



Las Pruebas: Prohibidas, Ilegal e Ilícitas y su ponderación en la Auditoría Forense

Hay pruebas no permitidas en el proceso penal, aun cuando contenga elementos que aclaren los hechos y sirva para sustentar las posiciones de las partes, nos referimos a las **“pruebas prohibidas”**, que es una prueba separada de las **pruebas ilegales** y de la **prueba ilícita**.

Ricardo Hernán Medina Rico, aborda el tema tomando en cuenta la opinión de otros doctrinarios al definirla, **“en sentido estricto o reducido”**, como aquella que, a pesar de ser obtenidas legalmente, de no controvertir el debido proceso ni aparentemente atentar contra garantías constitucionales, ha sido excluida por el legislador para que no sea aportada al proceso.

“Lo anterior pretende que no se pueda valorar una prueba (grabación, foto, documento), a pesar de su obtención (llamada con orden de una autoridad competente) y manteniéndola conforme a los estándares legales y constitucionales (presupuestos propios de la obtención de la prueba), porque hacerlo podría tener graves consecuencias para el Estado o para un tercero implicado, siendo el legislador quien decide su no admisión”. Un auditor forense debe tener conocimiento del mismo.

Es importante observar, a la hora de una investigación de tipo Auditoría forense, las normas sustantivas del país donde se realiza el encargo, tal como expresa el Manual de Auditoría Forense elaborado por la Comisión de Peritaje y Auditoría Forense de la Asociación Interamericana de Contabilidad (AIC) y tal cómo Colombia contempló, hasta hace poco en su legislación, esa figura en el código penal de 1980. (“Manual de Auditoría Forense”, Comisión de Peritaje Contable y

Auditoría Forense; Pág. 87; Octubre de 2024, <https://contadores-aic.org/wp-content/uploads/2024/10/Manual-AIC-interactivo-2-2.pdf>).

La **prueba prohibida** no puede compararse a la **prueba ilegal**, esto es, la que viola los estándares legales de recolección, obtención, custodia y práctica de la prueba. Al precisar que una prueba ilegal puede ser considerada legal, el problema se plantea en la forma que se obtiene.

Como bien la define la doctrina mayoritaria “es la consecuencia de haberla obtenido incumpliendo el debido proceso como principio rector del procedimiento judicial”. Nace cuando se vulnera la ley ordinaria, generando un rechazo como en el caso de Colombia o su nulidad en las normas española.

Quien violenta los estándares, los requisitos y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico para la recolección, la conservación (embalaje y cadena de custodia) y la práctica de la prueba (dentro del que está el auditor forense), recibe como reproche, decretarla como ilegal (prueba) y apartarla del conocimiento del juez”; La consecuencia es su rechazo en la audiencia preparatoria por parte del Juez. Justo es destacar que una **prueba ilegal** no genera la ilegalidad de las demás pruebas derivadas, tal como concluye Ricardo Hernán Medina Rico en su trabajo denominado Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal: análisis teórico-práctico en derecho comparado [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017, pp. 7-22. Textos de Jurisprudencia collection, Maestría serie. ISBN: 978-958-738-884-8. La **prueba ilegal** podría llegar a sanear su nulidad si no fue rogado su rechazo y podría ser tenida en cuenta al momento de la sentencia, contrario a las **pruebas ilícitas**.

Existen **pruebas prohibidas** que, desde el punto de vista **lato o extenso de la palabra**, abarca las **pruebas ilícitas**.

La **prueba ilícita (prueba inconstitucional)** es aquella en la que su obtención conlleva una violación a derechos o garantías constitucionales.

La **prueba ilícita** vulnera derechos fundamentales, por lo cual entra en contradicción con la Constitución. En algunos países genera su exclusión del proceso penal y, en ocasiones, la nulidad de todo el proceso tal es el caso de pruebas obtenidas a través de delitos de lesa humanidad, tal es el caso de la jurisprudencia colombiana.

Toda prueba derivada de **prueba ilícita** debe también ser excluida por estar permeada de ilicitud.

Cabe señalar que la **prueba ilícita** es nula de pleno derecho y no debe ser incorporada en ningún momento al proceso, *contrario sensu* a las pruebas legales

que sí podría llegar a sanear su nulidad si no fue rogado su rechazo y podría ser tenida en cuenta al momento de la sentencia.

Se sintetiza lo mencionado en que el juez, al encontrarse en presencia de una **prueba ilícita**, debe excluirla del proceso. La exclusión implica entonces que se deba retirar la prueba del proceso en su totalidad por quebrantar preceptos fundamentales y hasta degradar en la nulidad total del proceso.

La Auditoría Forense, como ciencia auxiliar de la investigación penal, recepta dentro de los presupuestos, este tipo de consideración a los fines de que el dictamen especial forense o el informe especial forense sea emitido aportando al proceso al proceso penal como espera los operarios de justicia.

Hasta aquí nuestra entrega.

Richard Gómez Jiménez
Presidente de la Comisión Técnica Interamericana de Peritaje Contable y Auditoría Forense de la AIC.