

EL SISTEMA ACUSATORIO Y LAS PRUEBAS ILÍCITAS

ARMANDO FUENTES RODRÍGUEZ *

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Exactamente no podemos afirmar una fecha desde cuando se empieza hablar del retorno del Sistema Acusatorio para el proceso penal, no obstante, en mi opinión, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, es un punto de trascendental importancia para la transformación moderna del proceso penal en Europa y en América, ya que en ese instrumento de carácter internacional se reconocen derechos procesales. También de allí parten las Convenciones sobre Derechos Humanos y consecuentemente el análisis crítico de las garantías fundamentales en los procesos, por lo que solo basta mirar el artículo 8 del llamado Pacto de San José de 1969 para saber que derechos procesales como el de defensa, pruebas en contradicción, separación entre el juzgador y el investigador son temas considerados en la transformación del vetusto Sistema mixto que nos ha regido desde el siglo XVIII.

La preponderancia del respeto a las garantías fundamentales en las normas de rango Constitucional cobra una importancia nunca antes experimentada, pues el problema no es solo de su reconocimiento en leyes sino su aplicación práctica en la administración de Justicia, al punto que en la actualidad se habla de un juez para la protección de las Garantías Fundamentales. Ese funcionario denominado Juez de garantías se ha erigido como un pilar esencial del llamado Sistema Acusatorio.

Aun así, luego de la existencia del Juez de Garantía cabe preguntarse si existe la posibilidad de la violación de derechos Constitucionalmente protegidos o esta violación resulta cosa del pasado y los estudiosos debemos considerar que es un tema superado del cual no debemos ocuparnos; y es que radicalmente pu-

* *Ex Fiscal. Catedrático. Miembro Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal.*

diéramos afirmar que ya no se violan las Garantías Fundamentales, que no existe pruebas ilícitas, que no hay tortura, que la prueba es siempre obtenida libremente sin presión psicológica y física, que la moral es la norma rectora y sacramental de los funcionarios encargados de la administración de justicia.

No se ustedes mis queridos lectores pero soy escéptico, porque aun con la existencia del juez de garantías, podemos afirmar, que el no es el único que debe tener esa labor y muy por lo contrario este super man de la justicia corre un gran riesgo de contaminación con la práctica de pruebas en el proceso penal.

Precisamente es en este entorno, que pretendemos desarrollar nuestras ideas, aportando opiniones en el sentido de que el Juez de Garantías no es ni puede ser el único garante de que las pruebas practicadas o recopiladas en el proceso penal sean pruebas permitidas y obtenidas de conformidad con las leyes; además exponer un análisis crítico de las teorías sobre las pruebas ilegítimas.

II. EL JUEZ DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Sin duda alguna, el tema moda en los últimos cinco años para los países latinoamericanos en el campo del derecho procesal penal es el famoso Sistema Acusatorio como una alternativa democrática a las formas procedimentales de sancionar los delitos.

Aunque no pretendemos realizar un detallado análisis del mismo, es de relevancia imprescindible conocer las principales características o reglas determinantes de este "sistema" que en realidad pretende un proceso penal para seres humanos y con pleno respeto de las formas establecidas en la ley y de las garantías fundamentales en beneficio del procesado. Por supuesto que dentro de estas características hablaremos del no pocas veces mencionado Juez de Garantías, que es y cual es su función en el proceso penal.

1. QUE ES UN SISTEMA PROCESAL DE ENJUICIAMIENTO PENAL

No resulta fácil definir de manera exacta el tema pues puro y exacto no existirá alguno, no obstante podemos señalar que el sistema procesal de un país determinado es producto de las principales reglas desde una vertiente fundamentada en valores, costumbres, principios que inspiran la legislación procesal dentro de un territorio, o país gobernado en un momento histórico dentro de esa nación.

Teniendo como base estas palabras introductorias y observando la doctrina y la legislación de países cercanos que hoy día se jactan de decir que tienen un sistema acusatorio para el proceso penal, podemos partir hacia las reglas espe-

ciales de este sistema. Dentro de esos países podemos señalar a Guatemala con un Código de Procedimientos Penales de 1994, Código de Procedimientos Penales de Costa Rica de 1998, Código de Procedimientos Penales de Honduras de 1999, y el nuevo Código de Procedimientos Penal Ley 906 de 2004.

2. Características del Sistema Acusatorio

- 2.1. Determinación clara sobre la Titularidad de la Acción Penal
- 2.2. Separación entre el Acusador y el Juzgador
- 2.3. Sostentamiento de la Acusación
- 2.4. Supremacía por el respeto al Derecho de Defensa
- 2.5. Protección de las garantías del Procesado y el Juez de garantías.

2.1. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN ESTE SISTEMA

El órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito. El Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación, pero además, es el titular de la acción penal en nombre del estado.

Queremos dejar sentado, que en el Sistema Acusatorio Moderno debe cumplirse con ciertos objetivos en la etapa de iniciación del proceso penal, que son: determinar la existencia y titularidad de la acción penal, y fundamentar la misma; además de adjudicarla al Órgano de investigación.

Siendo así, podemos establecer que en este Sistema la titularidad de la acción penal, pareciera estar en manos del particular, es decir, en la figura del ofendido, pero no sin antes señalar que una vez ejercida la acusación, será puesta a disposición del Órgano Estatal para que lleve a cabo la función investigadora, esto con la intención de procurar el interés público y ejercer la acción penal con posterioridad ante el tribunal competente.

2.2. SEPARACIÓN ENTRE EL ENTE ACUSADOR Y EL ENTE JUZGADOR

El Juez de Instrucción resulta un espejo de la situación. Encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de recoger las pruebas con inmediatez lo convirtieron en una especie de trabajador para el Fiscal, lo que culmina con ineficiencia ya que es el representante del inquisidor. Peor ha ocurrido en la República de Panamá, por razón de la ley 15 de 1941 que, eliminó los jueces de instrucción nacidos en el sistema inquisitivo, lo que pareciera un adelanto de esa época, pero que en realidad no lo es, ya que la causa de la eliminación de los jueces de instrucción no fue científica, sino por razones de

reducción presupuestaria a la administración de Justicia. Es decir que, se suprimió, a un sujeto procesal (juez de instrucción) y, sus funciones se le otorgaron a los fiscales, convirtiéndolos en los llamados Agentes de Instrucción, pero además, concediéndole las facultades jurisdiccionales que tenía el juez de instrucción, que en alguna medida eran garantes de los derechos del procesado.

A pesar, de que la mayoría de los autores panameños que nuestro procesal penal es mixto, considero que es un sistema puramente inquisitivo, y el mas inquisitivo de los conocidos en la región.

En primer lugar, se nos ha dicho que nuestros fiscales, tienen una doble función, de investigar y de ser garantes de los derechos de los procesados, por lo tanto, tienen facultades jurisdiccionales como ordenar los allanamientos y registros, ordenar la detención preventiva de los procesados y aplicar cualquier medida cautelar de carácter personal o real, lo que en la práctica se ha convertido en un mecanismo de presión psicológica en contra de los investigados, y no pocas veces en un mecanismo de extorsión sobre los mismos.

El moderno sistema acusatorio, pretende fiscales investigadores, pero buenos investigadores y no fiscales que se valen del poder que le otorga la ley para obtener confesiones incluso de los inocentes. Encontramos, detenciones o amenazas de estas, sobre los procesados, en los que se recuerda las bondades que conlleva estar detenido en una prisión panameña, las cuales tienen nombres muy bellos, tales como La Joya, La Joyita, Nueva Esperanza y otros, pero solo es eso lo bonito, el nombre, lo demás es sobrevivencia y escuela de delincuencia.

También, en los allanamientos y registros, donde el fiscal es amo, dueño y señor de la diligencia, se han cometido abusos, pues registran y se llevan hasta la mascota de la casa, aun cuando no estén relacionadas con el delito.

Lastimosamente en Panamá, el fiscal no es el único investigador aun con todos los poderes que tenga, si no que el mismo Juez que dicta el auto de enjuiciamiento y emite la sentencia condenatoria de primera instancia, también es amplio investigador, por lo que sin pretender profundizar al respecto, se me hace imposible analizar brevemente algunas normas del Código Judicial que hacen ilusorio la separación entre el investigador y el acusador. Nos referimos a las facultades probatorias oficiosas del Juez, las cuales en mi opinión en el proceso penal y en un sistema como el panameño, no tienen razón de existir.

En principio, por mandato del artículo 2044 del Código Judicial, le corresponde al funcionario de instrucción (fiscal), realizar todas las investigaciones que conduzcan al esclarecimiento del hecho punible y la personalidad de su autor, en fin, es función primordial del fiscal recoger las pruebas.

No obstante, esa labor al parecer no sólo es del fiscal, sino que, encontramos el artículo 2219 del Código Judicial referente a la calificación del sumario que dice:

Artículo 2219: Luego que el tribunal competente haya concluido o recibido las diligencias para comprobar el hecho punible y descubrir a los autores o partícipes, examinará si la averiguación está completa, pero, si no lo estuviere, dispondrá lo conducente al perfeccionamiento del sumario.

Esto es, la facultad amplia que tiene el Juez de ordenar la ampliación del sumario, y ordenar, la práctica de todas las pruebas que él considere convenientes.

Por otra parte, en el acto de audiencia, se señala en el artículo 2258 del Código Judicial la regla general en el sentido de que no se pueden practicar otras pruebas que las aportadas por las partes, a saber el fiscal, la defensa, el imputado y el querellante coadyuvante si lo hubiere.

Sin embargo, el artículo 2259 subsiguiente, elimina tácitamente la regla general cuando dice:

Artículo 2259: Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

- 1— Los careos de los testigos entre si, con los procesados o entre estos, *que el juez acuerde de oficio, o a petición de cualquiera de las partes, si el juez lo considera conducentes;*
- 2— Las diligencias de pruebas no pedidas por ninguna de las partes, *que el tribunal considere necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos;*
- 3— Las diligencias de pruebas que las partes aduzcan en el acto para acreditar algunas circunstancias que puedan influir en la decisión del caso, *si el juez la considera admisible; y*
- 4— *Las que disponga el juez*

En verdad, la facultad probatoria del juez en el sistema penal, es clara pero al mismo tiempo innecesaria, que la única razón práctica para existir es, la falta de cumplimiento de sus funciones por parte de los agentes de instrucción o fiscales.

Todo no queda allí, como si fuera poco, existe la facultad probatorias del juez al momento de dictar sentencia, así lo establece el artículo 2407 del Código Judicial:

Artículo 2407: Antes de dictar sentencia, el juez puede ordenar o practicar todas aquellas diligencias que juzgue convenientes para aclarar los puntos que encuentre oscuros o dudosos en el proceso

No debe haber duda entonces, de que en mi país, no existe una separación entre el juzgador y el investigador, ya que tenemos fiscales con funciones jurisdiccionales y jueces con funciones de investigador, en otras palabras el juez invade el papel que le corresponde al fiscal y el fiscal invade el papel que le corresponde al juez.

2.3. EXISTENCIA PREVIA DE LA ACUSACIÓN Y SOSTENIMIENTO DE LA MISMA

Al analizar el Sistema Acusatorio Moderno, más que enfatizar sobre la separación entre el acusador y el juzgador, se recalca la necesidad de que exista una "acusación" y que esta sea "sostenida", para el ejercicio de la acción penal.

Como es conocido, señala Teresa Armenta Deu, que uno de los fines unánimemente perseguidos en las recientes reformas de los ordenamientos procesal-penal europeos ha sido la ampliación hasta la máxima aplicación del principio acusatorio. Tanto es así que con tal propósito se han desbordado sus límites, confundiendo su auténtico significado y utilizándolo muchas veces como "cobertura dogmático-ideológica" de otras finalidades más o menos explícitas. Es asimismo notorio que la esencia del citado principio reside en la necesidad de que un sujeto diferente al órgano enjuiciador ejercite y sostenga la acción penal, y de ahí, que la imparcialidad constituya manifestación de una misma característica¹.

En este sistema, el sostenimiento de la "acusación" recaerá en un Órgano Estatal, ya que existe el interés público dentro del proceso penal, la cual será otorgada específicamente al Ministerio Fiscal. A este respecto, consideramos la necesidad de que sea un Órgano del Estado (Ministerio Fiscal) el que se encargue de esta función pública, la cual no va en contra al moderno principio acusatorio.

En Panamá, el juez para perseguir al procesado, ni siquiera requiere del sostenimiento de la acusación por parte del fiscal, pudiendo dictar auto de enjuiciamiento contra un procesado, aun cuando el fiscal pida el sobreseimiento o no asista al acto de audiencia preliminar. Ya que el es el soberano en la evaluación de la prueba y en calificar el sumario, sin exigir, el sostenimiento de la acusación. Así vemos, el párrafo segundo del artículo 2219 del Código Judicial.

Artículo 2219. Si encontrare que hay plena prueba de la existencia del hecho punible y cualquier medio probatorio que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a la regla de la sana crítica o graves indicios contra alguno, declarará que hay lugar a seguimiento de causa contra éste.

¹ ARMENTA DEU, TERESA. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. J.M. Bosch Editor S.A. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona 1995, págs. 40-41.

De tal manera, mi querido lector, podemos señalar que en nuestro país a nadie se le niega el derecho de obtener un auto de llamamiento a juicio.

2.4. GARANTÍA SUPREMA DEL DERECHO DE DEFENSA

En lo que concierne al derecho a la defensa, el procedimiento inquisitivo lo acepta limitadamente. Esto es coherente con la naturaleza de los sistemas políticos donde nace y se desarrolla el procedimiento inquisitivo: los estados absolutos. Es natural que, en éstos el conflicto entre el interés estatal en la persecución penal y las garantías del imputado, se resuelve haciendo prevalecer el primero.

Esta iniquidad se expresa, paradigmáticamente, en la desconfianza a la defensa; en el retraso a reconocer al imputado su derecho a intervenir en el proceso y en toda clase de limitaciones a las facultades de la defensa.

Es así como aún se escuchan voces del siguiente talante: El proceso formal es el refugio de la delincuencia; el respeto a las garantías supone benevolencia con la criminalidad, los principios del debido proceso representan un formalismo que impide o perturba la acción de la verdadera justicia.

El respeto en el futuro del derecho de defensa pasa por el cambio de mentalidad y del abandono de la cultura inquisitiva, profundamente arraigada en nuestro medio, es decir que debemos internalizar una concepción democrática del proceso penal.

Sin embargo, es en el procedimiento acusatorio donde se reconoce ampliamente el derecho de defensa del imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra, a raíz de cualquier acto de los organismos encargados de la persecución penal, incluida la policía. El cabal reconocimiento del derecho de defensa, en todos sus aspectos -derecho a ser oído, derecho a producir la prueba, a acceder a ella y a controlarla, y a la defensa técnica-, surge de la necesidad del imputado de resistir la persecución penal del Estado y es indispensable para que exista un verdadero juicio que respete el Principio de Contradicción: si al Ministerio Público se le otorgan poderes eficaces para la persecución penal, al imputado -para poder hablar realmente de igualdad de oportunidades- deben adjudicársele derechos suficientes para resistir la persecución.

En el reconocimiento del derecho de defensa se juega la legitimidad del juicio: el poder penal del Estado, como todo poder estatal, no es absoluto (en un Estado de Derecho); debe ejercerse racionalmente; no arbitrariamente; es un poder sujeto a limitaciones: una de ellas es el derecho de defensa, que torna racional y legítimo el juicio.

Ni el Estado a través de sus leyes, ni el juez al aplicarlas, ni los abogados con mandato de defensores en las causas penales pueden vulnerar el derecho de defensa, por que si así ocurriere, no podría estar muy segura la justicia en su fallo, principalmente, cuando priva de la libertad a una persona o la condena. El derecho a la defensa es una de las grandes conquistas de la cultura jurídica de los pueblos, considerándosele hoy como un verdadero principio de orden público por lo cual ni el mismo procesado puede renunciar a ella, ya que por pertenecer al cuerpo social existe un interés comunitario en la seguridad jurídica de la abolición del inocente o de la condena del culpable.

Luego, entonces, es importante resaltar que la garantía suprema del derecho de Defensa, se encuentra respaldando a la persona no sólo en la fase plenaria del proceso, sino desde que se da la privación de libertad; esto se desprende de lo que establece el parágrafo primero del artículo 22 de la Constitución Nacional, que a la letra señala:

Artículo 22: Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.

Los artículos 2008 y 2013, establecen de igual manera la garantía suprema del Derecho de Defensa, y al tenor expresan:

Artículo 2008: En consecuencia, desde el momento de su detención, tendrá derecho a designar a un defensor o a pedir que se le designe uno de oficio. El imputado podrá designar verbalmente a su defensor ante el funcionario respectivo.

Artículo 2013: Toda persona tiene derecho a nombrar un defensor desde el momento en que sea aprehendido o citado para que rinda indagatoria.

En si, podemos señalar que la Garantía Suprema del Derecho de Defensa, no solo abarca, la defensa de carácter técnico es decir, por un profesional del derecho, sino también, la defensa material, que es una actividad procesal del imputado a fin de procurar la defensa propia de sus derechos.

2.5. PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESADO Y EL JUEZ DE GARANTÍAS

El Sistema Acusatorio Moderno pretende también, la existencia de un juez de garantías que no forme parte de la investigación o instrucción sumarial, toda vez que esta es una función delegada al Fiscal; y así procurar que aquel sea el encargado de controlar que se respeten las garantías fundamentales del procesado y de todos los ciudadanos. Y que cuando el marco de las garantías fundamentales se vea violentado por la actuación del funcionario de instrucción, aquel garantice el respeto de las mismas.

Bajo la existencia del Juez de Control de Garantías, cuya función primordial es la de velar que dentro del proceso no se violen las garantías fundamentales del procesado y el proceso, no puede negarse, el riesgo de contaminación de éste en las funciones del Fiscal, en cuanto a la aportación de pruebas a fin de procurar el sostenimiento de la acusación por parte del Fiscal, razón que ha sido la consecuencia principal de su abolición en algunos sistemas procesales latinoamericanos.

El Sistema Acusatorio Moderno, tal y como ya lo esbozamos anteriormente, pretende la existencia de jueces de garantías que constituyan un medio de control para el respeto a los derechos del procesado y de la ciudadanía en general dentro del proceso, de modo tal que, cuando la actuación del Ministerio Público implique traspasar el marco de las garantías fundamentales deberá ser prohibido por éste.

Para este sistema, esta situación no implica que el juez de garantías deba inmiscuirse en las funciones de investigación o instrucción sumarial que es propia del fiscal, por el contrario los jueces de garantías son creados en este sistema con la intención de lograr un control de las garantías fundamentales del procesado, pero que esta protección sea por parte de un órgano jurisdiccional.

El juez de garantías si bien es cierto es el protector de los derechos fundamentales, debemos señalar que esa función al tratar el tema de las pruebas ilícitas y principalmente las ilícitamente obtenidas es momentánea y esto no puede impedir en forma laguna que el juez de la causa o un tribunal constitucional declare la ilicitud de una prueba.

Desde nuestro planteamiento, hemos señalado el escepticismo al respecto, ya que consideramos que aun con la existencia del juez de garantía ocurrirán supuestos, en donde se violaran o vulneren las garantías y se practicarán pruebas con abuso de poder, pues ese convivir hermanado que se produce constantemente entre los operadores del sistema judicial en general, principalmente los funcionarios públicos, no puede ser ignorado por la sociedad. Encontraremos allanamientos y registros, en donde el juez de garantías se convierta en cómplice del fiscal y arrasará contra todo lo del procesado.

Quienes asuman la responsabilidad de ser jueces de garantía, deberán, tener una preparación psicológica tal sobre su función, para que no se consideren jueces de instrucción, ni sufran una metamorfosis y se conviertan en notarios o fedatarios de ilegalidades.

III. LAS PRUEBAS ILÍCITAS (PRUEBAS EXCLUIDAS)

El tema de las pruebas ilícitas genera complejas y profundas discusiones en el campo del derecho por todos los valores sociales e individuales que se conju-

gan al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas son prohibidas, o se practicaron en violación de normas fundamentales o de procedimientos legalmente establecidos, incluso la denominación no uniforme así se habla de pruebas prohibidas, pruebas espurias, pruebas ilegítimas, pruebas ilegales, pruebas ilícitas, pruebas excluidas, entre otros términos.

El profesor español MANUEL MIRANDA ESTRAMPES nos dice que, “la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles”²; precisando como es nuestro criterio que la violación de la dignidad humana o derechos humanos constituyen acciones de los cuales una sociedad moderna no debe ni puede obtener provechos con excusas de combatir la criminalidad.

Estos aspectos que nos refiere la doctrina procesal, donde se incluye al Doctor Hernando Devis Echandia, quien nos dice que la prueba ilícita es aquella que esta expresa o tácitamente prohibidas por la Ley o atenta contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan³, nos llevar a afirmar que existe diversidad sobre el tratamiento y clasificación de las denominada pruebas ilícitas.

La discusión del tema de la prueba ilícita nos lleva ponderar dos aspectos fundamentales, especialmente si de procesos penales hablamos, pues por una parte se encuentra el interés colectivo de la sociedad o del Estado en la represión del delito y por la otra encontramos el respeto a la dignidad humana de la o las personas procesadas por la posible violación de sus derechos fundamentales en la obtención de las pruebas. No obstante, estos dos aspectos principales de ponderación pueden ser observados desde el punto de vista extraprocesal o general, que ocurre fuera del proceso y desde la vertiente intraprocesal o particular cuando ocurre dentro del proceso.

Lo primero se refiere a las pruebas prohibidas y lo segundo a las pruebas obtenidas ilegalmente, por lo que debemos realizar un pequeño análisis de que se debe entender en ambos supuestos:

² MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Editor José María Bosch. Barcelona 1999, pag.18.

³ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial. Temis, S.A. 2002, pag. 580.

1. PRUEBAS PROHIBIDAS EXPRESAMENTE:

Podemos afirmar que toda prueba prohibida es una prueba ilícita por lo que al juez le debe estar vedado su admisión, práctica y valoración como medio de prueba, de manera tal que esa prohibición de rango general puede ser por violación de una norma de rango constitucional o una norma de rango legal. La teoría de la prueba prohibida se fundamenta en la protección suprema de los derechos humanos, de las garantías constitucionales y de la moral, pero también del razonable comportamiento humano.

Debemos entender que las pruebas prohibidas son aquellas que el ordenamiento positivo excluye por razón de la consideración de valores de diversa índole, pero de trascendental importancia para la cultura social de determinado Estado y por consiguiente así lo han establecido en las normas superiores o inferiores de dicho Estado. Es decir, que la prohibición puede constar en una norma de rango constitucional (norma superior) o en una norma de rango legal o reglamentaria (norma inferior).

Es una prohibición que surge expresamente del ordenamiento jurídico, pero que a nuestro juicio también puede surgir tácitamente cuando se refieren a conductas o actos que son prohibidos frente a la preservación de la especie humana o de la convivencia con características fundamentalmente humanistas. En ese sentido, considero que habrá diligencias probatorias que el juez en un momento determinado no podrá admitir su práctica aún cuando no exista una norma que constitucionalmente o legalmente se lo prohíba, por el hecho de que constituye un acto que afecta la moral, la condición del ser humano o incluso el comportamiento lógico de los seres pensantes como por ejemplo, la reproducción de un acto inmoral o cruel con un animal.

Por ello, podrá observar el lector que somos más amplio en nuestra concepción que lo planteado por el profesor Miranda Estrampes, quien manifiesta que *"la prohibición probatoria; ocurre cuando existe una norma legal de carácter prohibitivo, por lo que la prueba es ilícita porque la Ley la declara inadmisibles"*.

Ahora bien, cabría preguntarse si las pruebas prohibidas pueden tener supuestos justificados en que tengamos razonablemente que reconocerle valor probatorio o por el contrario, se le negará de manera categórica y sin excepción alguna el reconocimiento por parte del juez. La doctrina debe ser unánime, pues encontramos como primera solución denominada Regla de la Exclusión, es decir,

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *El concepto de Prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Editor José María Bosch. Barcelona 1999, pag. 31.

que las pruebas prohibidas son consideradas medios probatorios inaceptables de manera tal que, el proceso judicial no podrá beneficiarse de ellos pues, sería reconocer valor probatorio a la violación de los derechos humanos, sería reconocer valor a la violación de la norma superior de un Estado como es la Constitución o la violación a la moral y al orden público. Debemos ser bien precisos dado que, la prueba prohibida no existe forma legal de practicarla y no debe confundirse con las reglas de excepción a la general que son permisibles de valorar las pruebas ilegítimamente obtenidas partiendo de cada una de las razones particulares que serían la causa de la licitud de la prueba.

Aclaro que, estas pruebas ilícitas, pueden resultar de una prohibición sustancial de una norma de rango Constitucional o una norma de rango Legal, será Constitucional, en el supuesto de que una norma de ese nivel prohíba la violación de derechos humanos o la práctica de torturas, de tal manera que no existirá ningún procedimiento establecido en la Ley para aceptar que la tortura es válida como medio probatorio, o mejor dicho no podrá decir un juez, que la tortura no se admite como prueba en virtud de que no fue practicada en virtud de la Ley, pues sustancialmente no está permitida.

2. PRUEBAS NO PROHIBIDAS, PERO OBTENIDAS ILÍCITAMENTE

Se observa claramente, que en este supuesto hablamos de pruebas que son permitidas por el ordenamiento pero ocurre que en la obtención de las mismas no se ha cumplido con elementos esenciales del procedimiento de su realización y consecuentemente resultan pruebas ilícitas. La violación de la norma en estos supuestos es de carácter adjetivo, mientras que en la prueba prohibida la violación es de carácter sustancial.

Resalta que estas pruebas resultan ilícitas, no como una consecuencia de la violación de derechos humanos o fundamentales de carácter sustancial, sino como una consecuencia del abuso de la autoridad o el desconocimiento de la Ley procedimental y es sobre este tipo de pruebas ilegales en las cuales se ha escrito la mayoría de las teorías que explican la valoración de la prueba ilícita.

Es conveniente explicar, que estas pruebas obtenidas ilícitamente, también pueden ser por la violación de una norma de rango Constitucional y una norma de rango Legal, pero no de carácter sustancial sino adjetivo, es decir procesal. Ejemplo, si la formalidad se encuentra establecida en una norma de rango Constitucional como es el caso del cateo, contenido en la cuarta enmienda de la Constitución de estado Unidos, no significa que sea una norma prohibida pero si una norma violatoria de la Carta Fundamental.

La verdad, parece irónico preguntarse si una prueba que esta prohibida por la norma fundamental (Constitución) de un Estado de Derecho puede tener valor probatorio y si la respuesta a esa interrogante es afirmativa, entonces pensaríamos que estamos en estadio de locura total, pues la situación no es tan clara como parece porque fácilmente casi por unanimidad estableceríamos la nulidad de toda prueba obtenida directamente de una violación constitucional.

2.1. Valor de las pruebas obtenidas ilícitamente

El tema en estudio es el más complicado dentro de esta especie de pruebas ilícitas, porque la valoración de la prueba abarca elementos legales y materiales así como circunstancias excepcionales en las cuales el juzgador debe desarrollar su función primordial y esto no resulta fácil en general y mucho menos fácil resultará cuando se reconoce que existe "per se" un desconocimiento del ordenamiento jurídico.

Tal como me he manifestado, para el análisis del valor que se le pueda otorgar o mejor dicho determinar si una prueba ilícita es valorable o no, es de relevante importancia la causa que origina la ilicitud de la prueba, pues existirá una prueba excluida por expreso mandato de una norma de rango Constitucional, por prohibición de una norma de rango legal, o por un error en procedimiento de la obtención de la prueba, o por que es una prueba que resulta de un medio probatorio practicado con anterioridad pero que era ilícito.

No puedo decir que soy un defensor de la Teoría Pura del derecho, expuesta por el gran maestro Hans Kelsen, no obstante, es invaluable el aporte sobre la jerarquización de las normas de derecho y constituye de gran utilidad para comprender el tema en estudio, ya que considero que su ignorancia ha llevado a gran parte de la doctrina a confundirse al respecto. Pero esta no ha sido la única causa de confusión, sino que algunos autores no han aceptado que las Teorías Norteamericanas sobre la ilicitud de la prueba que veremos mas adelante se fundamentan en una causa que es el ABUSO DE PODER por parte de la autoridad, lo cual tiene una justificación en el nacimiento, historia, política y cultura del país del norte, pero nos hemos perdido pensando que se fundamenta en la protección integral y máxima de lo DERECHOS HUMANOS, en verdad, con el respeto debido no considero a los norteamericanos como los genuinos defensores de los human rights, y tampoco fundamentan sus teorías de la regla de exclusión en estos. Aunque ambas cosas se parecen y resultan coincidir en su existencia en modo tiempo y lugar, no podemos decir, que respeto de los derechos humanos y prohibición de abuso de poder son términos exactamente similares y sinónimos.

Con relación a la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas, independientemente de que el procedimiento de la obtención de la prueba se encuentre

regulado por medio de formas Constitucional o Legal se debe comprender las siguientes cláusulas:

- a. **La Regla de Exclusión:** El criterio de exclusión de las pruebas obtenidas mediante violación de normas constitucionales encuentra su origen en la jurisprudencia norteamericana y consiste en prohibir en uso de evidencia, testimonios y cualquier elemento probatorio adquirido por Oficiales del Gobierno a través de medios violatorios de la Cuarta, quinta y sexta Enmiendas hechas a la Constitución Federal de los Estados Unidos⁵.

Es importante mencionar que en proceso penal norteamericano, las pruebas son recopiladas por las agencias policiales, como por ejemplo, si se trata de un caso federal las pruebas iniciales las recoge el F.B.I.; D.E.A.; A.T.F.; S.S.; U.S.A. MARSHALL; entre otros organismos policiales que los hay muchos y luego esas pruebas son llevadas al Fiscal Federal para el análisis y preparar su acusación inclusive podrá decirle a la Policía que no son suficientes y es precisamente aquí donde se observa claramente la preocupación de la Supreme Court por el abuso del poder.

En lo personal, considero no debieran existir excepciones a la regla de la exclusión, cuando la causa de la ilicitud de la prueba es por violación de un mandato expresado en la norma Constitucional, pues sino apegamos al estudio del moderno derecho procesal Constitucional y la doctrina de la supremacía de las normas Constitucionales según la cual ni siquiera las normas de rango Legal pueden ser contrarias a aquellas, entonces tampoco lo podrá ser un acto de la autoridad so pretexto de interés público y la opinión pública ejerce influencia en todas partes del mundo sobre la administración de justicia, también la jurisprudencia norteamericana fue cambiando y muchos países han buscado alguna solución para que en determinados supuestos se permita la violación Constitucional y de le reconozca el valor probatorio a esa prueba siempre que la norma fundamental infringida sea de procedimiento, en otras palabras debemos explicar que en los textos constitucionales existen garantías de carácter sustancial y garantías de carácter procedimental.

Desde este ángulo de pensamiento, la jurisprudencia norteamericana ha permitido varias excepciones a la regla de la exclusión, entre las principales, podemos mencionar dos supuestos a saber:

⁵ CORTEZ, RONALD y PEREIRA, JOSÉ. *La Prueba ilícita o Espuria en la Doctrina*, la Jurisprudencia Constitucional y la Sala de Casación Penal. Escuela Judicial, San José de Costa Rica 1995, pag. 2.

- b. **La excepción de Buena Fe:** que es una atenuante a la regla exclusión que consiste en que cuando un registro o secuestro ilegal se comete sin que la policía sea consciente de que esta violando la cuarta enmienda a la Constitución Federal y por lo tanto la exclusión no debe operar ya que se dice que la autoridad actuó en la creencia que cumplía con su deber⁶.

No comparto la tesis planteada, y considero que no es aplicada en nuestro derecho positivo, ya que nos regimos por el principio que señala "que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa", y si esto es aplicable a los particulares con mayor razón debe ser de aplicación para las autoridades públicas.

- c. **La Regla del Standing o legitimación procesal:** Esta excepción a la exclusión probatoria, consiste en el hecho de que la prueba no será valorada cuando la violación de la garantía Constitucional o Legal de carácter procedimental recaiga sobre el mismo sujeto contra quien se pretende utilizar la prueba o sea que en este supuesto se aplica la exclusión. Si se trata de una prueba ilícitamente obtenida por violación, de la garantía de un tercero, entonces la prueba será válida o se dice que se ha legitimado; es decir, que la prueba obtenida en violación de una regla constitucional o Legal y consecuentemente infractora de los derechos fundamentales de un tercero podrá ser utilizada contra otros sujetos procesales.

Resulta extremadamente peligrosa la atenuante expuesta en los supuestos de co-imputados, ya que uno de ellos puede aceptar la violación de su garantía fundamental procesal para afectar a otro, llevándonos a ignorar que las normas son de efectos generales y no particulares.

- d. **La Regla de la Proporcionalidad:** esta tesis de origen Alemán, tiene su esencia en la proporcionalidad de los derechos fundamentales y en la afirmación de que las garantías por muy fundamentales que sean, no pueden ser absolutas, ya que si bien es cierto que las normas Constitucionales son las superiores de todo el ordenamiento positivo de un Estado, no menos cierto es que pueden existir contradicciones o colisión entre dos normas de ese nivel, por lo que se haría necesario la aplicación de las reglas de la hermenéutica Constitucional. La interpretación de las normas fundamentales debe fundamentarse en valores supremos para la existencia del estado, por lo que existirá algunos valores individuales que cedan ante un valor social.

Por ello, la respetable docente de la Universidad de Sao Paulo (Brasil) Ada Pellegrini Grinover al referirse a la teoría de la proporcionalidad señala "tratase

⁶ IBIDEM, pag. 3.

del denominado *Verhältnismassigkeitsprinzip*, o sea, de un criterio de proporcionalidad en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita buscando un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos⁷.

3. LA PRUEBA OBTENIDA LÍCITAMENTE, PERO COMO EFECTO REFLEJO DE LA ILÍCITA:

Este tema, constituye el tercer supuesto que, causa polémica en la doctrina sobre la validez o no de las llamadas pruebas ilegales. La polémica se ha suscitado en cuanto a otorgarle valor a las pruebas que se han practicado de acuerdo a las formalidades procedimentales de la ley pero, que tienen su origen en el quebrantamiento de una garantía constitucional o legal, pues se han conseguido gracias a la vulneración de estas y consecuentemente, la doctrina las denomina pruebas prohibidas por efecto reflejo.

Pues, las consideraciones debatidas, giran en torno a una primera postura de excluir el valor probatorio de este tipo de prueba obtenida por efecto reflejo de una ilícita, es decir, le aplicación de la cláusula de exclusión probatoria.

3.1. *Teoría de la exclusión de la prueba denominada "doctrina de los frutos del árbol envenenado".*

Esta tesis señala que, toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma fundamental aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima igual que la prueba ilegal que la originó, de tal manera, que la prueba ilícita inicial no sólo la afecta a si misma sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella.

La doctrina en estudio, tiene su desarrollo en la jurisprudencia estadounidense y fue reconocida en el caso *Silverthorne Lumber Co.* Contra Estados Unidos en 1920, donde la Suprema Corte anuló, la condena de la compañía que había sido allanada ilegalmente y como consecuencia de ese allanamiento se obtuvo documentos que después se hicieron valer en un juicio contra la compañía, por lo que el Supremo Tribunal reconoció una violación a la cuarta enmienda y expresó

⁷ PELLEGRINI, ADA. *Pruebas ilícitas* en Revista de Ciencias Penales No.10, Año 7, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Septiembre-1995, pág. 24.

que, esos documentos por tener una fuente ilícita en violación de una garantía fundamental no podían ser utilizados por el gobierno⁸.

La jurisprudencia Italiana, también ha reconocido la tesis del fruto del árbol envenenado, por medio de sentencia No.34 de la Corte Constitucional, al sostener que la inviolabilidad de las comunicaciones, establecida en el artículo 15 de la Carta Fundamental se vería seriamente comprometida si pudiera hacerse valer como indicios o como pruebas los resultados de una intervención telefónica realizada sin autorización.

3.2. *Teorías que reconocen valor probatorio a las pruebas obtenidas por efecto reflejo de una ilícita*

Otro sector de la doctrina, considera que, estas pruebas deben ser valoradas lícitamente, posición de la cual se ha ocupado mucho la jurisprudencia norteamericana. La validez de las pruebas obtenidas por efecto reflejo de las prohibidas, se inspira en una interpretación exclusiva de las normas referente a la nulidad procesal, sin tomar en cuenta la trascendencia de las garantías fundamentales que hayan podido lesionarse, argumentándose que no existirá nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial, o una derivación meramente fáctica⁹.

Un sector importante de la doctrina fundamentado en el interés público del proceso penal y en la ausencia del formalismo, aboga y argumenta a favor del reconocimiento lícito de estas pruebas, pues la búsqueda de la verdad material obliga a obtener la prueba incluso en estas circunstancias. También, la jurisprudencia norteamericana ha reconocido estas excepciones o atenuantes a la rigidez de la teoría de los frutos del árbol envenenado, por lo que veremos algunas de ellas.

3.2.1. *La excepción de la fuente independiente*

Esta excepción, a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, consiste en reconocerle valor probatorio a la prueba obtenida por efecto reflejo de una violación constitucional, siempre que se demuestre que ya la policía o agencia investigadora, pueda demostrar que tenía elementos suficientes para recoger dicha prueba

⁸ CORTES, RONALD y PEREIRA, JOSÉ. Ob., cit., pág. 7.

⁹ CRUZ, FERNANDO. *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. San José Costa Rica, 1989, pag. 84.

aun sin el quebrantamiento de la norma fundamental. Es decir, que los agentes policiales ya tenían una fuente independiente para obtener la prueba en el momento que se produce la ilicitud.

3.2.2. *La excepción de la atenuación*

Esta excepción consiste en que, no se aplicará la teoría de los frutos del árbol envenenado, si la autoridad demuestra que la conexión entre la prueba ilícita y la prueba obtenida por reflejo se ha atenuado o disipado, por otros elementos probatorios. En estos supuestos, ocurre que la relación existente entre la prueba prohibida y la prueba sobreviniente, es mínima.

3.2.3. *La excepción del descubrimiento inevitable*

Por último, los tribunales norteamericanos han reconocido el valor probatorio de las pruebas por efecto reflejo si se demuestra que independientemente de la violación del ordenamiento pudiéramos encontrarnos ante una situación de que la policía inevitablemente iba a conseguir la prueba de manera lícita.

Es la situación, de un allanamiento realizado legalmente, donde la policía obtiene rápidamente la prueba del delito, pero por una manifestación que le hace el imputado, sin que se le haya advertido su derecho de no declarar contra si mismo, por supuesto, que existe una violación a la norma fundamental sobre los derechos del procesado, pero resulta que, inevitablemente la policía iba a encontrar la evidencia.

IV. LAS PRUEBAS ILÍCITAS EN EL ORDENAMIENTO PANAMEÑO

En el estudio del derecho positivo, encontraremos que existen cláusulas de exclusión probatorias en las Normas Fundamentales y en las normas de inferior jerarquía, pero verdaderamente, la base fundamental lo constituye el artículo 780 del Código Judicial que es imprescindible conocer especialmente en su parte final, Veamos:

Artículo 780: Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigo, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sea contrarios a la moral o al orden público.

1. PRUEBAS ILÍCITAS POR PROHIBICIONES CONSTITUCIONALES

Iniciamos por señalar, que la Constitución Política de la República de Panamá ha tenido una larga historia de varias y profundas reformas desde su publicación original en 1972, por lo que si la llamaríamos por todas sus modificaciones debiéramos pronunciarlos de la siguiente manera “Constitución Política de la república de Panamá de 1972, modificada por los actos reformativos de 1978, por el acto constitucional de 1983, por los actos legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y por el acto legislativo No. 1 de 2004”. Sin entrar en profundidades la actual Constitución Panameña no responde a la fundamentación filosófica – política de 1972 cuando la república de Panamá vivía circunstancias diferentes producto del gobierno instaurado en 1969, que fue modificando la Carta Suprema en aspectos políticos, de organización del Estado y de derechos fundamentales de acuerdo a los fines y circunstancias que se desarrolla el país nacional e internacionalmente.

Acercándonos al tema de las prohibiciones constitucionales debemos observar el artículo 25 de nuestro Estatuto Fundamental:

Artículo 25: Nadie esta obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de Policía, contra sí mismo, su conyugue o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La norma transcrita, no contiene una prohibición de la prueba desde el punto de vista sustancial, pero si reconoce una garantía de carácter procedimental y en reiteradas jurisprudencia los tribunales panameños han declarado la nulidad e ilicitud del testimonio de un pariente que ha incriminado a otro pariente dentro de los grados señalados en la ley, si no se le ha advertido el contenido de dicha norma.

También el artículo 26 Constitucional, puede resultar quebrantado por la autoridad y dar lugar a una prueba ilícita.

Artículo 26: El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato expreso de la autoridad competentes y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres.

La presente garantía fundamental, se refiere al derecho a al intimidad, en su domicilio o residencia, no obstante por vía de excepción y por mandato expreso de la autoridad, se puede ordenar su ingreso de conformidad con la diligencia de allanamiento y registro, establecida en el artículo 2178 del Código Judicial, cundo señala lo siguiente:

Artículo 2178: El funcionario de instrucción puede allanar un edificio de cualquier clase, establecimiento o finca cuando haya indicio grave de que allí se encuentra el presunto imputado, efectos o instrumentos empleados para la infracción, libros, papeles, documentos o cualquiera otros objetos que puedan servir para comprobar el hecho punible y para descubrir a sus autores y partícipes.

Tales allanamientos se practicaran entre las seis de la mañana y las diez de la noche; pero podrán verificarse a cualquier hora, en lugares en que el público tiene libre acceso en los casos de flagrante delito o cuando sea urgente practicar la diligencia. En todo caso el allanamiento deberá ser decretado por el funcionario de instrucción.

Aunque ha sido criticada la facultad de los funcionarios de instrucción para ordenar y ser los garantes de esta diligencia de allanamiento y registro, la jurisprudencia panameña, reiteradamente ha sostenido que solo se podrá hacer uso de esta facultad cuando sea ordenado por la autoridad competente y para fines expresamente establecidos y que consten en la resolución que ordena la misma.

Otra norma de rango superior que contiene garantías fundamentales de carácter procesal, es el artículo 29 Constitucional, el cual debe ser tomado en consideración como una exclusión probatoria

Artículo 29: La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona o familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.

El tema de la inviolabilidad de la correspondencia, no ha dado mayores problemas, en la jurisprudencia panameña ya que, la Constitución siempre estableció de manera clara que, por mandato de autoridad judicial era posible la penetración de la intimidad en ella contenida. No obstante, en lo referente a la inviolabilidad de las comunicaciones, las interpretaciones no han sido tan pacíficas ya que la Constitución de 1972, antes de la reforma del 2004, no expresaba de manera clara, la facultad de la autoridad judicial para intervenir dichas con-

versaciones. Para mayor claridad, y una adecuada explicación de lo que ha sido la jurisprudencia nacional en esta materia es necesario transcribir el artículo 29 antes de las referidas reformas.

Artículo 29: La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.

Igualmente, las comunicaciones telefónica privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas. El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia, o en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

La problemática surgió a partir de la ley 13 de 27 de julio de 2004, que modificaba la ley 23 de 1986, referente al tratamiento de los delitos relacionados con droga, otorgándosele al Procurador General de la Nación, la facultad de intervenir y grabar conversaciones y comunicaciones telefónicas. Veamos el artículo 26 del texto único de las leyes precitadas:

Artículo 26: Cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquellos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el artículo 29 de la Constitución Política.

Las transcripciones de las grabaciones se harán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado y será refrendado por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico.

Teniendo en cuenta, el artículo 29 Constitucional, antes de la reforma del 2004 se interpuso una demanda inconstitucionalidad contra el artículo 26 del texto único de drogas, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de octubre de 1998 declarando que no era inconstitucional la norma que permite la intervención de las comunicaciones telefónicas, expresándose de la siguiente manera:

“El pleno es consciente de los cambios que en la sociedad producen no sólo la modernización, si no la aparición de nuevas modalidades de convivencia social positivas y negativas que crean necesidades para el estado quien no puede quedarse estático en la lucha contra la delincuencia, especialmente en la lucha contra el narcotráfico y delitos conexos”.

También se refirió la Corte a un criterio jurisprudencial anterior fechado 26 de agosto de 1997, referente al artículo 29 de la Constitución en comparación con el artículo 26 de la Ley de drogas, donde se expresó lo siguiente:

“El punto neurálgico consiste en determinar, si el segundo párrafo, por los mismos motivos que se justifican en el primero (artículo 29 de la Constitución), permite, que una autoridad competente pueda decretar la violación e interceptación de las llamadas telefónicas privadas. Se tiene así, que el segundo párrafo comienza con la palabra *igualmente*, que se compone del prefijo igual y de la partícula clave *ment* que significa pensamiento, propósito, voluntad.

Es entendible entonces, el porque el diccionario de la lengua española en su XXI edición, indica que el vocablo *igualmente* es un adverbio que significa también, asimismo.

Este examen gramatical es demostrativo que lo estipulado para el primer párrafo tiene validez para el segundo, al hacer extensiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados a las comunicaciones telefónicas privadas. No obstante, el problema parece surgir cuando este último párrafo en comento, solo establece la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas, obviando la excepción otorgada de manera específica, en el párrafo primero.

Sobre este aspecto, es palmario que al no existir una diferencia esencial entre las comunicaciones escritas y las comunicaciones telefónicas, nada obsta para que al momento de valorar la norma desde una perspectiva constitucional, se haga de una manera progresiva adaptándose a los avances extraordinarios de las comunicaciones en esta época, en donde es patente el en lace y el uso frecuente que hace la criminalidad organizada de la alta y sofisticada tecnología en materia de comunicación oral y escrita”.

Por último, tenemos el artículo 32 de la Constitución Política que señala lo siguiente:

Artículo 32: Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

La norma constitucional citada, consagra la garantía del debido proceso, sobre el cual se ha escrito mucho, pero que en esencia garantiza principios como el derecho a ser juzgado por un juez competente, de acuerdo al procedimiento establecido y la prohibición del doble juzgamiento o *nom bis in idem*. De tal manera que, el debido proceso es una especie de maga principio.

El artículo 32 constitucional, es desarrollado por los artículo 1944, 1945, 1946 y 1950 del Código Judicial panameño.

2. PRUEBAS ILÍCITAS POR VIOLACIÓN DE NORMAS LEGALES

Las pruebas ilícitas por prohibición de la ley tienden a confundirse con las pruebas obtenidas en violación de las formas procedimentales establecidas en la ley que consecuentemente también resultan ilícitas y que la doctrina denomina pruebas ilícitamente obtenidas. Pero si observamos la redacción de algunas normas de nuestro Código Judicial observaremos que en realidad lo que se pretende es la no evacuación de un medio probatorio particular.

Con relación a las pruebas prohibidas en la ley, es necesario, volver a analizar la parte final del primer párrafo del artículo 780 del Código Judicial, ya que a partir de la entrada en vigencia del Código 1987 se estableció el sistema *apertus* sobre los medios probatorios, y se eliminó el de *numerus clausus* consagrado en el Código de 1917. Veamos:

Artículo 780: Sirven como prueba los documentos, la confección el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la Ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.

En el análisis de la norma, coincidimos con el Doctor Carlos Enrique Muñoz Pope, cuando dice que "En el ordenamiento Procesal Panameño, sea civil o penal, ámbito fundamentales a los que se aplica el Código Judicial y subsidiariamente en materia fiscal y aduanera, son pruebas ilícitas todas aquellas que estén expresamente prohibidas por la ley, las que violen derechos humanos, las que sean contrarias a la moral, o sean contrarias al orden público y por lo tanto son estas cuatro categorías las que deben considerarse pruebas ilegales o ilícitas"¹⁰.

Efectivamente, coincidimos con el jurista panameño, pero especificamos que esas categorías de pruebas ilícitas, son consideradas pruebas prohibidas por lo que, no existe forma alguna de practicarlas legalmente y tampoco existe, un procedimiento establecido en la ley para su receptación, ya que el quebrantamiento es de carácter sustancial.

Otro aspecto importante a analizar del artículo 780 del Código Judicial es que, si bien es cierto se admite el sistema abierto sobre los medios probatorios, no

¹⁰ MUNOZ, CARLOS ENRIQUE. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Ediciones Panamá Viejo. Panamá 1997, pág. 64.

menos cierto es que, cualquier otro medio no establecido en la ley debe ser de carácter racional por mandato expreso del artículo en comento.

3. PRUEBAS QUE PUEDEN RESULTAR ILÍCITAS POR VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Dentro de las prohibiciones procedimentales concretas que afectan a determinados medios de prueba en la Ley, nos encontramos con el hecho que la ilicitud se presente en cada medio particular de prueba, así tenemos que en la prueba testimonial, nuestro ordenamiento jurídico recoge una serie de excepciones a la obligación de comparecer como testigo por las siguientes razones:

Por la calidad del testigo, no mantiene el deber de comparecer a declarar las personas señaladas en el artículo 2106 que dice:

Artículo 2106: Se exceptúan de la disposición anterior, el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Miembros de la Asamblea Legislativa, mientras gocen de inmunidad, el Contralor General de la República, los jefes de las instituciones autónomas, semiautónomas y descentralizadas, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, el Fiscal Delegado, el Fiscal Auxiliar de la República, los Rectores de las universidades estatales, los Magistrados de Tribunales Superiores, los Jueces de Circuito, los Jueces Municipales, los Representantes de Estados y organismos internacionales extranjeros y en concordancia en lo que para efectos establecen los convenios internacionales, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Fiscales y Personeros, Arzobispos y Obispos Católicos, el Comandante y los Miembros del Estado Mayor de las Fuerzas de Defensa y el Director General del Departamento Nacional de Investigaciones. Todas estas personas declararan por medio de una certificación jurada, a cuyo efecto el tribunal de la causa les pasará oficio acompañándoles copia de lo pertinente.

Por razón del parentesco, las personas señaladas en el artículo 2107 que señala:

Artículo 2107: No están obligados a testificar contra el imputado, su cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. El vínculo entre el tutor, curador y pupilo se equipara al grado de parentela contemplada en esta norma.

Esta especial atención que merece hacer referencia, se debe a que la obligación de testificar que deriva de la relación de parentesco entre el acusado y el testigo, ya que la Constitución Política, establece en su artículo 25 lo siguiente:

La norma constitucional se reproduce en igual sentido, en el artículo 2107 del Código Judicial.

Ambas normas consagran el secreto familiar desde el punto de vista de mera facultad o derecho, se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del testigo - pariente, pero que a su vez actúa como prohibición, para el funcionario de requerir su testimonio, el testigo no está obligado a declarar, pero nada impide que lo pueda hacer voluntariamente, en cuyo caso su declaración podrá ser valorada como medio de prueba por el juez.

El fundamento del secreto familiar se sitúa en los vínculos de solidaridad que se abrigan entre los que integran el entorno de la familia; es por ello que debe el funcionario que va a recibir la declaración de este testigo, advertirle al pariente del derecho constitucional (ver art.25) que le asiste y darle lectura antes del interrogatorio a la norma constitucional, y si no se le advierte al testigo de este derecho, su testimonio no debe ser valido debiéndose reputar como prueba ilícita.

Por razón de su profesión, las personas señaladas en el artículo 912 que dice:

Artículo 912: No están en la obligación de declarar: 1. El abogado o apoderado sobre las confidencias que hayan recibido de sus clientes y los consejos que hayan dado a éstos en los relativos al proceso que manejan; 2. El confesor acerca de las revelaciones hechas por el pertinente; 3. El médico en cuanto a las confidencias que le hayan hecho sus pacientes; 4. El juez mientras esté conociendo del proceso; 5. El hijo contra su padre o madre, ni éstos contra aquél. Un cónyuge contra otro, excepto en procesos entre ellos; y 6. El cónyuge o conviviente permanente en contra del otro, excepto en proceso entre ellos.

En cuanto a los testigos de referencia, no deben ser valorados en la sentencia por el juez de la causa, como establece el artículo 920 del Código Judicial, que dice:

Artículo 920: No tiene fuerza la declaración del testigo que depone sobre algún hecho muy antiguo o cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo o cuando se trata de probar la fama pública.

Esto es lo más destacado en cuanto a la prueba testimonial, donde se puede presentar la ilicitud como medio de prueba.

También hemos mencionado, el Artículo 2178 del Código Judicial, que se refiere a la diligencia de allanamiento y registro, muy utilizado en el proceso penal, el cual debe cumplir con las formalidades señaladas en la ley.

El tema de las pruebas de intervención de conversaciones telefónicas y escritas, también fue analizada de conformidad con el artículo 26 de la ley de drogas y el artículo 29 Constitucional, por lo que consideramos que no debemos volver sobre ellos.

V. CONCLUSIONES

Luego de este estudio, queremos compartir, algunas reflexiones con el foro las cuales podrán ser aceptadas o no, pero que siempre formarán temas de discusiones al respecto.

1. Las pruebas ilícitas, pueden clasificarse en pruebas prohibidas, en pruebas ilícitamente obtenidas y en pruebas obtenidas lícitamente, pero a partir de un medio ilícito.
2. Las pruebas prohibidas, implican, una violación de carácter sustancial, y por regla general se refieren a violaciones de derechos humanos, el orden público, la moral y la ley, esta última puede referirse a una norma de rango Constitucional o una norma de inferior jerarquía.
3. Las tesis norteamericanas de prohibición de pruebas ilícitas, han sido construidas mayormente, con fundamento en la no permisibilidad del abuso de poder.
4. Los países de tradición romanista y principalmente los latinoamericanos, hemos visto la prueba ilícita, con mayor enfoque hacia los derechos humanos y los pactos internacionales sobre la materia, tales como La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969).
5. El Juez de Garantía, tiene el gran reto de no confundir su papel en el proceso penal y convertirse en un verdadero paladín, protector de los derechos fundamentales.
6. La existencia del Juez de Garantía, del Sistema Acusatorio Moderno, no puede ser la excusa para que un tribunal ordinario, pueda declarar la ilicitud de un medio probatorio, donde incluso haya participado, el Juez garantizador en su obtención.
7. El sistema panameño, es inquisitivo y se encuentra muy lejos de llegar a convertirse en un Sistema Acusatorio Moderno.