

# LA PRUEBA ILÍCITA

*Pablo Talavera Elguera*

*Octubre 2015*

# Legitimidad de la prueba

---

- ◆ El principio de legitimidad de la prueba ha sido recogido por el artículo VIII.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, el mismo que establece que todo medio de prueba sólo podrá ser valorado si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- ◆ El Tribunal Constitucional peruano al desarrollar los alcances del derecho a la prueba, en su sentencia 1014-2007-PHC/TC, considera que conforme a tal derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

# Prohibiciones de prueba

- ◆ Las prohibiciones de prueba, o como la denomina el NCPP prueba prohibida por la ley (art. 155.2), comprenden a los casos de prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibiciones de métodos probatorios.
- ◆ Los hechos que guarda por razón del secreto profesional un ministro de culto religioso, no pueden ser **tema de prueba** en un proceso penal, aún cuando dicho ministro sea liberado por el interesado del deber de guardar el secreto (art. 165° .2.a).
- ◆ Conforme a la **prohibición de medios probatorios**, determinados medios de prueba no pueden ser objeto de actividad probatoria en el caso concreto. Así, el artículo 182° .3 estatuye que no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad.
- ◆ De acuerdo a las **prohibiciones de métodos probatorios**, determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Específicamente el artículo 157° .3 prescribe que no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

# Concepto de prueba ilícita

---

- ◆ **Concepto amplio:**

El tribunal Constitucional define la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal [Exp. N° 2053-2003-HC/TC].

- ◆ **Concepto restringido:**

Son pruebas ilícitas las obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. VIII.2 T.P.)

# Efectos reflejos de la prueba ilícita

- ◆ Se conocen también como pruebas ilícitas por derivación, o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba lícitamente recogida. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica dónde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado.
- ◆ La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas. Se trata de la aplicación de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*).
- ◆ En cuanto a los efectos derivados o reflejos de la prueba, el NCPP los comprende de manera expresa, en la medida que estipula que carecen de efecto legal (art. VIII T.P.) o no se pueden utilizar (art. 159° ) pruebas obtenidas “**indirectamente**” con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

# Eficacia procesal de la prueba ilícita

---

- ◆ Estados Unidos: regla de exclusión
- ◆ Italia: inutilizabilidad
- ◆ España: Ineficacia y nulidad
- ◆ Francia: nulidad
- ◆ Alemania: prohibición de valoración o prohibición de aprovechamiento
- ◆ Portugal: nulidad
- ◆ Colombia: nulidad y exclusión
- ◆ Brasil: inadmisibilidad
- ◆ Chile: exclusión

# Eficacia procesal de la prueba ilícita en el Perú

- ◆ Art. 156° de la Constitución de 1834: Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de Correos, o de sus conductores, **no producen efecto legal**. Fórmula normativa reiterada en las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979.
- ◆ Art. 26° de la Constitución de 1920: **No tendrá valor legal** ninguna declaración arrancada por la violencia. Fórmula normativa reiterada en la Constitución de 1979 (art. 2° .20.j)

# Eficacia procesal de la prueba ilícita en el Perú

- ◆ En la Constitución de 1993 se hace alusión expresa a la ineficacia de las pruebas obtenidas con lesión a derechos fundamentales: en el artículo 2° .24.h) cuando señala que **carecen de valor** las declaraciones obtenidas por la violencia –moral, psíquica o física-, y **quien las emplea incurre en responsabilidad**; y, en el artículo 2° .10 al prescribir que los documentos privados obtenidos con violación del precepto constitucional –primer párrafo- **no tienen efecto legal**.
- ◆ Por su parte, el NCPP emplea las frases **“carecen de efecto legal”** (art. VIII T.P.) y **“no podrá utilizar”** (art. 159° ). Ambos términos están relacionados con la **“ inutilizabilidad ”** o **“ ineficacia probatoria ”**, es decir, que no podrán ser objeto de valoración por el juez.



# Eficacia procesal de la prueba ilícita en el Perú

- ◆ El NCPP si bien no emplea el término “**inadmisión**”, en modo alguno puede significar que se deba incorporar a la investigación preparatoria prueba ilícita, para posteriormente ser declararla ineficaz o inutilizable para fines de valoración. Antes bien, el artículo 155° .2 es claro al señalar que serán **excluidas** las pruebas prohibidas por ley.
- ◆ Siendo la prueba ilícita una prueba prohibida por ley -en razón de su origen ilegítimo-, en consecuencia, su inadmisión (exclusión) se encuentra perfectamente autorizada por el nuevo Código.

# Mecanismos de control de la prueba ilícita

- En los EE.UU. se emplea la moción de supresión de evidencia (*motion to suppress*)
- En Chile se plantea y resuelve la exclusión en la audiencia de preparación del juicio (art. 276° )
- En España la jurisprudencia ha establecido que la prueba ilícita puede ser controlada en el momento procesal de admisión y al efectuar la valoración probatoria
- El NCPP no regula sobre el momento procesal en el que se puede plantear la exclusión de la prueba ilícita. En atención al artículo 155° .2 el juez en la fase de admisión de pruebas debe excluir las pruebas prohibidas por la ley, entre las cuales se encuentra la prueba ilícita.
- Dicho momento de admisión no es otro que la audiencia preliminar (arts. 351° y 352° ). Sin embargo, ello no significa en modo alguno que en la IP no se pueda al amparo del art. 71° .4 solicitar al JIP se excluya prueba prohibida.

# La regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana

- 1914: *Weeks v. United States*. Se dicta por primera vez la regla de exclusión, aplicable sólo a nivel federal.
- 1920: *Silverthorne Lumber Co. V. United States*. Se excluye prueba derivada.
- 1939: *Nardone v. United States*. Doctrina del fruto del árbol envenenado.
- 1949: *Wolf v. Colorado*. Se aplica la IV enmienda al conjunto de los Estados federados.
- 1960: *Elkins v. United States*. Regla de exclusión está para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir.
- 1961: *Mapp v. Ohio*. Otorgó rango constitucional a la regla de exclusión y extendió la misma al nivel estatal.
- 1974: *Calandra v. United States*. La regla de exclusión es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la IV Enmienda a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal.
- 2006: *Hudson v. Michigan*. La exclusión de las pruebas es el último recurso, no el primer impulso. La tendencia es a sustituir la regla por remedios civiles o disciplinarios adecuados.

# Las excepciones a la regla de exclusión. Fuente independiente

- En el caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, específicamente la opinión del juez Holmes se dijo: *Las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento podría derivar de una fuente independiente.*
- La excepción ha sido consagrada en los fallos: *Fah v. Connecticut, US v. Cecolini* y *Bynum v. US*
- *Uno de los casos en que se emplea frecuentemente la “fuente independiente” en los Estados Unidos es en aquellos reconocimientos en rueda de personas efectuadas sin aviso al defensor y luego en el juicio el testigo espontáneamente, reconoce nuevamente al acusado. También aquellos reconocimientos a los que se llevó un imputado ilegalmente arrestado.*

# El descubrimiento inevitable

---

- En caso de que se tuviese la certeza de que la prueba obtenida como consecuencia de la ilegalidad originaria, que sería inadmisibile conforme a la doctrina del fruto del árbol envenenado, de todos modos hubiese acabado siendo posteriormente obtenida por medios legales, la prueba derivada se considera admisible. Esta excepción fue asumida por la Corte Suprema en el caso *Nix v. Williams*.
- Corresponde a la acusación probar la conjetura de que los materiales probatorios obtenidos de forma derivada hubiesen acabado siendo descubiertos inevitablemente por medios lícitos, por el estándar de preponderancia de las pruebas.

# Las excepciones a la regla de exclusión. Doctrina de la conexión atenuada

---

- Se aplica a violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por la falta de inmediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal (*Wong Sun v. United States*). Se debe tener en cuenta también la gravedad de la violación originaria y la naturaleza de la prueba derivada (*Ceccolini v. United States*).

# Las excepciones a la regla de exclusión. La buena fe

- Es común, sobre todo en los allanamientos y requisas, que por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en juego o su reglamentación, en el cual ha habido buena fe de los funcionarios actuantes.
- En el caso *United States v. León* se elaboró la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia. En dicho caso se analizó la validez de la prueba obtenida como consecuencia de una orden de allanamiento no sustentada en causa probable para su emisión, situación que ignoraban los policías que la diligenciaron.

# La ponderación de intereses

- Pastor Borgoñón: “el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable”.
- La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización [Alexy]. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión [Dworkin].
- Ley de la ponderación: “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” [Alexy].



# El caso probable

---

- En el caso *United States v. Souza*, un tribunal de apelaciones permitió la presentación de pruebas obtenidas sin orden judicial porque el Fiscal había dado los pasos necesarios para obtener la orden aunque la policía no la tenía en mano cuando efectuó el registro.
- En *United States v. Brown*, un tribunal de apelaciones rechazó tal criterio. Sostuvo que aceptar dicho planteamiento eliminaría el requisito de una orden judicial previa a un allanamiento en todos los casos en los que la policía tuviera suficientes pruebas para solicitar una orden judicial pero que, sin embargo, no lo hizo. La mayoría de tribunales lo han rechazado.

# El caso probable en la jurisprudencia peruana

- En la Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2007 [R.N. N° 4826-2005] se acoge la doctrina del caso *Souza v. United States*:
- Se afirma que el asunto *Souza v. U.S.* ha sido resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos (1984), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el juez la hubiera emitido de haberla solicitado.
- Sin embargo hemos de mencionar que en dicha sentencia se esgrimen para la solución del caso lo siguiente:
  1. *Ponderación de intereses en conflicto*
  2. *Teoría del ámbito jurídico*
  3. *Proporcionalidad*
  4. *Caso probable*

# Las excepciones a la regla de exclusión y el NCPP

- El NCPP no contiene ninguna excepción a la regla de exclusión. Ello en modo alguno puede ser interpretado que la ineficacia o inutilizabilidad de las fuentes de prueba obtenidas con infracción constitucional es absoluta. Jurisprudencialmente se pueden construir soluciones adecuadas a nuestro sistema constitucional y legal, tomando en cuenta también la jurisprudencia y legislación comparada.
- Así por ejemplo, el CPP de Colombia, en su artículo 455° .- Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23° se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.