en los hechos del proceso, la cuestión ha sido históricamente debatida. Muchos juristas han insistido en afirmar que es necesario realizar una distinción entre la *verdad material*, que sería aquella relacionada con los fenómenos reales, y la *verdad formal* que tendría lugar en el proceso judicial y se establecería mediante instrumentos probatorios denominados *pruebas judiciales*. En esta línea, también se ha diferenciado entre una *verdad relativa*, propia del proceso, y una *absoluta* que existiría en algún lugar fuera de este.<sup>4</sup>

Sin embargo, la doctrina ha descalificado esta distinción hace tiempo. En este sentido, si bien es innegable que en el proceso existen reglas jurídicas que operan como limitaciones a la averiguación de la verdad, esto podría significar, como máximo, la imposibilidad de obtener una verdad absoluta. No obstante, de ninguna forma esto sería suficiente para sostener que la verdad que se busca en el proceso es diferente a la que tiene lugar por fuera de este.<sup>5</sup>

Superada esta distinción, y aceptando que el proceso se relaciona de cierta forma con la verdad –la misma que opera fuera del proceso–, se suscita el desafío de determinar qué es esa verdad. Esto implica acudir a consideraciones filosóficas y epistemológicas relacionadas con el problema general del concepto de verdad.<sup>6</sup> Frente a este problema, no han faltado posturas que consideraron a la cuestión como absolutamente irrelevante, limitándose a excluir la verdad del análisis. Aquí se encuentran aquellos que interpretan el proceso como un juego retórico-persuasivo en el que lo único importante es persuadir al juez de la versión

---

<sup>3</sup> Diego Dei Vecchi, "Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad", *Discusiones*, no 13, (2013): 233-264.

<sup>4</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, (Madrid: Trotta, 2002).

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

que se sostiene; no existirían fenómenos de conocimiento, sino solo fenómenos de persuasión. También en esta línea se encuentran aquellos que consideran que lo único relevante del proceso es el aspecto semiótico-estructural del discurso, sin interesar aquí si este hace referencia a alguna realidad empírica. No obstante, sería inaceptable admitir que la persuasión o el aspecto semiótico pudieran ser las únicas dimensiones significativas del proceso. Si bien puede aceptarse que se trata de elementos que operan en él, de ninguna forma puede decirse que lo agotan.<sup>7</sup>

Paralelamente, frente al problema general de la verdad, es posible encontrar teorías que niegan la posibilidad de alcanzar una determinación verdadera de los hechos en el proceso. Esta imposibilidad puede ser teórica, en tanto se adopten concepciones filosóficas escépticas que entiendan impensable la cognoscibilidad de la realidad en general; o bien puede tratarse de una imposibilidad práctica basada en los problemas de los instrumentos cognoscitivos con los que se cuenta en el proceso. Finalmente, la imposibilidad puede ser ideológica para aquellos que consideran que el objetivo del proceso es solucionar conflictos: dado que creen que la búsqueda de la verdad conspira contra ello, concluyen que la verdad no puede ser perseguida.<sup>8</sup>

Contrario a ello, y siguiendo a Taruffo, sostendremos que existe una verdad “real” entendida esta como una *“correspondencia segura y objetiva de las proposiciones factuales con los eventos concretos de los que se habla en el proceso”* cuya determinación es, no solo posible en términos teóricos y prácticos, sino también necesaria en términos ideológicos.<sup>9</sup>

### **A. Posibilidad teórica y posibilidad práctica**

Primeramente, cabe sostener que la determinación de los hechos es factible teóricamente. Si bien las posturas irracionalistas o idealistas que niegan esto son posibles, no son de ninguna forma necesarias o indiscutibles. En efecto, muchas derivaciones de estas teorías adoptan formulaciones que no son necesariamente incompatibles con la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos. Por ejemplo, desde la teoría de Rorty, si bien la verdad es contingente, sigue manteniéndose cierto concepto de verdad y sosteniéndose una posibilidad de distinguir entre enunciados verdaderos y falsos. Lo mismo sucede en el caso de aquellos que postulan la existencia de muchas “versiones de mundo” como contraposición a una concepción de verdad como correspondencia objetiva con hechos concretos de la

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> *Ibidem.* Michele Taruffo, “La verdad en el proceso”, *Derecho y Sociedad*, no. 40 (2013). Disponible en: [www.revistas.pucp.edu.pe](http://www.revistas.pucp.edu.pe) (Consultado el 31 de marzo)



realidad; si bien admiten muchas versiones posibles, no todas son igualmente aceptables, por lo que también subyace una diferenciación entre lo verdadero y lo falso.<sup>10</sup> Más allá de ello, no es objetivo del presente trabajo ahondar en todas las aproximaciones filosóficas existentes respecto del problema, sino que es suficiente con señalar que existen concepciones teóricas, en términos filosóficos y epistemológicos, que son compatibles con la posibilidad de hablar de la determinación de los hechos.

Respecto a la posibilidad práctica de la averiguación de la verdad, no se encuentra en discusión que existen distintas circunstancias en los procesos judiciales –entre las que pueden mencionarse la falta de tiempo, libertad e instrumentos para determinar la verdad por parte del juez y las limitaciones relacionadas con qué prueba puede utilizarse y cómo debe obtenerse- que ciertamente constituyen obstáculos para la búsqueda de la verdad. Esto puede excluir la posibilidad de determinar una verdad absoluta; pero, si a eso se refiere la crítica, es totalmente banal ya que la determinación absoluta de los hechos es imposible en todos los ámbitos del conocimiento. Sin embargo, de esto no se sigue que en el proceso no pueda aspirarse a una reconstrucción lo más completa y acertada posible, y al establecimiento de una verdad conforme a criterios lógicos y epistemológicos. Esta es justamente la postura de la epistemología objetivista que sostiene que existen hechos objetivos e independientes que podemos aspirar a conocer, aunque admite que existen limitaciones respecto del nivel de conocimiento alcanzable que hacen que la prueba de los hechos sea un razonamiento probabilístico.<sup>11</sup>

Adicionalmente, las limitaciones mencionadas estarán condicionadas por el tipo de proceso del que se trate y por su funcionamiento real. En este sentido, si se identificaran limitaciones legales que obstaculizaran la búsqueda de la verdad, parecería más adecuado, al menos según nuestro criterio, analizar y considerar la modificación de estas normas de modo que afecten en el menor grado posible a la búsqueda de la verdad, en lugar de limitarse a sostener

---

<sup>10</sup> *Ibidem*. Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013).

<sup>11</sup> Taruffo, *La prueba de los hechos*; Marina Gascón Abellán. “Concepciones de la prueba: Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, *Discusiones [online]*, no. 3 (2003): 43-55. Disponible en: [http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1515-73262003001100004&lng=pt&nrm=iso](http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-73262003001100004&lng=pt&nrm=iso) (Consultado el 3 de abril de 2020); Ferrer Beltrán, “La valoración racional de la prueba”, 2007; Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones: Prueba y conocimiento*, no. 3 (2003):15-41. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/> (Consultado el 3 de abril de 2020); Michele Taruffo, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, *Discusiones*, no. 3 (2003):87-103. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunos-comentarios-sobre-la-valoracion-de-la-prueba/> (Consultado el 4 de abril de 2020).

que el proceso es una herramienta que en sí misma excluye la posibilidad de alcanzar la verdad.<sup>12</sup>

## **B. Posibilidad ideológica**

Paralelamente a estas objeciones, es posible identificar posturas que se opusieron a la importancia de la búsqueda de la verdad en términos ideológicos basándose en la función y los objetivos que le atribuyen al proceso. En este sentido, hay quienes han sostenido que los costos que un proceso puede significar en términos de tiempo y gastos son incompatibles con la finalidad perseguida en el proceso que es la resolución rápida y eficiente del conflicto. Según este criterio, resolver el conflicto implica lograr componer los intereses de las partes de la forma más satisfactoria posible de modo de conservar la paz social; para ellos, la averiguación de la verdad solo implicaría demorar la solución.<sup>13</sup>

Sin embargo, estas afirmaciones son claramente erradas ya que parten de una incompatibilidad inexistente entre la averiguación de la verdad y la resolución del conflicto. En este sentido, no solo no es cierto que la determinación de la verdad de los hechos haga imposible arribar a una solución adecuada del conflicto, sino que, en efecto, lo que es imposible es arribar a una solución adecuada sin una determinación correcta de los hechos. Si bien averiguar la verdad puede tornarse secundario en un proceso civil, de ninguna forma podría sostenerse este argumento si se piensa en un proceso penal en el que ignorar totalmente la averiguación de la verdad implicará indefectiblemente la condena de un inocente, o bien que un culpable quede en libertad.

Si bien es cierto que la búsqueda de la verdad en el proceso demanda costos, prescindir de ella no acelerará la solución del conflicto, sino solamente el dictado de una sentencia de condena o absolución. Sin embargo, una condena que no se base en una determinación correcta de los hechos –que como se ha dicho implicará la condena de un inocente o un culpable libre- de ninguna forma puede postularse como una resolución a la controversia en la que las partes hayan recibido una respuesta satisfactoria. Por el contrario, esto habilitará una serie de instancias recursivas, sea por parte de la fiscalía o por parte de la defensa, que implicarán una extensión del conflicto.

Esto implica, también, desconocer que la resolución de la controversia demanda dar una respuesta satisfactoria en términos de justicia a los involucrados en el proceso. Si una

---

<sup>12</sup> Taruffo, *La prueba de los hechos*.

<sup>13</sup> *Ibídem.* Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*.

persona inocente es condenada, el culpable no recibe castigo o la víctima no recibe reparación, el conflicto no se ha resuelto. Especialmente atendiendo a los intereses de las víctimas, puede añadirse que una reconstrucción correcta de los hechos puede ser central en el proceso de recuperación frente a la lesión de sus derechos. Este aspecto fue especialmente considerado en los procesos transicionales en los que la averiguación de la verdad ha sido tan importante para las víctimas como lo sería la imposición de la sanción a los responsables. En muchos casos, entender qué pasó, cómo pasó y quiénes estuvieron involucrados se torna una forma de cerrar el conflicto, mucho más efectiva que la imposición de una sanción. La averiguación de lo ocurrido atiende a los intereses de las víctimas en tanto puede ayudarlas en el proceso de recuperación frente a eventos traumáticos y a evitar la impunidad y la negación.<sup>14</sup>

Por todo ello, la averiguación de la verdad no opera en contra de la solución del conflicto, sino que colabora con ello.

#### **IV. La importancia de la averiguación de la verdad**

Se ha expuesto que la averiguación de la verdad es inescindible de la definición práctica del proceso penal. Adicionalmente, se ha señalado que, contrario a la objeción de algunas personas, la determinación de la verdad no imposibilita la resolución del conflicto, sino que colabora en su solución. Sin embargo, todo ello no agota las razones por las que la averiguación de la verdad constituye uno de los asuntos más importantes del proceso, sino que existen consideraciones adicionales que deben ser mencionadas para poder comprender la magnitud de su relevancia.

##### **A. La verdad y la legitimación de los actos jurisdiccionales**

Como se ha señalado, el proceso opera como herramienta para determinar si procede o no la aplicación de una sanción sobre cierto individuo por parte del Estado, para lo que se ha sostenido que es necesario determinar la verdad o falsedad de los hechos. Sin embargo, esta necesidad no es solo práctica, sino que se desprende directamente de la necesidad de proteger a los individuos de las posibles arbitrariedades estatales.

---

<sup>14</sup> Charles W. Colson, "Truth, Justice, Peace: The Foundations of Restorative Justice," *Regent University Law Review*, no.10 (1998): 1-10. Eduardo González y Howard Varney (Eds.) *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz* (Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013). Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf> (Consultado el 5 de mayo de 2020); Kieran McEvoy y Louise Mallinder, "Amnesties in transition: Punishment, restoration, and the governance of mercy," *Journal of Law and Society*, no. 3 (Septiembre 2012): 410-440.

En este sentido, es sabido que el Estado no posee la facultad de activar la persecución penal en cualquier caso, sino que los supuestos se encuentran estrictamente delimitados. De esta forma, se consolida un principio rector de los sistemas modernos: el principio de legalidad. A partir de este, se designa a la ley como fuente exclusiva de la aplicación del poder punitivo estatal sobre los sujetos, operando así como un mecanismo de protección contra posibles excesos y arbitrariedades estatales. En consecuencia, el Estado solo podrá castigar en tanto el sujeto haya realizado una conducta contemplada en la ley penal como punible; así, la norma estará correctamente aplicada –y la pena justificada- si y solo si se prueba que el sujeto realizó la conducta prohibida por la ley penal. En otras palabras, para que la decisión sea legítima, la norma debe estar siendo aplicada solo si se cumplieron las circunstancias que permiten que sea aplicada, y esto solo puede suceder si se han determinado correctamente los hechos.<sup>15</sup>

Nuevamente, la averiguación de la verdad es indispensable dado que funciona como modo de legitimar los actos jurisdiccionales penales. En este sentido, una constatación correcta de los hechos es un presupuesto indispensable para una aplicación correcta del derecho.

## **B. La verdad y la finalidad de la imposición de penas**

Más allá de la existencia de una razón normativa que demanda que la aplicación de pena proceda únicamente cuando el sujeto haya transgredido una norma penal, existen otras consideraciones relacionadas con la justificación de las penas que hacen que la averiguación de la verdad sea indispensable.

Considerando que las sanciones penales implican que el Estado utilice el sistema legal para infligir un mal sobre un individuo, este accionar debe tener alguna justificación. Por este motivo, han surgido distintas teorías que tratan de responder por qué o para qué se pena en el proceso.<sup>16</sup> En lo que respecta al presente trabajo, cabe preguntarnos si la averiguación de la verdad cumple algún rol en el sentido o finalidad que cada teoría le asigna a la pena o si, por el contrario, aun prescindiendo de la verdad, la aplicación de sanción puede seguir estando justificada.

---

<sup>15</sup> Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba"; Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 2013.

<sup>16</sup> Antony Duff y Zachary Hoskins, "Legal Punishment", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Otoño 2019), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-punishment> (Consultado el 6 de junio de 2020).

Una de las formas que se han utilizado para clasificar las distintas teorías de justificación de las penas es aquella que distingue entre las teorías absolutas y las teorías relativas. Por un lado, las teorías absolutas pueden ser definidas como aquellas que conciben la pena no como un bien instrumental, sino como un bien en sí mismo. Por su parte, las teorías relativas consideran la pena como un medio para la obtención de fines que consideran valiosos. En otras palabras, entienden que la pena es buena solo en tanto el castigo cause un estado de cosas considerado bueno.<sup>17</sup>

## 1. Teorías absolutas

Dentro de las teorías absolutas, se encuentra el retribucionismo que considera que el castigo está justificado solo por el hecho de que aquellos que lo reciben lo merecen. En otras palabras, el merecimiento es una condición no solo necesaria, sino suficiente para justificar el castigo.<sup>18</sup> De esta forma, incluso cuando no haya otras consecuencias positivas derivadas de castigar a determinada persona, debe pensarse por el carácter intrínsecamente bueno del castigo a un culpable.<sup>19</sup> Esta posición es claramente ilustrada mediante el popular ejemplo de la isla expuesto por Kant. En este supuesto, en el que una sociedad decide disolverse, Kant sostenía que, previamente, se debería ejecutar hasta al último asesino que se hallara en prisión, aun cuando esto no tuviera ninguna otra utilidad social.<sup>20</sup>

Teniendo en cuenta lo expuesto, puede decirse que un sistema basado en esta justificación utilizará el criterio de merecimiento para asignar las penas a los individuos. De ello se sigue que, en principio, las penas buscarán ser aplicadas a personas que efectivamente hayan causado un mal de acuerdo con la ley penal. En consecuencia, no podrán ignorar la averiguación de la verdad en el proceso ya que será ese el modo en el que podrán determinar si la persona efectivamente merece el castigo. De todos modos, no debe dejar de señalarse que esto no significa que un sistema que justifique la pena mediante el merecimiento solo castigará culpables. En efecto, la aplicación de cualquier sistema de penas implicará cierto margen de error que hará que algunos inocentes sean castigados y que algunos culpables

---

<sup>17</sup> Michael Moore, "Justifying Retributivism", *Israel Law Review*, no. 27 (1993), pp. 15-49.

<sup>18</sup> Michael Moore, "The Moral Worth of Retribution." Cap. en *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology* (ed. Ferdinand Schoeman), pp. 179-219, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

<sup>19</sup> Michael Moore, "Justifying Retributivism".

<sup>20</sup> Respecto de ello, Kant sostiene: "Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ej., decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo, que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia." Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 2.<sup>a</sup> ed., 1798; citado en Marcelo A. Sancinetti, "Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo". Disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/elementos-de-derecho-penal-y-de-procesal-penal/resumenes/doctrina-42330-marcelo-sancinetti/5349877/view>

eludan la pena. Sin embargo, esto no implica que el retribucionismo no pueda ser sostenido en sistemas con este tipo de errores, siempre y cuando este sistema no haya sido diseñado para intencionalmente castigar inocentes o bien, sabiendo que algunos individuos, ya identificados, van a ser castigados sin merecerlo. <sup>21</sup>

## 2. Teorías relativas

Las teorías relativas son aquellas que entienden que la pena debe servir como herramienta para alcanzar ciertos estados de cosas que se consideran deseables. Este estado de cosas es variable en tanto dependerá de la teoría que se adopte. En este sentido, puede existir una teoría relativa que considere que la pena sirve como medio para maximizar la prevención de futuros delitos, la compensación de la víctima, la rehabilitación del criminal o, incluso, la retribución. <sup>22</sup>

Partiendo de una postura que considere que la pena se encuentra justificada como medio para maximizar la prevención, es posible distinguir entre las teorías que consideran que la prevención debe estar destinada a evitar futuros delitos de todos los miembros de la sociedad –teorías de prevención general- o a evitar ulteriores delitos del autor en particular– teorías de prevención especial-.<sup>23</sup>

Desde las teorías de la prevención general se sostiene que los efectos preventivos de la pena deben incidir en la generalidad de la sociedad. A su vez, la prevención general puede ser negativa o positiva.

Por un lado, la prevención general negativa se estructura en base a la teoría de Feuerbach de la coacción psicológica que presupone una separación entre derecho y moral. En este sentido, el autor, si bien no niega que quizás algunos miembros de la sociedad no delinquen debido a sus convicciones morales, indica que existe una gran mayoría que evita hacerlo únicamente en caso de que los beneficios del delito sean menores al mal infligido por la imposición de la pena esperable, multiplicada por la posibilidad de que esta sea aplicada. Estas afirmaciones fueron convalidadas por estudios empíricos posteriores y por la influencia de autores del Análisis Económico del Derecho que determinaron qué variables incidirían en

---

<sup>21</sup> Michael Moore, "Justifying Retributivism".

<sup>22</sup> Asimismo, debe considerarse la relevancia de la comunicación y la información sobre las penas y la subjetividad con la que los agentes interpretan la severidad de las sanciones. David Kennedy, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena* (Trad. Luciana Morón), (Buenos Aires: Marcial Pons, 2016); Gary Becker, "Crime and Punishment: an Economic Approach" en Fielding N.G., Clarke A., Witt R. (eds) *The Economic Dimensions of Crime*, (London: Palgrave Macmillan, 1968).

<sup>23</sup> Helmut Frister, *Derecho Penal. Parte General*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2011).

mayor medida. A partir de todo ello, se propone que el derecho funcionaría como un modo de hacer antieconómica la comisión de delitos para los potenciales autores de la sociedad en general. De esta forma, la pena estaría justificada por operar como un desincentivo para los miembros de la sociedad, reduciendo las posibilidades de que cometan delitos. De este modo, la imposición de la pena sería el modo de lograr que la comisión de un delito continúe siendo antieconómica para el potencial autor, es decir, que los potenciales autores consideren que en caso de delinquir, afrontarán una pena tal que les reportará un perjuicio mayor al beneficio esperado.<sup>24</sup>

Por otro lado, para la prevención general positiva la imposición de la pena se ve justificada en tanto modo de lograr que la sociedad siga reconociendo la validez de la norma. De esta forma, la aplicación de una pena implicaría enviar un mensaje a la generalidad de los destinatarios de la norma de que esta sigue rigiendo. Esto, a su vez, implicaría dotar de importancia a la norma transgredida.<sup>25</sup>

Analizando la propuesta de la prevención general negativa, alguien podría sostener, a primera vista, que la averiguación de la verdad no sería relevante porque bastaría con castigar a alguien que la sociedad crea que es el autor del crimen –sin importar si efectivamente lo es– para transmitir el mensaje de que quien delinque es castigado y, así, desincentivar a los sujetos respecto de delinquir. Sin embargo, esta modalidad no puede durar ya que su funcionamiento se frustraría ni bien se supiera que este sistema de justicia no está castigando a los culpables. Esto es así ya que es necesario que la sociedad crea en el sistema penal, si lo que se busca es que la imposición de penas incida sobre su conducta. En este sentido, *“un sistema de justicia criminal que intencional y regularmente cometa injusticias y falle en realizar la justicia, hace disminuir la credibilidad moral que la sociedad tiene en él y, de esta forma, su habilidad para influenciar la conducta de las personas mediante las normas”*<sup>26</sup>. Respecto de ello, también es aplicable lo sostenido por Rawls sobre el utilitarismo de actos y de reglas. En este sentido, si bien castigar a un inocente puede maximizar la prevención en un caso concreto bajo un utilitarismo de actos, de ningún modo lo haría si se interpreta al utilitarismo como de reglas, es decir, no solo tomando los efectos del caso concreto, sino los derivados de si ese accionar fuera considerado la regla.<sup>27</sup> Por lo expuesto, cabe concluir que para que

---

<sup>24</sup> *Ibidem*; Becker, “Crime and Punishment: an Economic Approach”; Daniel Nagin, “Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists”, *Annual Review of Economics* no. 5 (2012); Mitchell Polinsky y Steven Shavell, “On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence,” *The Journal of Legal Studies*, no. 1 (1999): 1-16.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Kimberly Kessler Ferzan, Stephen P. Garvey y Paul H. Robinson, *Criminal Law Conversations*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 30. [La traducción es propia].

<sup>27</sup> Rawls, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, no. 1 (Enero, 1955).

la prevención general negativa funcione, es necesario castigar a los verdaderos culpables de los hechos y, para ello, es necesario determinar la verdad de lo sucedido.

Respecto de la prevención general positiva, el argumento es similar. En tanto la forma de prevenir en esta teoría es mediante la transmisión a la sociedad de que la norma sigue rigiendo, lo sostenido anteriormente vuelve a aplicarse: un sistema penal que castiga inocentes pierde credibilidad y, en lugar de comunicar la validez de la norma, transmite que las normas se aplican de forma arbitraria y, por ende, que no rigen. Así, no servirían para guiar la conducta de los miembros de la sociedad.<sup>28</sup>

Paralelamente, las teorías de prevención especial son definidas como aquellas que enfocan la prevención no en la generalidad de la sociedad, sino en el autor que ya ha transgredido la norma. En otros términos, se centran en evitar que quien ya delinquirió vuelva a hacerlo. La prevención especial puede ser positiva –cuando implica transplantar motivos altruistas o sociales al sujeto- o bien negativa, cuando se fortalecen o implantan motivos egoístas que evitarán que el autor reincida.<sup>29</sup> Esta idea de penar al autor como modo de prevenir que cometa futuros delitos se sostiene sobre la base de que, conforme a los estudios empíricos realizados sobre la materia, la tasa de reincidencia en la delincuencia es muy alta. En otros términos, la comisión de un delito funcionaría como un indicador de que, probablemente, se volverá a delinquir.<sup>30</sup>

Frente a esta teoría, la averiguación de la verdad nuevamente parece un asunto relevante. En este sentido, si tomamos como válidos los estudios empíricos que señalan que la delincuencia es uno de los principales indicadores de reincidencia, tendremos un claro interés en determinar acertadamente si el sujeto ha delinquirido o no. Más allá de ello, es necesario aclarar que, si bien para esta postura será relevante la verdad, eso no significa que solo estarán dispuestos a penar a personas que hayan cometido delitos. En efecto, puede suceder que los estudios empíricos apunten a otras variables como indicadores de delincuencia, señalando a otros sujetos como probables futuros criminales, frente a lo que quienes defienden esta teoría podrían considerar justificado penarlos también. No obstante, esto no implicará ignorar la determinación de la verdad, sino que, por el contrario, implicará indagar no solo en si el individuo delinquirió o no, sino también en otras consideraciones adicionales.

---

<sup>28</sup> Ferzan, Garvey y Robinson, *Criminal Law Conversations*.

<sup>29</sup> Franz Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, (Valparaíso: EDEVAL, 1984)

<sup>30</sup> David Pritchard, "Stable predictors of recidivism: A summary", *Criminology*, no. 1 (1979); Peter Hoffman y James Beck, "Parole decision-making: A salient factor score", *Journal of Criminal Justice*, no. 2 (1974), 195–206; "Sexual Predators"; Ricardo Robles Planas, "Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret* no. 4 (2007).



Por todo ello, puede afirmarse que la averiguación de la verdad será un aspecto indispensable para que la imposición de la pena se encuentre justificada según las principales teorías de justificación existentes.

### **C. La verdad como realización de la justicia**

Como se ha expuesto, determinar la verdad de los hechos es necesario para que la imposición de un castigo esté justificado. No obstante, la verdad es necesaria, también, para realizar la justicia sustancial de la decisión judicial.

Taruffo, al abordar esta temática, introducía el concepto rawlsiano de *justicia procesal pura* (*pure procedural justice*) que sostiene que una decisión será justa solo si es resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. No obstante, agregaba, en el caso de las decisiones judiciales no bastará con que el proceso sea justo y sea aplicado correctamente, sino que deberá atenderse a ciertas consideraciones adicionales. En este sentido, señala que para que la decisión sobre la aplicación o no de una pena en un proceso judicial pueda considerarse justa se requiere, en primer lugar, que la norma que demanda la aplicación del castigo sea la adecuada para el caso y haya sido correctamente interpretada. En segundo lugar, requiere que se haya determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el litigio.<sup>31</sup>

Si bien esta apreciación es correcta, es posible profundizar, también, en por qué creemos que eso es justo, es decir, qué entendemos por justicia y por qué la justicia demandaría que la norma se aplique correctamente sobre hechos correctamente determinados como verdaderos. Para hacerlo, es útil introducir las discusiones tradicionales de las teorías de justicia.

Un primer enfoque tradicional es el denominado libertarismo, defendido por Hayeck, Friedman y Nozick, entre otros. Para esta teoría la justicia está íntimamente relacionada con la libertad individual que solo debe ser restringida en el caso de que el sujeto, con sus acciones, esté restringiendo la libertad individual de otros. Desde este punto de vista, se desprende que el Estado solo debe castigar a un individuo para evitar que este coarte la libertad de sus iguales.<sup>32</sup> En este sentido, esta teoría nunca aceptaría que se condene a un inocente en tanto consideraría que restringir su libertad, cuando con sus acciones no ha

---

<sup>31</sup> Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba"; Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 2013.

<sup>32</sup> Michael J. Sandel (Trad. Juan Pedro Campos Gómez), *Justicia, ¿Hacemos lo que debemos?*, (Madrid: Editorial Debate, 2011).

perjudicado la libertad de nadie, es contrario a la justicia; tampoco aceptaría, en efecto, que se deje en libertad a alguien que afectó la libertad de otros sujetos. Por lo expuesto, esta teoría de la justicia también demandaría que en un proceso penal se averigüe la verdad y se actúe conforme a ello.

Desde la teoría de justicia expuesta por Kant, también es posible sostener que se demandará la búsqueda de la verdad en el proceso. Su filosofía se basa en el imperativo categórico, una máxima que exige que todas las personas sean tratadas como fines en sí mismos y no como medios. Por ello, la justicia de nuestras acciones debería evaluarse en función de si son buenas en sí mismas y no de si son buenas como fines para otros medios. Asimismo, para poder considerar como justa una acción, la máxima que la rige debe poder ser universalizable.<sup>33</sup> Siguiendo esta perspectiva, debemos afirmar que castigar a un inocente o absolver a un culpable nunca podrían ser consideradas acciones justas a la luz de esta teoría en tanto nunca podrían ser buenas en sí mismas, sino solo como medios para otros fines; por ejemplo, castigar a un inocente para evitar el desorden social que se desataría si cierto delito quedara impune. Por otro lado, la condena de un inocente o absolución de un culpable, nunca podrían ser máximas universalizables. Por lo expuesto, la teoría de Kant, una teoría deontológica, solo justificaría el castigo merecido, en tanto se debe dar a cada quien lo que merece.

Una tercera teoría tradicional de justicia es el liberalismo igualitario, propuesto por Rawls. Para determinar cuáles son los principios de justicia que deberían regir una sociedad, el autor propone un contrafáctico:

*"supongamos que cuando nos reunimos para decidir esos principios no sabemos cuál será nuestro paradero en la sociedad. Imaginémonos que escogemos tras el «velo de la ignorancia», que nos impide temporalmente saber nada de quiénes somos en concreto. Tras él no sabemos nuestra clase o género, nuestra raza o etnia, nuestras opiniones políticas o convicciones religiosas. Tampoco sabemos con qué ventajas contamos o qué desventajas padecemos"*<sup>34</sup>

Bajo el velo de la ignorancia, Rawls considera que surgirían dos principios de justicia. En primer lugar, libertades básicas para todos los ciudadanos, que tendrían prioridad sobre consideraciones de utilidad social y económica. En segundo lugar, igualdad social y económica, pudiendo existir diferencias sociales o económicas solo cuando reporten algún beneficio para quienes ocupan las posiciones más desfavorables de la sociedad. Esta teoría de justicia nos da buenas razones para sostener que, en tanto prioriza las libertades básicas,

---

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 89

no aceptaría la condena de un inocente y solo permitiría que se prive de la libertad a alguien que con sus acciones afecte libertades básicas de otros individuos. Estas libertades básicas no podrían ser afectadas por otras consideraciones como, por ejemplo, evitar la disconformidad social. Por lo expuesto, la justicia a la luz de la teoría rawlsiana demanda la averiguación de la verdad y la condena adecuada.

Finalmente, el utilitarismo constituye una de las principales y más difundidas teorías tradicionales de la justicia. Su fundador, Jeremy Bentham, sostenía que, para definir lo que es justo, es necesario preguntarse qué es lo que maximizará la utilidad colectiva, entendiendo esta como cualquier cosa que causara placer o felicidad y cualquier cosa que evitara el dolor o sufrimiento.<sup>35</sup> A la luz de esta definición, podría suceder, en un caso concreto, que el castigo de un inocente o la absolución de un culpable maximizaran el bienestar general y por ende, parecieran justificados.<sup>36</sup> Sin embargo, Rawls ha propuesto que concebir al utilitarismo como una teoría que evalúa el bienestar solo en el caso concreto, lo que llamó utilitarismo de actos, no es ver al utilitarismo en su mejor luz. Mientras que el utilitarismo de actos mide el bienestar teniendo en cuenta solo un acto determinado, el utilitarismo de reglas justifica una acción solo si a partir de ella puede establecerse una regla de conducta que maximice la utilidad.<sup>37</sup> De este modo, bajo esta propuesta, deberíamos analizar si un sistema regido por la regla de ignorar la verdad de los hechos del proceso, es decir que pene inocentes y absuelva culpables constantemente, maximizaría o no el bienestar. La respuesta a esta pregunta es sencilla ya que la generalización o universalización del castigo de inocentes y la absolución de culpables traería aparejados una infinidad de conflictos y consecuencias negativas que irían ciertamente en detrimento de la utilidad general. Entre otras cosas, implicaría sentimientos de injusticia en las víctimas y en las personas condenadas erróneamente e inutilidad de la sanción penal como modo de prevención de delitos. Esto último repercutiría en más delitos, más víctimas y más inocentes condenados, todo lo que en suma minimizaría el bienestar. Debido a ello, pareciera que para arribar a una decisión justa será necesario castigar a los verdaderos culpables y dejar libres a los inocentes y, para hacerlo, será necesario que en el proceso se atienda a la verdad de lo ocurrido.

---

<sup>35</sup> Sandel, *Justicia, ¿Hacemos lo que debemos?*.

<sup>36</sup> Martín Diego Farrel, *Enseñando Ética*, (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2015).

<sup>37</sup> John Rawls, "Two Concepts of Rules".

## V. El procedimiento de averiguación de la verdad

Determinada la importancia de la averiguación de la verdad, cabe analizar el mecanismo mediante el que se intenta arribar a la verdad en un proceso penal.

### A. Precisiones conceptuales sobre la prueba: objeto, medio y métodos

Hemos sostenido que el fin inmediato del proceso penal es determinar si el sujeto al que se le endilga la comisión de un ilícito, *i.e.*, el imputado, ha o no cometido el acto que se le atribuye. Esto significa que la hipótesis delictiva debe ser desvirtuada, o bien probada. Terminológicamente, la comisión del delito puede definirse como objeto de prueba en tanto configura un elemento del que se intentará demostrar su veracidad o falsedad.<sup>38</sup> Para hacerlo se recurrirá a pruebas, entendidas estas como los elementos que acreditan o contradicen cierta hipótesis. En la actividad probatoria también se recurrirá a distintos medios de prueba, es decir, a distintas formas mediante las cuales se pueden obtener los conocimientos necesarios para verificar la hipótesis estudiada. Constituyen medios de prueba las declaraciones, las peritaciones, los allanamientos, entre otras diligencias. En efecto, un medio de prueba puede ser cualquier elemento destinado a confirmar o desvirtuar la hipótesis.<sup>39</sup> Asimismo, se debe atender a los *métodos de prueba* entendidos estos como la forma en la que es obtenido cierto medio de prueba y a *los órganos de prueba* que refieren a la persona que introduce cierto medio probatorio.<sup>40</sup>

### B. La averiguación de la verdad desde la epistemología: relevancia y materialidad

Como es sabido, una de las particularidades del proceso radica en que la decisión judicial a la que se arribe debe basarse únicamente en el conjunto de pruebas aportadas y admitidas. Sin embargo, no toda la prueba ofrecida es admitida efectivamente en el proceso.<sup>41</sup> Por el contrario, es posible destacar algunos conceptos relevantes que se toman en cuenta a la hora

---

<sup>38</sup> De todas formas, en un procedimiento existen múltiples objetos de prueba ya que para probar o desacreditar la existencia o inexistencia de la hipótesis delictiva se deberán probar, a su vez, otras premisas. Por ejemplo, en un presunto homicidio agravado por el vínculo será objeto de prueba no solo la materialidad y la autoría del hecho, sino también el vínculo que opera como agravante. Julio Maier, Derecho procesal penal, T. III: Parte General. Actos procesales, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011).

<sup>39</sup> *Ibidem*; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*.

<sup>40</sup> Fabricio Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005).

<sup>41</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*.

de decidir qué prueba será admitida en el proceso, constituyendo, así, criterios para determinar la admisibilidad de la prueba.

Un primer criterio que puede predicarse sobre determinado elemento probatorio es el de la *relevancia lógica* y consiste en un juicio hipotético acerca de si la prueba, en caso de ser exitosa, incidirá o no en la probabilidad de la hipótesis fáctica que se pretende probar. Como puede observarse, se trata de un juicio *ex ante* respecto de la prueba en sí misma, por lo que se tratará solo de una conjetura. De este modo, una prueba podrá considerarse relevante cuando, al ser introducida, aumente o disminuya la probabilidad de que la hipótesis sea verdadera, considerados los principios generales de la lógica y la ciencia. En otros términos, si permite fundar en ella, separadamente o junto con otros elementos, una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar.<sup>42</sup>

Adicionalmente, debe decirse que la relevancia puede predicarse acerca de la prueba que recae sobre enunciados existenciales a partir de los que pueden realizarse inferencias (prueba indirecta), lo que llamaremos relevancia en sentido estricto, pero también sobre prueba que verse directamente sobre enunciados existenciales del hecho sobre el que recaerían consecuencias jurídicas (prueba directa), lo que en el ámbito anglosajón se denomina *materiality*. La materialidad es, en efecto, un segundo filtro de admisibilidad y su diferencia con el criterio de relevancia puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que B está siendo acusado por tráfico ilegal de drogas. Ante eso, la parte acusadora ofrece fotos de B cuidando perros en un refugio (prueba E) para probar que al acusado le gustan mucho los perros (premisa P). En consecuencia, si bien E es relevante porque incide en la probabilidad de que la premisa P sea verdadera o falsa –es decir, la foto aumenta las probabilidades de que sea cierto que a B le gustan los perros- no cumple con el criterio de materialidad en tanto la premisa P no es relevante para la hipótesis que busca probarse o desacreditarse frente al tribunal, que es si el acusado es o no traficante ilegal de drogas. En otras palabras, la foto no incide en la probabilidad de que B sea o no traficante de drogas.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>En otras palabras, podría decirse que un elemento de prueba E será irrelevante para probar el hecho H si, al ser introducido E, la probabilidad de que H sea verdadero o falso se mantiene igual. Por el contrario, si la probabilidad de que H sea verdadero o falso cambia cuando se incluye E, entonces E es relevante. Como se ha dicho, se trata de un razonamiento hipotético y *ex ante* que implica presuponer que E tiene el efecto que las partes sostienen que tendrá. Esto puede ser particularmente difícil cuando no se conoce el objeto de prueba, como, por ejemplo, qué se pretende probar con un testimonio. *Ibidem*; Keith Burgess-Jackson, "An Epistemic Approach to Legal Relevance" *St. Mary's Law Journal* 18, no. 2 (1986): 463-480; Laudan, *Verdad, error y proceso penal*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

### C. La averiguación de la verdad desde la epistemología: el principio de inclusión

Teniendo en cuenta los criterios de relevancia y materialidad, cabe adentrarnos en cuál sería el método adecuado de averiguación de la verdad según la epistemología.

La tradición racionalista clásica ha sostenido hace tiempo que es conveniente la admisión de todo tipo de pruebas, consolidando lo que Bentham llamó metodología o sistema “natural” de conocimiento. La premisa básica de esta postura, también impulsada por Twining, parte del sentido común y de la epistemología general que nos indican que cuanto más abundante sea el conjunto de elementos a valorar en el juicio, más probabilidades habrá de determinar lo ocurrido. Debido a ello, consideraban que no debía haber ningún tipo de regulación o exclusión de prueba: debía regir la libertad probatoria ya que dilucidar un asunto judicial no tendría por qué ser diferente a la modalidad utilizada para resolver un asunto cotidiano.<sup>44</sup>

Este postulado puede ser denominado como principio de inclusión. En definitiva, lo que sugiere es “*que entre al proceso la mayor cantidad de pruebas relevantes y de cierta calidad, de tal modo que aumente la probabilidad de que la decisión fáctica del juez sea correcta, i.e., acorde con la verdad sobre los hechos.*”<sup>45</sup> Otros autores como Cohen han explicado este fenómeno señalando que existen más posibilidades de alcanzar la verdad cuanto más prueba relevante se admita, en tanto a mayor cantidad de prueba relevante, mayor es el grado de completitud probatoria. Esto, explica, hará que aumenten o disminuyan las probabilidades de una hipótesis en particular, pero siempre aumentando las probabilidades de determinar lo ocurrido realmente, pues existe una base más sólida para arribar a la conclusión.<sup>46</sup>

Atendiendo al principio de inclusión, no debe dejar de mencionarse que puede suceder que una prueba sea relevante analizada separadamente, pero que al ser analizada con el conjunto total de pruebas resulte redundante. Esta redundancia puede deberse a dos pruebas de igual tipo, por ejemplo, dos pruebas testimoniales que buscan probar la misma premisa, o bien de diferente tipo, como una prueba testimonial y una prueba pericial que tienen por objeto probar la misma hipótesis. Epistemológicamente, puede decirse que, si bien el grado de

---

<sup>44</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*; Jordi Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, *Revista Mario Alario D'Filippo*, no.18 (2017): 150-169. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132> (Consultado el 31 de marzo de 2020); Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*.

<sup>45</sup> Carmen Vázquez, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 38 (diciembre 2015): 101-130. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-la-admisibilidad-de-las-pruebas-periciales-y-la-racionalidad-de-las-decisiones-judiciales> (Consultado el 31 de marzo de 2020)

<sup>46</sup> Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, (Madrid: Marcial Pons, 2015)

corroboración de determinada hipótesis aumenta con la incorporación de cada prueba que lo constata, se observa al mismo tiempo que este crecimiento es decreciente, es decir, que cada nueva prueba que busca acreditar la misma hipótesis aporta un grado de corroboración menor. Al mismo tiempo, desde la epistemología también se sostiene que la sobreabundancia de información puede producir un “peligro de desborde” que dificulte la toma de decisiones, por lo que también se aconseja la exclusión de prueba superflua. De esta forma, se observa que debe buscarse un equilibrio entre estos dos factores, por lo que, ante determinada redundancia de la prueba debería ponerse algún límite a su admisibilidad.<sup>47</sup>

Adicionalmente, el principio de inclusión toma en cuenta la idea de la “calidad” de la prueba. En este sentido, para determinar la incidencia final de la exclusión de una prueba determinada, deberá atenderse, también, a su contenido. Teniendo en cuenta esto, puede decirse que no toda exclusión afecta negativamente la averiguación de la verdad, sino que una regla que implique excluir prueba relevante podrá generar tres escenarios posibles: que se reduzcan las posibilidades de acierto en la búsqueda de la verdad, que se incrementen, o bien que se mantengan iguales. En términos de Laudan, una regla puede ser, entonces, veritativo-conducente (*truth-conducting*) o bien, veritativo-frustrante (*truth-thwarting*). A esto debe agregarse la posibilidad de que una regla no afecte la averiguación de la verdad, por lo que será neutral.<sup>48</sup>

En consecuencia, puede suceder que la regla reduzca las posibilidades de acierto en la búsqueda de la verdad en tanto excluya pruebas pertinentes y confiables; es decir, pruebas que claramente aportaban a la determinación de la verdad. Por ejemplo, una prueba de ADN que acredita la autoría (obtenida, custodiada y analizada siguiendo los protocolos necesarios). Sin embargo, también puede suceder que una regla sea veritativo-conducente. Este será el caso cuando se excluya prueba que, si bien puede parecer pertinente, no contribuye realmente a la averiguación de la verdad, sino que conspira contra ella por no poseer calidad epistémica. Esto sucede, por ejemplo, con la utilización de ciencia basura (*junk science*) como método de prueba. Por ello, este tipo de exclusión contribuye a la búsqueda de la verdad dado que la prueba excluida no posee calidad como para aportar a la determinación fáctica.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*.

<sup>48</sup> *Ibidem*. Laudan, *Verdad, error y proceso penal*.

<sup>49</sup> Cabe aclarar que no es necesario que el fin que se diga perseguir con la exclusión sea la búsqueda de la verdad. En efecto, puede suceder que una regla que demanda excluir cierta prueba alegue que el fin que persigue es proteger la dignidad del imputado, pero, al fin y al cabo, implique contribuir a la búsqueda de la verdad.

## D. La admisibilidad

Respecto de la admisibilidad en sentido amplio, existe un tercer criterio –adicional y posterior a los criterios de relevancia y materialidad- denominado admisibilidad en sentido estricto. La admisibilidad en sentido estricto se conforma mediante una serie de reglas jurídicas que constituyen un filtro adicional a la cuestión de qué prueba debe ser admitida en el proceso.

A pesar de que desde la epistemología sea evidente la necesidad de admitir en el proceso toda la prueba relevante y de cierta calidad para aumentar las probabilidades de la averiguación de la verdad, debe reconocerse que este no es el único fin del proceso. Por este motivo, las reglas de admisibilidad en sentido estricto no responden únicamente a garantizar la búsqueda de la verdad, sino también a fines distintos como la celeridad en la toma de decisiones y la protección de derechos fundamentales y de ciertas relaciones interpersonales.<sup>50</sup> Mirjan Damaska denomina reglas *extrínsecas* a aquellas fundadas en valores no vinculados a la búsqueda de la verdad y reglas *intrínsecas* a aquellas diseñadas con la creencia de que su eliminación contribuiría al descubrimiento de la verdad.<sup>51</sup>

Como se ha expuesto, la exclusión de una prueba relevante implicará un gran sacrificio para la averiguación de la verdad que, como se ha argumentado, constituye un objetivo central del proceso. Sin embargo, se ha señalado también que no toda exclusión de prueba relevante afecta la averiguación de la verdad, sino que para ello la prueba debe tener cierta calidad. Por todo ello, puede decirse que, para determinar si la exclusión de una prueba es conveniente, deberán analizarse los siguientes elementos. En primer lugar, deberá considerarse la calidad de la prueba, determinando si, preliminarmente, su exclusión es veritativo-frustrante o veritativo-conducente. Seguidamente, en caso de que la exclusión sea veritativo-frustrante por tratarse de una prueba relevante de calidad, deberá analizarse si su exclusión busca garantizar un fin válido –tan o más válido que el fin de la averiguación de la verdad-. Finalmente, en relación con ello, deberá determinarse si la exclusión es, en efecto, un mecanismo adecuado para garantizar ese fin. Solo tomando en consideración todos estos aspectos podremos sostener que la exclusión de una prueba relevante es conveniente o se encuentra justificada.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*

<sup>51</sup> Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study" *University of Pennsylvania Law Review* 121, no. 3 (enero 1973): 506-589.

<sup>52</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*.



## VI. Reglas de admisibilidad extrínsecas

Se ha expuesto que las reglas extrínsecas son aquellas que no atienden a razones epistémicas, sino que atienden a otros objetivos o intereses ético-políticos. Estos objetivos pueden resultar ajenos al procedimiento penal, es decir, que busquen proteger intereses o valores que exceden el marco del proceso, o bien relacionarse particularmente con este, por ejemplo, fundamentando la exclusión en intereses procesales como salvaguardar los derechos del imputado o la legalidad de los procedimientos. Estas últimas son denominadas prohibiciones de valoración probatoria.<sup>53</sup>

### A. Exclusión por fines ajenos al proceso

#### 1. Desarrollo

Dentro de esta categoría se encuentran, principalmente, lo que en la doctrina anglosajona se entiende como *privileges*.<sup>54</sup>

Estos privilegios, según el tipo de relación que protejan, pueden ser divididos en dos grupos. Por un lado, encontramos los privilegios familiares y, por otro, los profesionales.

Respecto de los privilegios familiares, en muchos ordenamientos estos se encuentran eximidos de la obligación general de declarar en los procesos en los que un familiar se encuentra acusado. Es necesario realizar dos precisiones sobre este enunciado. Por un lado, la norma puede implicar un derecho a no declarar, o bien una prohibición; en el ordenamiento argentino, por ejemplo, se encuentra prohibido que una persona declare incriminando a un familiar mientras que en España la norma es dispositiva, es decir, el sujeto puede optar. Por otro lado, es necesario aclarar que los tipos de vínculo que este derecho abarca varían también según el ordenamiento. A modo de ejemplo, en Inglaterra solo se encuentran comprendidos los cónyuges mientras que en el derecho español esto es más abarcativo, incluyendo hermanos, ascendentes y descendentes y relaciones análogas a las matrimoniales, entre otras.<sup>55</sup>

Respecto de los privilegios profesionales, estos supuestos se hallan comúnmente regulados como secretos profesionales y protegen la información privada –de la que tengan

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Ferrer Beltrán, "La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana".

<sup>55</sup> Otros países que cuentan con normas de este tipo son Francia, Italia, Argentina, Chile, Venezuela, Colombia y México.) Deborah A. Ausburn, "Circling the Wagons: Informational Privacy and Family Testimonial Privileges," *Georgia Law Review* 20, no. 1 (1985): 173-220.

conocimiento pocas o ninguna persona- confiada por necesidad a quienes se hallan en determinados cargos, artes, o profesiones.<sup>56</sup> Más allá de las diferencias que puedan existir en los diferentes ordenamientos jurídicos, en general la prohibición no es absoluta, sino que los sujetos quedarán exceptuados de su deber cuando exista una *justa causa* para divulgar el secreto como, por ejemplo, en aquellos casos en los que mantenerlo implique un peligro concreto para la persona de cuyo secreto se trate, o bien para terceros. Son ejemplos típicos de sujetos abarcados por los privilegios profesionales los médicos, sacerdotes, abogados y psicólogos. De la existencia de la prohibición de la divulgación de este tipo de secretos se deriva la excepción de declarar en juicio para aquellos sobre los que recae el deber, siempre y cuando la persona no sea exceptuada de guardar el secreto por parte del interesado. Algunos países que cuentan con esta regulación son Alemania, España, Costa Rica y Argentina.<sup>57</sup>

## 2. Valor epistémico

Respecto de la afectación a la búsqueda de la verdad derivada de estos dos grupos de exclusiones, es necesario identificar, al menos, dos escenarios posibles. Por un lado, puede suceder que la declaración a excluir constituya un testimonio de oídas, es decir, que reproduce lo dicho por otra persona previamente.<sup>58</sup> Ejemplo de ello puede ser que la prueba sea el testimonio de un psicólogo que cuente que su paciente, acusado en el proceso, le comentó sus intenciones de asesinar a alguien. Por razones que se explicarán luego, este tipo de declaraciones poseen ciertos problemas epistémicos que pueden derivar en que excluirlos resulte en una afectación mínima de la verdad. Ahora bien, dejando de lado esta posibilidad, la declaración puede ser directa; por ejemplo, una madre que ve a su hijo dejar un arma o una serie de objetos robados en su casa o un médico que atendió a una persona con herida de bala. En el caso de este tipo de pruebas no parecen existir argumentos para poner en duda su fiabilidad y por ende, en estos casos, la exclusión derivada de los *privileges* tiene como consecuencia una afectación considerable a la averiguación de la verdad. Debido a ello, es necesario ponderar los valores que se buscan proteger mediante la implementación de estas exclusiones y la importancia de la búsqueda de la verdad.

---

<sup>56</sup> Creus, *Derecho Penal. Parte especial, Tº I* (Buenos Aires: Bogotá, 2013).

<sup>57</sup> Daniel W. Shuman, "The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret," *Southwestern Law Journal* 39, no. 2 (junio 1985): 661-688; R. Michael Cassidy, "Sharing Sacred Secrets: Is It (Past) Time for a Dangerous Person Exception to the Clergy-Penitent Privilege," *William and Mary Law Review* 44, no. 4 (marzo 2003): 1627-1724; Wayne N. Renke, "Secrets and Lives - The Public Safety Exception to Solicitor-Client Privilege: *Smith v. Jones*," *Alberta Law Review* 37, no. 4 (diciembre 1999): 1045-1070.

<sup>58</sup> John S. Strahorn Jr, "A Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, no. 5 (Marzo 1937): 484-509

### 3. Justificación

Sobre los privilegios familiares, un argumento utilizado para defender esta exclusión, ciertamente enraizado en los mandatos del Derecho natural, es que el sujeto debe ser exceptuado de la obligación de declarar cuando se trate de un familiar o cónyuge en tanto, de no hacerlo, se lo estaría sometiendo a un conflicto de conciencia constituido por la colisión del deber de declarar contra el deber moral de preservar lo que se le ha sido confiado en el marco de una relación íntima. Vinculado con este motivo, también se argumenta que lo que se busca es la protección del vínculo: no solo entre quien declara y el imputado, sino del núcleo familiar en general ya que podrían suscitarse graves tensiones si en el juicio tuvieran que declarar unos contra otros.<sup>59</sup>

Respecto de los privilegios profesionales, se suele alegar que el bien jurídico protegido es la libertad, protegiendo su ámbito de reserva que es la intimidad. Si no existiera esta prohibición, sostienen, la libertad del individuo que se ve en la necesidad de comunicar a un profesional un secreto que pueda afectarlo dañosamente se vería afectada en tanto debería optar entre acudir al profesional, con el riesgo de ser incriminado, o bien prescindir del profesional.<sup>60</sup>

### 4. Ponderación

Tomando en cuenta los privilegios familiares, hemos señalado que su justificación se encontraba relacionada con evitar hacer que el testigo se enfrente a un "dilema moral" y con la protección de los vínculos familiares. Sobre ello, es preciso realizar dos aclaraciones. Respecto de lo primero, cabe preguntarnos, por un lado, si existe realmente un deber moral conforme al Derecho natural que demande guardar el secreto de alguien que delinquiró. Ciertamente, esto dependerá de la teoría moral que se adopte. Por ejemplo, si se siguiera el pensamiento kantiano, evitar que una persona sea castigada cuando esto es lo que merece por obrar contrariamente al Derecho sería negar su dignidad por lo que sería insostenible que exista un deber moral de encubrirlo. De todas formas, aun adoptando una teoría moral que indique que lo correcto es guardar el secreto del familiar que ha delinquirado, cabe preguntarnos si es el Estado quien tiene un deber de evitar ese dilema moral ¿No es, acaso quien ha delinquirado quien se debería ocupar de no poner a su familiar en tal dilema moral? O, si su situación particular le hiciera inevitable la delincuencia, ¿al menos comprender que su familiar no lo traiciona, sino que simplemente cumple con la ley en informar lo que sabe? Pareciera

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Wayne N. Renke, "Secrets and Lives - The Public Safety Exception to Solicitor-Client Privilege: *Smith v. Jones*," *Alberta Law Review* 37, no. 4 (diciembre 1999): 1045-1070.

que no es el Estado quien debería encargarse de proteger aquel vínculo familiar, sino que esa responsabilidad debería recaer en el imputado y en la misma familia, quienes deben comprender que declarar es cumplir con un deber y que no implica una traición el no querer ser cómplice de un delito mediante su encubrimiento.

Por todo lo expuesto, es posible sostener que la exclusión de prueba basada en privilegios familiares no posee una razón lo suficientemente sólida como para considerarse justificada.

Ahora bien, respecto de los privilegios profesionales hemos sostenido que su justificación radica en proteger la libertad y la esfera de intimidad del individuo. En esta línea, parecería que el Estado considera que existen ciertas personas que, por el tipo de servicios que prestan, deben quedar a salvo de la obligación de declarar en el proceso, con el fin de evitar que el sujeto que solicita sus servicios vea limitada su libertad de acudir a ellos. No obstante, el Estado no brinda esta protección a todas las relaciones profesionales, sino que solo privilegia algunas. Si bien la diversidad de los privilegios profesionales que se otorguen dependerá del ordenamiento jurídico del que se trate, puede proponerse una distinción general entre servicios “esenciales” y “no esenciales” atendiendo al grado de necesidad o de indispensabilidad del servicio del que se trate. De esta forma, la estructura del argumento sería la siguiente: si no existiera el secreto profesional, el individuo tendría que elegir entre acudir al servicio del profesional y asumir el riesgo de que este lo denuncie o declare en su contra, o bien prescindir del servicio del profesional. Ante ello, el interrogante central sería el siguiente ¿qué tan grave sería, en términos de estricta necesidad, que el individuo se vea obligado a prescindir del servicio? Así, para ilustrar un ejemplo que pareciera prescindible a la luz de este argumento podemos mencionar a los sacerdotes. Más allá de la fe que un individuo pueda tener y del lugar que la religión ocupe en su vida, no podemos afirmar que confesarse ante un sacerdote sea algo, literalmente, de vida o muerte. Sí puede ser que tener que optar por no hacerlo implique sufrimiento para el sujeto, pero de ninguna forma su vida se vería afectada por esto. Al mismo tiempo, es necesario recordar que el individuo fue quien se puso en esa circunstancia por lo que no pareciera estar en la situación de exigir que se le garanticen las herramientas que lo ayuden a limpiar su conciencia. Finalmente, y particularmente en los países en los que no existe una religión oficial o que predomina el ateísmo, puede sostenerse que, para una persona no creyente, un amigo o un conocido puede resultar lo que para un creyente es el sacerdote. De esta forma, dotar de una protección mayor a la relación que se mantiene con los ministros de culto es, de cierta manera, privilegiar las creencias de las personas creyentes por sobre las de los no creyentes. Por todo ello, el secreto profesional que ampara a los ministros de culto no posee una justificación suficiente para poder excluir prueba relevante del proceso. Lo mismo podrá

sostenerse siempre que se trate de una actividad de la que el sujeto pueda prescindir sin que sus derechos más básicos se vean afectados, siempre considerando que fue él quien se puso en esa situación.<sup>61</sup>

Ahora bien, existen otras profesiones que, siguiendo la línea del argumento antes enunciado, pueden considerarse sumamente necesarias y relacionadas con los derechos más básicos del individuo. Un claro ejemplo de ello lo brindan los profesionales de la salud. En este caso, se ilustra claramente que, de no existir el secreto profesional, el sujeto debería enfrentarse a la disyuntiva de poner en peligro su salud, por no recibir los cuidados necesarios, o afrontar un proceso y una pena.<sup>62</sup> Esto implicaría restringir la libertad del individuo de recibir ayuda médica para conservar su integridad física y afectar sus derechos más básicos, circunstancia que, por su gravedad, no debería ser generada ni avalada por un Estado. Por ello, puede decirse que el secreto profesional médico protege intereses sumamente valiosos que justifican la existencia de la norma en tanto la averiguación de la verdad es un valor central, pero nunca lo suficiente como para sobreponerse a la integridad física de un individuo.

## **B. Prohibiciones de valoración probatoria o reglas de exclusión**

Como hemos adelantado, un caso particular de inadmisibilidad del material probatorio son aquellas limitaciones reguladas bajo el título de *prohibiciones de valoración probatoria*. Estas pueden definirse como reglas jurídicas que imponen la no valoración de aquellos medios de prueba obtenidos mediante el cumplimiento irregular o incumplimiento de una norma legal que reglamenta la recolección de la prueba (prohibiciones dependientes) o, más ampliamente, medios de prueba obtenidos en violación a una garantía constitucional (prohibiciones independientes).<sup>63</sup>

Las prohibiciones de valoración probatoria pueden referirse a dos elementos distintos. Por un lado, existen reglas que refieren al objeto o tema de prueba y que restringen el acceso al análisis de determinados hechos, haciendo que estos no puedan ser objeto de comprobación. Esto sucede, por ejemplo, con los secretos de Estado. Por otro lado, existen *prohibiciones relativas* que lo que restringen es ya no los hechos comprobables, sino la utilización de ciertos

---

<sup>61</sup> Sanford Levinson, "Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship," *Duke Law Journal* 1984, no. 4 (September 1984): 631-662.

<sup>62</sup> Sandhagen, "El concepto de 'justa causa' del artículo 156 del código penal bajo el prisma del principio de legalidad.

<sup>63</sup> Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*; Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2014); Kai Ambos, "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización", *Política criminal*, no. 7 (2009): 1-51. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2710845](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710845) (Consultado el 4 de mayo de 2020)

elementos como prueba (prohibición de medio de prueba) o bien, ciertos mecanismos o procedimientos para obtener la prueba (prohibición de métodos de prueba). Nos centraremos en estas últimas.<sup>64</sup>

### **1. Precisión conceptual: exclusión o prohibición de valoración .**

Tanto en la tradición jurídica europeo-continental como en la angloamericana existen reglas sobre la evidencia obtenida en violación a preceptos legales de recolección de prueba. Sin embargo, debido a las diferencias procesales presentes entre estos dos sistemas, este tipo particular de reglas puede ser denominado de forma distinta.<sup>65</sup>

El término *reglas de exclusión* cobra sentido en aquellos modelos, como sucede en el proceso angloamericano, en los que la cuestión de la admisibilidad tiene lugar en la etapa previa al juicio. Si la prueba es considerada inadmisibile, se prohíbe que ingrese al juicio y, en consecuencia, los juzgadores nunca toman contacto con ella. Contrariamente, en los modelos continentales-europeos en los que no existe una oportunidad procesal previa en la que pueda discutirse cuáles elementos probatorios llegarán a conocimiento del juzgador y cuáles no, el problema debe ser solucionado posteriormente estableciendo una prohibición de valoración probatoria. En otros términos, si bien la prueba ya llegó a conocimiento del juzgador, se le exige, mediante la prohibición de valoración, que no la considere o valore.

De todas formas, en términos prácticos, se trata únicamente de una diferenciación terminológica que responde al funcionamiento de cada modelo.<sup>66</sup> Claro está, existen fuertes argumentos para creer que es preferible la exclusión del acervo probatorio antes que pedirle al juzgador que no valore la prueba ya que, en definitiva, el juzgador no puede “excluir de su mente” la prueba que ya conoció por lo que existe la posibilidad de que esa prueba condicione su decisión aunque luego lo justifique de otro modo.

### **2. Surgimiento y desarrollo jurisprudencial de las reglas de exclusión**

#### **a. Estados Unidos**

Las reglas de exclusión en sentido estricto han sido tradicionalmente asociadas a Estados Unidos, lugar en el que han tenido un desarrollo jurisprudencial particularmente extenso.

---

<sup>64</sup> Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

La concepción de la regla de exclusión comienza en Estados Unidos, con el caso *Boyd v. United States* (1886), como un mecanismo para evitar la violación del derecho a no declarar contra sí mismo contenido en la quinta enmienda. En este caso dos negociantes fueron acusados de realizar importaciones en violación a las leyes, recibiendo ambos una citación que los intimó a producir ciertos libros contables y papeles requeridos por el gobierno. De lo contrario, la acusación se tendría por probada. Ante esto, la defensa planteó que tal intimación constituía una violación de su intimidad –por tratarse de papeles privados- y del derecho a no declarar contra sí mismo, por ser la entrega compulsiva de papeles equiparable a ello. Frente a esta situación, la Corte recogió este último argumento y sostuvo que la prueba debía ser excluida ya que el testimonio compulsivo violaba la quinta enmienda. De esta forma, se concibió la exclusión como un subproducto del derecho a no declarar contra sí mismo. Sin embargo, esto también implicó limitar la exclusión únicamente a prueba testimonial.<sup>67</sup>

Posteriormente, la Corte concibió la regla de exclusión como una exigencia derivada de la cuarta enmienda que protege la privacidad y la propiedad frente a injerencias arbitrarias. En este sentido, el máximo tribunal argumentó que, ante material obtenido mediante un allanamiento irregular, la cuarta enmienda les exigía la devolución de lo secuestrado. Esto fue reflejado, primeramente, en *Adams v. New York* (1904) y *Weeks v. United States* (1914). En ambos casos se pretendía introducir papeles obtenidos mediante un allanamiento ilegal. La única diferencia entre ellos es que en *Weeks* la defensa alegó antes del juicio que los papeles debían ser devueltos a su cliente en tanto importaban una violación a la cuarta enmienda, mientras que en *Adams* el abogado realizó esta petición durante el juicio. En tanto el argumento de la Corte radicaba en que la cuarta enmienda les exigía la *devolución* del material obtenido ilegalmente, la evidencia fue devuelta a *Weeks*, materializándose una exclusión debido a la no disponibilidad de producir la evidencia en el juicio. Sin embargo, *Adams* no corrió la misma suerte ya que la prueba ya estaba disponible por lo que la Corte entendió que podía ser utilizada. Posteriormente, en *Silverthorne Lumber Co. v. US* (1920) el allanamiento ilegal fue utilizado para obtener copias y fotos de documentos. A partir de esta información, se intimó a los dueños de la compañía a presentar los documentos originales –en tanto la prohibición de esta obligación no amparaba a las empresas-. Sorprendentemente, en este caso la Corte no siguió el precedente de *Adams*, sino que sostuvo que “[l]a esencia de la norma que prohíbe la adquisición de la evidencia de una forma

---

<sup>67</sup> Potter Stewart, "The Road to *Mapp v. Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases", *Columbia Law Review* 83, no. 6 (octubre 1983): 1365-1404; Jared M. Smith, "The Evolution of the Exclusionary Rule: From *Weeks v. United States* and *Mapp v. Ohio* to *Herring v. United States* and *Hudson v. Michigan*", *Grove City College Journal of Law and Public Policy* 2, no. 2 (2011): 215-238.

determinada, no es meramente que la evidencia así obtenida no pueda ser utilizada ante la Corte, sino que no pueda ser utilizada por completo”.<sup>68</sup> Esta decisión creó la doctrina del “fruto del árbol envenenado” (“*Fruit of the Poisonous Tree*” doctrine) que prohibió la admisión de cualquier evidencia que se obtenga mediante, o a partir de, un elemento probatorio cuya adquisición haya sido en violación de los preceptos legales.<sup>69</sup>

En el caso *Gouled v. United States* (1921) la Corte dejó de lado la exigencia de solicitar la exclusión de la prueba antes del juicio sosteniendo que bastaba con que se solicite ni bien el afectado conozca que su propiedad estaba en poder del gobierno.<sup>70</sup>

Finalmente, en el caso *Agnello v. United States* (1925) la regla de exclusión dejó de ser aplicable solo para la prueba testimonial. En esta oportunidad, el acusado fue víctima de un allanamiento ilegal del que se secuestró cocaína. Debido a que Agnello sostenía que la droga no le pertenecía, no podía utilizar la cuarta enmienda para solicitar que su propiedad le sea devuelta sin autoincriminarse. Por eso, la corte dejó de lado el precedente *Adams* y sostuvo que la prueba debía ser excluida.<sup>71</sup>

Luego de ello, existió también una discusión respecto de si la regla de exclusión era aplicable solo en las cortes federales o también en las estatales. En *Wolf v. Colorado* (1949) la Corte concibió a la regla de exclusión como un remedio para hacer cumplir la prohibición de realizar allanamientos ilegales. Al tratarse de agentes estatales quienes recogieron la evidencia, la Corte consideró que existían otros remedios disponibles para ello. No obstante, en *Elkins v. United States* (1960) la Corte dejó de lado esta postura para los casos en los que se tratara de allanamientos que, de haber sido conducidos por agentes federales, hubieran violado la cuarta enmienda. Finalmente, en *Mapp v. Ohio* (1961) dejó claro que la regla delineada en *Weeks* aplicaba tanto para el gobierno federal como para el gobierno estatal, alegando que, en los casos de evidencia ilegalmente obtenida, la violación es tan evidente que la Corte no puede tolerar la acción permitiendo que la evidencia sea admitida en el juicio.<sup>72</sup>

El desarrollo jurisprudencial permite observar claramente que la Corte no ha variado únicamente el contenido de la regla, sino también su fundamentación, ensayando distintos tipos de argumentos y muchas veces recurriendo a más de uno en un mismo caso.

---

<sup>68</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) en Stewart, 1983 (traducción propia).

<sup>69</sup> Stewart, 1983.

<sup>70</sup> Stewart, 1983; Smith, 2011.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.



En la jurisprudencia y doctrina también se han postulado posibles excepciones a la regla de exclusión. Por ejemplo, se ha identificado una excepción a la exclusión basada en la buena fe de los policías intervinientes. Así, en el caso *Leon v. US* (1984), la Corte admitió prueba que, en su obtención, si bien se habían violado derechos fundamentales del acusado, no se identificaba dolo ni culpa de los agentes policiales, quienes creyeron estar actuando conforme a derecho.<sup>73</sup>

Asimismo, en la jurisprudencia se han observado excepciones a la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Por un lado, la Corte ha sostenido la excepción de la *fuerza independiente*, que determina el alcance de la aplicación de la doctrina sosteniendo que no es aplicable cuando no exista una conexión causal entre la prueba que se busca excluir y la prueba ilegalmente obtenida. En algunos casos, también se evitó excluir prueba en situaciones en las que el vínculo causal era débil. Por otro lado, también se ha sostenido la excepción del *descubrimiento inevitable* que sostiene que no se aplicará la doctrina del fruto del árbol envenenado cuando esa prueba hubiera sido obtenida de todas formas. Esta excepción se expuso en el caso *Nix v. Williams* (1984), en el que, si bien se halló un cadáver debido a la confesión obtenida ilegalmente del acusado, se consideró que este hubiera sido hallado de todas formas debido a la cantidad de agentes que estaban afectados a su búsqueda.<sup>74</sup>

## b. Argentina

En Argentina fueron los casos que delinearon la aplicación de la regla de exclusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Charles Hermanos, Montenegro y Fiorentino*.<sup>75</sup>

La regla de exclusión comienza a ser esbozada en Argentina con un caso de contrabando: *Charles Hermanos* (1895). El material utilizado por parte del Administrador de Rentas para sustentar la acusación radicaba en facturas, correspondencias y hojas de libros de las que nada se sabía sobre su modo de obtención. Ante ello, la Corte sostuvo que, ante la falta de explicación por parte del Administrador sobre el origen de estos documentos, quedaba en evidencia que habían sido fraudulentamente sustraídos, falsificados o producto de una pesquisa ilegal. Así, la Corte decidió excluir este material probatorio: “*en el interés de la moral*

---

<sup>73</sup> Manuel Miranda Estrampes, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, no. 131 (2010). Disponible en: [www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389](http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389) (Consultado el 3 de mayo del 2020)

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales” y “porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno”.<sup>76</sup> Si bien el argumento no es explícito, parecen concebir la exclusión como un remedio para evitar darle efecto a la violación de la intimidad del sujeto y como un modo de mantener la integridad del gobierno.

Años más tarde, en el caso *Montenegro* (1938) la corte debió resolver si excluir o no una confesión que había sido enunciada como producto de apremios ilegales al imputado; particularmente, cuando a partir de aquella declaración se hubieren descubierto elementos que permitían acreditar la autoría del delito. Frente a ello, la Corte decidió que la prueba no podía ser valorada ya que:

*“el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”<sup>77</sup>*

Si bien la Corte se esfuerza más en delinear su justificación, mantiene las líneas de argumento sostenidas en *Charles Hermanos*.

Finalmente, en el caso *Fiorentino* (1984) la Corte no solo vuelve a ratificar la aplicación de la regla de exclusión, sino que también delinea la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Así, Diego Enrique Fiorentino fue detenido por una comisión policial y al ser interrogado reconoció poseer marihuana para consumo propio, que guardaba en el departamento en el que vivía con sus padres. Ante esto, según la declaración de los agentes policiales, Fiorentino prestó consentimiento para que ingresaran a su domicilio en donde incautaron marihuana. Fiorentino declaró que no prestó consentimiento, sino que los agentes le quitaron las llaves de su vivienda. Frente a ello, la Corte entendió que no pudo haber mediado consentimiento válido que permitiera el ingreso de los agentes ya que, incluso cuando Fiorentino los hubiera autorizado, este carecería de efectos por las circunstancias en las que se prestó, *i.e.*, luego de ser detenido. Por ello, el allanamiento fue realizado en violación del derecho individual a la privacidad del domicilio (art. 18 CN) y:

*“establecida en el sub lite la invalidez del registro domiciliario, igual suerte debe correr el secuestro practicado en esas circunstancias. Ello es así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales.”<sup>78</sup>*

---

<sup>76</sup> CSJN, *Charles Hermanos y otro* – Fallos 46:36.

<sup>77</sup> CSJN, *Montenegro* – Fallos 303:1938.

<sup>78</sup> CSJN, *Fiorentino*, CSJN – Fallos 1985-II, 108.

En los tribunales inferiores se ha argumentado, también, que encontrándose en juego las garantías individuales frente al interés de castigar delitos, debe privilegiarse lo primero por estar contenido en la Constitución. Asimismo, se ha dicho que la admisión de la prueba lesiona la función ejemplar que tienen para la comunidad los actos estatales y que no brinda los incentivos adecuados para evitar futuras violaciones, ambos argumentos sostenidos también en jurisprudencia estadounidense.<sup>79</sup>

En Argentina, a partir de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Daray* (1994), quedó receptada la doctrina del fruto del árbol envenenado que no solo impide la utilización de la prueba obtenida ilegalmente, sino también la prueba obtenida como consecuencia o a partir de esa prueba ilegal.<sup>80</sup>

Respecto de las excepciones a la regla de exclusión, cabe mencionar la teoría del cauce independiente que sostiene que la prueba debe ser admitida en el caso de existir una fuente independiente mediante la que se podría haber obtenido esa prueba de todas formas. En el fallo *Ruiz, Roque* (1987) esta fuente independiente pareció ser solo hipotética, es decir, que bastaba con que los funcionarios consideraran que podría existir un cauce independiente para obtener esa prueba. Sin embargo, posteriormente, la Corte otorgó un alcance restrictivo a esta teoría en el fallo *Daray* en el que sostuvo que el curso de prueba alternativo debía constar en la causa y contar con suficiente entidad y verosimilitud como para suponer que la prueba cuestionada hubiera sido adquirida de todas formas.<sup>81</sup>

### **3. Valor epistémico de las pruebas excluidas**

Para analizar los efectos de la exclusión de la prueba, es necesario distinguir brevemente el tipo de evidencia en cuestión. Esto es así en tanto, como hemos sostenido anteriormente, puede suceder que la exclusión de una prueba, por ser esta poco confiable, sea veritativo-conducente.

Existen, principalmente, tres tipos de pruebas sobre las que, generalmente, puede evaluarse su exclusión debido a la ilegalidad de su obtención: confesiones obtenidas mediante tortura o de otro modo ilegal, allanamientos ilegales e intervenciones telefónicas o de correo.

Respecto de las confesiones por tortura, se ha sostenido reiteradamente que poseen poco valor epistémico debido a que el individuo puede confesar cualquier delito para evitar seguir

---

<sup>79</sup> Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

padeciendo dolor. Ahora bien, puede suceder que la confesión pueda verificarse mediante investigaciones posteriores.<sup>82</sup> En estos casos, la exclusión de la prueba sería veritativo-frustrante ya que es prueba relevante y de calidad que se excluye.

Respecto de los allanamientos sin una orden que los respalde, o bien en los que se incurra en un exceso de los lineamientos de la orden, no parecen existir, preliminarmente, objeciones a su valor epistémico. En este sentido, si bien pueden existir distintas circunstancias contingentes que hagan que un allanamiento pueda ser más o menos fiable, no es posible afirmar que un allanamiento per sé sea un medio de prueba de bajo valor epistémico. En este sentido, tampoco es posible sostener que, por el mero hecho de no tener una orden de allanamiento, este se vuelva menos confiable en relación con el descubrimiento de la verdad ya que, en la práctica, la orden no impide los problemas que podrían afectar la confiabilidad de la prueba obtenida en estas diligencias.<sup>83</sup> Por ello, excluir la prueba obtenida en un allanamiento ilegal sería veritativo-frustrante por excluirse elementos probatorios con valor epistémico, relevantes para la averiguación de la verdad.

Finalmente, lo mismo sucede con el caso de las intervenciones de las comunicaciones privadas. La fiabilidad de este tipo de evidencia es alta, en tanto se trata de grabaciones de los llamados u obtención de correspondencia ajena, aunque sin una orden para hacerlo; el valor epistémico es alto siempre que se verifique que las comunicaciones son del acusado y no de otro individuo –situación fácilmente corroborable-. Por ello, la exclusión de este tipo de evidencia implica un costo en términos de la determinación de la verdad, *i.e.*, es veritativo-frustrante.

#### **4. Justificación de las reglas de exclusión**

Los distintos tipos de argumentos utilizados para defender la validez de la exclusión de prueba obtenida en lesión de garantías consitucionales pueden ser divididos en cuatro grupos: argumentos éticos, constitucionales, de remedio constitucional y de prevención o incentivos.

---

<sup>82</sup> Kai Ambos (Trad. Ezequiel Malarino), “El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura”, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, no. 449. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37931.pdf> (Consultado el 4 de mayo de 2020)

<sup>83</sup> Con ello nos referimos principalmente al problema de la evidencia introducida ilegalmente por la policía para poder tener material incriminatorio en contra de alguien. Sin embargo, este problema y los posibles modos de solucionarlo serán abordados en un apartado posterior.

### a. Argumentos éticos

Como se ha visto, frecuentemente la jurisprudencia ha tratado de justificar la exclusión de la prueba sosteniendo que sería inmoral, incorrecto o poco ético que el poder judicial utilice la prueba obtenida en violación a derechos fundamentales del individuo. En este sentido, se ha expuesto que la utilización de este tipo de prueba por parte del poder judicial implica otorgarle valor a evidencia obtenida ilegalmente y que, de ese modo, el Estado formaría parte de la realización de una conducta fuera de la ley.<sup>84</sup>

Respecto a esto, por un lado, es necesario distinguir que no es la misma situación la del sujeto que comete la violación que la de aquel que recibe el producto de esta; quien ha obrado ilegalmente es la policía, mientras que el juez simplemente recibe una prueba producto de un accionar en el que no intervino. En este sentido, podemos sostener que, preliminarmente, el juez no ha cometido ningún acto ilegal ni inmoral.

Ante esto, se dice que la inmoralidad del juez provendría de utilizar la prueba, ya que se estaría ratificando o dando valor a un objeto obtenido ilegalmente. Sin embargo, al momento de valorar la corrección de un acto es incierto observarlo de manera aislada, sino que es necesario atender al contexto en el que se desarrolla. Si recordamos la íntima relación del descubrimiento de la verdad –y un resultado del proceso acorde a ello- con la justicia, es posible sostener que, quizás, no resulta tan claro qué sería obrar moralmente en un caso concreto. En efecto, aquellos que basan la regla de exclusión en este argumento omiten considerar que existen otros intereses en juego además del correspondiente al imputado cuyo derecho se ha violado. Estos intereses contrapuestos son precisamente aquellos que fundamentan la existencia del castigo: justicia, prevención o reparación, según la postura que se adopte. Por esto, no es adecuado limitarse a sostener que usar la evidencia es “inmoral”, sino que es necesario ponderar los diversos intereses en juego y considerar qué otras acciones inmorales pueden estar generándose producto de que se excluya la evidencia. A modo de ejemplo, si estuviéramos frente a un caso en el que, de no utilizar la evidencia, una persona que ha cometido múltiples violaciones quedaría en libertad, quizás sostendríamos que es más inmoral el acto de ignorar la prueba. Por el contrario, si excluir la prueba ilícita solo tuviera como consecuencia la libertad de una persona acusada por hurtar comida de un supermercado, quizás creeríamos que es lo correcto es excluirla.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*. Yale Kamisar, “Does (did) (should) the exclusionary rule rest on principled basis rather than an empirical proposition”, *Creighton Law Review*, no. 16 (1982): 565-668.

Adicionalmente, como puede verse, la moralidad no es un concepto universal, sino que dependerá de las consideraciones de justicia de cada individuo. Por ello, y dado que los valores en juego no son iguales en todos los casos, el argumento moral no parece ser útil para legitimar la regla de exclusión; al menos no en todos los casos.

## **b. Argumentos constitucionales**

Principalmente en los modelos europeo-continentales, se ha recurrido al argumento constitucional. Quienes lo sostienen consideran que la regla de exclusión deriva de la Constitución. Por un lado, se ha visto que algunos han recurrido a este argumento limitándose a sostener que la norma que protege el derecho vulnerado demanda directamente la exclusión de la prueba, sin brindar alguna otra precisión.

Sin embargo, el argumento constitucional a su mejor luz relaciona la raigambre constitucional de la regla con el derecho del acusado a un debido proceso con todas las garantías<sup>85</sup>. También, han sostenido que la regla de exclusión deriva de la Constitución en tanto el Estado de Derecho impone necesariamente otorgar prioridad a los derechos esenciales del individuo por sobre el interés del castigo del autor del delito por considerar a los derechos involucrados como derechos fundamentales e inviolables.<sup>86</sup>

Si tomamos el argumento que defiende la regla de exclusión como derivada de la Constitución, específicamente de los derechos vulnerados, *i.e.*, del derecho a la privacidad, a la integridad física o a no declarar contra sí mismos, vemos que enfrenta el problema de que, al revisar la Constitución –tanto argentina como estadounidense- nada existe que indique que los jueces deban excluir la evidencia ilegalmente obtenida. Sí es claro que estos derechos se encuentran protegidos por la ley suprema, pero de eso no se deriva directamente ninguna directriz a los jueces cuando la violación ya se ha efectuado.<sup>87</sup> No obstante, en tanto las previsiones constitucionales no suelen establecer cuál es la consecuencia derivada del incumplimiento, es pertinente analizar la segunda formulación de este argumento.

---

<sup>85</sup> Estrampes, "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones".

<sup>86</sup> Carlos Gutiérrez Moya y Alejandro Aguilar Brevis, "La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales", *Cuestiones políticas, Facultad de ciencias jurídicas y políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo. Venezuela*, no. 30 (2003) Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf> (Consultado el 3 de mayo de 2020); Manuel Miranda Estrampes, "La regla de exclusión de la prueba ilícita historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Jueces para la democracia*, no. 47 (2003): 53-66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798> (Consultado el 3 de mayo de 2020)

<sup>87</sup> Potter Stewart, "The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases".

Si tomamos la segunda formulación, que sostiene que la regla de exclusión se fundamenta en el Estado de Derecho y en las garantías necesarias para un debido proceso, es necesario aclarar que de ninguna forma está en duda que los derechos en juego sean derechos fundamentales con protección constitucional. Sin embargo, de eso tampoco se deriva directamente que deba excluirse la prueba obtenida ilegalmente. En este sentido, que estas garantías sean fundamentales indica ciertamente que deben ser protegidas y defendidas y que su cumplimiento debe ser asegurado de las formas más efectivas posibles; también, que garantizar su protección puede ser más importante que otros valores como, por ejemplo, el descubrimiento de la verdad. No obstante, para que de esta premisa se derive que la prueba debe ser excluida sería necesario, previamente, comprobar que la exclusión de la prueba es un mecanismo efectivo para proteger o defender esos derechos. De esa forma, la regla de exclusión ya no estaría fundamentada bajo un argumento constitucional de forma directa sino que requeriría, intermediariamente, recurrir a consideraciones instrumentales. En otras palabras, no es posible sostener que la regla de exclusión es una exigencia constitucional, aunque sí puede ser posible que sea un instrumento para asegurar y proteger exigencias constitucionales. Si la regla funciona o no en este sentido será, entonces, un aspecto central a evaluar para poder determinar si se encuentra o no justificada.

### **c. Argumento del remedio constitucional**

El argumento del remedio constitucional advierte que la regla de exclusión no proviene de la literalidad de la norma, sino que la concibe como un mecanismo necesario para darle efecto a los derechos protegidos. Este argumento parte de la base de la existencia de ciertos derechos en juego cuya protección es fundamental y de que los derechos no son más que una serie de palabras si es que no cuentan con medidas destinadas a respaldarlos.<sup>88</sup>

Una posible formulación de este tipo de fundamentación es la brindada por Amelung, quien expuso que la contracara de los derechos involucrados en la discusión es, en primer lugar, la pretensión de defensa. Si esta pretensión fracasara, existe una pretensión secundaria que implica la supresión de las consecuencias derivadas de la adquisición irregular de la prueba, *i.e.*, la no utilización de esta evidencia.<sup>89</sup> El argumento, entonces, radica en la necesidad de la existencia de un remedio frente a la lesión de los derechos que, de no existir, transformaría

---

<sup>88</sup> Andrew E. Taslitz, "Hypocrisy, Corruption, and Illegitimacy: Why Judicial Integrity Justifies the Exclusionary Rule", *Ohio State Journal of Criminal Law* 10, no. 2 (2013): 419-476

<sup>89</sup> Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*

a los derechos en mera abstracción. Sin embargo, no es claro qué se interpreta como remedio, ya que puede referirse a sanción, o bien a retribución, o compensación de la víctima.

De referirse a este primer concepto, deberíamos poder afirmar que la exclusión de la evidencia constituye, en todos los casos, una sanción adecuada para el autor de la violación del derecho. En la mayoría de los casos, quien lesione el derecho del acusado –mediante tortura para obtener una confesión o violación de la privacidad del domicilio- será un agente policial. Frente a ello, para que el argumento sea válido, deberíamos poder aceptar que excluir la prueba constituye la imposición de una especie de pena o castigo para los agentes policiales.<sup>90</sup> Si, por el contrario, al agente no le afecta si la prueba es excluida o no, como pareciera suceder en la práctica, entonces el argumento falla. Adicionalmente, el argumento también fallará en los casos en los que la prueba haya sido ilegalmente obtenida por particulares. En estos casos, no existe forma de afirmar que la exclusión de la prueba constituirá sanción alguna para ellos.

Ahora bien, si se interpreta remedio como compensación o retribución a la persona cuyos derechos fueron lesionados mediante la obtención de la prueba, es posible sostener que para alguien en contra de quien se ha encontrado evidencia incriminatoria, la imposibilidad de utilizar esa evidencia en su contra constituirá una compensación que lo satisfará. Frente a esto, será necesario preguntarnos si la compensación es adecuada ponderando los otros intereses en juego en el proceso y si existen otras alternativas más adecuadas a modo de compensación, como retribuciones económicas pagadas por los agentes policiales o bien por el Estado.<sup>91</sup> Más allá de este punto, el argumento de la regla de exclusión como compensación enfrenta otros problemas que impiden que pueda considerársele como la fundamentación adecuada que buscamos. Por un lado, la idea de compensación no tiene ningún sentido para los casos en los que no se ha obtenido, como consecuencia de la violación de derechos, prueba incriminatoria. En otras palabras, la regla de exclusión como compensación puede funcionar para personas en contra de quienes se haya hallado evidencia inculpatoria, pero de ninguna forma compensan a aquellas personas víctimas de procedimientos ilegales de los que no surgió prueba incriminatoria.<sup>92</sup> Por otro lado, la idea de

---

<sup>90</sup> Ciertamente, esto dependerá del funcionamiento de las estructuras que operen en cada país. La exclusión podría constituir una sanción, indirectamente, si debido a que la prueba fue excluida el policía recibiera algún tipo de sanción por parte de sus superiores o por parte de los fiscales.

<sup>91</sup> Si bien es una alternativa, no puede desconocerse que los agentes policiales muchas veces no cuentan con el dinero suficiente como para abonar una compensación de este tipo. Por su parte, el Estado, si bien cuenta con los fondos, muchas veces se torna un sujeto al que no es para nada sencillo cobrarle. Al respecto ver: Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

<sup>92</sup> Dallin H. Oaks, "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", *University of Chicago Law Review* 37, no. 4 (1970): 665-757; Albert W. Alschuler, "Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic", *University of Chicago Law Review* 75, no. 4 (2008): 1365-1384; Jacobi, "The Law and Economics of the Exclusionary Rule".



exclusión como compensación no tiene sentido alguno en los casos en los que se violan derechos de una persona distinta a la acusada en el proceso, es decir, se encuentra evidencia en contra de X en la casa de Y o mediante tortura a Y.

Por lo expuesto, el argumento de la regla de exclusión como remedio constitucional no parece funcionar si se lo entiende como sanción, en tanto no inflinge ningún mal –es decir, no sanciona realmente- a los agentes de la violación, sean estatales o particulares. Tampoco parece funcionar como compensación, al menos no completamente, porque no compensa a quienes sus derechos fueron violados pero no son los acusados en el proceso o en contra de quienes no se halló evidencia inculpatoria. En este sentido, si el fundamento de la regla será compensar, entonces debería compensar a todas las personas cuyos derechos se lesionen y no solo a un grupo.

#### **d. Argumentos de prevención o incentivos**

La regla de exclusión también fue sostenida como un modo de garantizar el respeto de los derechos en juego mediante la disuasión de los responsables de tales violaciones. En este sentido, quienes defienden este argumento, consideran que la existencia de la regla opera como un desincentivo para los agentes policiales a la hora de obtener prueba de forma ilegal.<sup>93</sup> Claramente, se trata de una afirmación que, tanto para aceptarla como para refutarla, requeriría de evidencia empírica que brinde precisiones sobre la efectividad de la regla como herramienta disuasiva. Los estudios empíricos disponibles no son lo suficientemente conclusivos y abarcativos como para poder afirmar una u otra hipótesis. Si bien no pueden concluir que exista un efecto disuasorio directo, tampoco pueden afirmar que la regla de exclusión no tenga ningún tipo de incidencia. Asimismo, el efecto disuasorio depende de una cantidad tan amplia de variables –desde características personales del oficial hasta consideraciones particulares del ordenamiento en donde se evalúe- que arribar a una conclusión aplicable universalmente es prácticamente imposible.<sup>94</sup> Adicionalmente, existirán casos en los que, debido a que saben que la evidencia será excluida, los fiscales decidan no

---

<sup>93</sup> Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*; Kamisar, "Does (did) (should) the exclusionary rule rest on principled basis rather than an empirical proposition"; Potter Stewart, "The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases"; Taslitz, "Hypocrisy, Corruption, and Illegitimacy: Why Judicial Integrity Justifies the Exclusionary Rule"; Estrampes, "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones".

<sup>94</sup> Robert M. Hardaway, "Equivalent Deterrence: A Proposed Alternative to the Exclusionary Rule in Criminal Proceedings," *Criminal Justice Journal* 11, no. 2 (Primavera 1989): 357-380; Oaks, "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure"; Alschuler, "Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic".

instar la acusación por lo que la diligencia ilegal no podrá ser conocida y, por ende, asimilada en un estudio empírico.<sup>95</sup>

A pesar de ello, existen buenos argumentos para considerar que la disuasión no es efectiva. Por un lado, lo expuesto anteriormente acerca de que el autor de la violación no recibe realmente una sanción o no es perjudicado por la exclusión de la prueba –ya que quien está interesada en probar la culpabilidad es la Fiscalía, quien en muchos casos no tiene incidencia ni está presente en el momento en que el agente policial realiza la diligencia- constituye un buen indicio de que la regla no disuade. Al mismo tiempo, el policía no solo no es afectado, sino que tampoco se involucra lo suficiente con la exclusión y sus fundamentos como para comprender que su conducta fue incorrecta. También, puede no entender por qué la evidencia se excluye o simplemente no interesarle. Adicionalmente, en cuanto a incentivos, los agentes policiales muchas veces son evaluados según el número de arrestos realizados pero no según la cantidad de condenas que son consecuencia de sus intervenciones. Claramente, estas afirmaciones dependerán de la organización y del funcionamiento de las estructuras intervinientes. Por ejemplo, existirán más razones para pensar que esto puede funcionar como un incentivo en aquellos casos en los que los fiscales sean elegidos por el pueblo y siempre y cuando tengan poder sobre los agentes policiales. De este modo, los fiscales se verían perjudicados por la exclusión de prueba porque no ganarían casos y se encargarían de sancionar a los policías, generándoles un incentivo para obrar legalmente y reduciendo los casos de obtención ilegal de prueba.<sup>96</sup>

Si bien preliminarmente la regla de exclusión puede no poseer un efecto disuasorio respecto de la obtención ilegal de prueba, es posible pensar que remover esta restricción podría operar como un incentivo para la realización de diligencias en violación de los derechos fundamentales. En este sentido, bajo la existencia de la regla, los agentes policiales se encuentran en una posición en la que no tienen nada que perder. Sin la existencia de la regla, siempre y cuando se mantenga el status quo, sabrán que la evidencia será utilizada. Esto puede no importarle al agente policial, pero sí posiblemente a los fiscales, quienes, interesados en perseguir los delitos, podrían querer promover este tipo de diligencias.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Tonja Jacobi, "The Law and Economics of the Exclusionary Rule," *Notre Dame Law Review* 87, no. 2 (December 2011): 585-676

<sup>96</sup> *Ibidem*; Malcolm Richard Wilkey, "The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence," *Judicature* 62, no. 5 (Noviembre 1978): 214-232; Myron W. Orfield, Jr., "The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers", *The University of Chicago Law Review*, no. 3 (1987): 1016- 1069; James E. Spiotto, "Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternatives," *Journal of Legal Studies* 2, no. 1 (Enero 1973): 243-278.

<sup>97</sup> Kamisar, "Does (did) (should) the exclusionary rule rest on principled basis rather than an empirical proposition".

Finalmente, algunos estudios empíricos demuestran que si bien la regla de exclusión no reduce la cantidad de diligencias ilegales de forma directa, sí puede incidir, en algunos casos, en factores que podrían afectar indirectamente. Por ejemplo, se ha observado que la utilización de la regla podría influir en la cantidad de capacitaciones que reciben los agentes policiales, instándolos a obrar bajo los procedimientos exigidos por la ley y pudiendo, así, reducir la cantidad de diligencias ilegales.<sup>98</sup>

Considerando todo lo expuesto, es posible concluir que no existe evidencia empírica suficiente para poder determinar la eficacia de la regla de exclusión como medio para prevenir las violación de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba y que, si bien existen algunos indicadores que podrían sugerir que es útil, también existen otros que operarían en forma contraria.

## **5. Ponderación y evaluación de soluciones alternativas**

Resumidamente, hemos expuesto que las confesiones obtenidas por tortura –pero luego corroboradas con otra prueba- los allanamientos ilegales y las intervenciones ilícitas de las comunicaciones, poseen valor epistémico. Por ello, su exclusión es veritativo-frustrante, es decir, atenta contra la búsqueda de la verdad en el proceso. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, es claro que este no es el único valor en juego, aunque sí uno central, por lo que es adecuado ponderar los diferentes intereses involucrados.

Para los casos de las prohibiciones de valoración nombradas que se basan en la violación a derechos constitucionales, se debe reconocer que los valores en juego son sumamente importantes: derecho a la integridad física, a un debido proceso, a la privacidad, etc. En este sentido, puede afirmarse que los derechos constitucionales enunciados pueden superar el valor de la búsqueda de la verdad. Sin embargo, esta ponderación solo tiene sentido si pudiéramos probar que mediante un menoscabo a la búsqueda de la verdad garantizaríamos más adecuadamente los derechos enunciados. En otras palabras, esto tendría sentido si y solo si comprobáramos, o al menos tuviéramos buenas razones para creer, que las reglas de exclusión ayudan a garantizar estos derechos. Como hemos sostenido, esto no ha sido probado y este es el eje central del problema. Si algún argumento existe para creer que la regla de exclusión de alguna forma contribuye al cumplimiento de los derechos es la posibilidad de que, si no existiera, se añadiría un incentivo para que estos derechos se violen. No obstante, es una mera hipótesis que no tiene ningún respaldo epistémico.

---

<sup>98</sup> Oaks, "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure".

Con ello, no estamos proclamando la desaparición de la regla de exclusión, sino simplemente que hay derechos constitucionales muy importantes en juego y que la regla de exclusión no está haciendo nada (o está haciendo poco) por garantizarlos, a la vez que está constituyendo un costo alto en la búsqueda de la verdad. Dada la ponderación de los valores en juego, es preocupante la afectación a la verdad que está teniendo lugar injustificadamente pero también es preocupante la falta de discusión sobre mecanismos efectivos para garantizar estos derechos.

Por ello, la regla de exclusión puede permanecer únicamente sostenida bajo la creencia de que removerla sería un incentivo para obtener prueba ilegal. Sin embargo, esto no puede ser una razón para no trabajar en mecanismos realmente efectivos para proteger los derechos afectados, como por ejemplo: instar a que los jueces sean más exigentes para determinar si existe o no causa probable para realizar un allanamiento o intervenir comunicaciones, promover estructuras policiales que permitan la identificación y sanción de agentes que transgreden las normas constitucionales, diseñar un sistema adecuado de incentivos policiales para que no violen estas normas y ofrecer capacitaciones adecuadas para que comprendan y actúen en conformidad con la Constitución en todos sus procedimientos. Asimismo, puede trabajarse en el compromiso de los agentes fiscales para investigar y sancionar todas las denuncias en contra de los agentes policiales, en lugar de que sigan contando con la inmunidad con la que cuentan actualmente.

Si existiera un compromiso con la implementación de mecanismos que fomenten el cumplimiento de las normas de recolección de prueba, se podrían reducir las violaciones a los derechos fundamentales en el proceso de modo que, no solo se garantizarían adecuadamente derechos constitucionales, sino que se reducirían enormemente las pretensiones de exclusión de prueba. Esto impactaría en una menor afectación a la averiguación de la verdad.

## **VII. Reglas de admisibilidad intrínsecas**

De acuerdo con la clasificación brindada por Damaska, las reglas de exclusión intrínsecas son aquellas basadas en procurar una mejor determinación de los hechos.<sup>99</sup> Esto puede basarse en que existen razones para creer que el juzgador valorará erróneamente ese elemento probatorio atribuyéndole mayor valor del debido, o bien en que la prueba no posea calidad epistémica.

---

<sup>99</sup> Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study".

## A. Exclusiones basadas en la posible valoración del juzgador

### 1. Testigos de referencia: hearsay

Por un lado, en aquellos sistemas en los que existe jurado, mucha prueba es excluida bajo el argumento de que este no logrará valorarla adecuadamente, sino que le otorgará mayor o menor relevancia de la debida. De esta forma, la razón de la exclusión atiende a garantizar la búsqueda de la verdad, pero no debido a que la evidencia en sí no posea valor epistémico, sino debido a la desconfianza respecto de cómo será valorada. Por ejemplo, la Regla 403 de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos (*Federal Rules of Evidence*) permite excluir prueba relevante que pueda confundir al jurado, ser malinterpretada, o ser valorada incorrectamente. Estas consideraciones fueron rotuladas por algunos, a modo de crítica, como *paternalismo epistémico* porque se concibe al jurado como poco confiable e incapaz de decidir y valorar adecuadamente la prueba. Además, si esto es así, sostienen, habría que concluir que todo el sistema de jurados está viciado.<sup>100</sup>

Un tipo de evidencia históricamente cuestionada bajo estas consideraciones, primero en Europa y luego en Estados Unidos, es la prueba de referencia, específicamente, los testimonios de oídas.<sup>101</sup>

El bajo valor epistémico de estos elementos probatorios ha sido ampliamente analizado desde una perspectiva científica de la percepción y la memoria. Sobre ello, los estudios han advertido que existen una serie de mecanismos que operan distorsionando nuestra percepción de los hechos y el recuerdo que tenemos de ellos. Por ejemplo, usualmente las personas realizan inferencias para tratar de dar sentido o continuidad a los estímulos que perciben, lo que puede resultar en que en su relato de los hechos agreguen detalles inexistentes. También, se ha dicho que los individuos tienen una capacidad de percepción limitada por lo que no les es posible concentrarse en varios estímulos a la vez, resultando en una selectividad que provoca que se incurra en generalizaciones y los detalles se pierdan. Asimismo, opera una racionalización de los estímulos recibidos, es decir, una modificación de lo percibido con el fin de que tenga sentido y sea fácilmente comprensible. Finalmente, las memorias también pueden ser modificadas con posterioridad al punto de que pueden existir

---

<sup>100</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*; Karl H. Kunert, "Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of Free Proof in the German Code of Criminal Procedure," *Buffalo Law Review* 16, no. 1 (Otoño 1966): 122-164; Richard F. Rakos, "Research Essay: A Preliminary Empirical Enquiry concerning the Prohibition of Hearsay Evidence in American Courts," *Law and Psychology Review*, no. 15 (1991): 65-86; Vásquez, "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales".

<sup>101</sup> Mirjan Damaska, "Of Hearsay and Its Analogues," *Minnesota Law Review*, no. 3 (febrero 1992): 425-458.

falsas memorias y hasta recuerdos implantados. Si bien esto opera tanto para los estímulos verbales como para los visuales, los errores aumentan cuando se trata del testimonio de alguien que relata un hecho a otra persona; quien recibe el testimonio no tiene un soporte visual o contextual y tiene que confiar únicamente en lo que la otra persona le dice. Aquí entran en juego, también, los malentendidos.<sup>102</sup>

Sin embargo, estos problemas no son distintos a los que atraviesan todas las pruebas testimoniales: el testigo pudo no haber percibido correctamente los hechos, o los pudo haber olvidado, o bien puede encontrar dificultades lingüísticas para reproducir el relato. Finalmente, también puede mentir. Sin embargo, en los testimonios de oídas todos estos peligros se duplican ya que el relato atraviesa este proceso en dos personas distintas. Además, la primera persona que reproduce el mensaje no lo hizo en un contexto judicial en el que, mediante ciertos mecanismos, se trata de reducir la posibilidad de malas interpretaciones (usando mapas, cuadros, fotografías), y de la mentira (exigiendo que presten juramento y existiendo el delito de falso testimonio).<sup>103</sup>

Si bien la exclusión de este tipo de pruebas atiende a los valores de la búsqueda de la verdad, es posible realizar dos objeciones.

Por un lado, no es clara la base empírica en la que basan la afirmación de que el juzgador sobrevalorará estos elementos. En efecto, la información empírica requerida es difícilmente obtenible. En este sentido, el argumento asume que la evidencia a excluir aporta a la averiguación de la verdad en cierta medida (+X), pero que la valoración que le dará el jurado perjudicará la obtención de la verdad (-Y). Para hacerlo, entonces, se debe saber exactamente en cuánto contribuye la prueba a la averiguación de la verdad y, por otro lado, en cuánto puede perjudicarla su sobrevaloración por parte del jurado, considerando también las posibilidades de que eso ocurra. Como se ve, la exclusión solo estará justificada siempre y cuando se tengan los valores adecuados de cada elemento y del cálculo surja que sería más perjudicial para la búsqueda de la verdad su inclusión. Entonces, siendo Z el elemento

---

<sup>102</sup> I. Daniel Jr. Stewart, "Perception, Memory, and Hearsay: A Criticism of Present Law and the Proposed Federal Rules of Evidence," *Utah Law Review*, no. 1 (enero 1970): 1-41. Este autor también remarca que particularmente en la transmisión verbal, se ha estudiado que los testimonios son distorsionados mediante tres procesos básicos. En primer lugar, el proceso de nivelación (leveling) que consiste en eliminar detalles para hacer más manejable el discurso. Seguidamente, el agudizamiento (sharpening) que produce una percepción selectiva de un número limitado de detalles (que redundan en un proceso de leveling ya que dar demasiado valor a ciertos elementos implica dejar afuera otros). Finalmente, el proceso de asimilación que es el momento en el que la memoria, producto de del contexto emocional e intelectual del oyente, importa y falsifica detalles en el relato.

Sobre las falsas memorias y la implantación de recuerdos ver: Elizabeth F. Loftus, "Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory", *Learning memory*, no. 12 (2005): 361-366. Disponible en: <http://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full> (Consultada el 6 de mayo de 2020)

<sup>103</sup> John S. Strahorn, Jr., "A Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions".

que representa la verdad y P la posibilidad de sobrevaloración del jurado, solo se debería excluir cuando:  $Z-Y-X > Z+X (-Y*P)$ .<sup>104</sup>

Por otro lado, asumiendo que hay algo de cierto en el riesgo de sobrevaloración, es posible sostener que no hay argumentos fuertes para concluir que eso sucederá cuando se trate de un jurado lego, pero no cuando se trate de jueces profesionales. En este sentido, no hay ningún elemento en los jueces que nos permita calificarlos como mejores para la valoración de la prueba.<sup>105</sup>

Ahora bien, de lo expuesto es posible extraer tres conclusiones. En primer lugar, se ha expuesto que si bien este tipo de pruebas no son contraepistémicas, puede decirse que el valor que aportan a la averiguación de la verdad es bajo. En segundo lugar, se señaló que no se encuentra probado empíricamente en qué medida operaría una sobrevaloración por parte de los juzgadores ni con qué probabilidad. Finalmente, no existen razones para creer que los jueces profesionales son más idóneos que un jurado para valorar adecuadamente esta prueba. No obstante, esto no significa que las reglas de admisibilidad que restringen la utilización de este tipo de elementos probatorios deban ser descartadas. Por el contrario, es posible argumentar sobre su conveniencia atendiendo a los incentivos que esta regla produce. Así, en tanto el valor probatorio de este tipo de elementos es ciertamente dudoso, la regla de exclusión podría funcionar como un incentivo para que las partes busquen evidencia más sólida que realmente sirva para acreditar la autoría y materialidad del hecho. En otros términos, viéndose impedidos de utilizar este tipo de evidencia, se verían obligadas a buscar evidencia directa y buscar testigos directos que puedan ser contrainterrogados. De esta forma, si bien la exclusión de prueba relevante podrá afectar en cierto modo la averiguación de la verdad –en un grado muy bajo por excluir evidencia que poco aporta- esto podrá verse compensado por la producción de evidencia de mayor valor.<sup>106</sup>

## 2. Antecedentes penales y comportamiento previo

En el caso de los antecedentes penales y los comportamientos previos la situación es distinta debido a que el valor probatorio que poseen estos elementos es alto. En efecto, si bien cada conducta de una persona está determinada por su contexto, las tasas de reincidencia

---

<sup>104</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*; Richard Friedman, "Minimizing the Jury Over-Valuation Concern (Visions of Rationality in Evidence Law Symposium)", *Mich. St. L. Rev.* no. 4 (2003): 967-86.

<sup>105</sup> Barbara A. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence," *University of Pennsylvania Law Review PENNumbra*, no. 1 (2007): 1-9. Frederick Schauer, "On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law", *University of Pennsylvania Law Review*, no. 1 (2006), pp. 165-202

<sup>106</sup> Schauer, "On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law"; Friedman, "Minimizing the Jury Over-Valuation Concern (Visions of Rationality in Evidence Law Symposium)".

demuestran que las probabilidades de cometer un delito aumentan seriamente cuando se ha delinquirido previamente. Por ello, puede decirse que los antecedentes penales y comportamientos previos son indicadores de valor. A eso se le suma que, como se ha señalado, no existen bases empíricas para afirmar que los juzgadores tienden a sobrevalorar este tipo de evidencia.

Todo ello, sin embargo, no significa que este tipo de evidencia deba ser admitida. Por el contrario, existen buenos argumentos para excluirla, ya no argumentando la posibilidad de sobrevaloración, sino más bien debido a los posibles sesgos. Respecto de ello, existen bases empíricas que señalan que este tipo de elementos pueden condicionar la decisión de un jurado de un modo tal que estos requieran un estándar probatorio más bajo para considerar culpable al acusado, ya sea porque consideran que se trata de una mala persona o porque, debido a que ha delinquirido anteriormente, merece ser penado de todas formas, aun cuando fuera inocente en el caso a juzgar. Esto viola una preposición básica del sistema que es que el acusado debe ser juzgado solo por los hechos de los que es acusado en ese proceso y no por sus conductas criminales previas o su personalidad.<sup>107</sup>

#### **B. Exclusiones basadas en la falta de calidad epistémica de la prueba**

Paralelamente, existen reglas cuya exclusión se basa en que el elemento probatorio no posee calidad epistémica suficiente. En otros términos, se trata de pruebas que –ya sea por su modo de obtención o por el tipo de prueba en sí mismo- no poseen calidad epistémica para probar lo que quieren probar y, por ende, poseen un valor contraepistémico porque su incorporación perjudica la averiguación de la verdad. Por ejemplo, si se propone el elemento E para probar que la víctima estuvo en la casa del sujeto acusado de homicidio, el elemento cumplirá los criterios de relevancia y materialidad. No obstante, si ese elemento consistiera en la utilización de un perro que supuestamente puede identificar el rastro de la víctima, recurso altamente cuestionado científicamente, no tiene aptitud para probar lo que dice probar. En consecuencia, la exclusión de este tipo de pruebas resultaría veritativo-conducente y sería deseable. Si bien algunos autores sostienen que esta clase de evidencia debería ser dejada de lado ya que –por su bajo valor probatorio- su obtención sería una pérdida de recursos injustificada, la realidad es que, aun cuando el costo de producir esa prueba sea extremadamente bajo, debe ser excluida ya que no aporta absolutamente nada al proceso. De esta forma, ya no se trataría de un riesgo de sobrevaloración, sino que el mínimo valor

---

<sup>107</sup> Friedman, “Minimizing the Jury Over-Valuation Concern (Visions of Rationality in Evidence Law Symposium)”.



que se le otorgue nos alejaría de la verdad por tratarse de pruebas basadas en consideraciones falsas o erradas que no deberían ser valoradas en absoluto.<sup>108</sup>

### 1. *Junk science*

Una herramienta frecuentemente utilizada es la de recurrir al testimonio de expertos en diferentes ciencias. Las pruebas introducidas por esta clase de testigos no están exentas de cuestionamiento y no siempre contribuyen a la averiguación de la verdad. En primer lugar, existe una extensa controversia respecto a de qué forma la calidad imparcial o “de parte” del perito podría influir en la confiabilidad del testimonio que brindan. En segundo lugar, se ha cuestionado también bajo qué lineamientos hemos de considerar que una persona puede ser considerada experta en un área determinada. Finalmente, y particularmente relevante, se ha analizado bajo qué parámetros debe analizarse la calidad de la ciencia en la que basan sus conclusiones.<sup>109</sup>

Mientras que en Argentina el tema aún no cobró relevancia, la discusión sí se suscitó en la jurisprudencia norteamericana. El tema fue abordado en el fallo *Frye v. United States* (1923) en el que la Corte determinó un estándar para evaluar la admisibilidad de la evidencia científica. Este implicaba, en pocas palabras, que la ciencia en la que se basara el testimonio debía haber ganado aceptación general en la comunidad científica. No obstante, en *Daubert v. Merrell Dow* (1993) la Corte sostuvo que este criterio tenía que ser dejado de lado, señalando que en ciertos casos se requiere que pase tiempo para que una ciencia gane reconocimiento. En su lugar, sostuvieron, se debía atender a las Reglas de Evidencia. Por un lado, a la Regla 702 que sostiene que el testimonio debe basarse en conocimiento científico. Por otro lado, a la Regla 104(a) que sostiene que para evaluar la admisibilidad debe determinarse si el razonamiento o metodología empleada es científicamente válido y si puede ser aplicado a los hechos en disputa.<sup>110</sup>

A pesar de esta regulación, la admisibilidad de la evidencia científica en el proceso sigue siendo un tema discutido. En efecto, muchos jueces continúan aplicando el estándar de *Frye*

---

<sup>108</sup> *Ibidem*,

<sup>109</sup> Vázquez, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”; Michael H. Graham, “Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: Insuring Adequate Assurance of Trustworthiness,” *University of Illinois Law Review*, no. 1 (1986): 43-90.

<sup>110</sup> Krista L. Duncan, “Lies, Damned Lies, and Statistics”? Psychological Syndrome Evidence in the Courtroom After Daubert,” *Indiana Law Journal*, vol. 71: 3 (1996) Disponible en:

<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol71/iss3/6> (Consultado el 2 de mayo de 2020); David Medoff, “The scientific basis of psychological testing” *Family Court Review*, no. 2 (2005): 199–213. Doi:10.1111/j.174-1617.2003.tb00884.x ; Margaret Kovera y Bradley McAuliff, “The effects of peer review and evidence quality on judge evaluations of psychological science: Are judges effective gatekeepers?” *Journal of Applied Psychology*, no. 85, 574–586. doi:10.1037/0021-9010.85.4.574

o incluso sostienen que aplican *Daubert* cuando en realidad no lo hacen. Particularmente en el ámbito de las ciencias forenses, no se realiza un escrutinio estricto que busque identificar las limitaciones de las diferentes ciencias. De una forma u otra, esta normativa no es suficiente para impedir que ingresen en el proceso declaraciones de peritos basados en conocimiento que no puede denominarse ciencia.<sup>111</sup>

Algunas de las ciencias altamente cuestionadas, que han llevado a la condena de personas inocentes, son: marcas de mordidas, comparación microscópica de cabellos, huellas dactilares y huellas de zapatos. Adicionalmente, se ha cuestionado la utilización de perros para identificar el rastro de las personas. Todo lo mencionado sigue siendo utilizado aún en muchos ordenamientos.<sup>112</sup>

A pesar de esto, algunos autores han centrado la discusión en la valoración que los jurados o jueces otorgan al testimonio experto, esbozando la idea de que lo correcto sería que ellos evalúen la calidad de la ciencia introducida. Sin embargo, ninguno de ellos cuenta con el conocimiento suficiente como para realizar un escrutinio adecuado de las bases científicas que respaldan cierta evidencia. En este sentido, teniendo en cuenta la gran afectación de la averiguación de la verdad provocada por la introducción de mala ciencia, y considerando especialmente la ineficacia de los parámetros utilizados por la jurisprudencia norteamericana y la falta de una suficiente discusión del tema en Argentina, será necesario repensar nuevas estrategias para poder evaluar adecuadamente qué es ciencia válida y qué no.<sup>113</sup>

## 2. Reconocimientos

El reconocimiento de personas, tanto en rueda como fotográfico, es una herramienta frecuentemente utilizada en los procesos penales. Sin embargo, existen fuertes argumentos científicos para sostener que su confiabilidad es muy baja. En efecto, esto se encuentra plenamente ligado a lo previamente introducido respecto del proceso de formación de las

---

<sup>111</sup> Nancy A. Miller, "Daubert and Junk Science: Have Admissibility Standards Changed" *Defense Counsel Journal* 61, no. 4 (octubre 1994): 501-517 ; Victor E. Schwartz y Cary Silverman, "The Draining of Daubert and the Recidivism of Junk Science in Federal and State Courts," *Hofstra Law Review* 35, no. 1 (2006): 217-274; Paul C. Giannelli, "Daubert and Criminal Prosecutions," *Criminal Justice* 26, no. 3 (2011): 61-63. Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, (The National Academies Press: Washington, 2009) Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf> (Consultado el 3 de mayo)

<sup>112</sup> Brandon L. Garrett y Peter J. Neufeld, "Invalid forensic science testimony and wrongful convictions", *Virginia Law Review*, no. 1 (2009). Disponible en <https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1-2.pdf> (Consultado el 2 de mayo de 2020); Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*; *Winfrey v. State*, 323 S.W.3d 875 (Tex. Crim. App. 2010); Andrew E. Taslitz, "Does the Cold Nose Know - The Unscientific Myth of the Dog Scent Lineup", *Hastings Law Journal*, no. 1 (1990)

<sup>113</sup> Margaret Kovera y Bradley McAuliff, "The effects of peer review and evidence quality on judge evaluations of psychological science: Are judges effective gatekeepers?"

memorias.<sup>114</sup> Desde la ciencia, múltiples estudios han determinado que existen distintos factores que pueden interferir en la posibilidad de realizar un reconocimiento correcto como la privación de sueño, la edad y el consumo de sustancias como alcohol o cafeína.<sup>115</sup> Asimismo, también puede afectar el origen étnico de quien reconoce y de quien es reconocido.<sup>116</sup> Finalmente, se ha demostrado que la forma en la que se lleva a cabo el reconocimiento puede incidir de manera contundente en la corrección de la identificación y, a partir de ello, se han realizado recomendaciones implementadas por diversos estados en Estados Unidos.<sup>117</sup>

A pesar de los estudios que sostienen el bajo valor epistémico y estadísticas que demuestran su incidencia en las condenas erradas<sup>118</sup>, los reconocimientos siguen siendo utilizados y, en países como Argentina, sin siquiera atender a los distintos procedimientos que podrían lograr que sean menos falibles.

### **3. Prueba obtenida o preservada sin procedimientos que garanticen su confiabilidad**

Finalmente, es necesario mencionar brevemente que existen ciertas pruebas que, si bien en sí son confiables, pierden su valor debido al procedimiento que se utiliza para conservarlas, o bien para obtenerlas.

En este sentido, sobre la evidencia ya obtenida, existen protocolos destinados a su conservación adecuada con el fin de evitar que sea contaminada o manipulada. Tal es el fin de la cadena de custodia. A pesar de su exigencia, este requisito muchas veces es pasado por alto sin que eso lleve a los juzgadores a cuestionarse la posible afectación de la averiguación de la verdad derivada de estos defectos.<sup>119</sup> Ante ello, debe decirse que, si el

---

<sup>114</sup> Elizabeth Loftus y John Palmer (1996) "Eyewitness Testimony" en *Introducing Psychological Research* (Londres: Palgrave, 1996). Disponible en: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-24483-6\\_46](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-24483-6_46)

<sup>115</sup> Estos estudios fueron recopilados y analizados por el Laboratorio de Sueño y Memoria del Depto. de Bioingeniería del Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA). Ver Brigham, J. C., Maass, A., Snyder, L. D., & Spaulding, K. "Accuracy of eyewitness identification in a field setting", *Journal of Personality and Social Psychology*, no. 4 (1982): 673–681 <https://doi.org/10.1037/0022-3514.42.4.673> ; Sporer, S. L., & Martschuk, N, "The reliability of eyewitness identifications by the elderly: An evidence-based review" en M. P. Toglia, D. F. Ross, J. Pozzulo, & E. Pica (Eds.), *The elderly eyewitness in court*, Psychology Press, 2014; Michelle Stepan et al. "Sleep and eyewitness memory: Fewer false identifications after sleep when the target is absent from the lineup", *PLoS*, no. 9 (2017). Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5587105/> (Consultado el 20 de mayo).

<sup>116</sup> Jessica L Marcon, Christian A Meissner y Roy S Malpass. "Cross-race effect in eyewitness identification", *Encyclopedia of Psychology & Law*, no. 1 (2008). Disponible en: [http://works.bepress.com/christian\\_meissner/18](http://works.bepress.com/christian_meissner/18) (Consultado el 10 de mayo de 2020).

<sup>117</sup> Innocence Project <https://www.innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*; Michael B. Anderson , "Chain of Custody Requirements in Admissibility of Evidence", *Montana Law Review*, vol.

legislador ha determinado una serie de requerimientos para la preservación de la prueba, estos deben ser considerados como modos para preservar su confiabilidad. En su ausencia, deberá regir una presunción de no confiabilidad de la prueba y, por ende, su exclusión, a menos que sea posible determinar que la prueba no sufrió alteraciones.<sup>120</sup>

Adicionalmente, si se atiende a las formas en las que se obtiene la prueba, existen en los diferentes ordenamientos pautas de procedimiento sobre cómo obtener cada elemento probatorio: cómo proceder en un allanamiento, cómo levantar rastros, etc. A pesar de esto, existen casos en los que los procedimientos no son respetados, situación que puede derivar en que la evidencia sea manipulada para incriminar a sujetos inocentes. En efecto, los abusos y violencia institucional por parte de la policía son un tema frecuente, aunque escasamente abordado y contabilizado, al menos en Argentina. En este sentido, existen acusaciones dirigidas hacia los agentes policiales que sostienen que estos introducen evidencia falsa en domicilios con el fin de poder encarcelar sujetos, que coaccionan a los testigos para que declaren falsedades, o que no declaren cuando su testimonio beneficiaría al imputado.<sup>121</sup> También existen casos en los que no se respetan los procedimientos exigidos para la manipulación y análisis de la prueba científica. Todas estas circunstancias, aunque ajenas ya a lo controlable por la introducción de una regla de exclusión, inciden directamente en el proceso de averiguación de la verdad y llevan a personas inocentes a la cárcel mientras dejan impunes a los verdaderos culpables. Por ello, es necesario idear mecanismos, estructuras policiales e incentivos que eviten la ocurrencia de estos sucesos.<sup>122</sup>

### VIII. Conclusión

Considerando todo lo expuesto, es evidente la necesidad de una verdadera discusión –que al menos en Argentina no ha tenido lugar- sobre la importancia de analizar seriamente la regulación de admisibilidad de evidencia en el proceso penal. Asimismo, es claro que este análisis debe tomar en consideración, en todo momento, la importancia de la averiguación de

---

37 (1976). Disponible en: <https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2145&context=mlr> (Consultado el 10 de mayo de 2020).

<sup>120</sup> Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*

<sup>121</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La inseguridad policial. Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina*, (Eudeba: Buenos Aires, 1998). Disponible en:

[https://www.cels.org.ar/common/documentos/cels\\_hrw\\_inseguridad\\_policial.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_hrw_inseguridad_policial.pdf) (Consultado el 10 de mayo de 2020)

<sup>122</sup> Por ejemplo, para garantizar la fiabilidad de los allanamientos, podría ser requisito que se filme toda la diligencia policial.

la verdad en el proceso, de acuerdo con criterios de justicia sustancial, finalidad de las penas y legitimación de los actos jurisdiccionales.

Este análisis implicará, por un lado, repensar las bases que intentan fundamentar lo que históricamente se ha excluido no, como suele asociarse, desde un punto de vista que busque desmerecer o reducir la protección de los derechos involucrados, sino alineado con ello. En este sentido, es necesario evaluar la eficacia concreta y empírica de los mecanismos que decimos efectivos para la protección de derechos y sus costos, así como también diseñar e implementar mecanismos que realmente funcionen para ello.

Por otro lado, la regulación de evidencia debe atender, también, a todo aquello que se introduce en el proceso y que conspira enormemente con las posibilidades de obtener la verdad. Para ello, es necesario reforzar nuestras presunciones sobre la valoración de la prueba con evidencia empírica y, a su vez, es necesario comprender que el Derecho necesita ineludiblemente recurrir a la ciencia. Por eso, debe fomentarse la interacción y participación de las ciencias en el Derecho, especialmente la ciencia forense, con el fin de poder comprender y mejorar su implementación en el proceso.

Finalmente, para que la prueba pueda ser confiable, se necesita el compromiso de todos los agentes que intervienen en su proceso de recolección y producción, *i.e.*, los agentes policiales, los fiscales, los peritos, etc. Por ello, es necesario diseñar mecanismos de incentivos adecuados para mejorar las prácticas probatorias y, a su vez, implementar sistemas idóneos de control.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albert W. Alschuler, "Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic", *University of Chicago Law Review* 75, no. 4 (2008): 1365-1384
- Alberto Sandhagen, "El concepto de 'justa causa' del artículo 156 del código penal bajo el prisma del principio de legalidad", *Revista Pensamiento Penal* (2008). Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46806-concepto-justa-causa-del-articulo-156-del-codigo-penal-bajo-prisma-del-principio> (Consultado el 11 de abril de 2020)
- Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2014)
- Andrew E. Taslitz, "Hypocrisy, Corruption, and Illegitimacy: Why Judicial Integrity Justifies the Exclusionary Rule", *Ohio State Journal of Criminal Law* 10, no. 2 (2013): 419-476.
- Andrew E. Taslitz, "Does the Cold Nose Know - The Unscientific Myth of the Dog Scent Lineup", *Hastings Law Journal*, no. 1 (1990).
- Antony Duff y Zachary Hoskins, "Legal Punishment", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Otoño 2019), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-punishment> (Consultado el 6 de junio de 2020).
- Barbara A. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence," *University of Pennsylvania Law Review PENNumbra*, no. 1 (2007): 1-9
- Brandon L. Garrett y Peter J. Neufeld, "Invalid forensic science testimony and wrongful convictions", *Virginia Law Review*, no. 1 (2009). Disponible en <https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1-2.pdf> (Consultado el 2 de mayo de 2020)
- Brigham, J. C., Maass, A., Snyder, L. D., & Spaulding, K. "Accuracy of eyewitness identification in a field setting", *Journal of Personality and Social Psychology*, no. 4 (1982): 673-681 <https://doi.org/10.1037/0022-3514.42.4.673>
- Carlos Gutiérrez Moya y Alejandro Aguilar Brevis, "La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales", *Cuestiones políticas, Facultad de ciencias jurídicas y políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo. Venezuela*, no. 30 (2003) Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf> (Consultado el 3 de mayo de 2020)
- Carmen Vázquez, "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 38 (diciembre 2015): 101-130. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-la->

[admisibilidad-de-las-pruebas-periciales-y-la-racionalidad-de-las-decisiones-judiciales](#) (Consultado el 31 de marzo de 2020)

- Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, (Madrid: Marcial Pons, 2015)
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La inseguridad policial. Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina*, (Eudeba: Buenos Aires, 1998). Disponible en: [https://www.cels.org.ar/common/documentos/cels\\_hrw\\_inseguridad\\_policial.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_hrw_inseguridad_policial.pdf) (Consultado el 10 de mayo de 2020)
- Charles W. Colson, "Truth, Justice, Peace: The Foundations of Restorative Justice," *Regent University Law Review*, no.10 (1998): 1-10.
- Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, (The National Academies Press: Washington, 2009) Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf> (Consultado el 3 de mayo)
- Creus, *Derecho Penal. Parte especial, Tº I* (Buenos Aires: Bogotá, 2013).
- Dallin H. Oaks, "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", *University of Chicago Law Review* 37, no. 4 (1970): 665-757
- Daniel Nagin, "Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists", *Annual Review of Economics* no. 5 (2012)
- Daniel W. Shuman, "The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret," *Southwestern Law Journal* 39, no. 2 (Junio 1985): 661-688 (Consultado el 30 de mayo de 2020).
- David Kennedy, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena* (Trad. Luciana Morón), (Buenos Aires: Marcial Pons, 2016)
- David Medoff, "The scientific basis of psychological testing" *Family Court Review*, no. 2 (2005): 199–213.
- David Pritchard, "Stable predictors of recidivism: A summary, *Criminology*, no. 1 (1979).
- Deborah A. Ausburn, "Circling the Wagons: Informational Privacy and Family Testimonial Privileges," *Georgia Law Review* 20, no. 1 (Fall 1985): 173-220
- Diego Dei Vecchi, "Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad", *Discusiones*, no 13, (2013): 233-264.
- Eduardo González y Howard Varney (Eds.) *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz* (Nueva York : Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013). Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf> (Consultado el 5 de mayo de 2020)
- Elizabeth F. Loftus, "Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory", *Learning memory*, no. 12 (2005): 361-366. Disponible

en: <http://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full> (Consultada el 6 de mayo de 2020)

Elizabeth Loftus y John Palmer (1996) "Eyewitness Testimony" en *Introducing Psychological Research* (Londres: Palgrave, 1996). Disponible en:

[https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-24483-6\\_46](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-24483-6_46)

Fabrizio Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005).

Franz Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, (Valparaíso: EDEVAL, 1984)

Frederick Schauer, "On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law", *University of Pennsylvania Law Review*, no. 1 (2006), pp. 165-202.

Gary Becker, "Crime and Punishment: an Economic Approach" en Fielding N.G., Clarke A., Witt R. (eds) *The Economic Dimensions of Crime*, (London: Palgrave Macmillan, 1968).

Helmut Frister, *Derecho Penal. Parte General*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2011)

I. Daniel Jr. Stewart, "Perception, Memory, and Hearsay: A Criticism of Present Law and the Proposed Federal Rules of Evidence," *Utah Law Review*, no. 1 (enero 1970): 1-41.

Innocence Project – <https://www.innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>

James E. Spiotto, "Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternatives," *Journal of Legal Studies* 2, no. 1 (Enero 1973): 243-278.

Jared M. Smith, "The Evolution of the Exclusionary Rule: From Weeks v. United States and Mapp v. Ohio to Herring v. United States and Hudson v. Michigan", *Grove City College Journal of Law and Public Policy* 2, no. 2 (2011): pp. 215-238.

Jessica L Marcon, Christian A. Meissner y Roy S. Malpass. "Cross-race effect in eyewitness identification", *Encyclopedia of Psychology & Law*, no. 1 (2008). Disponible en: [http://works.bepress.com/christian\\_meissner/18](http://works.bepress.com/christian_meissner/18) (Consultado el 10 de mayo de 2020).

John Rawls, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, no. 1 (Enero, 1955).

John S. Strahorn Jr, "A Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, no. 5 (Mar., 1937): 484-509

Jordi Ferrer Beltrán, "La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", *Revista Mario Alario D'Filippo*, no.18 (2017): 150-169.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>

(Consultado el 31 de marzo de 2020)

Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2007).



- Julio Maier, *Derecho procesal penal, T. I: Fundamentos*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996)
- Julio Maier, *Derecho procesal penal, T. III: Parte General. Actos procesales*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011).
- Kai Ambos (Trad. Ezequiel Malarino), "El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura", *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, no. 449. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37931.pdf> (Consultado el 4 de mayo de 2020)
- Kai Ambos, "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización", *Política criminal*, no. 7 (2009): 1-51. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2710845](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710845) (Consultado el 4 de mayo de 2020)
- Karl H. Kunert, "Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of Free Proof in the German Code of Criminal Procedure," *Buffalo Law Review* 16, no. 1 (Otoño 1966): 122-164.
- Keith Burgess-Jackson, "An Epistemic Approach to Legal Relevance" *St. Mary's Law Journal* 18, no. 2 (1986): 463-480.
- Kieran McEvoy y Louise Mallinder, "Amnesties in transition: Punishment, restoration, and the governance of mercy," *Journal of Law and Society*, no. 3 (Septiembre 2012), pp. 410-440.
- Kimberly Kessler Ferzan, Stephen P. Garvey y Paul H. Robinson, *Criminal Law Conversations*, (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Krista L. Duncan, "Lies, Damned Lies, and Statistics"? Psychological Syndrome Evidence in the Courtroom After Daubert," *Indiana Law Journal*, vol. 71: 3 (1996) Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol71/iss3/6> (Consultado el 2 de mayo de 2020)
- Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2013).
- Lorena Bachmaier Winter, "Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal. La necesidad de una regulación legal del secreto profesional y de otras relaciones de confianza," *Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica*, no. 1-3 (2004): 41-81. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/46605/1/2004%20Intervenciones%20telefónicas%20y%20der%20echos%20terceros%20copia.pdf> (Consultado el 11 de abril de 2020)
- Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 2018)
- Malcolm Richard Wilkey, "The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence," *Judicature* 62, no. 5 (Noviembre 1978): 214-232)

Manuel Miranda Estrampes, "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista catalana de seguretat pública*, no. 131 (2010). Disponible en: [www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389](http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389) (Consultado el 3 de mayo del 2020)

Manuel Miranda Estrampes, "La regla de exclusión de la prueba ilícita historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Jueces para la democracia*, no. 47 (2003), pp. 53-66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798> (Consultado el 3 de mayo de 2020)

Marcelo A. Sancinetti, "Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo". Disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/elementos-de-derecho-penal-y-de-procesal-penal/resumenes/doctrina-42330-marcelo-sancinetti/5349877/view>

Margaret Kovera y Bradley McAuliff, "The effects of peer review and evidence quality on judge evaluations of psychological science: Are judges effective gatekeepers?" *Journal of Applied Psychology*, no. 85, 574–586. doi:10.1037/0021-9010.85.4.574

Marina Gascón Abellán. "Concepciones de la prueba: Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo", *Discusiones [online]*, no. 3 (2003), pp. 43-55 . Disponible en: [http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1515-2073262003001100004&lng=pt&nrm=iso](http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-2073262003001100004&lng=pt&nrm=iso) (Consultado el 3 de abril de 2020)

Martín Diego Farrel, *Enseñando Ética*, (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2015).

Michael B. Anderson , "Chain of Custody Requirements in Admissibility of Evidence", *Montana Law Review*, vol. 37 (1976). Disponible en: <https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2145&context=mlr> (Consultado el 10 de mayo de 2020).

Michael Cassidy, "Sharing Sacred Secrets: Is It (Past) Time for a Dangerous Person Exception to the Clergy-Penitent Privilege," *William and Mary Law Review* 44, no. 4 (March 2003): 1627-1724

Michael Moore, "Justifying Retributivism", *Israel Law Review*, no. 27 (1993), pp. 15-49.

Michael Moore, "The Moral Worth of Retribution." Cap. en *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology* (ed. Ferdinand Schoeman), pp. 179–219, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

Michael H. Graham, "Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: Insuring Adequate Assurance of Trustworthiness," *University of Illinois Law Review*, no. 1 (1986): 43-90.

- Michael J. Sandel (Trad. Juan Pedro Campos Gómez), *Justicia, ¿Hacemos lo que debemos?*, (Madrid: Editorial Debate, 2011).
- Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, (Barcelona: Gedisa, 2017). Disponible en: <http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/Foucault%20-%20La%20verdad%20y%20las%20formas%20jur%C3%ADdicas.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2020).
- Michele Taruffo, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", *Discusiones: Prueba y conocimiento*, no. 3 (2003):15-41. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/> (Consultado el 3 de abril de 2020).
- Michele Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", *Discusiones*, no. 3 (2003):87-103. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunos-comentarios-sobre-la-valoracion-de-la-prueba/> (Consultado el 4 de abril de 2020)
- Michele Taruffo, "La verdad en el proceso", *Derecho y Sociedad*, no. 40 (2013). Disponible en: [www.revistas.pucp.edu.pe](http://www.revistas.pucp.edu.pe) (Consultado el 31 de marzo)
- Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, (Madrid: Trotta, 2002). Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, (Madrid: Trotta, 2002).
- Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013)
- Michelle Stepan et al. "Sleep and eyewitness memory: Fewer false identifications after sleep when the target is absent from the lineup", *PLoS*, no. 9 (2017). Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5587105/> (Consultado el 20 de mayo).
- Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study" *University of Pennsylvania Law Review* 121, no. 3 (enero 1973): 506-589.
- Mirjan Damaska, "Of Hearsay and Its Analogues," *Minnesota Law Review*, no. 3 (febrero 1992): 425-458.
- Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence," *The Journal of Legal Studies*, no. 1 (1999): 1-16.
- Myron W. Orfield, Jr., "The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers", *The University of Chicago Law Review*, no. 3 (1987): 1016- 1069.
- Nancy A. Miller, "Daubert and Junk Science: Have Admissibility Standards Changed," *Defense Counsel Journal* 61, no. 4 (octubre 1994): 501-517.
- Paul C. Giannelli, "Daubert and Criminal Prosecutions," *Criminal Justice* 26, no. 3 (2011): 61-63.

- Peter Hoffman y James Beck, "Parole decision-making: A salient factor score", *Journal of Criminal Justice*, no. 2 (1974), 195–206.
- Potter Stewart, "The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases", *Columbia Law Review* 83, no. 6 (octubre 1983): pp. 1365-1404.
- Ricardo Robles Planas, "Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret* no. 4 (2007).
- Richard Friedman, "Minimizing the Jury Over-Valuation Concern (Visions of Rationality in Evidence Law Symposium)", *Mich. St. L. Rev.* no. 4 (2003): 967-86.
- Richard Rakos, "Research Essay: A Preliminary Empirical Enquiry concerning the Prohibition of Hearsay Evidence in American Courts", *Law and Psychology Review*, no. 15 (1991): 65-86.
- Robert M. Hardaway, "Equivalent Deterrence: A Proposed Alternative to the Exclusionary Rule in Criminal Proceedings," *Criminal Justice Journal* 11, no. 2 (Primavera 1989): 357-380.
- Sanford Levinson, "Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship," *Duke Law Journal* 1984, no. 4 (September 1984): 631-662.
- Sporer, S. L., & Martschuk, N, "The reliability of eyewitness identifications by the elderly: An evidence-based review" en M. P. Toggia, D. F. Ross, J. Pozzulo, & E. Pica (Eds.), *The elderly eyewitness in court*, Psychology Press, 2014
- Tonja Jacobi, "The Law and Economics of the Exclusionary Rule," *Notre Dame Law Review* 87, no. 2 (December 2011): 585-676.
- Victor E. Schwartz y Cary Silverman, "The Draining of Daubert and the Recidivism of Junk Science in Federal and State Courts," *Hofstra Law Review* 35, no. 1 (2006): 217-274.
- Wayne N. Renke, "Secrets and Lives - The Public Safety Exception to Solicitor-Client Privilege: *Smith v. Jones*," *Alberta Law Review* 37, no. 4 (December 1999): 1045-1070
- Yale Kamisar, "Does (did) (should) the exclusionary rule rest on principled basis rather than an empirical proposition", *Creighton Law Review*, no. 16 (1982): pp. 565-668.

## JURISPRUDENCIA

- Adams v. New York, 192 U.S. 585 (1904)  
Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)  
CSJN, Casal – Fallos 328:3399

CSJN, Charles Hermanos y otro – Fallos 46:36.  
CSJN, Daray – Fallos, 317:1985  
CSJN, Fiorentino – Fallos 1985-II, 108.  
CSJN, Montenegro – Fallos 303:1938.  
CSJN, Ruiz, Roque – Fallos: 310:1847.  
Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).  
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S 385 (1920)  
Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)  
Winfrey v. State, 323 S.W.3d 875 (Tex. Crim. App. 2010)

## LEGISLACIÓN

Código Procesal Penal de la Nación, Argentina  
Constitución de los Estados Unidos de América  
Constitución Nacional, Argentina  
Federal Rules of Evidence, Estados Unidos



Universidad de  
**San Andrés**