



PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

José Piscocoya Silva (*)

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA. a. Conceptos restringidos. III. REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA. 1. Fuente independiente. 2. Descubrimiento inevitable. 3. Buena fe. 4. Doctrina del "tinte diluido". 5. Proporcionalidad. IV. PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN. 1. Legitimidad. 2. Oportunidad. 3. Características del procedimiento de exclusión. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental^[1], es un principio rector del Derecho procesal y de la actividad jurisdiccional de Estado, entendido - entre otros - como el derecho de defensa, el mismo que a su vez incluye el derecho a la Prueba^[2], entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos son objetos de valoración por el juezador.

En tal sentido, la prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal^[3]. En dicha institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica.

La doctrina no es pacífica respecto a las implicancias de la prueba ilícita^[4]. El presente trabajo parte de la postura que se inclina por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, para así poder analizar lo referido al procedimiento de su exclusión del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento, daremos una breve aproximación al concepto de Prueba Ilícita - a fin de conocer las características de aquello que precisamente se debe excluir del proceso penal - y trataremos las excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.

Antes de iniciar nuestro desarrollo, y con el objeto de dejar bien sentada nuestra posición sobre el tema de la admisibilidad de la prueba ilícita, debemos recordar que el proceso es un instrumento de la realización del derecho material, por lo tanto su desarrollo no puede contradecir tal objeto. Como señala la profesora Pellegrini^[5] "la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable". En tal orden de ideas, Beling, pionero en el estudio de la prueba ilícita, caracterizó a esta última como el límite de la averiguación de la verdad en el proceso penal^[6].

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el fin supremo es la persona humana (Artículo 1º de la Constitución Política del Perú), la exclusión de la prueba ilícita no es solo una norma jurídica sino principalmente una regla ética.

Si bien es cierto el Estado tiene entre sus tareas la lucha contra la criminalidad, esta no se puede realizar observando sus funciones básicas como es la tutela de los derechos humanos. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución de 1993 y el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen con claridad meridiana el carácter primordial que el respeto a los derechos humanos - entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona - en un Estado Democrático y Social de Derecho.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Los procesados - dentro de los alcances del derecho constitucional a la defensa - tienen derecho a presentar ante el órgano jurisdiccional los medios probatorios que consideren pertinentes. Sin embargo "en términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud". Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.^[7] (el resaltado es nuestro)

De ello se desprende que no comprende parte del derecho a la prueba la presentación de pruebas ilícitas, por lo que trataremos de resumir las posiciones que sobre dicho concepto se han esgrimido.

En cuanto a la definición de prueba ilícita, la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos: Concepciones amplias y restringidas^[8].

a. Las **concepciones amplias** se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa - materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas - como la de Silva Melero - llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la *dignidad humana*, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones - como la de Perrot - señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina.

Dentro de dicho grupo, posiciones más moderadas establecen mayores criterios de acotación del contenido de la institución. Así, Dentí señala que la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de los derechos contenidos en las normas diversas, especialmente aquellas de rango constitucional. De tal definición se desprende que tanto las violaciones a normas con rango legal ordinario como las de rango constitucional son consideradas pruebas ilícitas.

Finalmente Conso, a cuya posición nos adherimos, señala que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, por lo que su violación implica una violación al derecho de este último a tener un proceso con las debidas garantías o debido proceso (Artículo 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú). Al respecto Pellegrini señala: "las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía"^[9].

b. La **concepción restrictiva** define a la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo, por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

En el 2003, el Tribunal Constitucional nacional definió la prueba ilícita en los siguientes términos:

"La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable"^[10].

En esta sentencia podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha optado por una concepción moderadamente amplia ya que considera ilícitos los medios probatorios obtenidos o actuados en violación de una norma constitucional o trasgrediendo la ley procesal. Consideramos que esta posición puede resultar demasiado amplia para los fines de la institución, por cuanto si bien dentro de las normas procesales existen normas que son garantías de un debido proceso, también dentro de ellas existen normas que son meramente formales cuya violación no importa una alteración seria al debido proceso. En tal sentido, consideramos que el máximo intérprete de la constitución debería modificar ligeramente la jurisprudencia sentada, señalando que constituyen prueba ilícita aquellas obtenidas o presentadas en violación de normas constitucionales o en trasgresión de normas procesales que constituyan garantías de debido proceso para el procesado.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita da el Nuevo Código Procesal Penal en su Título Preliminar:

"Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio."

Consideramos que la mención que el inciso 2 del citado artículo hace sobre "pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales" incluye dentro del concepto de prueba ilícita a las obtenidas en violación de las normas procesales que consagren garantías para el procesado.

A tal concepto debemos agregar el de las pruebas ilícitas por derivación, es decir aquella que habiendo sido obtenidas o practicadas de forma legal, son inadmisibles debido al carácter ilícito del medio probatorio que les dio origen. Esta es la conocida teoría de los "**frutos del árbol envenenado**", cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos^[11].

III. REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Existe consenso en la doctrina respecto a la exclusión de la prueba ilícita, sin embargo en la actualidad se ha desarrollado en el seno de la jurisprudencia alemana la teoría de proporcionalidad (Verhältnismässigkeitsprinzip), la misma que incluso dichos tribunales solo emplean excepcionalmente^[12].

Sin embargo la regla de exclusión no es absoluta, sino que cuenta con una serie de excepciones que permitirán incorporar tales medios probatorios al proceso.

1. Fuente independiente.

Esta excepción consiste en considerar lícita aquella prueba prohibida si suprimiendo hipotéticamente el acto violatorio, de igual forma se hubiese llegado a ella o a sus derivadas. Esta excepción requiere que al momento de producirse el acto que genera la ilicitud existan otros medios probatorios lícitos que hubiesen permitido llegar al mismo resultado. Por ejemplo, si mediante torturas se obtiene la declaración de un procesado sobre a ubicación de los bienes hurtados y simultáneamente otro procesado confiesa libremente la ubicación exacta de tales bienes, entonces la prueba derivada, que fue obtenida mediante violación de los derechos constitucionales de uno de los acusados, sería admisible en el proceso debido a que si suprimimos mentalmente tal hecho ilícito, por la declaración del otro procesado se hubiese llegado al mismo hallazgo.

2. Descubrimiento inevitable.

Esta excepción consiste en que la prueba ilícita y/o sus derivadas igualmente hubiesen obtenido lícitamente a un cuando el hecho generador de la ilicitud no se hubiese producido. Por ejemplo, en un proceso por evasión tributaria se obtienen las declaraciones juradas del procesado sin el correspondiente levantamiento del secreto tributario. El conocimiento del contenido de las declaraciones juradas es inevitable porque pese a suprimir tal hecho, en un delito de esta naturaleza, el juez de la causa va pedir el levantamiento del referido secreto como una de las diligencias ordinarias.

3. Buena fe.

Esta excepción consiste en valorar las pruebas obtenidas lícitamente cuando, si es que tales hechos estuvieron recubiertos de apariencia de legalidad. Esta excepción pretende salvar aquellas pruebas ilícitas que fueron obtenidas de buena fe. Nosotros consideramos que la buena fe no puede ser un criterio para evaluar la admisibilidad de un medio probatorio sino la responsabilidad del funcionario que lo obtuvo. Un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho de su ilicitud proviene de actos aparentemente legales. Por ejemplo, si un juez autoriza la interceptación telefónica de un ciudadano sin fundamentar su resolución y la interceptación es afectivamente realizada, dicho medio probatorio - de acuerdo a la presente excepción - debería ser admitido en el proceso pese a la grave afectación al debido proceso se habría producido.

4. Doctrina del "tinte diluido"

La mencionada doctrina señala que los derivados de los derivados de las pruebas ilícitas pierden si "tinte" ilícito y por lo tanto pueden ser admitidos en el proceso. Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde de accapa legalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto X, quien posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto Y quien finalmente guarda las armas es su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial. En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto Y), el allanamiento final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante.

5. Proporcionalidad

Esta excepción busca ponderar los por una parte el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y el derecho del procesado a no ser condenado sobre la base de una prueba ilícitamente obtenida. Líneas arriba señalábamos que esta es una tesis muy controvertida que ha llevado al Tribunal Federal de Alemania ha aplicarla solo en casos excepcionales.

Pellegrini^[13] señala que la única forma de aplicar esta excepción sin afectar el derecho del procesado a un debido proceso es cuando la prueba prohibida lo favorece.

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal ha adoptado casi exclusivamente esta interpretación de la excepción bajo comentario. Ello se deduce del texto del inciso 3 del Artículo VIII (Legitimidad de la Prueba) del Título Preliminar del señalado texto legal: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio." *Contrario sensus* la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

IV. PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN

1. Legitimación.

Miranda Estrampes^[14] opina que la parte contra la cual se pretende utilizar el medio probatorio presuntamente ilícito es quien se encuentra legitimado para solicitar la exclusión de dicho medio pese a que el mismo no sea el sujeto pasivo del acto ilícito. La razón de tal afirmación es que al final es el derecho del procesado a un proceso debido el que se encuentra en juego.

Por su parte, Ramírez Bages^[15] señala que solo la víctima del acto que genera la ilicitud del medio probatorio es el que se encuentra legitimado para solicitar la exclusión del mismo.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Miranda dado que no se puede impedir que el procesado interponga los recursos procesales que estime pertinente en defensa de sus derechos. Lo afirmado por Ramírez Bages implicaría una limitación excesiva al derecho a la defensa.

Otro aspecto que debe analizarse es si la exclusión puede realizarse sólo a pedido de parte o es que el juez también la puede resolver de oficio. En tal sentido, de acuerdo a lo afirmado por el Tribunal Constitucional, la lícitud es uno de los principios que regula la actividad probatoria de las partes, en tal sentido lo corresponde al órgano jurisdiccional verificar que tal principio se cumpla.

2. Oportunidad

Dada sus funciones de saneamiento y preparación del juicio, la fase intermedia es la mejor oportunidad para que se analice la licitud de los medios probatorios a actuar en contradictorio. Los más recientes códigos procesales latinoamericanos chileno y peruano establecen la posibilidad de plantear la exclusión de la prueba ilícita en dicha fase.

Código Procesal Chileno

"Artículo 272.- Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estime relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276. "

"Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará finalmente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fundadamente se impugnan y que no sean pertinentes para el objeto de acreditar hechos públicos y notorios. (...)"

Nuevo Código Procesal Peruano.

"Artículo 352.- decisiones adoptadas en la audiencia preliminar (...)"

4. La admisión de los medios de prueba [ofrecidos]"

Pese a lo señalado, nada impide que durante el juzgamiento el tribunal opte por excluir del proceso una prueba que rezoneza como ilícita. Así también opinamos que nada impide que durante la dicha etapa la defensa solicite la exclusión de una prueba ilícita, siempre que justifique satisfactoriamente las razones por las que no solicitó la exclusión de dicho medio probatorio durante la etapa intermedia, ya que de lo contrario esta oportunidad podría ser empleada con fines dilatorios.

Miranda Estrampes^[16] señala que incluso durante la instrucción, el juez que instruya puede excluir un medio probatorio cuando este sea evidentemente ilícito. Nosotros consideramos correcta esta afirmación sin embargo debemos tener en cuenta que el instructor es principalmente un investigador y por lo tanto no está dentro de sus funciones primordiales la de dirimir sobre la licitud de los medios probatorios.

3. Características del procedimiento de exclusión.

Partiendo de la premisa que el momento más oportuno para solicitar la exclusión de un medio probatorio es cuando se encuentra lícito - es durante la fase intermedia, nosotros consideramos que en la resolución de tal incidente se deben respetar los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, de forma similar a la fase de enjuiciamiento.

En este procedimiento básicamente se deben despejar dos incógnitas: primero, si es que el medio probatorio cuestionado ha sido obtenido lícitamente o es derivada de otra que lo haya sido; y segundo, verificar si alguna de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión se presenta en el caso

CONCLUSIONES

1. La licitud de exclusión de prueba ilícita puede ser presentada en la fase intermedia o en la de enjuiciamiento, sin embargo el estado procesal más oportuno es en la primera.
2. Puede ser solicitada la exclusión de un medio procesal que se reputa ilícito tanto por quien sufrió el acto violatorio de sus derechos como por el procesado, aunque este sea diferente de aquel.
3. El procedimiento de exclusión debe seguir las características básicas del juicio.
4. Dicho procedimiento tiene por objeto determinar la ilicitud del medio probatorio o la derivación del mismo de uno ilícito; y la existencia de una de las excepciones a la regla de exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

Bustamante Alarcón, Reynaldo: *El problema de la "Prueba Ilícita" un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal* en Revista THEMIS Segunda Época, N°43, Lima, noviembre del 2001

Miranda Estrampes, Manuel: El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho penal, José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1999

Montañés Pardo, Miguel Angel y Herrera, William: La constitucionalización de la prueba en materia penal, Editorial Universitaria, Santa Cruz de la Sierra 2000

Pellegrini Grinover, Ada: *Pruebas Ilícitas* en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, AÑO 7, N° 10, San José, Setiembre de 1995.

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>

Ramírez Bages, Marián H.: *La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables* en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan 1981

Sruenseed, Eberhard: *La prueba prohibida*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Grilley, Año II, N° 4, Lima, Julio - diciembre 1994

NOTAS:

[1] Si bien es cierto la Constitución de 1993 no considera al debido proceso dentro del listado de derechos fundamentales establecido en su Artículo 2º, sino que lo ubica dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional (Artículo 139º inc. 3), los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos no consideran como derechos fundamentales el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

[2] Cubas Villanueva, Victor: El Proceso Penal. Teoría y Práctica, Palestra Editores, Lima 2003, pp. 48 y San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal, Segunda Reimpresión Corregida, Grilley Editores, Lima 2000, pp.54 y 56

[3] Cabe mencionar que la problemática e importancia de la prueba prohibida excede el ámbito de lo penal, siendo tan relevante en el proceso civil, administrativo, etc.

[4] Bustamante Alarcón, Reynaldo: *El problema de la "Prueba Ilícita" un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal* en Revista THEMIS Segunda Época, N° 43, Lima, noviembre del 2001, pp. 148 y 149. El citado autor reseña las tres grandes posturas existentes respecto a la admisibilidad de la prueba ilícita: a) los que propugnan por su admisibilidad de plano; b) los que propugnan por su inadmisibilidad de plano; y c) quienes señalan que se debe realizar en cada caso una operación de ponderación de intereses.

[5] Pellegrini Grinover, Ada: *Pruebas Ilícitas* en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, AÑO 7, N° 10, San José, Setiembre de 1995. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>

[6] Sruenseed, Eberhard: *La prueba prohibida*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Grilley, Año II, N° 4, Lima, julio - diciembre 1994, pp. 668

[7] Tribunal Constitucional: Exp. N° 2333-2004-HC/TC, sentencia del 12 de agosto de 2004

[8] Miranda Estrampes, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1999, pp. 17 y ss.

[9] Pellegrini G., Ada: Op. Cit.

[10] Tribunal Constitucional: Exp. N° 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre del 2003

[11] Nardone vs. U.S.A., 1939

[12] Pellegrini G., A. da Op. Cit.

[13] Pellegrini G., Ada: Op. Cit. Al respecto ha señalado "Además, no deja de ser, en último análisis, manifestación del principio de proporcionalidad la posición prácticamente unánime que reconoce la posibilidad de utilización, en el proceso penal, de la prueba favorable al acusado, aunque haya sido obtenida en infracción a derechos fundamentales suyos o de terceros."

[14] Miranda Estrampes, M. Op. Cit., pp. 125.

[15] Ramírez Bages, Mariano H.: *La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables* en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan 1981, pp.185

[16] Miranda Estrampes, M.: Op. Cit., pp. 127

(*) Abogado.

E-mail: hamekainayoc@hotmail.com

Índice

HOME