



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO MÉTODO DE APRECIACIÓN DE
LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO Y LAS PRUEBAS
ILÍCITAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
VENEZOLANO**

Autora: Farías Chacón, Arianis Daymar

Profesora: Sierra, Ana Lola

San Cristóbal, abril de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO**

**TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO MÉTODO DE APRECIACIÓN DE
LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO Y LAS PRUEBAS
ILÍCITAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
VENEZOLANO.**

**Trabajo de Grado para optar al título de Abogado en la Universidad
Católica del Táchira.**

Línea de investigación: derecho probatorio.

Autora: Farías Chacón, Arianis Daymar

Tutora: Sierra, Ana Lola

San Cristóbal, abril de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO**

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del Trabajo de Grado presentado por Farías Chacón Arianis, titular de la cedula de identidad 26.955.355, para optar al título de Abogado en la Universidad Católica del Táchira, cuyo título es "Test de proporcionalidad como método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas en los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano", aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha ____ de ____ de 2021, según acta N° _____

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los ____ días del mes de _____ de 2021.

Sierra, Ana Lola

DEDICATORIA

Primeramente, a Dios Todopoderoso, quien nunca me ha abandonado y ha guiado mis pasos en la vida, y sólo en Él consigo la grandeza de este logro, acompañada por Él es que consigo cumplir una meta más.

A mi familia, por supuesto, quienes han sido mi pilar en todo momento, que me han acompañado en mis mejores y peores tiempos; han sido mi apoyo, mi motor para seguir adelante. Mi mamá, por sobre todas las personas, porque siempre me ha inculcado a dar lo mejor de mí; a mi papá, porque sin duda alguna, sin él, no estaría en este punto de mi vida. También hago mención a mis abuelos, a quienes amo profundamente y que son mis segundos papás, porque, a pesar de todo, nunca me abandonan. Finalmente, a mis ahijadas; espero llenarlas de orgullo y ser un buen ejemplo en sus vidas, mis niñas.

Por último, y no menos importante, a las dos personas que hicieron de este viaje una mejor aventura; mis mejores amigas. Sólo ustedes saben lo que nos costó llegar a este punto, pero lo hicimos, y no puedo estar más orgullosa de nosotras.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	7
EL PROBLEMA.....	7
Planteamiento del problema	7
Objetivos de investigación	13
Objetivo general	13
Objetivos específicos	13
Justificación de la investigación.....	14
CAPÍTULO II	16
Antecedentes.....	16
1. Definición	19
2. Características.....	21
3. Distinción de la prueba ilícita con otras pruebas	22
4. Derechos afectados con la prueba ilícita	24
5. Sistemas que regulan la prueba ilícita	28
5.1 Sistema de exclusiones.....	29
5.2. Críticas al sistema de exclusión	30
5.3 Extensión de la exclusión. Teoría del fruto del árbol prohibido (efecto reflejo).....	31
5.4 Excepciones a la exclusión	33
5.5 Sistema de Nulidades.....	36
CAPÍTULO III	38

Antecedentes.....	38
1. Definición	41
2. Procedimiento a aplicar	42
3. Características.....	47
4. Ventajas.....	48
5. Críticas	49
CAPÍTULO IV.....	51
Antecedentes.....	51
1. Análisis jurisprudencial	51
Bases Legales	57
CAPÍTULO V.....	62
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	62
Conclusiones	62
Recomendaciones	66
REFERENCIAS	69

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO

**Test de proporcionalidad como método de apreciación de la teoría del
fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas en los procedimientos
del ordenamiento jurídico venezolano**

Autora: Farías Chacón, Arianis Daymar
Profesora: Sierra, Ana Lola
Fecha: abril de 2021

RESUMEN

La actividad probatoria constituye el norte de cualquier proceso, dado que es en ella, en donde los hechos del pasado, se reconstruyen ante el administrador de justicia, para que este tome una decisión; sin embargo, la actividad está limitada, en sentido de que no pueden adentrarse al acervo probatorio, aquellas pruebas que menoscaben derechos humanos, aun cuando sean fundamentales; de allí que exista una colisión de derechos fundamentales en el proceso. Es el test de proporcionalidad desarrollado en el derecho administrativo germánico, que constituye un método idóneo para ponderar derechos humanos, por cuanto, se tomarán diversos factores en el caso en concreto, para poder tomar una decisión y determinar según estos factores, cual derecho, en un determinado momento, pesa más que otro; de allí que en la misma, se tuviese por norte, establecer cómo se aplica el test de proporcionalidad como nuevo método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas dentro de los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano. La presente investigación es de tipo descriptivo, con un diseño documental, basada netamente en lo establecido en el ordenamiento jurídico venezolano, y por supuesto, en la doctrina nacional y extranjera. De allí que se pudo encontrar una delimitación a lo que constituye a las pruebas ilícitas y a su naturaleza en general, como su extensión, a partir de la teoría del fruto del árbol envenenado; pero también la aplicación del *balacing test*, además de los puntos de vista sobre el mismo. Por tanto, se concluye que, incluso, en el sistema venezolano, se pudiese aplicar el test de proporcionalidad en dos sentidos: cuando exista colisión de un derecho fundamental con otro de su misma jerarquía, y cuando en el lapso probatorio, se intente promover un medio de prueba que atente contra los derechos fundamentales.

Palabras clave: prueba ilícita, *balancing test*, procedimiento, proporcionalidad, ordenamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

La actividad probatoria constituye una parte fundamental, si no la más importante, a lo largo del proceso judicial. Es sólo a través de ella que, a quien corresponda decidir, tendrá certeza de los hechos, con lo cual, podrá decidir de la manera más acorde en la situación en concreto; de allí que el valor que se le pueda dar a las pruebas ilícitas genera tantas discusiones, por cuanto entran en conflicto intereses diversos, dado que se trata de medios probatorios que violan o menoscaban los derechos fundamentales de los administrados. Tal situación lleva a que no haya un sistema uniforme en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, sino que se adopten varios modos, entre esos, el sistema de exclusión, el sistema de nulidades y el *balancing test*.

Este último sistema es en el que más énfasis se ha hecho, dado que ofrece una solución en cada caso en concreto cuando entren en conflicto dos derechos protegidos en el texto constitucional; no se desechan directamente las pruebas ilícitas, se ponen en una balanza los Derechos Humanos en contraposición para tomar una medida que sea menos invasiva, y que, en caso contrario, sea la medida más idónea. De allí que se estudie el test de proporcionalidad como método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas en los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano.

La investigación se desarrolló bajo una metodología de carácter cualitativo, a través de la recolección de información, de allí que sea de carácter documental-descriptivo; se apoya en medios electrónicos que facilitan el acceso a la documentación, no solo de tipo nacional, sino también internacional, de allí que se pueda estudiar también parte del derecho extranjero. En este caso, la ficha electrónica se usa como medio para recabar toda la información.

Del mismo modo, la estructura de la investigación queda dividida en cinco capítulos. El Capítulo I hace referencia al planeamiento del problema, es

decir, la necesidad de incluir muchas veces las pruebas ilícitas en el acervo probatorio, sobre todo cuando constituyen el único medio de prueba en el caso en concreto, de allí se desprenden los objetivos de estudio y la justificación de la investigación. El Capítulo II está referido al primer objetivo específico de la investigación, esto es definir en qué consisten las pruebas ilícitas y las derivadas de la misma, cuál es su naturaleza jurídica, extensión, características, además de exponer cuales son los diversos sistemas procesales que regulan su problemática y las razones de su ilicitud.

Del mismo modo, en el Capítulo III se pretende determinar cuál es el procedimiento para la aplicación del test de proporcionalidad; esto a través de un análisis de sus distintas fases. Por consiguiente, en el Capítulo IV, se busca analizar el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acerca de las pruebas ilícitas y el test de proporcionalidad, para tener en claro cuál es la posición patria respecto del tema.

Por último, el Capítulo V, es contentivo de las respectivas conclusiones a las que se ha llegado a lo largo del trabajo, y por consiguiente, las recomendaciones que se consideran necesarias después del desarrollo investigativo. Por último, las referencias de las fuentes doctrinarias consultadas para dar soporte y sustento a todo el trabajo.

En cuanto a la metodología de la investigación, esta se encuentra enmarcada dentro de un enfoque cualitativo, bajo una investigación que se materializa a través de la recolección de datos; se propicia a través de ella la descripción de los mismos, lo que permite el desarrollo de las preguntas e hipótesis. Se asume este criterio, por cuanto para Hernández Sampieri, Fernández y Baptista¹, el enfoque cualitativo utiliza ...“la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas

¹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar (2014) *Metodología de la investigación*. Sexta edición. McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. México D.F. [Libro en línea] Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf> (pp. 7-8)

interrogantes en el proceso de interpretación (...) las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general”.

Dado que la investigación sigue un orden lógico en el desarrollo de la misma, dando opiniones sobre cada punto; se plantean objetivos que pretenden dar respuestas a las interrogantes formuladas y así llegar a las respectivas conclusiones. Se recurre así a la doctrina, la normativa legal y la jurisprudencia. Asimismo, Cortés Cortés e Iglesias León² mencionan al respecto que, en las investigaciones cualitativas:

...se pueden desarrollar las preguntas de investigación a lo largo de todo el proceso, antes, durante y después. El proceso es más dinámico mediante la interpretación de los hechos, su alcance es más bien el de entender las variables que intervienen en el proceso más que medirlas y acotarlas.

De allí la forma y el orden en que se desarrolla la investigación; se plasman preguntas que, en el curso de la misma, han sido respondidas. Se interpreta lo dicho por la doctrina, las disposiciones constitucionales y legales, además de analizar el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

A su vez, se trata de una investigación de carácter descriptivo y documental. De acuerdo con Hernández Sampieri³ et al., en las investigaciones descriptivas ...“se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis”. Por tanto, que, se propicia la recolección de la información a fin de entender el fenómeno en

² CORTÉS CORTÉS, Manuel, IGLESIAS LEÓN, Miriam. (2004). *Generalidades sobre Metodología de la Investigación*. Primera Edición. Universidad Autónoma del Carmen. México. [Libro en línea] Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.ucipfg.com/Repositorio/MIA/MIA-12/Doc/metodologia_investigacion.pdf (p. 10)

³ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Op.cit.* (p. 92).

sí y de allí, emitir opiniones o criterios propios del investigador. No se busca hacer sondeos, o aplicar métodos, mucho menos hacer comparaciones entre una cosa y otra a fin de obtener un resultado.

Cabe señalar que, según lo dicho por Cortés e Iglesias León⁴ las investigaciones descriptivas se refieren a ...“describen situaciones, eventos o hechos, recolectando datos sobre una serie de cuestiones y se efectúan mediciones sobre ellas, buscan especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice”. Así pues, los datos recolectados se estudian de forma independiente, aunque siguiendo un orden lógico y razonable que permita entender la información recabada. Se efectúa sobre ella una serie de criterios e interpretaciones, que hacen mucho más comprensible la información.

A su vez, es de tipo documental porque, según lo dicho por Gómez Bastar⁵, se trata de trabajos en los que ...“la información recabada procede de documentos como libros, periódicos, revistas, documentos filmados o grabados e internet”. Es decir, en lugar de sondeos, entrevistas o encuestas, se hace un compendio de datos recolectados, precisamente a través de fuentes bibliográficas; esto permite el desarrollo del trabajo a un sentido único, trazado por el investigador.

De acuerdo con Hernández Sampieri⁶ *et al.*, en las investigaciones cualitativas, las fuentes documentales son valiosas, por cuanto:

Nos pueden ayudar a entender el fenómeno central de estudio. Prácticamente la mayoría de las personas, grupos, organizaciones, comunidades y sociedades los producen y narran, o delinean sus historias y estatus actuales. Le sirven al investigador para conocer

⁴ CORTÉS CORTÉS, Manuel, IGLESIAS LEÓN, Miriam. *Op.cit.* (pp. 20-21)

⁵ GÓMEZ BASTAR, Sergio. (2012) *Metodología de la Investigación*. Primera edición. Red Tercer Milenio. [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021. Disponible en: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/Axiologicas/Metodologia_de_la_investigacion.pdf (p. 84)

⁶ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Op.cit.* (p. 415).

los antecedentes de un ambiente.

Es decir, son la base para construir el todo; ayudan a entender desde un punto de vista más profundo el tema que se trabaje y de forma consecuente; permiten el desarrollo de la línea de investigación desde un punto de partida que él mismo traza y en ese orden, concluir con el mismo. Se parte, como en efecto se hace en el trabajo, desde sus comienzos, hasta las opiniones más actualizadas sobre el tema central.

Sobre las técnicas e instrumentos para la recolección de la información, se utiliza una técnica denominada ficha electrónica, o ficha digital. Al respecto, Robledo Mérida⁷, señala que actualmente las fuentes de información se han diversificado y extendido hasta los medios electrónicos de donde se puede obtener información importante y actualizada relacionada con el objeto de la investigación. De allí, que la técnica empleada para la recolección de la mayor parte de la información sea, en este caso, la técnica documental, con fundamento en los medios digitales, y el instrumento, como ya se expresó la ficha digital o electrónica. Ella es definida del siguiente modo, por la Web Ejemplo.com⁸:

La ficha electrónica es una ficha que cumple todas las funciones de una ficha estándar, pero que se realiza en una plataforma electrónica o informática. Se deslinda del tradicional papel o cartoncillo rectangular y en su lugar se introducen los datos en una base de datos.

Este instrumento se convierte en sustituto a las fichas de contenido, que se utilizaban anteriormente. En cuanto a los medios digitales se trata, pues, de libros que se han conseguido a través de plataformas virtuales; ellos facilitan

⁷ ROBLEDOS MÉRIDA, Cesar. *Técnicas y Proceso de Investigación*. Unidad didáctica de investigación. Universidad de San Carlos de Guatemala. [libro en línea] Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021. Disponible en: <https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/fichas-de-trabajo.pdf> (p. 5).

⁸ WEB EJEMPLO.COM (2013). Ejemplo de Ficha Electrónica. Wiki ejemplode.com. [Definición en línea] Fecha de consulta: 03 de abril de 2021. Disponible: https://www.ejemplode.com/12-clases_de_espanol/2662-ficha_electronica.html (p. 1).

el acceso a la información, no solo nacional, sino a documentos internacionales, lo que permite hacer comparaciones con otros Derechos y otros sistemas que trabajan el tema planteado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del problema

El hombre es el fin y al mismo tiempo, la existencia del Estado; ese es un axioma que ha de tenerse en cuenta, como parte de la comprensión humanística en todos los actos de vida; de ahí que el Estado, generalmente, viene a normar cada aspecto de su vida, a fin de buscar propiciar la convivencia de todos los miembros en la sociedad. El mismo viene a regular la forma en la que se van a suscitar las controversias, por lo que ha ido estableciendo parámetros y lineamientos que los administrados van a seguir; ello, indistintamente, de la naturaleza del proceso, a fin de que este pueda llevarse de la mejor manera, ajustado al Derecho, lo que constituye una serie de beneficios que deberán consagrarse en la consecución del mismo.

Así pues, los diferentes procesos existentes dentro del ordenamiento jurídico, vienen a constituir el mecanismo idóneo para resolver los problemas que atañen a los particulares de una nación; de modo que, en aras de hacer efectivas esas garantías que corresponden a cada una de las partes en el curso del proceso, estará conformado por una serie de etapas que se irán suscitando progresivamente, en los lapsos determinados para ello, a fin de que se reconstruya la verdad de los hechos. Las pruebas serán el instrumento fundamental para ello, ya que son los mecanismos perfectos para conocer el pasado; estas le suministran una verdad al administrador de justicia a través de sus distintos elementos, de modo que forma en él tal convicción, que le permite decidir con apego a ellas.

Desde este criterio, le corresponde a quien decida en el caso en concreto, hacer la operación lógica, para hacer encajar esas pruebas con las normas y a partir de la valoración emitirá una sentencia que le otorgue el

derecho a quien le corresponde; esto es, demostrar el enunciado fáctico que menciona la norma, para asignar así la consecuencia jurídica prevista en la misma por la concurrencia de ese hecho; de este modo, se garantiza la tutela judicial efectiva a los particulares; sin embargo, las pruebas deberán cumplir con ciertos requisitos para poder formar parte del proceso. Será el administrador de justicia quien las valore, ya sea a través del sistema tasado, con lo cual, deberá darle, a las pruebas, el valor que la misma ley indique; o a través del sistema de la sana crítica, en el cual se le concede al juez la posibilidad de valorarla de acuerdo con su saber y entender, esto es, guiarse por las máximas de experiencia.

En sí misma, la actividad probatoria según nuestro ordenamiento jurídico, tendrá que regirse por una serie de principios que no menoscaben el debido proceso, de modo que, su promoción, admisión y eventual evacuación se hará a la luz de lo establecido para ello; las partes, por mandato constitucional, podrán incorporar cualquier tipo de prueba que consideren conveniente para ello, pero es la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999/2009), la que pone una limitante cuando señala que serán nulas aquellas que se obtengan mediante la vulneración del debido proceso. Con lo cual, para que una prueba sea incorporada en el acervo probatorio, deberá ser propuesta y practicada conforme con lo que señala la ley; de lo contrario, estas se considerarán ilícitas.

Pese a ello, en la actualidad, han surgido otros mecanismos que puedan permitir la incorporación de estas pruebas que son contrarias al Derecho, como el test de proporcionalidad; es un sistema que consiste en sopesar en cada caso en concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas. Es un método que fue elaborado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, esto para resolver casos

que involucren la aplicación de las normas de la Ley Fundamental⁹.

Así también, es una regla que tiene su origen en el derecho administrativo -concretamente en el derecho policial, como técnica para controlar los poderes discrecionales de la Administración-, pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares del Estado de derecho, y recibe de manos del Tribunal Constitucional alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de 'principio constitucional'¹⁰. El test de proporcionalidad surge habitualmente como un conjunto escalonado de tres subprincipios *-idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto-* cada uno de los cuales expresa una exigencia que toda injerencia de autoridad estatal en los derechos fundamentales debe satisfacer¹¹.

Cada uno de estos principios que lo integran, requieren un juicio diverso para su aplicación. La adecuación o idoneidad se propone como una exigencia entre el medio y el fin; es decir, el uso de un medio para tutelar un derecho sea el correcto para garantizar la prevalencia de un derecho sobre otro. La necesidad guarda una estrecha relación con respecto al medio, por cuanto, el que se escoja, debe ser indispensablemente aquel que menos afecte el derecho fundamental opuesto; y, por último, la ponderación que busca la optimización en relación con el principio que juega en sentido contrario.

Cada uno de estos sistemas ha ido teniendo ligeras variaciones de

⁹ CAMINOS A., Pedro (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Núm. 13. [Revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65/47>

¹⁰ FUEYO V, Camino. (2005) "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Edición 11. Montevideo. [Revista en línea] Fecha de consulta: 20 de enero de 2021. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>

¹¹ CUEVAS COVARRUBIAS, Ignacio. (2012) "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39. Núm. 2. Santiago. [revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4060391>

acuerdo con el país que lo aplique en cuestión, ajustándose a los principios orientadores del ordenamiento jurídico que se trate; el propósito es regular la inclusión de las pruebas ilícitas, debido a su obtención contraria a los Derechos Humanos. Respecto a esto, en un primer momento de su incorporación fue de manera descontrolada, de allí la creación de estos sistemas para proteger a los ciudadanos. Parra Quijano¹² señala que ...“la prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio”.

Por tanto, su incorporación al acervo probatorio debe ser de forma cautelosa, porque su modo obtención procura un menoscabo a los Derechos Humanos inherentes a cada persona, en su mayoría asegurados por la Constitución del país; en efecto, se trata esto de su característica esencial, la transgresión a los derechos humanos, lo que sirve para distinguirla de las pruebas irregulares, términos que suelen usarse como si se tratase de un sinónimo.

Al respecto, puede decirse que, Estados Unidos se convierte en uno de los primero de los países en establecer restricciones después de ciento cincuenta años en donde se mantuvo, sin discusión alguna, el régimen tradicional de admisión de pruebas, tanto en los procesos penales federales como en los estatales¹³; sin embargo, en el seno de una policía corrompida, se hizo necesaria su exclusión como un medio disuasorio a la autoridad policial.

¹² PARRA QUIJANO, Jairo. (2007) *Manual de derecho probatorio*. Décimo Sexta Edición. Bogotá D.C. Librería Ediciones del Profesional LTD. [Libro en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: [https://www.academia.edu/36508778/Manual de Derecho Probatorio - Jairo Parra Quijano](https://www.academia.edu/36508778/Manual_de_Derecho_Probatorio_-_Jairo_Parra_QUIJANO) (p. 23).

¹³ GALLARDO FIDALGO, Carlos. (2003) “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los estados unidos de américa”. *Tribunales de Justicia*. Núm. 5. [Revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Prueb%20Illicita%20Carlos%20Fidalgo%20Gallardo.pdf

Se consideraba, anteriormente, que, sin importar su naturaleza espuria, las pruebas ilícitas debían admitirse y valorarse a fin de tutelar el interés primordial que tiene la sociedad, el cual es perseguir y reprimir al delincuente, ello, incluso, por encima de cualquier formalismo procesal; a su vez, se proponía que el policía que la hubiese obtenido fuese sancionado por la violación de la garantía constitucional. No obstante, en vista de que la institución que había nacido con el propósito de controlar a las masas, se aprovechaba de forma desmesurada de su posición dentro de la sociedad para violentar derechos fundamentales con el fin de incorporar pruebas al proceso que pudiesen sustentar sus investigaciones.

Realmente, se dieron diversos los casos en los que se produjeron violaciones a la IV y V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en la Corte; con ello es claro que la función principal de la exclusión de las pruebas ilícitas es desincentivar a las autoridades judiciales encargadas de la investigación y recolección de pruebas, dado que las mismas no iban a formar parte del acervo probatorio, aunque tal criterio en la actualidad se ha cuestionado, pues nada garantiza que en efecto, se produzca esa disuasión.

Pese a ello, nuevamente, a través de vía jurisprudencial, la exclusión de la prueba ilícita en los Estados Unidos terminó por extenderse, surge entonces, la teoría del fruto del árbol envenenado (*Fruit of Poisonous Tree*) en 1920. Se señaló que la exclusión de las pruebas ilícitas iba a darse con respecto a las pruebas ilícitas primarias, pero, además, a cualquier prueba que hubiese derivado de la misma, aunque estuviese efectuada a través de medios legales. De modo que, por ejemplo, si la policía lleva a cabo un interrogatorio con inobservancia de las garantías constitucionales, y entre los datos, es dada la dirección de una casa, aún cuenten con una autorización judicial para realizar un allanamiento en esa dirección, el mismo sería ilegal; la ilicitud se extiende por completo a cualquier medio de prueba que esté vinculado a ese interrogatorio violatorio de derechos fundamentales.

Aun así, no fue complicado para los tribunales norteamericanos, desarrollar excepciones que permitiesen el uso de las pruebas ilícitas en el proceso; esto es, la fuente independiente, el nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable. La primera referida a que, cuando las pruebas que se consideran derivadas de una violación de derechos anterior, surjan realmente de una fuente independiente en la que la actuación policial ha estado sujeta a todos los requisitos legales, no se procederá a su exclusión. El nexo causal, por otro lado, establece entre otras palabras que, aun pese que exista un vínculo o nexo entre la prueba primaria obtenida con violación de derechos humanos y una prueba derivada, si es demostrable que la misma puede obtenerse sin la prueba ilícita, será aceptada en el proceso.

Finalmente, el descubrimiento inevitable tarta de sostener que la prueba derivada será admisible, pero si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido obtenida, de todas formas, por un medio lícito¹⁴; sin embargo, en la realidad, lo que sucede es que las mismas se blanquean de diversos modos para poder incorporarlas en el proceso, se omite por completo cualquier sistema de apreciación de las mismas, o lo que es peor aún, se incorporan sin más, con lo que se dejan de tener en cuenta las garantías procesales a las que hace referencia el texto constitucional para proteger a los particulares. Por tanto, se garantiza la verdad, pero se olvida al administrado, cuando lo que debería existir es un equilibrio.

Es cierto que el proceso debe ser visto como el medio idóneo para alcanzar la verdad, en donde deben reconstruirse o hacerse una vivencia de cómo ocurrieron los mismos, para sobre ellos construir las sentencias; pero no es menos cierto que, aunque en muchos casos la prueba ilícita constituye un atropello a los derechos humanos y es un mecanismo violatorio, llega a ser

¹⁴ IBARRA SUÁREZ, Karina. (2017). Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti - miti. *Revista Verba Iuris*, 12(38) [Revista en línea] Fecha de consulta: 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1071/828>

necesario su uso cuando pueda ser el único medio para alcanzar la justicia eficaz dentro del proceso. La misma situación ha llevado a la creencia de que sea el *balancing test* el mecanismo más adecuado para su tratamiento, ya que deja al juez y al funcionario a que corresponda decidir, una potestad de determinación, en cada caso en concreto.

De lo anteriormente expuesto, la investigación pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cómo se aplica el sistema del test de la proporcionalidad como un nuevo método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas dentro de los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano?

A su vez, estas preguntas conducen a sub preguntas como, ¿Cuál es el método idóneo para la aplicación del test de proporcionalidad (*balancing test*)? ¿Cuál es el alcance de la teoría del fruto del árbol envenenado? ¿En qué consisten las pruebas ilícitas? ¿Cómo puede aplicarse el test de proporcionalidad en los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano?

Objetivos de investigación

Objetivo general

Establecer cómo se aplica el test de proporcionalidad como nuevo método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas dentro de los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano.

Objetivos específicos

Definir en qué consisten las pruebas ilícitas y las derivadas de la misma, cuál es su naturaleza jurídica, extensión, características, además de exponer cuales son los diversos sistemas procesales que regulan su problemática y las razones de su ilicitud.

Determinar cuál es el procedimiento para la aplicación del test de proporcionalidad.

Analizar el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acerca de las pruebas ilícitas y el test de proporcionalidad.

Justificación de la investigación

La realización de una justicia efectiva se materializa, cuando a través de las pruebas se lleva la verdad de los hechos ocurrido en la realidad al proceso, puesto que son las que permiten darle al juez y al funcionario, una visión de lo ocurrido; con base en ellas, se debe llegar a una decisión que sea acorde a lo demostrado por las partes. La investigación pretende enseñar las ventajas de las pruebas ilícitas dentro de un proceso, ya que pueden lograr cumplir el propósito del mismo. El estudio de las mismas pretende llegar a conclusiones que atiendan a su inclusión según sea el caso.

Es por ello que el presente trabajo se pretende justificar desde un punto de vista práctico, ya que busca dar una nueva visión de las pruebas ilícitas y de los frutos derivados de la misma, que pueden ser claves para el curso del proceso; se busca la inclusión de estas en los diferentes procedimientos que contempla el ordenamiento jurídico venezolano, siempre que se atienda a diversos criterios y parámetros, lo que evita desecharlas desde un primer momento, ya que, según la doctrina, pueden contaminar al administrador de justicia al mostrarle una realidad que las pruebas permitidas en el debate procesal, no son capaces de alcanzar.

A su vez, se justifica desde el punto de vista investigativo, ya que la concepción de este tipo de pruebas, es algo que ha ido variado a lo largo del tiempo, por ello, se espera que este trabajo genere interés en las personas a que llegue; de modo que, se pueda continuar indagando en un sistema mucho más inclusivo para este tipo de pruebas, uno que de un tratamiento adecuado,

siempre y cuando se tomen en cuenta los valores y principios constitucionales, pero también las circunstancias que rodeen los hechos en concreto.

Finalmente, desde un punto de vista teórico, en tal sentido, al tratarse de una investigación profunda y explícita, pueda esta servir de fuente de consulta, análisis y soporte para futuras líneas de investigación que se puedan desarrollar sobre la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas, su concepción y los diversos sistemas que la regulan, lo que facilita de este modo parte de la doctrina que ha ido estudiándolas a lo largo del tiempo, además el aporte que dará al área a tratar, los conocimientos que deja en la investigadora y el que dará a los futuros investigadores.

CAPÍTULO II

LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y LAS DERIVADAS DE LA MISMA, CUESTIONES QUE LAS DIFERENCIAN, EXTENSIÓN, CARACTERÍSTICAS, LOS DIVERSOS SISTEMAS PROCESALES QUE REGULAN SU PROBLEMÁTICA Y LAS RAZONES DE SU ILICITUD

Antecedentes

Cayambe¹⁵, en su investigación “La exclusión de medios de prueba en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Estudio de casos de la unidad judicial multicompetente de los cantones Cumanda y Pallatanga, provincia de Chimborazo” con un enfoque cualitativo para lo cual se recurrió a la doctrina, la normativa legal, la jurisprudencia, en la ciudad de Quito, Ecuador; señala que Claro está que en el proceso penal pueden surgir determinados actos irregulares que según la doctrina hay unos insignificantes como no poner bien la hora de la diligencia, otros trascendentes que se pueden arreglar por pedido de parte o de oficio como aquellos que se cumplen desconociendo términos, y hay otros que afectan o vulneran derechos y cuando eso sucede hay que ponderar

Lo que fundamenta en esta investigación la necesidad de establecer uno nuevo sistema de apreciación de estas pruebas, cuando sean el único medio idóneo para llevar la verdad al proceso, pues resultaría ilógico e incongruente, el desechar pruebas por meros formalismos; en la actualidad se

¹⁵ CAYAMBE BADILLO, Roberto (2018) *La exclusión de medios de prueba en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Estudio de casos de la unidad judicial multicompetente de los cantones Cumanda y Pallatanga, provincia de Chimborazo*. Quito, Ecuador [Libro en línea], fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3009/1/TESIS.APROB..pdf> (p. 77)

establece que no son tomados en cuenta para evitar que, a quien le corresponda decidir en el caso en concreto, se contamine, porque estos medios de prueba pueden aportarle una realidad diferente. Sin embargo, hay que considerar otros criterios, como el hecho de que no es prudente sacrificar la verdad por ninguna causa; es cierto, hay que proteger a los ciudadanos para que estos tengan la plena certeza de que no van a sufrir atropellos a lo largo del proceso, pero al mismo tiempo, es necesario asegurarle que la obtención de la verdad será el norte durante el lapso probatorio.

Por otro lado, Campos¹⁶, en su investigación “Límites de la prueba prohibida a partir del nuevo sistema de justicia penal en México”, de carácter cualitativo, en Nuevo León, México; establece que los efectos reflejos de la prueba prohibida, son aquéllas que se obtienen de las pruebas ilícitas, y correrán la misma suerte que las primeras; los efectos reflejos son aquellas que se derivan de la prueba principal, y que si estas están contaminadas y nacen nulas, todas las obtenciones de la prueba principal (prueba prohibida) serán también nulas e inadmisibles. Más de los efectos reflejos de la prueba prohibida, ningún artículo hace alusión.

Y que, se relaciona en la investigación, por cuanto se trata de un estudio profundo de la prueba ilícita, pero no sólo eso, sino la extensión de esa misma ilicitud; de la misma se puede inferir gran parte de la posición doctrinaria y su contradicción sobre si estas deben o no ser admitidas en el curso del proceso. Su relación va dada en cómo esta es tratada en los diversos ordenamientos jurídicos de cada país, además de establecer los beneficios de la aplicación de las mismas en los procedimientos y los frutos del árbol prohibido, o efecto reflejo, como se les denomina en este caso.

¹⁶ CAMPOS CANTÚ, Hugo (2016). *Límites de la prueba prohibida a partir del nuevo sistema de justicia penal en México*, Nuevo León, México [Libro en línea] Fecha de consulta: 24 de febrero de 2021. Disponible en: <http://eprints.uanl.mx/13742/1/1080238094.pdf> (p. 168)

De la misma manera, Valconi¹⁷, en su investigación “La prueba ilícita en el proceso penal venezolano”, a través de una metodología de tipo descriptivo – documental, para la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, concluye en que: el estudio de la prueba ilícita es de vital importancia por cuanto, el abordaje de este tema, evidencia, que los operadores de justicia, muchas veces abogados en ejercicio o defensores públicos, están en presencia de pruebas obtenidas por los órganos de investigación, las cuales son practicadas sin cumplir los requerimientos de ley, y muchas veces son obtenidas quebrantando los derechos fundamentales de los individuos reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los instrumentos internacionales y en nuestra leyes.

Esto se vincula con presente investigación, por cuanto, deja en evidencia que la ilicitud muchas veces es un tema común en el proceso, precisamente por el modo de obtención de esas pruebas contrarias a los derechos fundamentales; se pone de manifiesto entonces la necesidad de una mejor protección a los ciudadanos en sus derechos, creando nuevas garantías procesales que permitan un mejor manejo de estos medios. Se señala también a las autoridades policiales, las consecuencias de sus actos en el caso de que se extralimiten en sus funciones, porque no deja de ser cierto, que el proceso debe ser un instrumento para garantizar la tutela de los derechos lesionados.

Finalmente, Freitez¹⁸ en su investigación “Las incidencias de la prueba ilícita en el proceso penal venezolano”, de carácter descriptivo – monográfico, en Barquisimeto, estado Lara, Venezuela, finaliza al señalar que: Dentro de

¹⁷ VALCONI LIZARDO, Tahinachahrazad (2011) *La prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. Maracaibo, Venezuela [Libro en línea]. Fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://docplayer.es/64893372-La-prueba-ilicita-en-el-proceso-penal-venezolano.html> (p. 126)

¹⁸ FREITEZ, Vladimir (2009) *Las incidencias de la prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. Lara, Venezuela [Libro en línea] Fecha de consulta: 24 de febrero de 2021. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7399.pdf> (p. 33)

las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales se destacó: a) aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. Al referirse a las pruebas que por sí mismas pueden reputarse ilícitas se menciona no solo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso integrar un delito.

La misma, facilita la comprensión de las pruebas ilícitas dentro del ordenamiento jurídico venezolano, espacio en el que se va a desarrollar esta línea investigativa; a su vez, se vuelve fuente de información y referencia para poder indagar en el tema, por su análisis profundo en el tema. Se hacen distinciones que son necesarias, pues permite identificar con mayor facilidad cuando se está en presencia de una prueba que tenga la cualidad ilícita.

Es propicio destacar que, aun cuando se procuró, no hubo posibilidad de conseguir antecedentes de tipo regional que permitiesen complementar del modo idóneo este apartado.

1. Definición

La posición sobre las pruebas ilícitas es algo incierto a nivel global, no hay sistema uniforme, que sea igual para todos y que regule su incidencia en el proceso, por cuanto se ven implicados los derechos constitucionales. Se le ha llamado de diversas formas como, prueba prohibida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, prueba nula, aunque todas estas acepciones pueden tener ciertas diferencias entre sí; sin embargo, el término comúnmente empleado son pruebas ilícitas.

Al respecto, Miranda Estrampes¹⁹, señala que por prueba ilícita ...“debe

¹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2010) “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Núm. 22. [Revista en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en:

entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales”; es decir, es una prueba que se materializa con vulneración de las garantías que se consagran en la Carta Magna de cada país, esto es, derecho a la libertad, la intimidad, la dignidad humana; generalmente, esta ilicitud está referida en sí misma a la violación de los derechos personales de los ciudadanos.

Respecto a lo anterior, Pellegrini Grinover, (*Apud* Parra Quijano²⁰), establece que

Por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad.

De modo que, la ilicitud de la misma deviene directamente de la violación de esos derechos humanos que el legislador ha considerado que deben tener un reconocimiento especial dentro de la constitución; al mismo tiempo, deberán tomarse en cuenta también, esos derechos fundamentales que se recogen en tratados que ha ratificado la República y que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico. En consecuencia, dentro de la categoría de pruebas ilícitas no entrarían aquellas que violen una norma legal o adjetiva.

En la misma secuencia, Minvielle Bemardette ha definido la prueba ilícita como ...“un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad.” (*Apud* Gutiérrez Moya y Aguilar Brevis²¹) En tal sentido, si bien, este tipo de prueba manifiesta una realidad al

file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Prueba%20Illicita%20Manuel%20Miranda%20Estrampes..pdf (p.133).

²⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. (2002). *Op.cit.*, (p. 26)

²¹ GUTIERREZ MOYA, Carlos, AGULAR BREVIS, Alejandro. (2002). “La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales”. *La Revista de Derecho: Derecho - Sociedad- Cultura*. Núm. 3. Santiago [Revista en línea] Fecha de consulta: 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf> (p.81).

juez o funcionario, que podría orientarlo en la decisión, ya que las pruebas son conductores de la verdad, en sí, las pruebas ilícitas constituyen una violación previa al proceso.

Al respecto, Gascón Abellán²², dice que

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (...) o lesionando derechos constitucionales (...) o a través de medios que la Constitución prohíbe. En definitiva, y por simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales. Estamos hablando, por lo tanto, de un tipo de prueba inconstitucional.

Se trata, pues, de una concepción restringida que da un nuevo término a las pruebas ilícitas, definiéndolas como las pruebas que únicamente violan las disposiciones establecidas en la constitución; hace una distinción respecto a las pruebas irregulares o ilegales. Podemos decir entonces de modo amplio que estamos en presencia de una prueba ilícita cuando su obtención o su uso, violen o menoscaben algún derecho fundamental consagrado en el texto constitucional.

2. Características

De acuerdo con las definiciones anteriormente explicadas, al respecto de las pruebas ilícitas no cumple con los parámetros que ha establecido el legislador dentro de las normas para los misma, en el caso en concreto, no encaja con la licitud que ha sido señalada como condición, a fin de que el Estado garantice el debido proceso a las partes. En consecuencia, se puede establecer que este tipo de pruebas se caracterizan por:

1. En sí mismas, constituyen la violación de un derecho (en un sentido amplio)
2. La ilicitud puede ser en su obtención, en su formación, su utilización,

²² GASCÓN ABELLÁN, Marina (2012) *¿Libertad de prueba? Defensa dela regla de exclusión de prueba ilícita*. [Libro en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita (p. 4)

- o en el objeto en sí mismo.
3. Puede tratarse de una violación a un principio constitucional.
 4. Casi siempre, su obtención atenta contra un derecho personal consagrado en el texto constitucional.
 5. Por lo general, cualquier prueba que devenga de ella, estará contaminada, es decir, será un efecto reflejo.
 6. Puede mostrarse a través de ellas una realidad que las pruebas legales o permitidas en el debate procesal no son capaces de alcanzar.
 7. Aun cuando se consagre la libertad probatoria, estas difícilmente entran en el acervo probatorio por la ilicitud que les rodea.

3. Distinción de la prueba ilícita con otras pruebas

Ha señalado Miranda Estrampes²³, que es frecuente que se empleen diversos términos al referirnos a este tipo de pruebas, como prueba prohibida, prohibición probatoria, prueba ilegítimamente obtenida, pruebas ilegales, prueba inconstitucional, prueba nula, incluso prueba viciada; sin embargo, emplear estos términos como sinónimos marca diferencias entre una y otra prueba.

Al respecto, podemos decir que estaremos en presencia de una *prueba prohibida* cuando el mismo legislador impida su uso dentro del litigio, es decir, deviene una prohibición legal para ello; ejemplo de ello sería la prueba de testigos. El Artículo 1387 del Código Civil Venezolano²⁴, establece que:

Artículo 1387. No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares.

Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al

²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2010) *Op.cit.*, (p. 133).

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (1982) **Código Civil**. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria, de fecha 26 de Julio de 1982

tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares.

Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.

De tal forma que, aun cuando se trata de una prueba que es perfectamente válida y que su uso de forma debida no constituye una violación a un derecho humano, el legislador hace una prohibición a su uso cuando se trate de casos que él mismo ha establecido. Contrario a esto, una *prueba ilegal* será aquella que incumple con una previsión establecida dentro de una norma de rango legal; su ilegalidad está referida al incumplimiento de una norma que es inferior a la constitución.

Igualmente, las *pruebas ilícitamente obtenidas*, son aquellas en que, durante su obtención, no se ha observado las garantías fundamentales de cada ciudadano; ejemplo ilustrativo, cuando se realiza un allanamiento sin la debida orden judicial y de ello se obtiene un documento que más tarde se pretende hacer valer en el proceso. Por otro lado, se habla de *pruebas nulas* cuando estas no surten efecto procesal, ya por proponerla de una forma indebida o por no ser conducente a la finalidad del litigio; Cabrera Romero²⁵, menciona que ...“es nula la prueba que se obtiene violando normas adjetivas esenciales, preestablecidas o impidiendo alguna forma, mediata o inmediata, del derecho a la defensa de aquel a quien se le opondrá el medio.”

Por último, dentro de estas distinciones, podemos referirnos a las *pruebas viciadas*, aquellas que en su producción haya un vicio que le impida usarlas. Un ejemplo de ello sería que se omita el derecho al control y contradicción que tienen las partes en la producción de una prueba anticipada; en sí, tiene un vicio que no la deja formar parte del acervo probatorio, pero el cual, podrá ser subsanado en el caso de que esa prueba sea eficaz en el litigio y entonces se ordene su producción nuevamente, siempre que aún sea posible, pero esta vez observando los derechos de las partes en el transcurso

²⁵ CABRERA ROMERO, Jesús. (2012) *La prueba ilegítima por inconstitucionalidad*. Venezuela. Editorial Melvin, C.A. (pp. 28-29).

de la misma. Ese vicio, a diferencia de la ilicitud, puede sanearse dependiendo del hecho que se trate.

4. Derechos afectados con la prueba ilícita

Como ya se ha dicho, la prueba ilícita no es otra que la que se ha obtenido con violación de los derechos fundamentales, garantizados en la constitución; La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Sección Segunda, Capítulo III, ha establecido una gama de derechos que todos los ciudadanos, sin discriminación alguna, les da la denominación de derechos civiles el Estado deberá garantizar su protección, ante todo.

Hay que ver los derechos fundamentales como ese conjunto de garantías que poseen todos los ciudadanos, precisamente porque son inherentes a él en razón de su dignidad; la consagración de los mismos es asegurar la vida digna de todas las personas en el ejercicio diario de sus actividades, de allí la magnitud de su protección. El Estado a través de sus órganos es propenso a caer en la violación de estos, pero los particulares no quedan exentos de que, con sus actitudes, menoscaben el derecho de otro en el ejercicio de sus propios derechos.

Por ello, de acuerdo con la lista de derechos que protege la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁶, en el desarrollo de esa garantía llamada debido proceso, pueden violarse estos derechos con el fin de pretender asegurar la verdad; de modo que, la ilicitud de una prueba devendría del atentado contra alguno de los siguientes artículos a exponer.

Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

²⁶ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999. Gaceta oficial N° 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.

4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

De esto, entonces, podría decirse que, ninguna autoridad podrá realizar confesiones bajo cualquier especie de degradación o trato inhumano; la práctica de cualquiera de estos supuestos, acarrea la inconstitucionalidad de lo mismo, y, a su vez, conlleva una sanción al funcionario. La protección de la vida es el foco de la constitución, proteger a los ciudadanos de las formas en que le sea posible, ya que esto garantizará el disfrute y ejercicio de los demás derechos.

Las actuaciones contrarias a la constitución, por supuesto, no pueden quedar impunes. Y contrario al anterior criterio que se tenía en Estados Unidos, no se considerará como válida la actuación, precisamente por esa naturaleza espuria e ilícita. Teniendo en cuenta además de que el Estado debe proteger la vida y la integridad de las personas, no se podrán usar sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que anulen el consentimiento de las personas en la producción de las pruebas.

Está comprobado, además, que cualquier confesión hecha bajo torturas, maltratos o humillaciones no es verídica; el ser humano miente por naturaleza, nada garantiza que, durante un tratamiento cruel e inhumano, cualquier cosa que se diga, sea veraz, como para que tenga un peso significativo o decisivo en el curso del procedimiento, ya que perfectamente puede tratarse de una forma que implique el cese de las torturas.

Otro Artículo, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999/2009²⁷) que se ha de resaltar es aquel que proteger el hogar doméstico, en el que se establece lo siguiente:

²⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999/2009. *Op.cit.*

Artículo 47. El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.

Señala Cabrera Romero²⁸, que ...“el hogar domestico no es solo el ámbito donde vive una persona o grupo familiar, sino también aquél en el que hacen vida otras personas mientras se encuentran en él”. De este modo, podemos entender entonces que es el lugar en donde se hace vida familiar, donde se constituye una familia, el lugar en el que se desarrolla la vida en su esfera más privada e íntima; la persona no está obligada a compartir esa parte de su vida, a menos que se tenga autorización para ello, y se hará solo en los casos que establezca la ley.

Por tal motivo, este principio orienta las leyes procesales en materia penal y, es a través de esta disposición que se desarrollan las normas que regulan el allanamiento, dado que ese requisito de orden judicial previa no sólo emana de un mandato constitucional, sino, además, de las normas adjetivas; el mismo, implica una irrupción en el hogar domestico con el propósito de investigar, con lo cual, se hará bajo los supuestos estrictamente ya mencionados. De no ser así, estaremos en presencia de una actuación inconstitucional, y además, lo que se obtenga de ella se verá contaminado por esa ilicitud primaria, y deberá ser desechado del acervo probatorio.

Asimismo, reza el siguiente Artículo de la CRBV (1999/2009)²⁹ que...

Artículo 48. Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

²⁸ CABRERA ROMERO, Eduard. *Op.cit.*, (p. 225).

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999/2009. *Op.cit.*

Lo que implica que no habrá injerencias de ningún tipo en el uso de las comunicaciones. Por supuesto, por comunicaciones se entenderá la transmisión de datos entre una persona y otra, independientemente del contenido que se trate; esto es, ubicaciones, sentimientos, emociones, saludos. La única razón por la que podrá ser vulnerado este derecho, será por orden de un tribunal competente, y, aun así, será sobre asuntos puntuales, sobre los que trate el procedimiento; de modo que no implicará el resto de la esfera privada de la persona cuyo derecho se lesiona.

Bajo ese supuesto de que el tribunal competente ordene las escuchas o la interferencia de las comunicaciones, se busca garantizar un bien superior, que es la protección de la colectividad; y aún en estos casos, deberá respetar esa privacidad de cada persona, se omite por completo aquello que no será necesario en correlación con el proceso en el que se pretenda valer esta interferencia.

Finalmente, dentro de los derechos de los ciudadanos, encontramos un último Artículo de la CRBV (1999/2009)³⁰, cuya redacción engloba una gama de derechos personales que deberán garantizarse cabalmente.

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Al respecto, se puede decir que, el honor es esa concepto y buena opinión que se tiene de una persona, es la forma en como los creemos que los demás son capaces de percibirnos, es algo completamente subjetivo y que deviene de las personas; la vida privada; por el contrario, se construye a partir de ese conjunto de datos que son íntimos, que están en la esfera personalísima de cada persona, actividades, quehaceres, todo aquello que no es público y que, por consiguiente, es intrascendente e forma directa a la

³⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999/2009. *Op.cit.*

sociedad.

El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo y que va de la mano con el libre desenvolvimiento de la personalidad, protegido a su vez en el Artículo 20 de la CRBV (1999/2009); es la forma en cómo se es percibidos, ya no por las convicciones o actuaciones de cada uno, sino que va relacionado con el exterior. Se puede ver desde dos puntos de vista, por un lado, como el derecho de proyectar la imagen que cada quien gusta de sí mismo, pero a su vez una limitación a terceros que pretendan difundir sin el consentimiento de la persona.

Es fácil atentar contra estos derechos en la obtención de pruebas, lo que fácilmente lleva a su ilicitud. Generalmente, su perpetración es a través de los medios de comunicación; así se tiene que, un mensaje enviado a través de correo electrónico, sin que sea presentado por las partes, ya sea emisor o receptor del mensaje, constituiría una violación a esa intimidad, esa vida privada, ya que expone los datos que en él se expresan.

Depende entonces, del tipo de qué derecho se trate, la violación a la norma constitucional podrá devenir ya del Estado, ya de un particular; por consiguiente, la prueba ilícita no se limita a los procedimientos penales, como erróneamente se considera, en algunos casos, por su alta frecuencia, sino que también podrá darse en procesos que sea llevados entre particulares; aunque, por supuesto, no es menos cierto que hay mayor incidencia por parte de los órganos de investigación en la obtención de las pruebas ilícitas.

5. Sistemas que regulan la prueba ilícita

La forma de tratamiento de este medio probatorio, como ya se dijo, varía en los diversos ordenamiento jurídicos; en el derecho comparado son diversos los sistemas que regulan las pruebas ilícitas con el propósito de preservar los derechos fundamentales de las personas; así, pues, está el sistema anglosajón, encabezado por Estados Unidos con la *exclusionary rule*, los que corresponden a la tradición romana, encajando en ellos Francia e Italia, y por

último los países de tradición germánica, en donde se concibe el *balancing test*.

5.1 Sistema de exclusiones

Hay situaciones que el Estado no puede permitir que se den en la realidad, entre esto, la violación a los derechos constitucionales de las personas, que, en efecto, debe proteger. De acuerdo con este sistema, como señala Ibarra Suárez³¹ ...“las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él”. En sí, este sistema se consagra por dos razones, la integridad procesal, pero al mismo tiempo para crear un efecto disuasorio ante la autoridad policial.

La teoría de la integridad del proceso fue abandonada para centrar la exclusión de las pruebas en el efecto disuasorio; esto es, hacerle saber a los agentes estatales, que si las pruebas han sido obtenidas ilícitamente, no formarán parte del debate procesal. El elemento disuasorio se materializa cuando se entiende que, si esa prueba no va a ser utilizada, entonces, no habrá razón o motivo para obtenerla a toda costa.

Es en el caso *Boyd vs. USA* (1986) donde finalmente se materializa esta tesis. En él, se incautaron treinta y cinco cajas de vidrio plano en uno de los puertos de New York por no pagar los aranceles de importación; ante tal situación la Corte Estadounidense, señaló que, al tenor de la cuarta enmienda, las pruebas obtenidas en un allanamiento ilegal no pueden ser utilizadas³². Dice la misma que, no se violará el derecho de las personas a estar seguros en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros e incautaciones irrazonables, y no se emitirán órdenes de arresto, sino por causa probable, respaldadas por juramento o afirmación, y particularmente

³¹ IBARRA SUÁREZ, Karina (2017). *Op.cit.*, (p, 132).

³² AMORES VARGAS, Hugo. (1999) *La prueba ilícita en el proceso penal*. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 20 de marzo de 2020. Disponible en: <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1318/1/19368.pdf>

describiendo el lugar donde se registrará y las personas o cosas que se incautarán³³.

En el mismo caso, se señaló que, obligar al investigado a aportar pruebas, mostrar una factura, eran actividades que atentaban contra los derechos reconocidos en la quinta enmienda³⁴, que, entre sus aspectos relevantes, destaca que ...“*ninguna persona (...) se le forzara a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal*”³⁵. Ahí recae esa función de la regla de exclusión; desincentivar a las autoridades judiciales a cargo de la investigación y la recolección de las pruebas con el propósito de garantizar los derechos fundamentales. Esta teoría se mantuvo limitada únicamente a los casos federales hasta 1957.

Es en el caso *Mapp vs. Ohio (1957)*, cuando finalmente la corte señaló que “*toda la evidencia obtenida mediante entradas y registros, violando la cuarta enmienda es inadmisibile en un juicio criminal ante una corte Estatal*”³⁶, extendiéndola finalmente a los asuntos que fuesen a tratarse en los tribunales estatales.

5.2. Críticas al sistema de exclusión

Se ha dicho entonces que, como menciona Gutiérrez Moya y Brevis Aguilar³⁷, que ...“las reglas de exclusión probatoria afirman el valor practico

³³ Estados Unidos de Norteamérica. Congreso de los Estados Unidos. Enmienda a la Constitución. Numero IV. 15 de octubre de 1791

³⁴ HUERTAS DÍAZ, Omar. PRIETO MORENO, Johanna. JIMENEZ RODRIGUEZ, Nayibe. (2015) “La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano”. *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Núm. 9, [Revista en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.revistamisionjuridica.com/la-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano/>

³⁵ Estados Unidos de Norteamérica. Congreso de los Estados Unidos. Enmienda a la Constitución. Numero V. 15 de octubre de 1791.

³⁶ MOYA GUTIÉRREZ, Carlos. BREVIS AGUILAR, Alejandro. (2002) “La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales.” *La revista de Derecho: Derecho – Sociedad – Cultura*. N° 3. [Revista en Línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf> (p.66).

³⁷ *Ibidem*, (p.68)

de los derechos fundamentales desincentivando la trasgresión de los derechos fundamentales de los imputados o de terceros por agentes del Estado”. Sin embargo, como cada tesis desarrollada, el sistema de exclusión no escapa de opiniones en contravención según una parte de la doctrina. La exclusión de las pruebas ilícitas ha creado criterios que llevan a la convicción de que no hace más que entorpecer la acción de la justicia al declarar la inadmisibilidad de pruebas que pueden ser concluyentes para la condenatoria de la comisión de un delito³⁸. Además, según esta regla, en nada se protege a las víctimas de las ilegalidades policiales de las que no se obtiene ninguna prueba incriminatoria³⁹.

Se ha dicho también que las pruebas tienen un trato indiscriminado, porque no se toma en cuenta la buena fe de la actuación policia, no hay criterios que la distinga. Sin embargo, al decir que la verdadera función de la regla de exclusión era el desincentivar a las autoridades judiciales en la recolección de ellas, se señaló, que nada asegura que realmente surta ese efecto en las autoridades policiales, de allí que, en sí, no tiene como destinatario a la policía, sino a la administración de justicia⁴⁰.

5.3 Extensión de la exclusión. Teoría del fruto del árbol prohibido (efecto reflejo)

El reconocimiento de los efectos reflejos también ha creado polémica en la doctrina, entendiendo por esto, un reflejo de la ilicitud en otras pruebas que dependan de la prueba ilícita principal. Al respecto, Miranda Estrampes⁴¹, menciona que:

La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto,

³⁸ CARRIO, Alejandro (1994) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3° Edición. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L. 1994. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.academia.edu/28436018/GARANTIAS_CONSTITUCIONALES_EN_EL_PROCESO_PENAL_ALEJANDRO_CARRIO.pdf (p. 155).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2010) *Op.cit.* (p. 137).

de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*) que, aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.

Un ejemplo ilustrativo de ello sería que, en un allanamiento realizado sin una orden judicial, se encuentran elementos de convicción que sirven para demostrar la comisión del delito; sin embargo, esos elementos no podrán ser usados, ya que se extiende la ilicitud principal, a esas pruebas subsecuentes. Se dice al respecto que el Estado, no puede aprovecharse de las pruebas que nacieron de una que es ilícita, ya que se convalidarían las violaciones anteriores. La tesis fue desarrollada en 1920, cuando se señaló que la exclusión no solo iba a darse a las pruebas ilícitas primarias, sino, además, a cualquier prueba que hubiese derivado de la misma, aunque estuviese efectuada a través de medios legales.

El célebre caso *Silverthorne Lumber Co vs. Estados Unidos*, fue donde materializó por primera vez. La policía allanó ilegalmente las oficinas de la compañía y secuestraron libros y documentos, se hicieron copias de ellos y más tarde se usaron para que mostrasen los originales; como se negaron a hacerlo, fueron condenados, pero esto fue anulado por el Alto Tribunal al considerar que no era válido intimar a una persona a que entrase documentación a las autoridades, cuando el conocimiento de su existencia había sido por un allanamiento ilegal⁴².

Aun así, no fue hasta 1930 que se le dio el nombre de fruto de árbol prohibido (o árbol envenenado); el término fue otorgado por el término por el Juez Frankfurter, en el caso *Nardone vs. Estados Unidos*, en donde se excluyeron todas las pruebas válidas que fueron obtenidas a partir de una

⁴² MURUA, S. Gonzalo (2014) *La Prueba Ilícita en el procedimiento Penal. La Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado (Exclusiones Probatorias) Excepciones.* Córdoba [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12132> (p. 34).

grabación ilegal que se realizó sin autorización judicial.

De tal modo, como menciona Carrio⁴³, la teoría es firme en que ...“si el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad”. De modo que, al ser un árbol “malo” o envenenado, como se suele decir, los frutos que surjan de él, también estarán contaminados.

5.4 Excepciones a la exclusión

Como toda regla, al sistema de la regla de exclusión, a través de la doctrina jurisprudencial, se le han ido creando excepciones; todas en sí, con el propósito de evitar que esas pruebas ilícitas que determinan la culpabilidad del imputado, sean dejadas de lado. Estados Unidos desarrolló cuatro de ellas: fuente independiente, nexo causal atenuado, el descubrimiento inevitable y la buena fe policial.

5.4.1 Excepción de la fuente independiente

Esta excepción en sí, significa que la regla de exclusión no va a ser aplicada cuando el Ministerio Público demuestro de modo amplio y suficiente, que otros medios de investigación, completamente aparte del proceso que se hizo para obtener la prueba vulneradora de derechos fundamentales, lleva a esa misma conclusión⁴⁴.

Fue construida por Tribunal Supremo de los Estados Unidos, establece que, cuando esas pruebas que se considera que derivan de una violación de derechos anterior, pero que realmente derivan de una fuente independiente, una en la cual la actuación policía se sujeta a las condiciones legales para su obtención, no se procederá a la aplicación del *fruit of the poisonous tree*, en tanto, no se procederá a su exclusión⁴⁵.

⁴³ CARRIO D, Alejandro. (1994) *Op.cit.* (p. 164).

⁴⁴ GUTIERREZ MOYA, Carlos., AGULAR BREVIS, Alejandro. *Op.cit.*

⁴⁵ GASCON ABELLAN, M., NOGUIRA ALCALÁ, H., GIACOMETTE FERRER, A., et al. (2012) “En defensa de la regla de exclusión”. *Reflexiones en torno al Derecho Procesal*

Señala Parra Quijano⁴⁶, que “los hechos que se investigan, cuando se excluye una prueba que los acredita, no significa que se vuelvan sagrados, intocables o que dejen de ser objeto de prueba, siempre se podrán acreditar por una fuente independiente”. De este modo, se deberá demostrar que existe una verdadera línea independiente que haga llegar a esa prueba que se obtuvo a través de medios ilícitos, debe existir una desconexión total entre una y otra.

5.4.2 Excepción del nexo causal

La segunda excepción tiene su origen en el caso *Wong Sun vs. USA*. Para entender los hechos, básicamente la policía arresta ilegalmente a ‘A’ por sospecha de tráfico de estupefacientes, quien entonces involucra ‘B’, una segunda persona, y éste, finalmente involucra a Wong Sun, quien también fue arrestado ilegalmente. Aunque terminó siendo puesto en libertad a los pocos días, Wong Sun comparece ante una comisaría más tarde y dijo que, efectivamente, se dedica al tráfico de estupefacientes; se trató de declaración oral que, una vez redactada, él se negó a firmar.

La Corte Suprema resolvió que tal confesión era admisible, porque aun cuando pudiese considerarse de que Wong Sun no hubiese confesado de no haber sido arrestado ilegalmente; pero que este había quedado en libertad y, además, había recibido las advertencias como, el derecho a guardar silencio, con lo cual, ese vínculo de ilegalidad quedó atenuado, con lo cual, no se aplica la regla de exclusión⁴⁷. De forma que, aun pese a que exista un vínculo o nexo entre la prueba primaria obtenida con violación de derechos humanos y una

Constitucional. Primera. Edición. Bogotá D.C. Editorial Scripto Ltda [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: https://books.google.co.ve/books?id=GF_H_iWYXSQC&pg=PP1&lpg=PP1&dq=Reflexiones+en+torno+al+Derecho+Procesal+Constitucional+marina+gascon&source=bl&ots=Vxfj8eupLQ&sig=ACfU3U2LmrL8mUgAQzd81eFCq_gorN-nTg&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwi3rdflzKroAhWPd98KHVpODmMQ6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=Reflexiones%20en%20torno%20al%20Derecho%20Procesal%20Constitucional%20marina%20gascon&f=false (p. 88)

⁴⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. (2002) *Op.cit.*, (p 837)

⁴⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. (2002) *Op.cit.* (BUSCAR NUMERO DE PAGINAAA)

prueba derivada, si es demostrable que la misma puede obtenerse sin la prueba ilícita, será aceptada en el proceso. No se niega la relación entre una u otra, pero es tan indirecto, que se permite su uso en el proceso.

En sí, las actuaciones posteriores que derivan de la ilícita van perdiendo su unión con esa, por ello, la propagación del vicio se atenúa o diluye por completo. Y eso es lo que realmente hace posible su inclusión dentro del proceso, que línea que las vincula, con las diferentes actuaciones, se va haciendo menos clara, hasta hacerla casi borrosa o inexistente entre una prueba y otra.

5.4.3 Excepción del descubrimiento inevitable

En sí, se trata de una excepción derivada de la fuente independiente. Viene a decir, que la prueba derivada será admisible, pero solo si el órgano acusador es capaz de demostrar que ese hecho en particular, es susceptible de ser demostrado aun por un medio lícito⁴⁸. Se da por primera vez en el caso *Nix vs. Williams*; a través de un interrogatorio ilegal, el imputado confesó ser culpable del homicidio y además indicó donde se encontraba el cuerpo de la víctima.

El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, puesto que, de todos modos, el cuerpo habría sido descubierto; esto en razón de que, los órganos de investigación tenían una búsqueda con doscientos voluntarios, y según el plan establecido, dentro del radar ya señalado para ello, se encontraba la zona donde finalmente se encontró el cadáver⁴⁹. Por supuesto, el testimonio aceleró esto, ya que era un radar muy amplio y les habría tomado muchos días conseguir el cuerpo. Aun así, se consideró propicio permitir que el cuerpo de la niña entrase al acervo probatorio por esa razón ya explicada.

⁴⁸ IBARRA SUÁREZ, Karina. (2017). *Op.cit.*

⁴⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2010) *Op.cit*

5.4.4 Excepción de buena fe

Anteriormente, se señaló en una de las críticas que la exclusión de estas pruebas hace que no se tenga muy en cuenta este criterio, ya que no se toma en cuenta la buena fe del policía en la recaudación de las mismas, que creyendo que actúa bajo los parámetros, obtiene una prueba ilícita. Bajo esta premisa se pretende salvar aquellas pruebas ilícitas que no han sido recaudadas con intención o dolo.

Por supuesto, también fue creación del Tribunal Norteamericano, concretamente en el caso *Leon vs. USA* (1984). Se realizó un allanamiento con una orden judicial que se tenía por válida, y que no era así. La Corte aceptó las pruebas obtenidas del allanamiento, por cuanto el efecto disuasorio no opera en quien cree que actúa en con apego a las leyes; sería ilógico disuadir a alguien que no tiene intención de violentar un derecho fundamental.

5.5 Sistema de Nulidades

Por otra parte, aparece un tratamiento distinto en países como Italia, quienes consagran la nulidad de la prueba ilícita. El Tribunal Constitucional italiano en su sentencia 34/1973, dictada en un procedimiento por violación del derecho a las comunicaciones, proclamó la *inutilizabilidad* (modo en el que ellos le denominan) de las pruebas que se hubiesen obtenido mediante métodos o comportamientos que fuesen vulneratorios de los derechos fundamentales y los cuales estuviesen garantizados en la constitución⁵⁰.

Para ello, el Código de Procedimiento Penal Italiano, además, en su Artículo 191 expresa que las pruebas que son practicadas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley, no pueden ser utilizadas. Esa *inutilizabilidad* podrá ser declarada de oficio, en cualquier estado y grado de la

⁵⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2003) “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. *Jueces para la democracia*. Núm. 47. [Revista en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Exclusion%20de%20a%20prueba%20ilicita.%20Manuel%20Miranda.pdf

causa⁵¹; a partir de ello es que se dice que la sentencia que esté basada en una prueba ilícita, será declarada nula, por cuanto esa prueba no podía usarse en el curso del proceso.

Por el contrario, Francia establece que las pruebas que se hayan obtenido a través de irregularidades serán sometidas a un régimen de nulidades; la naturaleza de esa irregularidad implicará diferentes consecuencias por su comisión⁵².

En síntesis, puede decirse que la misma naturaleza jurídica de las pruebas ilícitas hace que su tratamiento en el derecho comparado, no sea uniforme. Su condición, al menoscabar los derechos fundamentales, crea reticencia, dado que es deber del Estado la protección de los derechos de los ciudadanos; es por ello que, según las concepciones que orienten el ordenamiento jurídico, no puede permitirse el lujo del sacrificio de los derechos inherentes a la condición de ser humano por el logro de la justicia.

⁵¹ PARRA QUIJANO, Jairo. (2002). *Op.cit.*

⁵² *Ibídem.*

CAPÍTULO III

EL *BALANCING TEST*: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS, Y PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Antecedentes

Alfaro⁵³, en su investigación “El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica”, desarrollada a través de un método cualitativo descriptivo, en Madrid, España, señaló que, en un primer momento, hubo una clara influencia de la jurisprudencia norteamericana, en especial con la aplicación de la figura del “substantive due process of law”, para valorar la razonabilidad de las leyes. Luego, la jurisprudencia reconoció de forma expresa el “aporte alemán” al tema, articulando ambas influencias incluso, en ocasiones, en una misma sentencia. Ya en años recientes y como se adelantó líneas atrás, la tesis o influencia imperante es la “alemana de los subprincipios”, pero con la particularidad o matiz de que se le denomina “test de razonabilidad” y no de proporcionalidad.

La relación con la presente investigación es que, favorece al entendimiento de lo que constituye el procedimiento de aplicación del test de proporcionalidad a través de sus tres subprincipios. Además, permite determinar con precisión el verdadero punto de partida de este test de razonabilidad, esto es, el derecho administrativo germánico. Finalmente, logra definir de manera precisa el verdadero nombre del test, dada la diversidad de

⁵³ ALFARO CALDERÓN, Esteban (2017). *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica*. Madrid, España. [Libro en línea] Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680766/alfaro_calderon_esteban.pdf?sequence=1&isAllowed=y (p. 217).

términos con los que es conocido.

Asimismo, Ochoa⁵⁴, en su investigación “Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales”, de tipo cualitativa que se basa en dos conceptos básicos: lógico y racional, a través de la técnica de investigación documental o análisis de documentos, en Bogotá D.C, Colombia; señala que se concluye de manera imperativa que es menester la aplicación de la técnica de la proporcionalidad para aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando un instrumento de intervención vulnera los derechos fundamentales, máxime por ser catalogado como un caso difícil, otorgándole los rasgos característicos ya mencionados por tratarse de un control constitucional en caso concreto.

En efecto, en cuanto a esta investigación, facilita el desarrollo del test de proporcionalidad para los casos en concretos. Contribuye al fácil entendimiento de sus etapas, en el que se tiene como norte, la protección de los derechos fundamentales, dado que se produce tal intervención los mismos, que resulta vulneratorio en muchos casos. A través del test, se procura evitar tal situación, y en caso de haberla, sea la mínima necesaria para que la afectación no sea tan impactante para el ciudadano.

Del mismo modo, De Lamo⁵⁵, en su trabajo “La ponderación de los derechos fundamentales en el juzgamiento jurisdiccional”, de tipo histórico-jurídica y jurídico-descriptiva, bajo el modelo de investigación documental, en

⁵⁴ OCHOA SUAREZ, Yenny (2017) Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales. Bogotá D.C, Colombia. [Libro en línea] Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4371/OchoaYenny2017.pdf?sequence=1> (p. 284)

⁵⁵ DE LAMO ARISMENDI, Diego. (2007). *La ponderación de los derechos fundamentales en el juzgamiento jurisdiccional*. Caracas, Venezuela. [Libro en línea] Fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <http://repositorios.unimet.edu.ve/docs/48/ATK230D45A7.pdf> (p. 58)

Caracas, Venezuela, establece que, la ponderación de los derechos fundamentales, en el marco del principio de proporcionalidad, se ha convertido en los últimos años en un principio general del derecho universalmente aceptado. Las viejas concepciones rígidas de los positivistas, aunque tienen un valor indiscutible en la esfera jurídica, han perdido en este aspecto toda su vigencia. La doctrina moderna no sólo ha logrado profundizar hasta la saciedad en el tema de la ponderación, sino que además se han planteado nuevas teorías que no dejan de revolucionar el concepto de derecho.

Lo que deja en evidencia que, actualmente, son diversas las causas que se manejan a través de este sistema de ponderación de derechos. Se valora minuciosamente cada situación en particular, a fin de determinar, cuál derecho puede ser más importante en esa situación en correlación con el otro en conflicto. De allí, que facilite a la investigación, dado que se pretende determinar este sistema para las pruebas ilícitas.

Finalmente, Ghazzaoui⁵⁶, en su investigación titulada “El principio de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa”, en Caracas, Venezuela, señala que el control de la proporcionalidad en sí misma se refiere, fundamentalmente, al proceso de ponderación y a los elementos de argumentación y consiguiente motivación que en el mismo se manifiesten. El análisis detenido de la motivación debería constituir el aspecto principal del control de la ponderación. No es un análisis meramente formal, por el contrario, el resultado del equilibrio en la proporcionalidad contiene la verificación de si algún interés o elemento de la ponderación ha recibido en ella una valoración no proporcionada a su relevancia objetiva.

La misma se relaciona con el objeto de la investigación, por cuanto, el

⁵⁶ GHAZZAOUÏ PIÑA, Ramsis (2012) El principio de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa. Caracas, Venezuela [Libro en línea] Fecha de consulta: 21 de febrero de 2021. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS4553.pdf> (p. 135)

desarrollo del principio de proporcionalidad, implica un mismo modo de respuesta. La consecución de los pasos no debe ser al libre arbitrio, sino, motivado; se deben dar las razones a los administrados de cómo se llegó a tal conclusión y el porqué de la decisión. Así pues, aun cuando la decisión sea más o menos favorable para uno u otro, será a través del análisis lógico y razonado por parte del administrador de justicia.

Es propicio destacar que, aun cuando se procuró, no hubo posibilidad de conseguir antecedentes de tipo regional que permitiesen complementar del modo idóneo este apartado.

1. Definición

Este sistema implica el análisis de sus tres elementos constitutivos por parte del director del proceso, a fin de garantizar la verdad en él y, por consiguiente, una sentencia justa que le dé. No se trata de una operación matemática en sí mismo, sino asignar un determinado valor a un derecho en contraposición con otro y a partir de ahí, verificar cuál tiene más peso. Se deberán analizar minuciosamente, a fin de que la decisión de tutelar uno u otro esté ampliamente motivada.

Señala Ariza Armenta⁵⁷ que ...“Inicialmente, el test ha adoptado varios nombres, como test de proporcionalidad, de razonabilidad, y test de igualdad, cuando se tratará de la verificación de la presunta violación de este derecho”; inicialmente, se puede creer que son términos, pero lo cierto es que, cuando se hace referencia únicamente a ‘test de igualdad’, se está en presencia únicamente de principios relativos al derecho de igualdad.

Asimismo, de acuerdo con Rivers, podemos decir que: “En un sentido amplio, la doctrina de la proporcionalidad se conoce como el conjunto de

⁵⁷ ARMENTA ARIZA, Angélica. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). [Revista en línea]. Fecha de consulta: 21 de febrero de 2021. Disponible: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663/3957> (p. 126)

exigencias o *tests* utilizados para verificar si la restricción a uno o más derechos fundamentales es justificada” (*Apud* Cueva Covarrubias⁵⁸). Trata, entonces, de una operación, no exacta, en donde se aplican los parámetros en él establecidos para realizar la eficiente ponderación de derechos; se verifica, además, si es viable o no, la violación a ese derecho fundamental que pretende menoscabarse como consecuencia de la protección del otro.

Para que proceda este sistema, el conflicto debe producirse entre principios o derechos fundamentales; es decir, ambos se encuentran en el mismo nivel normativo, ya que, cuando se trata de reglas, el conflicto no sucede, siempre va a protegerse la norma constitucional, por encima de una de rango legal. Al respecto, Robert ha señalado que los principios son ...“mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en distintos grados. Y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas” (*Apud* Hernández Díaz y Jiménez Roncancio⁵⁹).

2. Procedimiento a aplicar

El test de proporcionalidad está integrado por tres subprincipios que constituyen la operación lógica que deberá hacerse en cada caso específico; deberán aplicarse de modo sucesivo, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en un sentido restringido.

Al respecto, puede decirse que la *idoneidad* implica una relación entre el medio y el fin. Constituye una medida que pretende la búsqueda de elementos, según el caso en concreto, que sean los adecuados para garantizar el derecho fundamental. Es una posición que pretende mejorar la situación

⁵⁸ CUEVA COVARRUBIAS. *Op.cit.*, (p. 450)

⁵⁹ HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos, JIEMÉNEZ RONCANCIO, Camilo (2017). *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional. Colombia. Universidad Libre*. Primera Edición. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 02 de febrero de 2021. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10901/11473> (p. 82).

Robert⁶⁰ explica esto a través de un caso del Tribunal Constitucional Federal, en el que un peluquero colocó en su puesto de trabajo una máquina de tabaco. Como consecuencia, fue multado, por cuanto la ley exige un permiso que sólo es expendido si se demuestra que se tiene el conocimiento técnico indispensable para ello, factor que debía comprobarse también; en resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional señaló que resulta inconstitucional tener que demostrar esos conocimientos técnicos para la venta de mercancía y que esto incluía a la venta de tabaco, por cuanto limita la libertad de profesión.

En consecuencia, en este caso, hay un conflicto entre dos garantías constitucionales; por un lado, el derecho a la libertad de profesión y por otro lado la protección a los consumidores de tabaco, y que el medio adoptado, vulnera al primer derecho. Entonces, si no se toma en consideración esa medida (el probar los conocimientos técnicos), los dos derechos podrán realizarse.

En otras palabras, tal como menciona Robert⁶¹: “El subprincipio de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos”. Es decir, su uso hace un descarte de qué medios resultarían ofensivos a uno u otro derecho dentro de la controversia en sí; ahí es donde actúa a través del análisis de la idoneidad del medio empleado, se verifica si es procedente tomar la medida respectiva o buscar una solución mucho menos ofensiva. De tratarse, entonces, de una medida que sea contradictoria, este principio procura su exclusión.

El siguiente subprincipio es la *necesidad*, supone que, de entre dos medios disponibles en la confrontación de dos principios, igualmente efectivos en la misma medida, pero que implica una afectación sobre el derecho

⁶⁰ ROBERT, Alexy. (2002) Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 66. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de febrero de 2021. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=368&IDA=25632>

⁶¹ *Ibidem.*, (p. 28)

fundamental afectado por la situación, se debe elegir aquél que sea menos invasivo. Es decir, que la medida tomada al respecto sea la estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el fin que se pretende proteger.

Al respecto, Robert⁶², señala que ...“este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”. Esto es, si habiendo dos o más medios para encontrar una solución al problema o colisión entre los derechos, tendrá que elegirse aquel que sea menos perjudicial, por cuanto no puede hacerse más gravosa la situación sobre ese derecho ya afectado.

El mismo autor usa nuevamente un ejemplo para explicarlo, manteniendo los dos mismos derechos en juego: la libertad de profesión y la protección al consumidor. Se trata esta vez de una prohibición de que circularan en el mercado productos que, aunque contuviesen cacao en polvo, su base también fuese de arroz inflado, por cuanto estos no cumplían con las exigencias a pesar de tener chocolate. La finalidad de esta prohibición que se materializa a través de una ordenanza, con el fin de evitar que los consumidores cayeran en error al hacer sus compras.

El Tribunal Constitucional Federal considera que, en este caso, la medida es idónea; sin embargo, dice que no es necesario el suspender el tráfico, por cuanto hay una medida que es igual de idónea, pero menos invasiva, esto es, el etiquetado de los productos⁶³. Con lo cual, se está cumpliendo con ese deber de marcar los productos, se evita el error; es decir, con una medida menos invasiva o gravosa, se logra la misma solución sin causar un grave perjuicio a la parte afectada. Por supuesto, el examen de estos dos subprincipios no siempre será así de sencillo, lo lógico es que se analice en el caso en concreto, si los medios son idóneos para la resolución de la controversia y al mismo tiempo, si es necesario el empleo de ese medio, y no otro.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

El último criterio, luego de haberse cumplido los pasos anteriores, queda por aplicar el último requisito, denominado *ponderación en sentido estricto*; este subprincipio implica una ponderación, propiamente dicha, entre los beneficios que causa la medida ya escogida, en contraposición a los costos de haber incurrido en la violación al derecho fundamental. Así hecho esto, se llega a la conclusión de que, en cual lado de la balanza se produce el mayor bien en el caso en concreto⁶⁴.

Al respecto, Robert⁶⁵, señala que:

Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

De esta manera se expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación.

El operador jurídico deberá garantizar, entonces, que esa afectación en un derecho fundamental, valga lo suficiente en correlación con el otro derecho fundamental que se pretende satisfacer dentro de la controversia. Para esto, el juez o funcionario deberá hacer una estructuración del subprincipio en el momento de su aplicación, a fin de llegar a una conclusión propicia y conducente. Esto lleva a que la ley de proporcionalidad se divida a su vez en tres pasos; el primero implica definir el grado de la no satisfacción, o en su defecto, de la afectación de uno de los principios en cuestión; subsecuentemente, va a definirse la importancia de la satisfacción que se afectará, o como dice él, 'que juega en sentido contrario'.

En tal sentido, por último, se deberá definir si es justificado no la satisfacción del principio en contrario a la afectación del otro, debe cuestionarse qué es más importante⁶⁶. A estos parámetros en cuestión tendrá que someterse el juez y el funcionario público en un caso de contravención de

⁶⁴ CUEVA COVARRUBIAS, Ignacio. (2012). *Op.cit.*

⁶⁵ ROBERT, Alexy. (2002). *Op. cit.*, (p. 32).

⁶⁶ *Ibídem*.

derechos fundamentales en un mismo proceso, a fin de poder llegar a esa conclusión racional y ponderada que va a ser reflejada dentro de la decisión proferida.

Al respecto, Robert⁶⁷ usa dos ejemplos para ilustrar este sentido estricto de la ponderación y los tres pasos. Pone de manifiesto un caso referido a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la necesidad de advertencias de peligro a la salud; en ella se impuso el deber de las tabaquerías a que colocasen a sus productos una advertencia sobre los peligros a la vida por fumar. Esto es una intervención ligera en el derecho a la libertad de profesión, si lo comparamos con una prohibición de la venta de productos del tabaco.

De allí que diga que es posible determinar la intensidad, o darles un valor a los derechos fundamentales. La intervención es razonada cuando se pone como contrapeso el derecho de la salud de la población, de allí que las razones de intervención al mismo sean de alto nivel; considera entonces que es justo que los ciudadanos sepan las consecuencias por el consumo masivo de estos productos, entre ellos cáncer pulmonar o enfermedades cardiovasculares, según la medicina moderna⁶⁸.

Asimismo, usa otro ejemplo, un poco más complejo comparado con el anterior. En este, trata dos derechos importantes: la libertad de opinión y el derecho a la personalidad. Explica, entonces, que la revista *Titanic*, llamó “asesino nato” e “inválido”, a un oficial parapléjico que logró que volviesen a llamarle a filas para un ejercicio militar; como consecuencia de ello, el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista con una indemnización de 12,000 marcos (que en la actualidad serían alrededor de 7.300 dólares). La revista terminó en instancias constitucionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal realizó una ponderación

⁶⁷ *Ibídem*.

⁶⁸ ROBERT, Alexy. (2009) Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 11 [Revista en línea] Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

en la causa, se coloca en una balanza la libertad de expresión; por un lado, a favor de la revista, y el derecho a la personalidad que tiene el oficial por el otro. De esto, se observó que, en efecto, la condena al pago por conceptos de indemnización era dura, lo que constituía una intervención grave respecto de tal derecho; sobre todo porque impediría a la revista seguir editando y publicando de la forma en que lo ha venido haciendo.

Hasta entonces, estaríamos en una condenatoria pecuniaria que implica exceso, dado que la revista se había referido a otras personas con el término “nato” en diversas ocasiones a modo de sátira; de acuerdo con ello, el Tribunal dice que esta intervención en la libertad de expresión es desproporcionada. Sin embargo, la revista también le llamó “tullido”, y determinó que referirse de esta forma a una persona parapléjica era una humillación, una verdadera falta de respeto, ya que atenta gravemente con su derecho de la personalidad⁶⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal consideró que no hubo ninguna estimación errónea por parte del Tribunal Superior; de hecho, no hubo una desproporción en la ponderación, dado que la humillación pública que hizo la revista en contra del oficial es lo suficientemente grave como para justificar la intervención al derecho de libertad de expresión.

3. Características

Habiendo explicado antes qué es el test de proporcionalidad y como sucede la aplicación de sus tres subprincipios, podemos decir que este:

1. Implica el conflicto entre dos principios o normas fundamentales, consagradas en la constitución, es decir, que se encuentren en el mismo grado.
2. Es una operación que corresponderá quien deba decidir de la controversia, ya sea el juez o un funcionario de la administración pública.
3. Se rige además por tres subprincipios, denominados: idoneidad,

⁶⁹ ROBERT, Alexy. (2002). *Op.cit.*

necesidad y la ponderación en un sentido estricto.

4. Tiene su origen a partir del derecho administrativo germánico y, fue desarrollado posteriormente por el autor alemán ya mencionado.

6. Toma en consideración los dos derechos fundamentales en contraposición, tratando de hacer menos gravosa la situación para el derecho que ya ha sufrido una violación.

7. No se trata de una operación exacta para todos los supuestos, sino un análisis que tome en consideración cuenta la realidad de cada caso en concreto.

8. Permite una defensa efectiva del derecho fundamental violentado, por cuanto se busca emplear el medio menos invasivo.

4. Ventajas

Este sistema supone una novedad para Latinoamérica, considerando que lleva años siendo aplicado en el modelo europeo; por lo cual, su uso ha generado diversos criterios, entre los cuales tenemos, el de Rivers, que señala que...“observa la proporcionalidad como una aproximación estructurada para balancear derechos fundamentales con otros derechos o intereses del mejor modo posible” (*Apud* Cueva Covarrubias⁷⁰). Ya que se propone el análisis del caso en concreto, de allí que el resultado será el adecuado para la situación en específico.

Por otro lado, señala Díaz García⁷¹ que ...“ofrece un procedimiento estandarizado de razonamiento, el que esencialmente consiste en seguir las tareas establecidas para cada una de las reglas”, así como, “es beneficioso para los destinatarios de esas decisiones y, en general, para cualquier observador de las mismas.” Esto, implica un trabajo lógico y motivado por el

⁷⁰ CUEVA COVARRUBIAS. *Op.cit*, (p. 451).

⁷¹ DIAZ GARCÍA, Iván (2012) La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI*. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28319.pdf> (p. 203).

juez y el funcionario, usando sus máximas de experiencias, sus conocimientos y saberes, a fin de procurar los mejores resultados en sus decisiones, sin menoscabar significativamente ya los derechos en contraposición.

A su vez, Sánchez López⁷², señala que

La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

Se trata entonces de un método inclusivo, que valora la situación particular de cada caso para dar una solución adecuada e idónea, que procure afectar lo menor posible los dos derechos ya en controversia. Es un método que, incluso en el paso del tiempo, seguiría adecuándose a las realidades a las que la sociedad cambiante imponga.

5. Críticas

Por supuesto, el test de proporcionalidad no sólo ha causado opiniones positivas, sino que, por el contrario, han ido desarrollándose criterios en contraposición con el mismo, tal es el caso de Cueva Covarrubias⁷³, al considerar que:

La actual estructura del test contribuye a que los derechos queden en buena medida sujetos a un cálculo donde muchas veces prevalece la supuesta primacía de los objetivos estatales que legítimamente se pretenden alcanzar a costa del sacrificio de los derechos fundamentales.

Esto es, se pone en duda el trabajo del juez al ponderar los derechos, favoreciendo la institución del Estado en contraposición a los particulares

⁷² SÁNCHEZ LÓPEZ, Rogelio (2011) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO HERMENÉUTICO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818> (p. 1).

⁷³ CUEVA COVARRUBIAS, Ignacio. (2012) *Op.cit.*, (p, 474).

afectados; con lo cual, siguiendo este punto, estaríamos en presencia de una estructura que garantiza los intereses del Estado y no de los administrados.

Por otro lado, señala Sánchez López⁷⁴, que

Es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto.

Es decir, el test de proporcionalidad puede llegar a tornarse engorroso, por cuanto, en cada caso, se debe hacer la operación correspondiente; de allí, que no de una instrucción clara de cuando un principio va por encima de otro, cuando se hace presente esa contraposición de intereses fundamentales. Es una gran responsabilidad del juez la de poner en práctica el test, dado que él será quien materialice la aplicación de los subprincipios en las situaciones particulares que se le presenten.

Finalmente, puede decirse entonces que, el test de proporcionalidad, en cierta parte de Europa, en sí mismo, no constituye una novedad. Nace en el derecho administrativo germánico, precisamente para regular situaciones en donde los principios constitucionales chocan o coliden entre sí, por lo que es precisamente el Estado, quien, en la búsqueda del equilibrio y protección de los derechos fundamentales, propende a la aplicación del test, buscando soluciones que impliquen la menor injerencia posible.

⁷⁴ SÁNCHEZ LÓPEZ, Rogelio. *Op.cit.*, (p. 333).

CAPÍTULO IV

CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ACERCA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Antecedentes

Hecha la búsqueda a través de los diferentes repositorios, no fue posible encontrar trabajos relacionados con el objetivo desarrollado en el presente capítulo.

1. Análisis jurisprudencial

En el contexto jurisprudencia, el criterio suele ser único, razonable y congruente entre los distintos jueces de la República. Al respecto, se pretende hacer una recopilación de criterios que ha tenido a lo largo de los años el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional, precisamente sobre la ilicitud de las pruebas y los diversos sistemas que la han regulado, que, definitivamente es amplio. Así, podemos señalar la sentencia N° 1768, de fecha 23 de noviembre de 2011, que menciona lo siguiente:

El régimen garantista establecido en la legislación penal adjetiva venezolana, comporta un régimen probatorio que aun cuando contiene el sistema de la libertad de pruebas, deben ser pertinentes, necesarias, obtenidas lícitamente, y ser incorporadas al proceso de acuerdo a (sic) las formas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, lo que permite afirmar que, las pruebas obtenidas e incorporadas al proceso sustrayéndose de las reglas previstas al respecto, en los artículos 197 y siguientes de dicha legislación procesal, no podrán ser apreciadas dentro del proceso⁷⁵.

Cabe resalta, que esta decisión es ratificada un año antes de que

⁷⁵ Tribunal Supremo de Justicia (2011). Sentencia N° 1.768, de la Sala Constitucional, de fecha de 23 de noviembre de 2011. Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/alvaro-luis-escalona-robriel-segundo-ramos-335159798>

entrarse en vigencia la última reforma realizada al Código Orgánico Procesal Penal⁷⁶; sin embargo, ese Artículo 197 al que se hace referencia en el criterio de la Sala, su contenido se encuentra ahora en el Artículo 181, ya antes citado. Es propicio decir, además, que en efecto esta sentencia hace referencia a las pruebas ilícitas, y como estas deberán desecharse; en relación con esto, puede decirse que, cuando se resuelve sobre la admisibilidad de un medio de prueba, o que la misma sea valorada, aun cuando sea obtenida a través de violación a los principios de legalidad, lo idóneo, es la exclusión de estas, a fin de garantizar la integridad del proceso y los derechos de la contra parte.

Esto claramente, en determinadas circunstancias, podría originar la impunidad; sin embargo, parece que la Sala opta por este hecho, cuando hay en juego otros intereses más importantes que la pena. Parece contradictorio, si lo que se busca es la verdad procesal para poder garantizar la seguridad jurídica al resto de los ciudadanos. Es un deber del Estado castigar o reprender a aquel que atente contra la sociedad.

Visto esto, establece la misma Sala, en sentencia anterior, con fecha 14 de febrero de 2002, N° 256, ...“si existen formas procesales predeterminadas para la obtención de una prueba y éstas se violan, las pruebas, como medios obtenidos por el infractor, obviando las formas, son nulas (Artículo 49.1 constitucional)” (*Apud* Chacín González⁷⁷). Hace una clara referencia a aquellas pruebas que, en sí, se obtienen con la violación de las normas procesales, de tal forma, estas tienen un vicio que puede o no, ser subsanado.

La Sala en el extracto de esta sentencia, no hace una clara referencia a la ilicitud, no hace mención a la violación de derechos fundamentales, que

⁷⁶ ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2012) **Código Orgánico Procesal Penal**. Gaceta oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009. Gaceta extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012

⁷⁷ CHACÍN GONZALES, Rómulo (2018). Las excepciones a las exclusiones probatorias en el proceso penal venezolano. *Revista de la Facultad de Derecho*. N. 72. [Revista en línea] Fecha de consulta: 03 de marzo de 2021. Disponible en: <http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/article/view/4142> (p. 16)

es, en esencia, lo que constituye la ilicitud de la prueba en un sentido estricto; en todo caso, se trata entonces de una prueba nula y que, dependiendo del caso, será o no subsanada o convalidada. Aun así, es justo decir que las pruebas ilícitas, como se ve, según lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal⁷⁸, se tratarán bajo el sistema de nulidad, sólo que el vicio que las constituye, es imposible de subsanar, dada la violación a los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Por otra parte, a pesar de este sistema que se ha establecido sobre la nulidad de las pruebas ilícitas y su inutilizabilidad en el proceso, es propicio decir que, el test de proporcionalidad no es una novedad dentro del criterio del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, ha señalado la Sala Constitucional, en el fallo n° 1013, con fecha de 12 junio de 2001 (*Apud* Chacín González⁷⁹), que

El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información. El derecho a la información es un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación; de allí que, en el choque de este derecho con otros de raíz constitucional, el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cuál debe prevalecer.

Por cuanto, es justo que, en caso de choque de derechos fundamentales, se tengan en consideración los parámetros ya señalados anteriormente, a fin de que se puedan garantizar en cierta medida, los dos, o que, en su caso, se tome la decisión que interfiera lo menos posible en su disfrute. A su vez, podemos hacer referencia a la sentencia N° 379 de la misma

⁷⁸ ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2012) **Código Orgánico Procesal Penal**. Gaceta oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009. Gaceta extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012.

⁷⁹ *Ibídem*, (p. 45)

Sala Constitucional, con fecha 7 de marzo de 2007, que señala lo siguiente:

Se debe destacar que no sólo la norma infraconstitucional debe adecuar su contenido al texto expreso de la norma constitucional, sino a la intención o el valor de justicia contenido en los principios constitucionales y, en los prenombrados valores constitucionales, y que le dan valor y respeto del Estado de Derecho, razón por la cual, debe establecerse con rotundidad que toda actividad del Estado debe ceñirse a un examen de razonabilidad y proporcionalidad para determinar su adecuación al Texto Constitucional.

En este sentido, a los simples efectos ilustrativos debe esta Sala Constitucional desarrollar tal avance jurisprudencial, que ha sido producto de gran parte de los Tribunales Constitucionales, en cuanto al análisis y proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado, lo cual como bien se ha venido explicitando se centra en el presente caso, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción de arresto sustitutiva por el no pago de la multa interpuesta⁸⁰.

La Sala hace un reconocimiento a la existencia de este nuevo método para ponderar derechos humanos en contraposición durante algún litigio y que ya ha perdido novedad dentro del sistema europeo. Al respecto, hace, además, una explicación suficiente para ello:

Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera tuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto B.P., quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó:

En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

1. Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

⁸⁰ Tribunal Supremo de Justicia (2007). Sentencia N° 379, de la Sala Constitucional, de fecha 07 de marzo de 2007. Fecha de consulta 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/representaciones-piel-dorio-283334815>

2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad. (Vid. B.P., Carlos; “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, CEPC, 2005, p. 37 y 38)⁸¹.

Para explicar en qué consiste este test de proporcionalidad, la Sala Constitucional hace alusión a lo dicho por el autor citado en la sentencia, respecto de este sistema de ponderación. Lo que lleva a decir que, aun cuando no se ha aplicado en ningún caso para las pruebas ilícitas, se reconoce la existencia del test de proporcionalidad para los conflictos de derechos fundamentales en controversia; esto, entonces, hace que no se descarte la posibilidad de que, eventualmente, estas puedan valorarse en algún momento a través de este sistema.

No solo se trata además de su reconocimiento como principio, sino que hace énfasis en el desarrollo del mismo. Establece los tres subprincipios que se tendrán que tomar en consideración cada vez que haya un conflicto entre derechos fundamentales, o como los ha denominado la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su articulado, los derechos personales. Al respecto, también menciona la misma Sala, en su sentencia N° 272, en fecha del 15 de febrero de 2007, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán (*Apud* De Lamo Arismendi⁸²), que:

La ponderación de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto adquiere una dimensión real en el ámbito del juzgamiento de los derechos constitucionales en conflicto, recayendo en el juez la

⁸¹ *Ibídem*.

⁸² DE LAMO ARISMENDI, Diego (2007) *Supra.*, (p. 59).

responsabilidad de ponderar los aludidos bienes jurídicos, y de aquilatar la efectividad de la medida positiva de protección.

Las facultades del juez en los procesos han ido ampliándose considerablemente; se le ha ido dotando de mayores mecanismos para propender la finalidad del proceso en la realidad. Esta magistrada hace referencia a que será el juez la persona que deba realizar este análisis; lo faculta a él, como director del proceso, para que use esta ponderación para la protección de los bienes jurídicos lesionados, ya que será él quien dicte la decisión.

Al respecto, la Sentencia N° 344 de la Sala Constitucional, en fecha 24 de febrero de 2006, con ponencia del magistrado Cabrera Romero⁸³, trae a colación una sentencia del 2001, con lo que ratifica su criterio al respecto, cuando establece que ...“el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cuál debe prevalecer”.

Será entonces una obligación del juez, ponderar los derechos en conflictos para la resolución del problema. La proporcionalidad y la razonabilidad son nombres sinónimos que se le han ido dando al test, por cuanto lleva a un análisis que sea lógico y razonable; estos dos se diferencian con el ‘test de igualdad’, término que ya se dijo que no corresponde a un sinónimo, por cuanto la controversia tratada en su uso, implicaría sólo conflictos entre derechos de igualdad.

Es preciso decir para concluir que, aun cuando el criterio de la Sala ha sido firme, sobre todo en relación a las pruebas ilícitas, el señalamiento al test de proporcionalidad y sus tres subprincipios, no descarta la posibilidad de una futura inclusión en el ordenamiento jurídico, tal como han hecho otros países.

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia (2006). Sentencia N° 344, de la Sala Constitucional, de fecha 24 de febrero de 2006. Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/-283356291>

Tal y como se plantea, el test es funcional en el choque o colisión de derechos fundamentales; la misma situación debería ser posible cuando se contrapongan derechos del mismo rango constitucional, sólo que desde el punto de vista del derecho probatorio.

Bases Legales

A fin de garantizar que las actuaciones procesales sean realizadas de modo que no se violen los derechos de cada una de las partes, establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁸⁴, en su artículo 49, la nulidad de las pruebas que obtengan violentando el debido proceso, por cual podemos entender por este, que es un derecho compuesto por una serie de garantías que orientan cualquier juicio. Reza el mismo lo siguiente:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

(omissis)

Del mismo puede destacarse, que esas pruebas que violen las normas adjetivas serán nulas; por tanto, no entrarán al acervo probatorio. Las violaciones al debido proceso, como aquel garante de la actividad procesal, harán nacer la ilicitud en medio probatorio; volvemos entonces a la diferenciación con una prueba ilegal, que es aquella prohibida por el legislador, mientras que la prueba ilícita perfectamente puede ser legal, pero es su atentado a los principios constitucionales. Al respecto, este primer numeral nos orienta al sistema de apreciación de las pruebas ilícitas; deja en claro que

⁸⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999/2009. *Op.cit.*

Venezuela se encuentra en un sistema de influencia romana, en el que se declara la nulidad absoluta de las pruebas, lo que conlleva a que no se encuentre manera de subsanar el vicio.

En la tónica de la orden constitucional, el Código Orgánico Procesal Penal⁸⁵, establece al respecto una explicación aún más evidente de ese sistema, acercándose a la consideración italiana sobre la *inutilizabilidad*. Al respecto:

Artículo 181. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código. No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.

Se establece aquí la razón por la que las pruebas van a dejar de utilizarse dentro del procedimiento penal; el legislador da una serie de posibles situaciones con las que podría atentarse contra los derechos fundamentales, pero deja abierto a que existan otros medios que puedan atentar contra los mismos. Además de ello, hace referencia a como esa ilicitud puede terminar extendiéndose de otro modo; por tanto, ni siquiera las pruebas que deriven indirectamente de esas pruebas ilícitas, se admitirán en el acervo probatorio, se consagra así la teoría del fruto del árbol envenenado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo la ilicitud a cualquier prueba que nazca de ella

Muy por el contrario, el Código de Procedimiento Civil⁸⁶, no da una negativa tan amplia, de acuerdo con siguiente artículo:

Artículo 395. Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de

⁸⁵ ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2012) **Código Orgánico Procesal Penal**. Gaceta oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009. Gaceta extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012.

⁸⁶ Código Civil (1982) *Op. cit.*

la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Las probabilidades de que los ciudadanos obtengan pruebas ilícitas son mucho más bajas, que de parte de los órganos de investigación que participan en el curso del proceso penal, he ahí la razón en la diferencia. Aun así, señalan en correlación con el Artículo 49 de la CRBV (1999/2009), que se podrá usar cualquier medio probatorio, mientras que no esté en contravención con otras normas de la república. Mientras no esté prohibido, se podrá usar cualquier medio probatorio.

A partir de este artículo, las disposiciones restantes son más vagas, claro ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁸⁷, que señala lo siguiente

Artículo 58. Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.

Las normas de estas leyes mencionadas se usarán de modo subsidiario, ya que en ellos se establecen las pruebas que pueden usarse en el curso del proceso; aun así, son sólo normas que establecen la nulidad de estas pruebas ilícitas, pero de una manera más vaga o superficial en correlación con el Código De Procedimiento Penal. El Código Orgánico Tributario⁸⁸ no escapa de este mismo sistema, aunque no pone una ley de referencia, sino que va más allá:

Artículo 166. Podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción del juramento y de la

⁸⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1981/1997). **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Gaceta Oficial N° 2.818, Extraordinaria de fecha 1 de junio 1981. Gaceta Oficial N° 36.199, de fecha 6 de mayo de 1997.

⁸⁸ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2020) **Código Orgánico Tributario**. Gaceta Oficial N° 6.507, de fecha 29 de enero de 2020.

confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la Administración.

Salvo prueba en contrario, se presumen ciertos los hechos u omisiones conocidos por las autoridades fiscales extranjeras.

Se trata de un artículo un poco más vago, que, en efecto, no se somete a los viejos códigos; da oportunidad a que se puedan presentar medios de pruebas que, con el derecho cambiante, puedan ser perfectamente válidos con el trascurso del tiempo. Da un claro ejemplo, además, de lo que se trata una prueba prohibida, ya que el legislador contempla dos pruebas que, cuando cumplan con el supuesto allí establecido, no podrán promoverse para ser incluidas en el acervo probatorio.

Acerca del tema de la ponderación, no es mucho lo que establece el ordenamiento jurídico; sin embargo, dentro del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana⁸⁹, hay dos directrices para los mismos con respecto a su forma de proceder como administradores de justicia en nombre de la República.

Artículo 3. Los órganos con competencia disciplinaria garantizarán el debido proceso, así como los principios de legalidad, oralidad, publicidad, igualdad, imparcialidad, contradicción, economía procesal, eficacia, celeridad, proporcionalidad, adecuación, concentración, inmediación, idoneidad, excelencia e integridad.

(omissis)

Artículo 8. Las sentencias y demás decisiones de los jueces y las juezas se justifican por su sujeción a la Constitución de la República y al ordenamiento jurídico, su razonabilidad y fiel reflejo de la verdad y la justicia, por lo que no podrán ser afectadas por injerencias político partidistas, económicas, sociales u otras, ni por influencias o presiones de los medios de comunicación social, de la opinión pública o de otra índole. El fiel cumplimiento de estos deberes serán motivo de evaluación de la idoneidad y excelencia del juez o la jueza en cada caso.

Sin embargo, por mandato legal, en las decisiones emanadas de los

⁸⁹ ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2009) **Código de Ética para el Juez Venezolano y la Jueza Venezolana**. Gaceta Oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009.

mismos se deberá tener en cuenta la proporcionalidad; esto es, que la medida tomada sea la adecuada o la idónea en el curso del proceso. Para alcanzar esto, también tendrán que tomar en cuenta esa razonabilidad, razón que trae a colación este el Artículo 8 del CEDJYJV; cada decisión de los jueces deberá ser idónea, precisa y conducen a la verdad, pero también atendiendo a estas orientaciones que servirán para evaluar su actividad competente en la administración de justicia.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Al dar por terminada la investigación que se ha desarrollado acerca de la ilicitud de las pruebas, puede concluirse lo siguiente:

En el objetivo donde se planteó definir en qué consisten las pruebas ilícitas y las derivadas de la misma, cuál es su naturaleza jurídica, extensión, características, además de exponer cuales son los diversos sistemas procesales que regulan su problemática y las razones de su ilicitud, se concluye que para considerar que una prueba es ilícita, esta debe implicar una afectación a un derecho fundamental; su obtención es en contravención a esos DDHH, como la privacidad, la inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones, el honor, la intimidad, incluso, la propia imagen. Y esa misma ilicitud, en determinados casos, puede extenderse a otras pruebas que han sido obtenidas de forma lícita, porque de algún modo, derivan de una prueba ilícita; esto último es lo que se conoce como teoría del fruto del árbol envenenado o efecto reflejo.

Asimismo, que las pruebas ilícitas se caracterizan porque ellas en sí mismas, constituyen la violación a un derecho fundamental consagrado en el texto constitucional, y esa ilicitud puede ser producto de su obtención, su formación, su utilización o en el objeto en sí mismo. Sin embargo, la razón de su controversia en cuanto a la forma de tratarla, es que por lo general, a través de ella se llega a realidades que las pruebas permitidas en el acervo probatorio, no son capaces de alcanzar; de modo que, aun cuando se consagre la libertad probatoria, estas no siempre entran al proceso a dar certeza al juez para decidir.

También se concluye que, es debido a esto, que en el derecho

comparado existen tres distintos modos de tratarlas; la regla de exclusión en el que, en principio, estas pruebas van a ser excluidas, aunque como toda regla consagra excepciones. También existe el sistema de las nulidades, por lo que toda prueba ilícita contiene un vicio insubsanable que la hace nula y no puede incluirse en el proceso; y por último el test de la proporcionalidad, que implica ponderar los derechos en conflicto, es decir, el que se pretende proteger a través de la administración de justicia y el que se menoscaba con la prueba ilícita.

Del mismo modo, respecto al objetivo dirigido a determinar en qué consiste el *balancing test*, estableciendo conceptos, características, y procedimiento para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico, se concluyó que a pesar de que se le ha dado diversos nombres, es mayormente reconocido como test de proporcionalidad o razonabilidad, por cuanto implica un análisis lógico. Se le considera una operación que deberá realizar el juez cada vez que se produzca un choque de principios constitucionales, dado que los parámetros que lo componen se aplican de forma sucesiva; aun así, no se trata de una ecuación matemática exacta, ya que toma en consideración el caso en concreto para determinar la solución.

El operador de justicia será entonces el encargado de llevar a cabo este análisis, por lo que deberá trabajar la ponderación de acuerdo con los tres subprincipios que lo componen: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad exige una relación entre el medio y el fin; es decir, que, si se limita un derecho frente a otro, es porque en el caso en concreto, es más adecuado actuar de ese modo que de otro. También puede verse desde un punto de vista negativo, por cuanto, al aplicar el subprincipio de idoneidad, se descartan medidas que puedan ser más invasivas respecto de otras en uno o ambos DDHH en conflicto.

Realizado este primer paso, subsecuentemente se procede al criterio

de la necesidad. En este subprincipio sucede que, el juez, deberá tomar en consideración las medidas escogidas, todas igual de idóneas, pero que en el caso en concreto, sea la necesaria; el juez deberá cuestionarse si es necesario el empleo de ese medio, y no de otro. Lo que se pretende entonces es, señalar que la injerencia o menoscabo en un derecho fundamental es, en la situación específica, necesaria para poder proteger el otro derecho fundamental, o que, la medida adoptada es la necesaria en ese caso.

Por último, ese tercer subprincipio denominado ponderación en sentido estricto, requiere que se determine que la afectación de uno de los derechos fundamentales, realmente valga la pena en correlación con el otro derecho fundamental que se pretende satisfacer. Él, deberá tomar en cuenta el grado de afectación de un principio sobre el otro, pero también el grado de satisfacción de un derecho sobre el otro y por último, si esa afectación realmente es justificada. La serie de pasos que debe realizar el juez, van a llevarlo a tomar la decisión ponderada y racional en el caso en concreto.

Es justo decir que, para su procedencia, hay que tener en claro, que el conflicto debe producirse, necesariamente, entre dos derechos fundamentales; es decir, dos derechos consagrados en el texto constitucional, que se encuentren en el mismo grado o nivel normativo. Si se trata de conflictos entre principios y reglas, no es propia la aplicación del test, debido a que siempre se tendrá por encima al principio constitucional. La colisión debe ser entre esos DDHH que el Estado ha consagrado en la constitución, que son inherentes a todos por la condición de persona y que entran en el patrimonio jurídico de todos los ciudadanos.

Como todo, tiene puntos de vistas diverso, pero se llega a la conclusión de que es un método adecuado, propicio y perdurable en el tiempo, que se puede adecuar a las realidades de la sociedad, por cuanto, que valora la situación particular de cada caso para dar una solución acertada, que procure afectar lo menor posible los dos derechos ya en controversia.

Del mismo modo, en relación con tercer objetivo, en el que se procuró

analizar el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acerca de las pruebas ilícitas y el test de proporcionalidad, es propio decir que, la Sala mantiene su criterio sobre la protección de las garantías y formas procesales consagradas de modo integro; es ratificado entonces el sistema de las nulidades, porque cualquier prueba que viole o menoscabe principios fundamentales, e incluso, los principios referidos a la legalidad, no tendrá ningún tipo de valor, ya que se pretende proteger a su vez, los derechos de la contra parte. Es un criterio que puede generar impunidad en algunos casos, pero la Sala es estricta al considerar que, en la contienda procesal, hay intereses en juego que son más relevantes que la imposición de penas.

Y, aunque se declare la inutilizabilidad de esas pruebas ilícitas inmediatamente, la misma Sala si se ha manifestado acerca del test de proporcionalidad; no para la inclusión de pruebas, pero si para el choque de derechos fundamentales, por lo que no se descarta la posibilidad de que pueda darse la aplicación del test en algún momento como un método preciso para la valoración de pruebas, en lugar de proceder a la declaratoria de nulidad de forma inmediata.

Por último, al tomar en cuenta el objetivo general, en el que se propende establecer cómo se aplica el test de proporcionalidad como nuevo método de apreciación de la teoría del fruto del árbol envenenado y las pruebas ilícitas dentro de los procedimientos del ordenamiento jurídico venezolano, cabe señalar que es responsabilidad de los legisladores hacer el desarrollo de dicho método de manera más detallada. Sin embargo, puede decirse, que el test se aplicaría de la misma manera en que lo propone Robert Alexy, dado que la controversia entre un derecho humano y otro existe; la diferencia es que, ya no será en el debate principal, sino que la aplicación del test sería para determinar si entra o no, una prueba ilícita o un fruto envenenado, al acervo probatorio.

Como se dijo anteriormente, corresponde al administrador de justicia

hacer este análisis, en el caso en concreto; será en un periodo de tiempo reducido, atendiendo a los lapsos establecidos en cada procedimiento para la admisión de las pruebas. Esto, sin importar si es de carácter administrativo o contencioso.

Por tanto, el test de proporcionalidad podría funcionar en dos sentidos: para decidir la controversia principal, como se ha ido utilizando en la jurisprudencia venezolana, precisamente cuando exista colisión de un derecho fundamental con otro de su misma jerarquía, por un lado; y por otro, de manera accesoria, cuando en el lapso probatorio, se intente promover un medio de prueba que atente contra los derechos fundamentales de la contraparte. Allí, en lugar de excluirla, se procederá a ponderar entre el derecho que se pretende tutelar en el procedimiento principal y el derecho que se lesiona con la admisión de la prueba ilícita o fruto envenenado en cuestión.

Recomendaciones

Del mismo modo, al tenor de las conclusiones plateadas anteriormente, se puede recomendar que:

El sistema que sigue Venezuela para las pruebas ilícitas, claramente, es de influencia italiana, ya que la nulidad se declara nada más estas pruebas incumplan una garantía procesal, tal como establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999/2009). Si se sigue la diferenciación de las pruebas ilícitas expuesta en este trabajo, bajo este supuesto, se está en presencia realmente de una prueba nula o viciada, que, en sí, su defecto, puede ser subsanado o no, dado que depende de la magnitud del vicio; el verdadero artículo que hace alusión a las pruebas ilícitas, se encuentra establecido en el Código Orgánico Procesal Penal.

Por tanto, se recomienda a los legisladores establecer un concepto de prueba ilícita en un sentido más restringido, a fin de evitar posibles

confusiones, dado que los términos no pueden usarse erróneamente como sinónimos. Es decir, delimitar que la ilicitud deviene es porque ella constituye un atropello o violación a los derechos fundamentales de los ciudadanos. El mismo artículo deberá encontrarse en las disposiciones constitucionales, a fin de que, sea un orientador para todos los demás procesos y no exclusivo del sistema penal.

De lo concluido con el segundo objetivo de esta investigación, luego del análisis sobre el test de proporcionalidad, es propicio decir que, en correlación con los otros sistemas de valoración para el tipo de pruebas referidas en esta investigación, es mucho más eficaz y eficiente. Sin embargo, es evidente que, aun cuando constituye un mejor método para su apreciación, no ha sido utilizado con frecuencia en el acervo probatorio; de allí que entonces, se recomiende que, en la medida en que sea posible, en todos los procesos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, sea utilizado, ya por el juez o por el funcionario administrativo que deba decidir en el caso correspondiente.

A tal efecto, claramente, se tendrá que hacer el análisis exhaustivo para la aplicación lógica de sus tres subprincipios, pero desde el punto de vista de la actividad probatoria; de ese modo, no se sacrificará la justicia directamente, sino que se da la posibilidad de que esta prueba pueda entrar o no al proceso, luego de determinar qué pesa más, si el derecho en la controversia o el derecho afectado por la prueba ilícita.

Del mismo modo, de lo concluido a partir del análisis de las sentencias Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala Constitucional, es firme en el criterio de la inutilizabilidad. Sin embargo, al hacer esto, se deja entrever que, estamos en un sistema en el que el fin único, no es la imposición de la pena. La protección de las garantías procesales es lo principal en cada procedimiento; de allí entonces, que la recomendación sea verificar si el uso

del test de proporcionalidad en la apreciación de las pruebas, podría constituir un mejor método de valoración que asegure el cumplimiento de protección a los derechos de los ciudadanos, sin dejar de tener por norte, que en cualquier proceso, lo que se busca es el desentrañar la verdad a fin de impartir una correcta justicia.

REFERENCIAS

ALFARO CALDERÓN, Esteban (2017). *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica*. Madrid, España. [Libro en línea] Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680766/alfaro_calderon_esteban.pdf?sequence=1&isAllowed=y

AMORES VARGAS, Hugo. (1999) *La prueba ilícita en el proceso penal*. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 20 de marzo de 2020. Disponible en: <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1318/1/19368.pdf>

ARMENTA ARIZA, Angélica. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). [Revista en línea]. Fecha de consulta: 21 de febrero de 2021. Disponible: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663/3957>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999. Gaceta oficial N° 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2020) **Código Orgánico Tributario**. Gaceta Oficial N° 6.507, de fecha 29 de enero de 2020.

ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2009) **Código de Ética para el Juez Venezolano y la Jueza Venezolana**. Gaceta Oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009.

ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA. (2012) **Código Orgánico Procesal Penal**. Gaceta oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009. Gaceta extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012.

CABRERA ROMERO, Jesús. (2012) *La prueba ilegítima por inconstitucionalidad*. Venezuela. Editorial Melvin, C.A.

CAMINOS A., Pedro (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva

garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Núm. 13. [Revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65/47>

CARRIO, Alejandro (1994) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3° Edición. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L. 1994. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.academia.edu/28436018/GARANTIAS_CONSTITUCIONALES_EN_EL_PROCESO_PENAL_ALEJANDRO_CARRIO.pdf

CAYAMBE BADILLO, Roberto (2018) *La exclusión de medios de prueba en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Estudio de casos de la unidad judicial multicompetente de los cantones Cumanda y Pallatanga, provincia de Chimborazo*. [Libro en línea], fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3009/1/TESIS.APROB..pdf>

CHACÍN GONZALES, Rómulo (2018). Las excepciones a las exclusiones probatorias en el proceso penal venezolano. *Revista de la Facultad de Derecho*. N. 72. [Revista en línea] Fecha de consulta: 03 de marzo de 2021. Disponible en: <http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/article/view/4142>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (1982) **Código Civil**. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria, de fecha 26 de Julio de 1982

CONGRESO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1981/1997). **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Gaceta Oficial N° 2.818, Extraordinaria de fecha 1 de junio 1981. Gaceta Oficial N° 36.199, de fecha 6 de mayo de 1997.

CORTÉS, Carlos (2008) *Alcance de la libre apreciación de la prueba como sistema de valoración probatoria en el proceso penal venezolano*. [Libro en línea]. Fecha de la consulta: 19 de febrero de 2021. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR3056.pdf>

CORTÉS CORTÉS, Manuel, IGLESIAS LEÓN, Miriam. (2004). *Generalidades sobre Metodología de la Investigación*. Primera Edición. Universidad

Autónoma del Carmen. México. [Libro en línea] Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.ucipfg.com/Repositorio/MIA/MIA-12/Doc/metodologia_investigacion.pdf

CUEVAS COVARRUBIAS, Ignacio. (2012) “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39. Núm. 2. Santiago. [Revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4060391>

DE LAMO ARISMENDI, Diego. (2007). *La ponderación de los derechos fundamentales en el juzgamiento jurisdiccional* [Libro en línea] Fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <http://repositorios.unimet.edu.ve/docs/48/ATK230D45A7.pdf>

DÍAZ GARCÍA, Iván (2012) La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI*. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28319.pdf>

Estados Unidos de Norteamérica. Congreso de los Estados Unidos. Enmienda a la Constitución. Numero IV. 15 de octubre de 1791.

Estados Unidos de Norteamérica. Congreso de los Estados Unidos. Enmienda a la Constitución. Numero V. 15 de octubre de 1791.

FREITEZ, Vladimir (2009) *Las incidencias de la prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. [Libro en línea] Fecha de consulta: 24 de febrero de 2021. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7399.pdf>

FUEYO V, Camino. (2005) “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Edición 11. Montevideo. [Revista en línea] Fecha de consulta: 20 de enero de 2021. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>

GALLARDO FIDALGO, Carlos. (2003) “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los estados unidos de américa”. *Tribunales de Justicia*. Núm. 5. [Revista en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en:

file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Prueb%20ilicita%20Carlos%20Fidalgo%20Gallardo.pdf

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2012) *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*. [Libro en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita

GASCON ABELLAN, Marina, NOGUIRA ALCALÁ, Humberto, GIACOMETTE FERRER, Ana, et al. (2012) "En defensa de la regla de exclusión". *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional*. Primera. Edición. Bogotá D.C. Editorial Scripto Ltda [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: https://books.google.co.ve/books?id=GF_HiWYXSQC&pg=PP1&lpg=PP1&dq=Reflexiones+en+torno+al+Derecho+Procesal+Constitucional+marina+gascon&source=bl&ots=Vxfj8eupLQ&sig=ACfU3U2LmrL8mUqAQzd81eFCq_gorN-nTg&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwi3rdfIzKroAhWPd98KHVpODmMQ6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=Reflexiones%20en%20torno%20al%20Derecho%20Procesal%20Constitucional%20marina%20gascon&f=false

GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis (2012). *El principio de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa*. Caracas, Venezuela [Libro en línea] Fecha de consulta: 21 de febrero de 2021. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS4553.pdf>

GÓMEZ BASTAR, Sergio. (2012) *Metodología de la Investigación*. Primera edición. Red Tercer Milenio. [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021. Disponible en: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/Axiologicas/Metodologia_de_la_investigacion.pdf

GUTIÉRREZ MOYA, Carlos, AGULAR BREVIS, Alejandro. (2002). "La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales". *La Revista de Derecho: Derecho - Sociedad-Cultura*. Núm. 3. Santiago [Revista en línea] Fecha de consulta: 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf>

HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos, JIEMÉNEZ RONCANCIO, Camilo (2017). *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*. Colombia. Universidad Libre. Primera Edición. [Libro en Línea] Fecha de consulta: 02 de febrero de 2021. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10901/11473>

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar (2014) *Metodología de la investigación*. Sexta edición. McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. México D.F. [Libro en línea] Fecha de consulta: 25 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>

HUERTAS DÍAZ, Omar. PRIETO MORENO, Johanna. JIMENEZ RODRIGUEZ, Nayibe. (2015) “La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano”. *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Núm. 9, [Revista en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.revistamisionjuridica.com/la-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano/>

IBARRA SUÁREZ, Karina. (2017). Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti - miti. *Revista Verba Iuris*, 12(38) [Revista en línea] Fecha de consulta: 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1071/828>

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2003) “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. *Jueces para la democracia*. Núm. 47. [Revista en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Exclusio n%20de%20la%20prueba%20ilicita.%20Manuel%20Miranda.pdf

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2010) “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Núm. 22. [Revista en línea] Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021. Disponible en: file:///C:/Users/anton_000/Downloads/Linea%20de%20Investigacion/Prueba %20ilicita%20Manuel%20Miranda%20Estrampes..pdf

MOYA GUTIÉRREZ, Carlos. BREVIS AGUILAR, Alejandro. (2002) “La prueba ilícita: las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales.” *La revista de Derecho: Derecho – Sociedad – Cultura*. N° 3. [Revista en Línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf>

MURUA, S. Gonzalo (2014) *La Prueba Ilícita en el procedimiento Penal. La Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado (Exclusiones Probatorias) Excepciones*. Córdoba [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12132>

OCHOA SUAREZ, Yenny (2017) *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*. Bogotá D.C, Colombia. [Libro en línea] Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4371/OchoaYenny2017.pdf?sequence=1>

PARRA QUIJANO, Jairo. (2007) *Manual de derecho probatorio*. Décimo Sexta Edición. Bogotá D.C. Librería Ediciones del Profesional LTD. [Libro en línea] Fecha de consulta: 21 de enero de 2021. Disponible en: [https://www.academia.edu/36508778/Manual de Derecho Probatorio - Jairo Parra Quijano](https://www.academia.edu/36508778/Manual_de_Derecho_Probatorio_-_Jairo_Parra_Quijano)

ROBERT, Alexy. (2002) Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 66. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de febrero de 2021. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=368&IDA=25632>

ROBERT, Alexy. (2009) Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 11 [Revista en línea] Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

ROBLEDO MÉRIDA, Cesar (2006). *Técnicas y Proceso de Investigación*. Unidad didáctica de investigación. Universidad de San Carlos de Guatemala. [Libro en línea] Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021. Disponible en: <https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/fichas-de-trabajo.pdf>

Tribunal Supremo de Justicia (2006). Sentencia N° 344, de la Sala Constitucional, de fecha de 24 de febrero de 2006. Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/-283356291>

Tribunal Supremo de Justicia (2007). Sentencia N° 379, de la Sala Constitucional, de fecha 07 de marzo de 2007. Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/representaciones-piel-dorio-283334815>

Tribunal Supremo de Justicia (2011). Sentencia N° 1.768, de la Sala Constitucional, de fecha 23 de noviembre de 2011. Fecha de consulta: 04 de marzo de 2021. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/alvaro-luis-escalona-robriel-segundo-ramos-335159798>

SÁNCHEZ LÓPEZ, Rogelio (2011) *El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional*. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. [Revista en línea] Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>

VALCONI LIZARDO, Tahinachahrazad (2011) *La prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. [Libro en línea]. Fecha de la consulta: 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://docplayer.es/64893372-La-prueba-ilicita-en-el-proceso-penal-venezolano.html>

WEB EJEMPLO.COM (2013). Ejemplo de Ficha Electrónica. Wiki ejemplode.com. [Definición en línea] Fecha de consulta: 03 de abril de 2021. Disponible: https://www.ejemplode.com/12-clases_de_espanol/2662-ficha_electronica.html