

MARCELO SEBASTIÁN MIDÓN

**PRUEBAS ILÍCITAS**  
**ANÁLISIS DOCTRINARIO Y**  
**JURISPRUDENCIAL**

*Tercera edición ampliada*  
*y actualizada*

RESISTENCIA, CHACO

2019

# ÍNDICE

Prólogo.....	19
Palabras del autor a la segunda edición .....	21
Palabras del autor a la tercera edición.....	23
Una breve consideración preliminar .....	25

## CAPÍTULO I EL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba. Concepto y jerarquía .....	27
Contenido .....	30
1) El derecho a la admisión de los medios propuestos o, en su defecto, el derecho a una denegación motivada.....	30
2) La facultad de producir los respectivos medios propuestos .....	31
3) Que el medio probatorio producido sea valorado adecuadamente por el órgano judicial .....	32
Alcances y efectos.....	32

## CAPÍTULO II CONCEPTO Y CLASES DE PRUEBA ILÍCITA

Concepto de prueba ilícita .....	39
Régimen legal .....	41
Otras nociones propuestas por la doctrina .....	42
1) Criterio amplio.....	42
2) Criterio restringido.....	43

Clasificación.....	44
1) Pruebas ilícitas “en sí mismas” y pruebas ilícitas “indirectas o por efecto reflejo” .....	44
2) Pruebas ilícitas “materiales” y “testimoniales” .....	46
Otros criterios de clasificación.....	47
1) Según el momento en que se produce la ilicitud .....	47
2) Según la causa de la ilicitud.....	48
3) Según la naturaleza de la norma infringida .....	50

### CAPÍTULO III

## LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA. ORIGEN Y FUNDAMENTOS

La regla de la exclusión probatoria. Concepto.....	51
Origen .....	52
Argumentos a favor de la exclusión.....	54
1) El fundamento ético .....	54
2) El inevitable precio del sistema.....	59
3) La necesidad de preservar los Derechos Humanos y las garantías constitucionales en función de la jerarquía inherente....	62
4) El derecho a la prueba no es absoluto .....	65
5) El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares .....	67
Argumentos en contra de la exclusión .....	69
1) La búsqueda de la verdad justifica el empleo del medio .....	69
2) La exclusión entorpece el accionar de la justicia.....	71
3) El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado .....	71
4) El alto costo social de la exclusión.....	72
5) El falso efecto persuasivo .....	73
6) La exclusión peca por indiscriminada .....	73
Un intento por replicar los contraargumentos.....	74
1) La justificación del incólume discurso ético.....	74
2) El costo social de la exclusión y el inevitable precio del sistema ...	74
3) Una crítica que se desvía de su objeto .....	77
4) La ineficacia de la alternativa propuesta.....	78

### CAPÍTULO IV

## LA REGLA DE EXCLUSIÓN. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

Regla de exclusión. Concepto y régimen legal.....	81
1) Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	81
2) Argentina .....	81
3) Colombia.....	82
La regla de exclusión en la doctrina judicial argentina.....	83
1) El conflicto de valores subyacentes .....	83
2) Argumentos a favor .....	84
a) El fundamento ético .....	84
b) La protección de los Derechos Humanos y de las garantías constitucionales.....	85
c) El efecto persuasivo .....	87
d) El derecho a la prueba no es absoluto .....	87
e) El inevitable precio del sistema.....	88
Argumentos a favor en la jurisprudencia trasnacional.....	88
1) Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	88
2) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La protección de los derechos y las garantías fundamentales y el estado de inocencia.....	90
Argumentos a favor en la jurisprudencia comparada.....	91
1) Alemania. El fin no justifica los medios y la protección de los derechos y garantías fundamentales.....	91
2) Australia. La protección de la decencia democrática .....	91
3) Brasil. Evolución jurisprudencial .....	92
4) Canadá. La pérdida de prestigio de la administración de justicia. 92	
5) Colombia. Polifuncionalidad .....	93
6) Costa Rica. El fundamento ético .....	93
7) España. Evolución jurisprudencial .....	94
8) Estados Unidos. Evolución jurisprudencial.....	97
9) Inglaterra.....	99
10) Italia.....	99
11) México .....	100
Argumentos en contra de la exclusión .....	100
1) Su alto costo y el falso efecto persuasivo .....	100
2) La ilicitud del investigador no convierte en lícita la conducta del investigado.....	101
3) El preferente interés social.....	102

## CAPÍTULO V LA EXCLUSIÓN ATENUADA POR POSTURAS INTERMEDIAS

La exclusión atenuada por el llamado principio de la proporcionalidad ....	103
1) Concepto y caracterización.....	103
2) Argumentos a favor y en contra.....	104
a) Voces a favor .....	104
b) Voces en contra.....	106
3) La proporcionalidad aplicada a casos concretos.....	108
4) La teoría del clearing de valores. La proporcionalidad criolla ...	111
5) Nuestra opinión.....	113
a) Expresada en las dos primeras ediciones .....	113
b) Más reciente .....	115
La discrecionalidad del juez en el derecho inglés.....	116
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La falta de una regla abstracta relativa a la admisión de la prueba y la necesidad de juzgar, en concreto, si el proceso fue justo .....	118

## CAPÍTULO VI EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN. LOS EFECTOS EXPANSIVOS DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN. ANÁLISIS DOCTRINARIO

Las pruebas ilícitas por derivación. La doctrina del fruto del árbol venenoso. Planteo de la cuestión .....	123
La polémica sobre el alcance de la exclusión y su tratamiento doctrinario...	126
1) Tesis restringida .....	126
2) Tesis ecléctica .....	127
3) Tesis amplia .....	128
4) Nuestra opinión.....	129
La doctrina del fruto del árbol venenoso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	130
1) Primeros desarrollos. Los casos “Montenegro” y “Fiorentino” .	130
2) Una aplicación amplia y generosa de la exclusión. El caso “Rayford” .....	132
3) ¿Una reducción de la hermenéutica? El caso “Fiscal vs. Fernández” .....	135
4) El estado actual .....	136

## CAPÍTULO VII EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN. LOS EFECTOS EXPANSIVOS DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	139
Argentina.....	140
1) Régimen legal de la prueba ilícita indirecta. Justificación .....	140
2) Operatividad de la teoría. Método de la supresión mental hipotética .....	142
3) Casuística.....	143
a) Confesión ilegal fuente de prueba indirecta.....	143
b) Intervención clandestina de comunicaciones telefónicas fuente de prueba indirecta.....	146
c) Detención ilegal fuente de prueba indirecta.....	147
d) Allanamiento ilegal fuente de secuestro indirecto .....	148
e) Nulidad del acta que revela el hallazgo del cadáver, fuente de autopsia indirecta .....	150
f) Requisa ilegal de automotores, fuente de prueba indirecta.	151
g) Violación del secreto médico, fuente de actividad ulterior.	151
4) Tesis restringida (exclusión sin efecto reflejo) .....	152
a) Fundamento.....	152
b) Allanamiento ilegal. Nulidad del acta de secuestro que no alcanza a los testigos de la diligencia ni a los peritajes sobre la sustancia incautada.....	152
Jurisprudencia comparada.....	153
1) España.....	153
2) Estados Unidos .....	155
3) Brasil.....	156
4) Costa Rica.....	157
5) Alemania.....	157
6) Colombia.....	158

## CAPÍTULO VIII EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Excepciones a la regla de exclusión. Introducción .....	161
El cauce de investigación autónomo o la doctrina de la fuente	

independiente. Comentario .....	162
La doctrina de la fuente independiente en la jurisprudencia nacional .....	164
1) Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	164
2) Cámara de Casación Penal y otros inferiores .....	167
La doctrina de la fuente independiente en la jurisprudencia comparada ....	169
1) Estados Unidos .....	169
2) España.....	170
Testimonios provistos de “voluntad autónoma” .....	172
Condena basada en otra evidencia, lícitamente obtenida, y no en la prueba ilegal. Situación de prueba ilícita “irrelevante o inofensiva” .....	174
Aprovechabilidad de la prueba ilícita “in bonam parte” o en beneficio del reo .....	176
Otras posibles excepciones .....	179
1) La doctrina del “inevitable descubrimiento” .....	179
2) La excepción por “proceder de buena fe”.....	179
3) Admisibilidad de la prueba ilícita recogida por particulares .....	180
a) Generalidades .....	180
b) Jurisprudencia comparada.....	181
c) Argentina.....	182
d) Nuestra opinión .....	183
4) La “seguridad pública” y los “costos sociales” invocados como fundamentos de limitación .....	184

## CAPÍTULO IX

### CUESTIONES PROCESALES: OPORTUNIDAD PARA RECLAMAR LA EXCLUSIÓN-LEGITIMACIÓN-RECURSO EXTRAORDINARIO

La oportunidad procesal para denunciar la ilicitud de la prueba .....	185
1) Proceso penal .....	186
a) El planteo durante la faz investigativa .....	186
b) El planteo vía recurso de apelación o de casación .....	188
c) El planteo durante el juicio oral .....	189
2) Proceso civil. Remisión .....	190
La legitimación para plantear la cuestión. ¿Puede un tercero demandar la exclusión?.....	190
1) Planteo de la cuestión .....	190
2) Jurisprudencia de la Suprema Corte .....	191

3) Nuestra opinión.....	194
La ilicitud probatoria y el recurso extraordinario .....	194
1) ¿El quebrantamiento de garantías derivado de la prueba ilícita implica una cuestión federal?.....	194
a) Un promisorio comienzo: el caso “Charles Hermanos” .....	194
b) La Corte vuelve sobre sus pasos .....	195
c) El estado actual .....	196
2) La carga del recurrente de demostrar la trascendencia del agravio constitucional .....	199

## CAPÍTULO X

### PRUEBAS ILÍCITAS Y PROCESO CIVIL

Operatividad de la regla de exclusión y su agregado del fruto del árbol venenoso .....	201
Oportunidades para reclamar la exclusión de la prueba .....	205
1) Primera oportunidad. De oficio y tras el ofrecimiento .....	205
2) Segunda oportunidad. A instancia de parte, previo traslado y tan pronto como se advierta .....	205
3) ¿Hasta qué momento pueden las partes pedir la exclusión?.....	206
a) Pruebas ilícitas propiamente dichas .....	207
b) Pruebas prohibidas .....	209
Jurisprudencia reseñada. Pruebas ilícitas en procesos civiles y laborales ..	209
1) Regla de exclusión. Efecto .....	2069
2) Testigos consanguíneos o afines .....	210
a) Generalidades.....	210
b) Testigo único .....	211
3) Correo virtual o electrónico .....	212
4) Divorcio. Correspondencia dirigida por un tercero al consorte..	214
5) Filmaciones privadas. Oportunidad para juzgar su licitud .....	214
6) Grabaciones clandestinas de comunicaciones telefónicas.....	214
7) Pericia biológica practicada en proceso de filiación contra la voluntad de litigante.....	215

**CAPÍTULO XI**  
**ANEXO JURISPRUDENCIAL. RESEÑA DE FALLOS**  
**SOBRE CASOS DE PRUEBAS ILÍCITAS**

Tarea cumplida y asignatura pendiente.....	217
Pruebas obtenidas con violación de la garantía que prohíbe forzar a la autoinculpación.....	218
1) Comité contra la Tortura de la ONU.....	218
2) Argentina.....	219
a) Confesión obtenida mediante torturas o apremios ilegales.....	219
b) Declaración espontánea (producto de voluntad libre), en sede policial, de la persona detenida.....	219
c) Declaración del imputado bajo juramento de decir verdad.....	222
d) Testigo sospechoso interrogado bajo juramento de decir verdad.....	222
e) Identificación en rueda de personas. Validez.....	222
f) Grabaciones telefónicas clandestinas destinadas a obtener la confesión del imputado.....	222
g) Declaración en sede policial. Ratificación judicial de la misma.....	223
h) Dato que no implica confesión, aportado por el imputado a personal policial.....	223
i) Declaraciones autoincriminatorias prestadas en sede policial. Derecho del imputado a ser informado de su derecho a guardar silencio y contar con la presencia de defensor.....	224
3) Alemania. Prueba obtenida mediante abusos, malos tratos, administración de fármacos, engaño o hipnosis. Supuesto en el que media consentimiento del imputado.....	225
4) España.....	225
a) Declaraciones prestadas en sede policial con todas las + garantías. Negación de aquellas en sede judicial. Posibilidad de apreciar la prueba.....	225
b) Prueba realizada mediante narcoanálisis.....	226
c) Confesión extraída mediante tortura, hipnosis o suero de la verdad. Supuesto en que su empleo es pedido por el imputado.....	226
5) Estados Unidos. Empleo de la fuerza física o moral para extraer la confesión del imputado.....	227
6) Francia. Prueba obtenida mediante narcoanálisis.....	227

7) Inglaterra. Confesión extraída mediante engaño.....	227
Pruebas obtenidas con violación de la libertad ambulatoria.....	227
1) Argentina. Detención y/o requisita, por la policía y sin orden judicial, de personas o vehículos. Situación de “urgencia” y de “causa probable” o “sospecha razonable”. Ausencia de actuaciones sumariales previas.....	227
a) A favor de la validez de los actos.....	227
b) En contra de validez de los actos. Mera sospecha. Ausencia de circunstancias objetivas, expresadas por la autoridad de prevención, que hicieran razonable la detención.....	233
2) España.....	239
3) Francia.....	240
4) Colombia.....	240
5) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	240
Pruebas obtenidas con trasgresión de la inviolabilidad del domicilio.....	241
1) Argentina.....	241
a) Allanamiento. Casos y justificativos de validez.....	241
b) Innecesariedad –como requisito de validez- de registrar, en el auto respectivo, los motivos del allanamiento.....	242
c) La mera falta de objeciones por el allanado no es equivalente al consentimiento, que debe expresarse en forma inequívoca.....	244
d) Allanamiento ilegal. Inadmisibilidad. Nulidad de la sentencia basada en él.....	246
e) Prueba obtenida directa e indirectamente a través de un allanamiento sin orden judicial. Teoría del fruto del árbol venenoso. Ineficacia de actos y pruebas realizados a partir del allanamiento ilegal. Fundamento de la exclusión.....	246
f) Nulidad del secuestro. Ausencia de orden judicial y permiso de la persona facultada para conferirlo. Actitud que debe adoptar la policía ante la noticia de la comisión de un delito.....	248
g) Consentimiento para la requisita cuando quien lo haya prestado estuviese privado de libertad.....	249
h) Secuestro sin orden de allanamiento. Supuesto en que media consentimiento del titular del derecho de exclusión.....	249
i) Secuestro sin orden de allanamiento. Supuesto en que media consentimiento conferido por persona distinta del titular pero aparentemente autorizada por éste.....	250

j) Allanamiento de construcción flotante sin orden judicial y con el consentimiento del titular del derecho de exclusión...	251
k) Secuestro en cofre cerrado sin orden de allanamiento.....	251
l) Secuestro en virtud de orden de allanamiento inconstitucional.....	251
m) Orden de allanamiento. Ampliación del objeto de la pesquisa.....	252
n) Teoría del “clearing de valores”. Hallazgo imprevisto de elementos que comprueben un grave delito distinto del investigado. Aprovechabilidad de la prueba.....	252
ñ) Secuestro sin orden judicial. Supuesto en que existen otros elementos de prueba regulares.....	253
o) Allanamiento ilegal. Demanda de exclusión por vía de recurso extraordinario. Omisión de acreditar la trascendencia del agravio.....	253
2) Estados Unidos .....	253
a) Registro sin mandamiento judicial. Supuesto en que existe sospecha de que un objeto se encuentra escondido en el domicilio .....	253
b) Condena basada en prueba obtenida a través de registro sin orden judicial .....	254
Pruebas obtenidas contra la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas .....	254
1) Argentina .....	254
a) Intercepción de las comunicaciones. Requisitos de validez. Orden judicial que, por basada en mera sospecha, carece de motivación objetiva. Ausencia de investigación en marcha. Invalidez del acto.....	254
b) Régimen legal en materia de telecomunicaciones. Inviolabilidad de las mismas. Presupuestos para la procedencia de intervenciones telefónicas. Ausencia de tales requisitos. Efecto.....	256
c) Grabaciones telefónicas clandestinas destinadas a obtener la autoincriminación del Imputado.....	257
d) Intervención judicialmente autorizada. Grabación hecha por la persona extorsionada de sus conversaciones con el extorsionador .....	257
e) Intercepciones clandestinas de las comunicaciones telefónicas en el proceso civil.....	258
2) Alemania. Grabación clandestina de discusión conyugal.....	259

3) España.....	259
a) Intervención telefónica. Requisitos de práctica y validez...	259
b) Intervención ilegítima. Fundamentos de la exclusión.....	261
c) Necesidad de fundar el auto judicial que ordene la intervención. Efectos de la falta de motivación. Teoría del fruto del árbol venenoso .....	261
d) Necesidad de proporción entre el derecho sacrificado (intimidación) y la causa a que obedece la escucha .....	262
e) Valor de la grabación cuando revela delito distinto del indicado en el mandamiento judicial .....	263
f) Auto judicial que dispone la prórroga de la intervención. Deber de motivarlo. Remisión tácita a la motivación del auto anterior.....	263
4) Francia. Registro Ilegítimo de conversación telefónica. Efecto .....	264
5) Italia. Intervención telefónica. Falta de orden judicial motivada.....	264
6) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contenido de la protección de las comunicaciones telefónicas. Requisitos de validez de las intervenciones.....	264
7) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	265
a) Deber de motivar el auto que ordena la escucha. Necesidad de proporción entre la intimidad sacrificada mediante la escucha y la gravedad de la infracción a que obedece .....	265
b) Divergencia entre el delito investigado y aquel que surge de las conversaciones grabadas.....	266
Pruebas obtenidas con violación del derecho a la intimidad (filmaciones y grabaciones ocultas de imágenes y sonidos).....	267
1) Argentina .....	267
2) España.....	267
Prueba obtenida contra la autonomía corporal.....	269
1) Argentina .....	269
a) Producción coactiva de prueba genética (y otras biológicas) respecto del imputado .....	269
b) Prueba hematológica producida respecto de quien no reviste calidad de imputado. Supuesto en que media su oposición .....	270
c) Enema practicado con el consentimiento del imputado.....	271
d) Proceso de filiación. Pruebas biológicas producidas	

contra la voluntad de litigante .....	271
2) Alemania. Prueba de sangre .....	272
3) Costa Rica. Extracción coactiva de muestras de sangre, saliva o semen. Supuestos en que se admite.....	273
4) España.....	273
a) Prueba de sangre .....	273
b) Control de alcoholemia. Sometimiento involuntario .....	274
5) Estados Unidos .....	274
a) Prueba de sangre .....	274
b) Lavaje estomacal contra la voluntad del imputado .....	274
c) Tacto rectal y enema.....	274
Pruebas obtenidas contra la salud y la intimidad. Argentina. Médico de hospital público. Violación del secreto profesional .....	275
Pruebas obtenidas contra las garantías de la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados.....	278
1) Argentina .....	278
a) Exclusión de la prueba. Fundamentos.....	278
b) Correspondencia sustraída o adquirida subrepticamente ...	278
c) Correo virtual o electrónico .....	279
2) Alemania. Diario íntimo sustraído.....	280
3) España. Inviolabilidad de la correspondencia. Extensión del derecho. Encomiendas abiertas .....	280
4) Italia. Inadmisión de la correspondencia violada. Fundamento .	280
5) Colombia. Proceso Civil. Correo electrónico interceptado sin el consentimiento de la persona afectada .....	281
6) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Apertura y lectura de la correspondencia que un detenido intercambie con su abogado. Supuestos que lo autorizan. Confidencialidad vs seguridad.....	282
Pruebas obtenidas por agentes encubiertos. Argentina. Delito provocado. Consentimiento dado por el titular del derecho de exclusión para el ingreso del agente a su domicilio.....	282
 BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	 285