

EL PROBLEMA DE LA “PRUEBA ILÍCITA”: UN CASO DE CONFLICTO DE DERECHOS.

*Una perspectiva constitucional procesal**

Reynaldo Bustamante Alarcón

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

“Lo cierto es que hoy el estudio del proceso quiere ser, antes que un armonioso equilibrio de conceptos, una fuerza vital al servicio del hombre. Bien podría hablarse de un moderno derecho procesal constitucional que descende de la torre ideal de los conceptos para mezclarse con la realidad de la vida, sin temerle al polvo del camino, que comprende la significación social del proceso y se afana por restaurar el equilibrio de las partes superando las diferencias económicas, que quiere despojarse del formalismo porque lo importante es el juicio, que entiende que sin libertad no hay justicia y por eso busca perfeccionar los instrumentos prácticos que la aseguren” (FERNANDO DE LA RÚA^{*}).

Sumario: I. A modo de introducción: la precisión del problema; II. Algunas categorías procesales básicas: 2.1. Medios de prueba, fuentes de prueba y prueba; 2.2. La verdad jurídica objetiva; III. El derecho a la prueba como elemento esencial de un proceso justo; IV. Delimitando la noción de “prueba ilícita”. El principio de licitud en materia probatoria; V. Alternativas de solución al problema de la “prueba ilícita” en el Derecho comparado; VI. La “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos: 6.1. Postura que niega la posibilidad de eventuales conflictos: los límites internos o el contenido propio de los derechos fundamentales; 6.2. Posturas que aceptan la posibilidad de eventuales conflictos. Algunas técnicas de solución de los mismos: 6.2.1 La *preferred position* o la teoría de las *preferred freedoms*, 6.2.2. El equilibrio o la ponderación entre bienes. El principio de razonabilidad; VII. Una breve referencia a la teoría de “los frutos del árbol envenenado”; VIII. A modo de conclusión: una propuesta de solución.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PRECISIÓN DEL PROBLEMA

La importancia de reflexionar en torno a la prueba puede advertirse si se aprecia que a través de los diversos medios probatorios los hechos que configuran una pretensión o una defensa pueden dejar de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el juzgador adquirió convicción o certeza. Sin ella, los hechos del caso y los petitorios de las partes no serían más que simples conjeturas sin solidez ni eficacia alguna (a no ser aquella que pudiera

* Texto del artículo publicado con el mismo nombre en: *Themis*, Segunda Época, N° 43. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Lima, pp. 137-158.

* DE LA RÚA, Fernando. “Constitución y proceso”. Discurso pronunciado el 14 de octubre de 1972 en la clausura del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en Mendoza, Argentina, y publicado en: *Proceso y justicia* (Temas procesales), Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1980, p. 145-146.

obtenerse por la vedada acción directa), ya que conforme reza el viejo aforismo: tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo¹.

Dentro de esas reflexiones el tema de la “prueba ilícita” se presenta como uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal, pues, por un lado, la doctrina no es unánime al momento de definirla y, por otro, existe discrepancia respecto a la respuesta que debe dar el ordenamiento jurídico a la problemática que representa. Para entenderla, apreciemos el siguiente ejemplo.

Tras una manifestación estudiantil una persona es detenida y acusada de cometer delito de terrorismo. En el interrogatorio, la policía la somete a violencia física y psicológica con el propósito de obtener su confesión. Resulta evidente que la confesión así obtenida no debe ser admitida en el proceso penal que pudiera iniciarse contra ella, pues fue adquirida con infracción de elementales derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la integridad personal, particularmente el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se trata, pues, de un caso de “prueba ilícita” porque el material probatorio ofrecido fue adquirido ilícitamente.

Aunque a simple vista la exclusión de la “prueba ilícita” parecería tener una aplicación absoluta, por los bienes jurídicos que protege, existen casos en los cuales el rechazo del material probatorio obtenido ilícitamente se presenta como un problema nada sencillo de resolver. Pongamos un ejemplo al respecto.

Una persona es procesada como autora del delito de estafa. Para probar su inocencia ingresa subrepticamente al domicilio de quien la denunció y hurta el único documento que podía probar su inocencia. Luego se apersona al proceso y ofrece ese documento como medio probatorio de su inocencia. Corrido el respectivo traslado, la denunciante demuestra que fue obtenido ilícitamente al haberse vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. Entonces, en este caso, ¿debería excluirse del proceso penal el único medio probatorio que podía probar la inocencia del acusado? ¿Qué pensaría la sociedad si se condena a una persona inocente? ¿De admitirse el documento ilícitamente obtenido, el ordenamiento no estaría incentivando o convalidando conductas que lo contravienen?

Precisamente estas son las interrogantes que giran en torno al problema de la “prueba ilícita”. Para abordarla nos parece conveniente empezar con precisar algunas categorías procesales básicas y aproximarnos al derecho a la prueba como elemento esencial de un proceso justo.

II. ALGUNAS CATEGORÍAS PROCESALES BÁSICAS

Las categorías no son otra cosa que definiciones operativas de los institutos o figuras jurídicas que evitan su uso contradictorio en un mismo sistema y permiten hacer comprensibles nuestras ideas. Desde esa perspectiva, la noción de “prueba ilícita” requiere que se determine previamente lo que procesalmente se entiende por **medios de prueba, fuentes de prueba** y

¹ “Un derecho no es nada [sic] sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del que se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil. *Idem est non esse aut non probari.*” (PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. VII. Las obligaciones. Segunda parte. Traducción española de Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural S.A., 1945, p. 747).

prueba, ya que sólo así podremos definirla con claridad y exactitud. Al mismo tiempo, requiere que nos ocupemos de la búsqueda de la verdad material al interior del proceso –llamada también **verdad jurídica objetiva**– ya que la problemática de la “prueba ilícita” muchas veces puede traducirse como un conflicto entre la verdad y la seguridad jurídica. Las líneas que siguen intentan alcanzar ese propósito.

2.1. Medios de prueba, fuentes de prueba y prueba

Debemos empezar por advertir que en la procesalística comparada no faltan quienes utilizan indistintamente estas categorías sin plantearse el problema de su diferencia. Incluso quienes sí lo hacen muchas veces las usan con acepciones distintas; por ejemplo, a lo que unos llaman medios otros llaman fuentes, y viceversa, incrementándose las dificultades para lograr una noción que evite su uso contradictorio en el mismo sistema². Para evitar estas imprecisiones y contradicciones, fijaremos lo que entendemos por medios de prueba, fuentes de prueba y prueba, dejando sentado que nuestro propósito no es dirimir una polémica que todavía no está resuelta, sino proporcionar unas definiciones básicas que nos permitan hacer comprensibles nuestras ideas y evitar el uso contradictorio de estas categorías en un mismo sistema.

Por **medios probatorios o medios de prueba** comprendemos todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento fuentes de prueba. Son ejemplos de medios de prueba: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, etc.

Y como **fuentes de prueba** significamos todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos (como por ejemplo, las huellas dactilares que se descubren por medio de una pericia y acreditan quién cometió el delito³), o de ellos mismos (como la escritura pública que acredita su propia existencia), que son objeto o materia de prueba⁴.

² Cfr.: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Segunda edición. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 67 y siguientes; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Quinta edición. T. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía, 1981, p. 271 y siguientes; y, SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba –Los grandes temas del derecho probatorio–*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 141 y siguientes.

³ Aquí la pericia sería el medio de prueba y las huellas dactilares las fuentes de prueba que permitirían acreditar quién cometió el delito.

⁴ De manera muy general podemos decir que en un proceso concreto el objeto o materia de prueba está conformado por todos aquellos hechos que, configurando una pretensión o una defensa, o habiendo sido introducidos de oficio por el juzgador cuando ello sea posible, guardan una relación lógico jurídica con el petitorio y con la norma que ha sido invocada o que resulte aplicable.

⁵ Así lo señala DEVIS ECHANDÍA al concluir: “[...] puede distinguirse la prueba en sí misma y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquella la forman entonces “las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos”, y los medios de prueba son “los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos”, por lo cual pueden aducirse medios de prueba que no sean pruebas de nada, cuando no contenga motivos o razones para la convicción del juez.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 33-34.

Finalmente, por **prueba** comprendemos el conjunto de razones o motivos proporcionados o extraídos de las diversas fuentes de prueba para producir convicción en el juzgador sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de prueba⁵.

Conforme a las categorías planteadas, los documentos, la declaración de parte o de testigos y el dictamen de peritos, entre otros, son **medios de prueba**; los hechos descritos o contenidos en esos medios probatorios o que han ingresado al proceso o procedimiento a través de ellos, con el propósito de acreditar o verificar la existencia o inexistencia del hecho materia de prueba, son **fuentes de prueba**; y las razones o motivos por los cuales el juzgador adquiere convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar, constituye precisamente la **prueba**.

2.2. La verdad jurídica objetiva

El instituto de la verdad jurídica objetiva (llamada por algunos verdad jurídica sustancial, verdad sustancial, verdad material o simplemente verdad objetiva⁶) responde a la concepción sustancialista, y no formal, del derecho en virtud de la cual debe privilegiarse y potenciar el valor de lo real en el proceso. Se trata de una concepción que busca superar la vieja distinción entre la **verdad formal** y la **verdad material** que tanto daño ha causado al servicio de justicia. En efecto, corrientemente se ha señalado que el proceso penal persigue la obtención de la verdad histórica, material o real, mientras que el proceso civil –mejor el no penal– persigue la llamada verdad ficticia o formal a la que se llega mediante especiales reglas probatorias, ficciones y presunciones⁷. Sin embargo, esta distinción no sólo dista de lo que verdaderamente ocurre en el proceso: el establecimiento de la convicción judicial, a secas, sino que muchas veces ha “justificado”, si no tolerado, que en el proceso civil –o mejor en el no penal– se declare como verdad una simple apariencia formal, produciéndose un grosero alejamiento con la realidad y, por ende, un divorcio entre la justicia y la sentencia. En efecto, recordemos que **ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos**⁸, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica.

⁵ Así lo señala DEVIS ECHANDÍA al concluir: “[...] puede distinguirse la prueba en sí misma y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquella la forman entonces “las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos”, y los medios de prueba son “los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos”, por lo cual pueden aducirse medios de prueba que no sean pruebas de nada, cuando no contenga motivos o razones para la convicción del juez.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 33-34.

⁶ *Vid:* BERTOLINO, Pedro J. *La verdad jurídica objetiva*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 19 y 20.

⁷ Así, MANZINI expresa que “[...] la declaración de certeza procesal relativa a la pretensión punitiva del Estado se hace en virtud del principio de investigación de la verdad real”, mientras que CALAMANDREI afirma que la llamada verdad formal se obtiene mediante especiales reglas probatorias, presunciones, preclusiones, ficciones, etc. (Citados por: BERTOLINO, Pedro J. *El exceso ritual manifiesto*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1979, p. 57).

⁸ Observación hecha por JEROME FRANK, citado por MORELLO, Augusto M. en: *La prueba – Tendencias modernas–*. Buenos Aires: Librería Editora Platense–Abeledo-Perrot, 1991, p. 19-20.

Así, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva significa, en primer lugar, que el proceso, y el procedimiento, deben estar encaminados a encontrar la verdad del caso concreto, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan **relevantes** o **decisivas** para la justa solución de la causa (la llamada *quaestio facti*). Pero como los hechos, en cuanto tienen trascendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva exige, además, que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica de lo jurídico (la *quaestio iuris*). Por último, significa que la verdad así obtenida debe ser objetiva, es decir, que no se base en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos **verificables**, que se ajuste al contenido o naturaleza **real** de los mismos, y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador, sino una derivación del derecho vigente⁹, así como de las circunstancias comprobadas de la causa¹⁰.

Apréciase que no estamos diciendo que siempre se tiene que llegar a la verdad histórica o real, pues quizá ella nunca llegue a alcanzarse –recordemos que el ser humano es falible por naturaleza–, sino que jamás se debe renunciar a alcanzarla. Además, como señala VARELA, la verdad jurídica objetiva:

“[...] puede coincidir o no con la realidad histórica de los acontecimientos que dieron lugar al proceso, ya que no siempre lo que puede considerarse como una verdad desde esta perspectiva ha de coincidir con aquella.

Así, sería procedente considerar como verdadera en un proceso la filiación que surja de una partida de nacimiento otorgada por el Registro Nacional de las Personas, mientras ella no ha sido contestada a través de las acciones que otorga la ley, aunque pueda o no coincidir con la realidad biológica”¹¹.

De ello se desprende que:

“[...] la verdad jurídicamente objetiva sufre una primera acotación con respecto a la realidad histórica que se trata de aprehender, debida al aporte cognoscible que ofrecen los elementos de prueba incorporados al proceso. La segunda está referida al sujeto que conoce, en este caso el juez, quien si bien debe ser objetivo e imparcial, no puede desprenderse de la formación jurídica que posea, como así tampoco de la particular comprensión que tenga de un conocimiento lógico y de la validez de los valores, ya que todo ello forma parte del continente jurídico y entronca con el concepto de verdad jurídica”¹².

⁹ Entendiendo por derecho vigente no sólo el derecho positivo vigente, sino el conjunto de valores, normas y realidades que se dan en un medio determinado, lo cual incluye, por supuesto, la costumbre y la jurisprudencia, y, en general, el derecho no escrito.

¹⁰ Así, en el caso *Allende contra Brown Security Service* y otros (del 15 de abril de 1986) la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina señaló que la verdad jurídica objetiva “[...] se ve comprometida cuando se reemplaza su búsqueda por generalizaciones no verificables emanadas de un razonamiento abstracto, desconcertante e impreciso que, por tanto, no resulta referible a las específicas modalidades del caso” (Jurisprudencia citada por: BERTOLINO, Pedro J. *La verdad... Op. cit.*, p. 11).

Sin perjuicio de ello, y atendiendo a que no podemos ver la realidad con más ojos que con los nuestros, es decir, con cierta dosis de subjetividad, será objetivo aquel conocimiento judicial que sea lógico, se apoye en datos de hecho y de derecho verificables acercándose lo más posible al componente sustancial o real.

¹¹ VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990, p. 82-83.

¹² VARELA, Casimiro. *Ibid.*, p. 83.

Como no podía ser de otra manera, **la búsqueda de la verdad jurídica objetiva se encuentra estrechamente vinculada con la prohibición del exceso ritual manifiesto y el adecuado servicio de justicia.** Así, en el *leading case* Colalillo c./ Compañía de Seguros España y Río de la Plata (del 18/09/1957), la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina señaló que el proceso “[...] no puede ser conducido en términos estrictamente formales”, pues no se trata “[...] ciertamente de ritos caprichosos sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte”, añadiendo que la renuncia consciente a esa verdad “[...] es incompatible con el servicio de justicia”¹³. En efecto, el ritualismo impide u obstaculiza la obtención de la verdad jurídica objetiva, y por consiguiente, impide la emisión de una decisión justa perjudicando así el servicio de justicia. Dicho en otros términos: no tener en cuenta la verdad jurídica objetiva importa un manejo inadecuado de las formalidades previstas para la administración de la justicia.

Conforme a ello, **la verdad jurídica objetiva aparece como un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo** (también llamado debido proceso), por lo que tanto el proceso como el procedimiento deben ser conducidos al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, a fin de que se emita una decisión justa¹⁴. Por consiguiente, tanto su búsqueda como la verdad misma deben tener primacía¹⁵, encontrándose vedado todo apartamiento consciente y voluntario de los datos procesales (de hecho pero también de derecho) que resulten relevantes o esenciales para la justa solución de la causa¹⁶.

III. EL DERECHO A LA PRUEBA COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO

La elevada importancia del proceso justo o debido proceso para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto ha llevado a la mayor parte de Cartas Fundamentales y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a reconocerlo como un derecho humano o fundamental. Algunas veces tal reconocimiento se ha producido en forma directa o explícita¹⁷, pero otras veces se ha producido

¹³ Jurisprudencia citada por: BERTOLINO, Pedro J. *La verdad... Op. cit.*, p. 4.

¹⁴ “[...] tanto el mismo proceso como la verdad material que él trata de esclarecer [...] son medios y formulaciones para llegar a una decisión justa” (RUIZ PÉREZ, Joaquín. *Juez y sociedad*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1987, p. 82).

¹⁵ *Vid*: BERTOLINO, Pedro J. *El exceso... Op. cit.*, p. 157 y siguientes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha señalado que es “[...] deber de los jueces asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia” (caso Dirección General de las Escuelas de la Provincia de Buenos Aires contra Bersani, del 3 de julio de 1972); y que la “[...] interpretación de las normas procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal” (caso Sansonetti contra Azul S.A.T.A. del 2 de octubre de 1986). Jurisprudencias citadas por BERTOLINO, Pedro J. *La verdad... Op. cit.*, p. 59 y 60, respectivamente.

¹⁶ *Vid*: BERTOLINO, Pedro J. *Ibid.*, p. 63 y siguientes.

¹⁷ Como lo hace, por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución colombiana de 1991, que encontrándose ubicado en el capítulo “De los Derechos Fundamentales”, establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]. Quien sea sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas [...]”.

En el Perú el artículo 139 de la Constitución de 1993 señala que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”. Se trata de un artículo que

en forma innominada o implícita, mediante el reconocimiento de algunos de los derechos que integran su contenido¹⁸. Es el caso de los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos en los que si bien no hay una referencia explícita al debido proceso, varios de los elementos que lo constituyen se encuentran presentes¹⁹.

Uno de esos elementos es el llamado **derecho a la prueba o derecho a probar**²⁰. Se trata de aquel **elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo**, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de los hechos que configuran, o configurarán, su pretensión o su defensa²¹.

adolesce de una adecuada técnica legislativa, pues ni la *función* jurisdiccional tiene derechos, ni el debido proceso se circunscribe tan sólo a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia– ya que también rige los procedimientos administrativos, militares, arbitrales, políticos y particulares. Sin perjuicio de ello, en el Perú, el reconocimiento positivo del debido proceso como derecho fundamental, también puede encontrarse en el artículo 3° de su actual texto constitucional, el cual se encuentra ubicado en el Título I, Capítulo I, “De los derechos fundamentales de la persona”, y proclama que: “La enumeración de los derechos [fundamentales] establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”.

¹⁸ Por ejemplo, el 2° numeral del artículo 24 de la Constitución española de 1978, ubicado dentro de la Sección “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” señala que: “[...] todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”.

¹⁹ Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama en sus artículos 10° y 11°, respectivamente, que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”. “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”.

Lo propio hacen la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1979 (aprobada por el Perú el 11 de julio de 1978, mediante Decreto Ley No. 22231, y ratificada por la Decimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979), en su artículo 8°; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950 (suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950), en su artículo 6°; entre otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

²⁰ Contemporáneamente la prueba no es vista más como un simple medio para acreditar los hechos del caso, ni como una mera diligencia que atienda tan sólo a las normas que regulan su admisibilidad o desarrollos procedimentales, sino que es vista como un derecho básico de los justiciables a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Así, FÁBREGA da cuenta que: “La cuestión probatoria hoy día no es tan sólo preocupación de los procesalistas; ha trascendido al campo constitucional y la jurisprudencia constitucional de distintos países se ha dedicado a dilucidar cuestiones relativas a la prueba toda vez que se trata de un elemento integrante de la figura de la tutela judicial, del debido proceso; y que ha adquirido una óptica, una dimensión constitucional. Ha sido más bien reciente la doctrina que ha examinado la prueba como derecho. Hasta hace poco la doctrina se había concentrado en la carga de la prueba, el procedimiento y la valoración probatoria.

De esta suerte los tribunales constitucionales de distintos países –de Alemania, Italia, España, Colombia– destacan elementos como el derecho a probar, la validez de la prueba, el principio del contradictorio [entre otros]” (FÁBREGA, Jorge. *Teoría general de la prueba*. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 23).

²¹ De esta manera perfeccionamos la definición que formulamos en 1997 al sostener que: “En nuestra opinión, el derecho a probar es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un

Su **finalidad inmediata** es producir en la mente del juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba, mientras que su **finalidad mediata** –y no por ello menos importante– es asegurar y lograr la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto²².

Conforme a ello, su **contenido** se encuentra integrado por los siguientes derechos²³:

1º. El derecho a **ofrecer** los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba.

2º. El derecho a que se **admitan** los medios probatorios así ofrecidos.

3º. El derecho a que se **actúen** adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador.

4º. El derecho a que se **asegure** la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y,

5º. El derecho a que se **valoren** en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento²⁴.

En cuanto a su naturaleza, consideramos que el derecho a la prueba es un derecho que integra otro mayor: el derecho fundamental a un proceso justo; por lo tanto, **goza de todas la**

proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.” (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Apuntes de derecho procesal*. Lima: ARA Editores, 1997, p. 65. Igualmente en: *Ius et veritas*. Año VIII, No. 14. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 172).

Por su parte, PICÓ I JUNOY define el derecho a la prueba como “[...] aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1996, p. 18-19).

²² La doctrina ha desarrollado diversas teorías sobre la finalidad de la prueba. Un buen resumen de ellas se encuentra en: FÁBREGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 59 y siguientes. Por nuestra parte, la función que cumple el derecho a la prueba (atribuir y garantizar a sus titulares el poder de producir prueba) y la concepción que tenemos sobre el proceso justo (orientado a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva) nos lleva a establecer como sus finalidades una inmediata y otra mediata, tal como han sido señaladas.

²³ De esta manera estamos perfeccionando la posición que sostuvimos acerca del “contenido esencial” del derecho a probar, en nuestro trabajo denominado: “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial” (publicado en *Apuntes de derecho procesal*. *Op. cit.*, p. 81. Igualmente en *Ius et veritas*. *Op. cit.*, p. 178-179), así como en nuestros “Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba” (publicado en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. II. Lima: Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, marzo 1998, p. 51).

²⁴ En un sentido similar PICÓ I JUNOY considera que: “[...] el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición [...].

En segundo lugar, supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. Ciertamente, no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido.”

“Y finalmente, en tercer lugar, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*, p. 21-22 y 25, respectivamente).

características que corresponden a los derechos fundamentales –con las consecuencias que se derivan de ello– como su doble carácter, su mayor valor, su progresividad, y la especial protección de su contenido, entre otros²⁵.

Su importancia es tal que allí donde no tenga eficacia real o efectiva, o sea limitado en forma irrazonable, no habrá proceso o procedimiento justo. Por ese motivo, se trata de un derecho aplicable en cualquier tipo de proceso (interno o internacional) y en cualquier tipo de procedimiento (administrativo, arbitral, militar, político y particular).

No obstante, el derecho a la prueba **no es de carácter ilimitado**, pues no se trata de un derecho a que se admitan y actúen toda clase de medios probatorios, muchas veces destinados a acreditar hechos de cualquier naturaleza o sin una conexión lógico jurídica con lo discutido, sino de un derecho delimitado por los propios principios que informan su contenido y su ejercicio, así como por los demás elementos que configuran el derecho a un proceso justo, los otros derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, con los que guarde relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico²⁶. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que la pertenencia del derecho a la prueba al contenido del proceso justo exige que la lectura de sus límites y contenido se haga desde la perspectiva del proceso justo; es decir, desde aquella concepción que lo vincula a la satisfacción del valor justicia, privilegiando la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, la flexibilización de las formalidades procesales, la eliminación del ritualismo y la prohibición del absurdo y la arbitrariedad, en aras de una decisión objetiva y materialmente justa²⁷.

Por otro lado, tampoco se trata de un derecho a que el juzgador se dé por convencido sobre la existencia o inexistencia de los hechos, como consecuencia de la admisión o actuación de los medios probatorios, sino de un derecho a que los admita, actúe y valore adecuadamente, teniéndolos en cuenta al momento de tomar su decisión, es decir, a que la valoración se vea reflejada en la motivación, con prescindencia del resultado de su apreciación.

Otra cosa es que el derecho a la prueba tenga por finalidad inmediata producir en la mente del juzgador esa convicción, pero ésta debe ser el fruto de una apreciación razonada y libre, sujeta tan sólo a las reglas de la técnica, de la ciencia, del derecho, de la psicología y de las máximas de experiencia. En otras palabras, a las reglas de la sana crítica²⁸.

²⁵ Al respecto puede revisarse nuestro: *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA Editores, marzo de 2001, p. 95 y siguientes.

²⁶ En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado que el derecho a la prueba: “No comprende, sin embargo, un hipotético ‘derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada’ [...], en virtud de la cual las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer [...]. Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance ‘debe encuadrarse dentro de la legalidad’ [...], de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos [...]. La consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa ‘cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda’ [...].” (STC 187/1996, de 25 de noviembre, fundamento jurídico No. 3. Tomada del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* –BJC– No. 189, enero de 1997. Madrid: Cortes Generales de España, p. 105).

²⁷ Vid: nuestros *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. *Op. cit.*, Capítulo III y IV..

²⁸ Con ello no pretendemos desconocer que en muchos ordenamientos procesales existen ciertos vestigios de la “prueba tasada” o de la “tarifa legal”, sino afirmar que la primacía de la verdad jurídica objetiva, así como la

IV. DELIMITANDO LA NOCIÓN DE “PRUEBA ILÍCITA”. EL PRINCIPIO DE LICITUD EN MATERIA PROBATORIA

Precisadas las categorías y derechos antes expuestos estamos en condiciones de abordar el estudio de la “prueba ilícita”. Para empezar debemos decir que uno de los problemas que se enfrentan al estudiarla consiste en que la doctrina no es unánime en su concepto. Así, desde un punto de vista genérico la “prueba ilícita” es definida por algunos como aquella que ofende a la dignidad humana. Esta definición fue, en su esencia, la postulada por los profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas en el Proyecto de Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en 1974, cuyo artículo 549 señalaba:

“El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona.”²⁹.

Junto a esta acepción otros autores circunscriben el concepto de la “prueba ilícita” a la proscrita por el ordenamiento jurídico. La dificultad de esta definición se presenta al momento de delimitar el alcance que se le debe dar a la expresión “ordenamiento jurídico”³⁰. Así, desde una perspectiva amplia, parte de la doctrina entiende por “prueba ilícita” a la que es contraria a la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general³¹. En cambio, otro sector la restringe a aquellas que vulneran normas de rango legal y constitucional³², no faltando quienes la limitan exclusivamente a aquellas que son obtenidas violando derechos fundamentales³³.

El problema no queda allí, hay quienes consideran dentro de las llamadas “pruebas ilícitas” tanto a las que se encuentran prohibidas **en sí mismas** por el ordenamiento y, por tanto, que **no deben ser utilizadas** (sea porque resultan inválidas para cualquier caso o cualquier tipo de proceso o procedimiento, o porque siendo válidas en general están prohibidas en una determinada vía procedimental o para acreditar o verificar un hecho determinado), como a las que no encontrándose prohibidas fueron **obtenidas** ilícitamente (como por ejemplo, el testimonio obtenido bajo violencia o intimidación)³⁴.

prohibición del absurdo y de la arbitrariedad, como elementos que coadyuvan a configurar un proceso justo, proscriben tal sistema de apreciación de los medios de prueba.

²⁹ Tomado de PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*, p. 283.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *Ibid.*, p. 284.

³¹ Es el caso de DEVIS ECHANDÍA, para quien: “*Son pruebas ilícitas* las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medios social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 539-540.

³² En esa línea SENTÍS MELENDO señala que los medios de prueba obtenidos ilícitamente, “[...] aunque hayan llegado a entrar en los autos, no deben quedar incorporados a ellos, no deben ser adquiridos por el proceso. Así cuando se trate de pruebas obtenidas en violación de derechos constitucionalmente, o aun legalmente garantizados” (SENTÍS MELENDO, Santiago. *Op. cit.*, p. 228).

³³ Como es el caso de PARRA QUIJANO, para quien: “Es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas.”, sea que la violación se haya causado “[...] para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio.” (PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas ilícitas”. En: *Ius et veritas*. Año VIII, No. 14. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, junio de 1997, p. 37).

³⁴ Así, sostiene KIELMANOVICH: “Cabe a esta altura señalar sobre el particular tema de la ilicitud, que esta nota puede ya *directamente residir en la prueba en sí misma considerada* (ilicitud sustancial) por encontrarse

Sobre ambos puntos debemos mencionar lo siguiente:

En primer lugar, como quiera que la “prueba ilícita” se presenta como un problema de restricción probatoria (pues se postula el rechazo o pérdida de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente), consideramos que la naturaleza fundamental del derecho a probar, como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, hace que el concepto de “prueba ilícita” deba ser lo más restrictivo posible, a fin de permitir que el mencionado derecho despliegue toda su virtualidad y eficacia. Desde esa perspectiva, el concepto de “prueba ilícita” debe circunscribirse a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos con infracción de aquellos bienes jurídicos con los que el derecho a la prueba guarde relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos)³⁵.

En segundo lugar, en la medida que las prohibiciones relacionadas con la **utilización** de determinados medios probatorios (sea porque resultan inválidos para cualquier caso o cualquier tipo de proceso o procedimiento, o porque siendo válidos en general están prohibidos en una determinada vía procedimental o para acreditar o verificar un hecho determinado) corresponden a la esfera del principio de conducencia o idoneidad³⁶, consideramos que el concepto de “prueba ilícita” está relacionado exclusivamente con el modo antijurídico con que se **obtiene** un medio probatorio y/o una fuente de prueba. Esto significa que un medio o una fuente de prueba puede ser inconducente e ilícita a la vez, idónea pero ilícita, idónea y lícita, e inconducente pero lícita a la vez.

Sobre esa base, **denominamos “prueba ilícita” a aquellos medios probatorios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos con afectación de algún derecho fundamental o**

ésta prohibida para ciertos hechos o respecto a determinados tipos de procesos (vgr. Art. 326 del Cód. Civil, art. 70, ley 2393); o bien, puede referirse al *modo o procedimiento de adquisición de la prueba de por sí lícita* (ilicitud formal), así por ejemplo el caso del testimonio prestado bajo los efectos del pentotal, el empleo de un documento hurtado, etcétera.” (KIELMANOVICH, Jorge L. *La prueba en el proceso civil* –Cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado–. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 18).

³⁵ En sentido similar PICÓ I JUNOY sostiene que: “[...] el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa, conjuntamente con otros consagrados también como fundamentales por nuestra Carta Magna, obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*, p. 285-286).

Por ese motivo, GIANNI ALLENA, para identificar los alcances de la “prueba ilícita” prefiere hablar de “*prova incostituzionale*” refiriéndose a la “*prova assunta con modalità lesive dei diritti fondamentali del cittadino garantiti Costituzione*” (Citado por PICÓ I JUNOY, Joan. *Ibid.*, p. 286, nota No. 11).

³⁶ El principio de conducencia o idoneidad es uno de los que se encuentra más vinculado a la función normadora del legislador para contribuir a regular el ejercicio del derecho a la prueba. En efecto, este principio parte de dos premisas fundamentales. En primer lugar, que el legislador puede determinar, en general, qué medios o instrumentos pueden ser utilizados como medios probatorios y cuáles no; en otras palabras, que el legislador puede prohibir –siempre que sea razonable– la utilización de algún instrumento de reproducción, conservación, reconstrucción o verificación de hechos, como medio probatorio en cualquier tipo de proceso o procedimiento (por ejemplo, podría prohibir la utilización de pericias que pongan en riesgo la salud o la integridad del ser humano). Y, en segundo lugar, que el legislador puede prohibir –en la medida que sea razonable– la utilización de determinados medios probatorios –válidos en general– para un caso concreto, sea para probar un hecho determinado o para ser utilizados en determinada vía procedimental (por ejemplo, puede prohibir la inspección judicial para probar los daños físicos producidos por una violación, así como la declaración de testigos en la vía ejecutiva, etc.).

de algún bien jurídico constitucionalmente protegido; por lo tanto, no basta con que unos u otros hayan sido obtenidos en contravención de una norma legal para ser tildada de ilícita, sino que es necesario que dicha norma se sustente en uno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico con los que el derecho a la prueba guarde relaciones de coordinación y complementariedad, y que con la forma como se obtuvo el medio probatorio y/o la fuente de prueba el citado elemento haya sido afectado.

Como consecuencia de ello, el **principio de licitud** en materia probatoria exige que no tengan eficacia o que no se admitan al proceso o procedimiento los medios probatorios y/o las fuentes de prueba que hayan sido obtenidos ilícitamente (en el sentido anteriormente expuesto). En otras palabras, este principio postula la **exclusión** de la “prueba ilícita” en cualquier tipo de proceso o de procedimiento. Sobre el particular señala MAURO CAPPELLETTI lo siguiente:

“También una moderna concepción probatoria, según la cual todos los elementos de prueba relevantes para la decisión deberían poder ser sometidos a la valoración crítica del juez, admite sin embargo hipótesis en que el derecho a la prueba cede frente a otros valores, en especial si están garantizados constitucionalmente. Un ejemplo de tales exclusiones nos lo da la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas a consecuencia de secuestros y perquisiciones [es decir, investigaciones] que el art. 13, apartado 3° de la Constitución [...] declara explícitamente “privados de todo efecto” si han sido conducidos de modo inconstitucional.”³⁷.

Sin embargo, aunque a simple vista este principio parecería tener una aplicación absoluta por los bienes jurídicos que protege (pensemos por ejemplo en el caso de la declaración obtenida mediante tortura), existen casos en los cuales la inadmisibilidad de un medio y/o fuente de prueba obtenida ilícitamente se presenta como un problema nada sencillo de resolver. Apreciemos el siguiente caso descrito por PARRA QUIJANO y el comentario que hace al respecto:

“[...] el señor A, intuyendo que su cónyuge tiene relaciones sexuales extramatrimoniales y con el fin de poder demandar el divorcio con sustento en esa causal, procede a colocar un video en la alcoba matrimonial y efectivamente logra la grabación. Al ser utilizada la grabación, la señora B argumenta que la prueba viola el artículo 29 de la C.N. [Constitución Nacional]³⁸ ya que se le violó el derecho a la intimidad protegido por el artículo 15 de la C.N.³⁹.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. “Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano”. En: *Proceso, ideologías, sociedad. Op. cit.*, p. 560.

³⁸ Artículo 29 de la Constitución colombiana de 1991.- “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”

“[...] Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

³⁹ Artículo 15 de la Constitución colombiana de 1991.- “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. [...]”.

Acerquémonos al caso para observarlo mejor: el marido tiene derecho a la prueba (artículo 29 de la C.N.). Además es regla de la experiencia lo difícil que resulta probar esa causal. Puede invocar el derecho y la dificultad para conseguir la prueba como justificaciones para utilizar el video y la señora B su derecho a la intimidad (¿tendrá derecho a alegar tal derecho, cuando ella fue la que introdujo un extraño?).

Si se resuelve aceptarla, se da preponderancia al derecho a la prueba y se bendice el método de buscarla por lo difícil que resulta probarla. Si se niega su aceptación y valoración se da preponderancia a ese derecho a la "intimidad". ¿Qué dirá la sociedad que sabe que efectivamente sí hubo relaciones sexuales extramatrimoniales, pero la sentencia dirá que no se probaron?⁴⁰.

Estos problemas han originado en la doctrina y jurisprudencia comparada distintas alternativas de solución tal como veremos a continuación.

V. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA "PRUEBA ILÍCITA" EN EL DERECHO COMPARADO

En los **Estados Unidos de Norteamérica** la Suprema Corte anunció en 1914 la **regla de exclusión** (*exclusionary rules*), a través de la cual eliminó de los tribunales federales los medios y/o fuentes de prueba obtenidos en violación de la prohibición de realizar cateos e incautaciones irrazonables. Esta regla se estableció en el caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914. Posteriormente se le aplicó también para descartar el uso de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos en violación de otros derechos constitucionales, en especial del contenido en la Quinta Enmienda (exigible tan sólo a la Federación). Sin embargo, no fue sino hasta 1961 que la regla se aplicó en los tribunales estatales, principalmente sobre la base de la Decimocuarta Enmienda (aplicable al conjunto de Estados de la Unión)⁴¹ (es el caso de *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961)⁴².

⁴⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, p. 50-51.

⁴¹ En la Constitución de los Estados Unidos de América (conocida también como Constitución Federal de Filadelfia) no aparece el derecho a un debido proceso o *due process of law* sino recién en su V y XIV enmiendas. La primera, aprobada en 1791 señalaba que: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en un asunto criminal, ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal". Y la otra enmienda, dictada en 1868, proclamaba que: "Ningún Estado podrá hacer [...]; ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la igual protección de la ley". Esta enmienda –la XIV– fue uno de los frutos de la Guerra de Secesión y tuvo por finalidad hacer extensivo a todos los Estados locales, la exigencia de respetar dichos derechos, tal como ya se exigía al gobierno federal. Trajo como consecuencia un notable avance de los poderes federales sobre los Estados federados, entre otros motivos, porque permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América erigirse en guardián de los derechos individuales en cada pedazo de suelo de la Unión.

⁴² *Vid:* WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Traducción de Ana Isabel Stellino. México D.F.: Ediciones Gernika S.A., 1995, p. 249.

"En el caso de *Wolf* contra *Colorado*, de 1949, la Corte sostuvo que la garantía de la Cuarta Enmienda protegía a los individuos de las acciones estatales al igual que de las federales. Sin embargo, declinó aplicar la regla de exclusión a los agentes estatales para dar cumplimiento a esa garantía [*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 1949].

En la causa de *Wolf*, un subcomisario había tomado, sin orden judicial, la agenda de un médico, interrogado a los pacientes cuyos nombres figuraban en ella y conseguido así las pruebas para acusar a *Wolf* de practicar abortos ilegales.

Wolf recusó el uso de esas pruebas, señalando que las habían incautado en forma ilegal y debían excluirse. No obstante, la Suprema Corte confirmó su condena.

Esta regla ha sido objeto de continuas controversias legales, pues muchas veces ha impedido que impere la verdad material al interior de un proceso y otras ha ocasionado la liberación de personas que quizás eran culpables al impedir que la fiscalía use medios y fuentes de prueba obtenidas ilícitamente. Como lo expresó el juez Benjamín Cardozo antes de integrarse a la Suprema Corte de los Estados Unidos: “El criminal queda en libertad porque la policía metió la pata”⁴³. Efectivamente, no faltaron quienes señalaron que la regla de la exclusión significaba que la sociedad debía pagar un precio muy alto por la violación inconsciente de los derechos constitucionales. Por ello se propuso que la regla de exclusión en tales casos sea reemplazada por otra solución menos onerosa, como por ejemplo, **el pago de una indemnización** a cambio de otorgar eficacia probatoria a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente⁴⁴.

Tales controversias expliquen quizás por qué en el caso *Weeks* contra *United States* (1914) la Suprema Corte, además de anunciar la regla de la exclusión, anunció también **la doctrina de la bandeja de plata**. Según esta última regla los fiscales *federales* podían usar el material probatorio que los agentes *estatales* obtuvieran en cateos e incautaciones irrazonables, si esas evidencias se habían recabado sin participación federal y si eran entregadas a los agentes federales, en otras palabras, si se las daban en bandeja de plata⁴⁵.

La Corte explicó la incongruencia de ambas reglas en una opinión de 1914, según la cual la Cuarta Enmienda no se aplica a la acción estatal⁴⁶. Pero después que el Alto Tribunal anuló

El juez Felix Frankfurter redactó la opinión mayoritaria: “la cuestión inmediata es determinar si el derecho fundamental a estar protegido de la intrusión policial arbitraria exige la exclusión de pruebas que poseen una pertinencia lógica, obtenidas mediante un cateo e incautación irrazonables... Cuando vemos que, de hecho, en casi todo el mundo de habla inglesa no se considera vital para dicha protección la exclusión de evidencias así recabadas, dudamos el tratar este remedio como un ingrediente esencial del derecho... Concediendo que en la práctica la exclusión de la evidencia puede ser de una forma eficaz de evitar cateos irrazonables, no le corresponde a esta Corte condenar a un estado por fiarse de otros métodos con base en que no llegan a satisfacer los criterios mínimos que garantiza la cláusula del proceso legal, pero que son igualmente efectivos si se llevan a cabo en forma coherente... Sostenemos, pues, que en un proceso celebrado ante un tribunal estatal, por un crimen estatal, la Decimocuarta Enmienda no prohíbe la admisión de pruebas obtenidas en un cateo e incautación irrazonables”.

No obstante, aunque en este caso la Corte rehusó aplicar la regla para excluir de los tribunales *todas* las pruebas incautadas en forma ilegal, hubo algunas instancias en las que el comportamiento policial fue tan escandaloso que abrogó las condenas pronunciadas sobre esa base.

Uno de esos casos fue el de *Rochin* contra *California*, que se decidió en 1952. En esta oportunidad, los oficiales de la policía “incautaron” las pruebas de un sospechoso recurriendo al método de lavarle el estómago para recuperar las dos cápsulas de droga que había ingerido en el momento del arresto. La Corte invalidó la condena resultante. Frankfurter redactó la opinión unánime de los jueces censurando esos métodos como “una conducta que repugna a la conciencia,... métodos que se aproximan demasiado al potro y las empulqueras para admitir una diferenciación constitucional” [*Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 1952]” (WITT, Elder. *Ibid.*, p. 247-248).

⁴³ *People v. Defore*, 242 N.Y., 13 en 21, 150 N.B. 585, 1926,

⁴⁴ *Vid:* WITT, Elder. *Op. cit.*, p. 247.

⁴⁵ *Vid:* WITT, Elder. *Ibid.*, p. 248.

⁴⁶ *Ibid.*

“La garantía de la Cuarta Enmienda sobre el “derecho del pueblo a tener seguridad en sus personas, sus casas, sus papeles y sus efectos contra cateos e incautaciones irracionales” procura proteger al individuo contra esta clase de invasión arbitraria a su intimidad por parte de la policía u otras autoridades.

Esta garantía de la seguridad personal está subrayada por la segunda parte de la enmienda, la cláusula que exige una orden legal. En ella se enfatiza el requisito de que los cateos e incautaciones sean “razonables” al

ese punto de vista, en 1949, en el caso de *Wolf* contra *Colorado*, la doctrina de la bandeja de plata sobrevivió once años más⁴⁷. Por fin en la causa de *Elkins* contra *United States*, de 1960, la Corte rechazó esa práctica. En nombre de ese Alto Tribunal, el juez Potter Stewart declaró:

“[...] es indudable que no puede establecerse ninguna distinción lógica entre las pruebas obtenidas en violación de la Cuarta Enmienda y las obtenidas en violación de la Decimocuarta [por la cual resultaba aplicable a los Estados la prohibición contra el cateo y la incautación irrazonables]. En ambos casos se burla por igual la Constitución. A la víctima no le interesa si su derecho constitucional fue transgredido por un agente federal o por un policía estatal”⁴⁸.

Como se señaló anteriormente, recién fue en el caso de *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, de 1961, en que la Suprema Corte declaró por fin que la regla de exclusión forma parte de las Enmiendas Cuarta y Decimocuarta. En este caso, la policía de Cleveland, con la sospecha de que un infractor de la ley se ocultaba en cierta vivienda, irrumpió en ésta, maltrató a su ocupante, la señorita Mapp, y registró todo el recinto sin una orden judicial. En la vivienda se encontró un baúl que contenía material obsceno. La señorita Mapp fue procesada y condenada por la posesión del mismo. Sin embargo, la Suprema Corte anuló la condena porque el material probatorio utilizado en contra de la mujer se había incautado por medios inconstitucionales⁴⁹. El juez Tom C. Clark redactó la opinión que invalidaba el fallo de *Wolf* en lo tocante a la regla de exclusión:

“Nada destruye con mayor rapidez a un gobierno que el incumplimiento de sus propias leyes, o peor, el desdén hacia la carta fundamental de su propia existencia (...).

El innoble atajo que quedó abierto a los estados para condenar a una persona [al permitir el uso de medios y/o fuentes de prueba obtenidas por medios ilícitos] tiende a destruir todo el sistema de restricciones constitucionales sobre el cual se basan las libertades del pueblo. Como ya se ha reconocido que el derecho a la intimidad contenido en la Cuarta Enmienda puede hacerse valer en los estados, y que el derecho a estar seguros contra invasiones violentas de la intimidad por parte de funcionarios estatales emana por consiguiente de la Constitución, no podemos continuar permitiendo que este derecho sea una promesa vacía”⁵⁰.

En el decenio de 1970 la Suprema Corte limitó el uso de la regla de exclusión a la invalidación de condenas, con lo cual reflejó la falta de entusiasmo de algunos de sus miembros hacia aquella. Posteriormente la Corte se negó a prohibir a los fiscales el uso de los medios y fuentes de prueba obtenidos por medios ilícitos cuando interrogaban a los testigos ante un gran jurado, o a ordenar a los jueces federales que liberasen a las personas que impugnaban las condenas estatales porque se habían utilizado evidencias incautadas en forma ilegal. La Corte sostuvo que, en tanto el estado hubiera ofrecido al acusado una oportunidad de impugnar esas

establecer que “no se expedirá ninguna orden, si no es por una causa probable, que esté respaldada por un juramento o una declaración y que describa en particular el lugar que ha de catearse y la persona o las cosas que se han de incautar” (WITT, Elder. *Ibid.*, p. 241).

⁴⁷ Vid: WITT, Elder. *Op. cit.*, p. 248.

⁴⁸ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 en 215, 1960.

⁴⁹ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 en 657, 1961.

⁵⁰ *Ibid.*, en 659, 660.

evidencias en una audiencia plena y justa, los tribunales federales no tenían la obligación constitucional de acudir al auto de habeas corpus para dar cumplimiento a la regla de exclusión⁵¹.

En la década de 1980 la Suprema Corte aprobó una significativa excepción a la regla de exclusión que, sin embargo, como advirtieron algunos jueces que opinaron en contra, podía terminar por devorarse a la regla. Esta excepción, llamada de **la buena fe**, se aprobó en 1984 y permitía utilizar en un proceso los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente si los policías que las habían recabado contaban con una orden de cateo y creían haber actuado en forma legal, para descubrir luego que por una falla “técnica” el registro había sido en realidad ilegítimo⁵².

Ese mismo año el Alto Tribunal estadounidense aprobó también la excepción del **descubrimiento inevitable**, como excepción a la regla de exclusión. Según ella, los medios y/o fuentes de prueba obtenidos en violación de los derechos del acusado podían ser utilizados en un proceso, si el fiscal demostraba que de todos modos se habrían descubierto por medios legítimos⁵³.

En otras latitudes el problema de la “prueba ilícita” también ha sido abordado con posiciones diversas.

Así por ejemplo, en **Alemania** el Tribunal Supremo federal para asuntos civiles y causas penales (BGH) ha desarrollado **la teoría del entorno jurídico**, en virtud de la cual, la posibilidad de utilizar medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente o, en general, de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, depende de si “[...] la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia”⁵⁴. Por otro lado, los tribunales alemanes aplicaron además la **doctrina de la proporcionalidad** (también llamada del equilibrio o ponderación) para admitir, en ciertos casos, los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, luego de confrontar los derechos en conflicto con la finalidad de encontrar un equilibrio entre ellos⁵⁵.

En **Argentina**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “[...] otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”⁵⁶. Como refiere PARRA QUIJANO, con posterioridad esta Corte fue puliendo dicho criterio hasta sostener que **la regla es la exclusión** de cualquier material probatorio obtenido ilícitamente, pero teniendo en cuenta la concurrencia de factores que puedan **atenuar los efectos derivados de su aplicación automática e**

⁵¹ Vid: *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974); *Stone v. Powell*, *Wolf v. Rice*, 428 U.S. 465 (1976); y *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

⁵² Vid: *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984); y *Maryland v. Garrison*, U.S. (1987).

⁵³ Vid: *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁵⁴ GÓMEZ COLOMBER, Juan L. Citado por: PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁵ Vid.: PARRA QUIJANO, Jairo. *Ibid.*, p. 41. Sobre esta doctrina volveremos más adelante.

⁵⁶ Jurisprudencia del 10 de diciembre de 1981, citada por PARRA QUIJANO, Jairo. *Ibid.*

irracional; es decir, que sólo resulta posible quitar eficacia probatoria a aquellos medios y/o fuentes de prueba que aparezcan conectadas con la ilicitud inicial, pero no cuando media un cauce diferente de investigación que permita llegar a la prueba cuestionada⁵⁷.

En el **Brasil**, el artículo 5L.VI de su Constitución de 1988 establece que: “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. En forma similar, en **Colombia** el artículo 29 de su Constitución Nacional de 1991 señala que: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, correspondiéndole a los órganos jurisdiccionales el establecer, en cada caso concreto, cuándo el material probatorio ha sido obtenido en contravención de ese derecho fundamental.

En lo que respecta al **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** es significativa la posición que expresa en el caso del señor Pierre Schenk⁵⁸.

El caso ocurre en Suiza y se dice que el señor Pierre Schenk contrató al señor Pauty para que diera muerte a su esposa, la señora Joseff Schenk. El señor Schenk es acusado y condenado por tentativa de inducción al asesinato y uno de los medios probatorios que sirvió para la condena fue una grabación ilegal telefónica donde se utilizó como agente provocador al mismo Pauty (quien supuestamente fue contratado por Pierre Schenk).

En el Derecho Suizo se requiere la autorización judicial, para que sea legal la interceptación telefónica, la cual no se consiguió (la policía actuó sin esa autorización). El caso fue finalmente llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las posturas del gobierno suizo y de los tribunales del mismo país fueron así: 1°) El gobierno suizo planteó la necesidad de **ponderar los intereses en debate** y que, además, la grabación no constituía el único elemento de prueba; 2°) No obstante, reconoce la ilegalidad de la grabación; 3°) El Tribunal Criminal de Rolle consideró especialmente que “[...] de todas formas el contenido de la grabación había podido figurar en el expediente, bien sea porque el juez de instrucción hubiese puesto bajo vigilancia el aparato de Pauty (el contratado para matar), bien sea simplemente porque bastaría oír a Pauty como testigo”; y que “[...] entrar en los puntos de vista del acusado comportaría suprimir una buena parte de las pruebas de los expedientes penales”; 4°) El Tribunal de Casación Penal del Tribunal cantonal de Vaudois destacó que: “En sí misma la grabación impugnada no incidía en la interdicción de la prueba”, que si se quería recurrir a **la balanza de los intereses y derechos en presencia**, la violación de la esfera privada no debía prevalecer sobre el interés general en el descubrimiento del culpable de un crimen grave y que el medio utilizado quedaba en el caso concreto en **los límites de lo tolerable** que impone la lucha contra el crimen; 5°) En cuanto al Tribunal Federal Suizo, éste estimó que “[...] el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima”.

⁵⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. *Ibid.*

⁵⁸ Caso tomado y reproducido de: PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, p. 49.

Por su parte el Sr. Schenk sostuvo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el proceso penal seguido en su contra se había violado el artículo 6.1 del Convenio, por cuanto al haberse usado esa grabación el proceso no había sido justo o equitativo⁵⁹.

Dicho Tribunal resolvió, por trece votos contra cuatro, que no hubo violación del artículo 6.1., desestimando así el pedido del Sr. Schenk. Los votos en minoría sostuvieron que no sólo hubo violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, sino también del artículo 8 del mismo⁶⁰.

En síntesis, podemos decir que en la doctrina y jurisprudencia comparada existen tres grupos de opinión perfectamente delimitados sobre el problema de la “prueba ilícita”: 1º) los que pugnan por la admisibilidad de los medios y/o fuentes de prueba ilícitamente obtenidos, independientemente de la sanción civil, penal o administrativa a que haya lugar; 2º) los que se pronuncian por el rechazo de tales medios y/o fuentes de prueba y por restarles toda eficacia en el proceso o procedimiento; y, 3º) los que consideran que debe ser el juzgador el que, en cada caso concreto, pondere los intereses, valores, bienes y derechos en conflicto, y decida, motivadamente, sobre la admisibilidad o rechazo del material probatorio ilícitamente obtenido⁶¹. Diversas han sido las razones que se han expuesto como sustento de una y otra postura.

⁵⁹ El artículo 6.1. del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas señala que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...]”.

⁶⁰ El artículo 8 del citado Convenio reza: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

⁶¹ Así, frente a la pregunta: ¿Qué se hace con la prueba ilícita?, PARRA QUIJANO explica que “para responder a esa pregunta, y de ninguna manera con un criterio abarcador, puede decirse que existen dos criterios:

2.5.1. La prueba no es admisible. Debe ser excluida (*exclusionary rules*). Existen “lujos” que el Estado no puede darse, como lo sería el violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger.

Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. [...].

2.5.2. La prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de que quienes la obtuvieron en esa forma sean castigados. Trátese del funcionario de policía, de la fiscalía, el juez o los particulares. Debe predominar el interés de descubrir la verdad [...]” (PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, p. 39).

Más adelante, PARRA QUIJANO señala que para atenuar el rigor en la aplicación de la no admisibilidad y no valoración de la “prueba ilícita”, en el derecho comparado ha surgido una nueva tendencia relacionada con el “[...] criterio de proporcionalidad [...] consistente en contrastar los derechos fundamentales” (*Ibid.*, p. 42). Sobre el particular, citando textualmente a ENRIQUE VÉSCOVI, el citado autor refiere lo siguiente:

“En principio debemos decir que descubrimos una tendencia regresiva o limitativa de la prohibición de las pruebas ilícitas que venimos estudiando, al menos con referencia a ciertos delitos que tienen muy preocupada a la comunidad toda. Como pueden ser los de terrorismo y tráfico de drogas y de personas (mujeres y niños).

Así y en este sentido se ha señalado que el derecho a la intimidad, que nos preocupa cada vez más en medio de las agresiones de todo tipo que sufre, es, como todos los derechos, no absoluto sino relativo y limitado. Esto es, que debe verse en su relación con los demás derechos del hombre, como el de propiedad, libertad, vida, etc.

Así nace el llamado criterio de proporcionalidad, que fundamentalmente rescata la teoría alemana, para considerar en cada caso concreto, la situación. Para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al aceptar esa prueba.” (*Ibid.*, p. 41).

Así, en apoyo de la tesis que sostiene la admisibilidad de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, se ha sostenido principalmente lo siguiente: 1°) que, a través de ellos se consigue trasladar a conocimiento del juez una serie de hechos importantes para la solución del conflicto y, por tal razón, su admisión y posterior valorización no debe apreciarse en términos de moralidad, sino en el grado de verosimilitud que ellas aportan al esclarecimiento de los hechos controvertidos; y, 2°) que la finalidad primordial del proceso es el descubrimiento de la verdad, y si ese propósito se obtiene mediante la utilización de medios y/o fuentes de prueba ilícitamente producidas, el juez debe valorarlas en su integridad, independientemente de la responsabilidad penal, civil, administrativa o disciplinaria que se genere para el autor o autores de la misma⁶².

En apoyo de la tesis contraria se ha sostenido generalmente: 1°) que según el tópico *non auditur propiam allegans turpitudinem*, los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor, por lo tanto, los medios y/o fuentes de prueba obtenidos con violación del ordenamiento jurídico no deben merecer del juzgador ninguna consideración; 2°) que aceptar la validez del material probatorio ilícitamente obtenido sería tanto como legitimar y patrocinar conductas antijurídicas; 3°) que la única sanción eficaz para reprimir la utilización de medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente es no darles eficacia probatoria; 4°) que en torno a este problema gravitan dos intereses: el del Estado de conocer la verdad, y el interés del respeto de los derechos fundamentales, los que colocados en contraposición, obligan a preferir el segundo sobre el primero, pues la naturaleza de los derechos fundamentales obliga a negar eficacia o legitimidad a cualquier acto o decisión que los vulnere⁶³.

Por último, como sustento de la tesis de la ponderación o proporcionalidad se ha considerado lo siguiente: 1°) que si bien el individuo tiene unos derechos inherentes a su condición de tal, no es menos cierto que no se encuentra aislado en la sociedad, por lo que sus derechos pueden verse limitados por otros derechos o bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; 2°) que sobre el problema de la “prueba ilícita” convergen dos intereses contrapuestos del mismo rango: el interés por descubrir la verdad (la misma que constituye el pilar fundamental del servicio de justicia), y el interés por impedir la producción de “pruebas ilícitas”, por lo tanto, deben ser ponderadas dentro del marco de lo tolerable exigido por el punto de equilibrio⁶⁴.

En nuestra opinión, en el problema de la llamada “prueba ilícita” convergen valores, derechos y bienes jurídicos en una situación de eventual conflicto que debe ser resuelto con ayuda de ciertos principios y técnicas de interpretación o de solución de conflictos, tal como lo desarrollamos a continuación.

No obstante, debemos mencionar que PARRA QUIJANO se muestra partidario de la primera tesis por considerar que la búsqueda de la verdad no puede ser a costa de los derechos fundamentales de la persona (*Ibid.*, p. 39).

⁶² Vid.: FÁBREGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 342.

⁶³ Vid.: FÁBREGA, Jorge. *Ibid.*, p. 343-344.

⁶⁴ Cfr.: AZULA CAMACHO, Jaime. *Op. cit.*, p. 9 Y 10; con FÁBREGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 343-346.

VI. LA “PRUEBA ILÍCITA”: UN CASO DE CONFLICTO DE DERECHOS

Es evidente que ninguno de los derechos fundamentales, y por, ende, los elementos que lo constituyen, así como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, se encuentra aislado en el ordenamiento jurídico, pues concurren conjuntamente ocasionando una influencia recíproca que contribuye a delimitar sus respectivos contenidos. Sin embargo, es posible que al momento de concurrir en un caso concreto presenten entre sí situaciones de conflicto, como el que se puede presentar entre el derecho a un medio ambiente sano y el desarrollo económico, o entre la libertad de expresión y el derecho a la buena reputación, etc.

Esa situación de conflicto es precisamente la que se presenta en el problema de la “prueba ilícita”. Por un lado, se encuentran el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (ambos, elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo). El primero exige que se admita al proceso o procedimiento el material probatorio que ha sido ofrecido para acreditar los hechos que configuran una pretensión o una defensa⁶⁵. La segunda rechaza todo apartamiento consciente y voluntario de los datos procesales que resulten relevantes o esenciales para la justa solución de la causa⁶⁶. Por otro lado, se encuentran los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que exigen no ser vulnerados o lesionados. El conflicto se presenta cuando para acreditar algún hecho o alcanzar la verdad en el proceso, se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación de derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior de un proceso o procedimiento. Existirá una situación de conflicto porque mientras el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva parecen propugnar su admisión (sin perjuicio de la sanción que corresponda al agente), los derechos fundamentales, o demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que han sido afectados exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.

Como se puede advertir, esto ocasiona un problema para el ordenamiento jurídico entendido como sistema (es decir, como uno donde no pueden subsistir antinomias o incompatibilidades), pues la existencia de un conflicto entre derechos o bienes jurídicos de igual jerarquía significa –en abstracto– que estamos ante derechos o bienes jurídicos incompatibles (lo cual implicaría que alguno de ellos deba ser eliminado para salvar la coherencia del sistema), o que en realidad tal incompatibilidad no existe pues el conflicto puede ser solucionado en términos de delimitación, de jerarquía o ponderación⁶⁷. En este último caso –como veremos– se dice que el conflicto en realidad no existe, o que existe eventualmente o sólo en apariencia, ya que puede ser solucionado a través de las técnicas de interpretación o de solución de conflictos⁶⁸.

⁶⁵ Vid, *supra*, acápite III.

⁶⁶ Vid, *supra*, numeral 2.2.

⁶⁷ “Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir *normas incompatibles*. Aquí, “sistema” equivale a validez del principio que excluye la *incompatibilidad* de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad” (BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimprisión. Madrid: Editorial Debate S.A. Traducción de Eduardo Rozo Acuña, 1998, p. 195).

⁶⁸ Cfr.: BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 203-213.

En ese sentido, podemos decir, metodológicamente hablando, que constitucionalmente existen dos corrientes doctrinarias que aportan soluciones al problema de la “prueba ilícita”. La primera niega la existencia de incompatibilidad o de conflicto entre bienes o derechos, señalando que lo que se presenta como un problema de conflictos es en realidad un problema de delimitación conceptual del contenido de cada bien o derecho. La segunda, en cambio, admite la posibilidad de eventuales conflictos, o mejor, señala que lo que se presenta como un problema de incompatibilidad es en realidad una simple apariencia, pues el “conflicto” se ve prontamente solucionado mediante técnicas de interpretación, de jerarquía o ponderación.

En cualquier caso, obsérvese que estas dos corrientes niegan la posibilidad de que –en abstracto– los derechos fundamentales, o los elementos que los integran o constituyen, así como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, presenten entre si situaciones de incompatibilidad o de conflicto, pues eso significaría ir en contra del ordenamiento jurídico entendido como sistema (es decir, como un conjunto ordenado y coherente de normas donde las incompatibilidades o antinomias no pueden subsistir).

A continuación abordaremos cada una de estas corrientes y sus respectivas propuestas para analizar cómo inciden en la solución del problema de la “prueba ilícita”.

6.1. Postura que niega la posibilidad de eventuales conflictos: Los límites internos o el contenido propio de los derechos fundamentales

Esta teoría ha sido sostenida en España por DE OTTO Y PARDO al señalar que ciertas situaciones que han sido presentadas por la doctrina como límites de los derechos fundamentales (por derivarse de la concurrencia de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos) en realidad no son problemas de limitación de un derecho fundamental, sino de **delimitación** conceptual del contenido mismo del derecho, de forma tal que lo que se llama protección de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido no exige en realidad una limitación externa de los derechos, por la sencilla razón de que las conductas o situaciones que se trata de impedir, por ser violatorias de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, no pertenecen al contenido del derecho fundamental en cuestión. Por tal razón, vistas así las cosas, el derecho fundamental no requerirá de ninguna limitación externa para excluirlas⁶⁹.

Por ejemplo, para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión, no hace falta en absoluto argumentar con los límites del correspondiente derecho, por la muy obvia razón de que el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; por ello, penalizar la coacción ejercida no significa limitar el derecho de reunión pues aquella no forma parte del contenido de este derecho⁷⁰. Igualmente –siguiendo con esta posición doctrinaria– para justificar por qué no se pueden admitir al proceso o procedimiento las declaraciones o confesiones obtenidas mediante violencia física o psicológica, no se requiere argumentar con la limitación del derecho a probar,

⁶⁹ Vid: DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”. En: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Primera reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 137.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 138 y 139.

pues a nadie se le ocurrirá considerar que las normas que prohíben el uso de la violencia para obtener tales declaraciones son normas limitativas de este derecho, ya que tal situación no está protegida por él⁷¹.

Desde esta perspectiva, la delimitación de los contornos del derecho fundamental, o la fijación de su contenido, es la operación que obligatoriamente debe realizar cualquier intérprete, legislador o juzgador en forma previa a cualquier otra operación. Este planteamiento ha llevado a DE OTTO Y PARDO a sostener que:

“Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como “limitación para proteger otros bienes constitucionales” muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben “ceder” ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado, no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución.”⁷².

En otras palabras, dentro de una tesis como la sostenida por DE OTTO Y PARDO, no parece posible hablar de eventuales conflictos entre derechos fundamentales (incluyendo, los elementos que integran su contenido), y/o entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues de lo que se trataría en realidad es de delimitar adecuadamente los contornos de cada bien o derecho para excluir la posibilidad de contraposición o conflicto.

Sin embargo, este planteamiento no resulta del todo satisfactorio para aquellas situaciones en las que no es posible encontrar una solución al potencial conflicto mediante una simple delimitación del contenido de cada derecho. Por ejemplo, ¿cómo podríamos solucionar el problema que se presenta cuando frente a dos personas que requieren en las próximas horas de un trasplante del corazón, el hospital estatal que las atiende sólo puede realizar el trasplante a favor de una porque sólo cuenta con un corazón compatible para cualquiera de ellas? ¿Acaso no estaría en colisión el derecho a la vida de ambas personas? ¿Puede una simple delimitación conceptual del contenido de cada derecho resolver esa situación de colisión o de conflicto? ¿No es verdad que sea cual fuere la opción que se tome se privilegiara un derecho en perjuicio de otro que se encontraba en una situación de conflicto?

⁷¹ Artículo 2, numeral 24, literal “h”, de la Constitución peruana de 1993: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...). Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. (...)”.

⁷² DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Op. cit.*, p. 143-144.

Del mismo modo, cómo resolver el problema que se presenta cuando, producto de una grabación subrepticia, una persona logra obtener un vídeo en el que se aprecia que, quien lo acusa de haber cometido un crimen, afirma abiertamente que todo es parte de un contubernio para perjudicarlo, que aquella persona no cometió el crimen. En ese caso, ¿podemos decir, sin más, que el derecho a probar no comprende la posibilidad de usar medios de prueba obtenidos ilícitamente? ¿Deberíamos negar eficacia probatoria a esa grabación y excluirla del proceso penal en la que haya sido ofrecida? ¿Qué ocurriría si es el único medio de prueba que puede acreditar la inocencia del acusado? ¿Qué pasaría con la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y con el derecho a una decisión justa, si se negara eficacia probatoria a ese medio de prueba? ¿Qué pensaría la sociedad si se condena a una persona inocente?

Si nuestra respuesta se inclinara a favor de la admisión de tales medios de prueba, deberíamos preguntarnos, entonces, si también debe admitirse u otorgarse eficacia probatoria a los medios y/o fuentes de prueba que hayan sido incautados por la policía sin contar con una orden judicial y afectando el derecho a la inviolabilidad de domicilio. ¿Acaso debemos aceptar que el contenido del derecho a la prueba o la búsqueda de la verdad jurídica objetiva justifican cualquier conducta –por más arbitraria e ilícita que éste sea– con tal que permita obtener los medios de prueba que nos lleven a la verdad del caso concreto? ¿Pueden los fines justificar el uso de cualquier tipo de medio? ¿Qué pensaría la sociedad al respecto?

Como puede apreciarse, no siempre es posible resolver situaciones de potencial conflicto entre bienes o derechos a través de una simple interpretación o delimitación del contenido de cada bien o derecho. En otras palabras, la delimitación del contenido de los derechos, o demás bienes jurídicos, no siempre impide que se presenten situaciones de conflicto entre sí al concurrir en un caso concreto.

No obstante, esta teoría (del contenido propio o de los límites internos de los derechos fundamentales) es útil en cuanto reivindica la necesidad de tener en cuenta el contenido de los demás derechos fundamentales y/o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (interpretación sistemática), al momento de delimitar el contenido de cada uno y fijar los límites a su ejercicio. Es decir, resalta la necesidad de asegurar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico entendido como sistema.

Ahora bien, como la posibilidad de eventuales conflictos continúa estando latente, la doctrina y jurisprudencia comparada ha creado ciertas técnicas de solución de conflictos, algunas de las cuales –las más importantes– son tratadas a continuación.

6.2. Posturas que aceptan la posibilidad de eventuales conflictos. Algunas técnicas de solución de los mismos

Quienes aceptan, como ALONSO GARCÍA que es posible que los derechos fundamentales, o los elementos que integran su contenido, así como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, presenten entre sí situaciones de aparente incompatibilidad o de conflicto, al concurrir en un caso concreto, señalan que:

“La coherencia entre *todos* ellos no puede alcanzarse si no es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones

relativas (sin negación de algún valor en todo caso) entre ellos en atención a los intereses en juego, al respectivo ``peso específico`` en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional.”⁷³

Adviértase que no se trata de que el conflicto se presente en la delimitación conceptual del contenido de cada derecho (es decir, *in abstracto*), porque eso significaría que el ordenamiento jurídico presenta incoherencias o incompatibilidades entre algunos de los elementos que lo integran, lo cual no es posible en una concepción del Derecho entendido como sistema, pues en él todos los elementos se armonizan en forma coherente a través de las relaciones de coordinación, complementariedad o subordinación. De esta manera no podría concluirse válidamente –por mencionar un ejemplo– que un derecho permite hacer, no hacer o dar algo y al mismo tiempo que otro derecho o bien jurídico del mismo ordenamiento al cual aquél pertenece impide esa posibilidad. No sería una conclusión válida porque el contenido de cada derecho, o de cada bien jurídico, se determina teniendo en cuenta el contenido de los demás derechos o bienes con los que guarde relaciones de coordinación y complementariedad – a fin de que haya armonía entre ellos– y respetando las relaciones de jerarquía o subordinación.

El conflicto entre los derechos fundamentales, y/o demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sólo puede presentarse, entonces, al momento de ser ejercitados o de que se exijan las prestaciones que aseguren su goce o eficacia a plenitud, o al momento de concurrir a la solución de un caso concreto (es decir, *in concreto*). Por lo tanto, no puede romper la coherencia del ordenamiento jurídico entendido como sistema en tanto existan técnicas adecuadas de solución de esos conflictos.

Precisamente la doctrina y jurisprudencia comparada ha desarrollado una serie de técnicas y principios que, además, coadyuvan a determinar el contenido de los derechos y demás bienes jurídicos, así como los límites a su ejercicio. Atendiendo al objetivo del presente trabajo, ellas podrían ser reunidas en dos, tal como lo abordamos a continuación.

6.2.1. La *preferred position* o la teoría de las *preferred freedoms*

La teoría de la *preferred position*, también llamada teoría de las *preferred freedoms*, ha sido esbozada y desarrollada por la jurisprudencia estadounidense, teniendo su origen en la posición superior en que se ubicó a los derechos contenidos en la Primera Enmienda respecto a los otros derechos o bienes jurídicos con los que podrían concurrir, en un caso concreto, en una relación de conflicto o de competencia. Tales derechos se refieren a las libertades de palabra, prensa, culto, petición y reunión pacífica, los cuales constituyen los pilares fundamentales de los ideales norteamericanos relativos a la libertad individual y al autogobierno representativo⁷⁴.

Esta teoría parte por considerar que entre la gama de derechos o bienes constitucionalmente protegidos existen algunos que son el presupuesto básico para el

⁷³ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 418.

⁷⁴ Señala la Primera Enmienda que: “El Congreso no hará ley alguna con respecto al establecimiento de cultos, o para prohibir el libre ejercicio de los mismos; o para limitar la libertad de palabra, o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o de peticionar al gobierno para desagaviar ofensas” (Tomado de: WITT, Elder. *Op. cit.*, p. 28).

mantenimiento de los valores democráticos y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, concluyendo que, por ende, gozan de una posición preferente sobre los demás, de tal suerte, que el eventual conflicto que pueda surgir entre éstos y aquellos, al concurrir en un caso concreto, debe ser resuelto con el predominio de los primeros sobre los últimos. Además, exige que, en caso de ser limitados, la norma limitativa responda a un “gran interés público” y esté provista de una “mayor justificación”, por lo que no bastará alegar cualquier tipo de interés público como sustento de la limitación o regulación, sino que dicho interés deberá tener un *plus* suficiente para sobrepasar al protegido constitucionalmente⁷⁵.

Entonces, generalizando, la teoría de la *preferred position* o teoría de las *preferred freedoms*, permite jerarquizar los derechos fundamentales (incluyendo los elementos que integran su contenido) y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, ubicando a algunos de ellos en una posición preferente frente a los demás, al considerar que existen ciertos derechos o bienes jurídicos que tienen una importancia mayor por ser el presupuesto básico para el mantenimiento de determinados valores y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Tal jerarquización permite resolver las situaciones de conflicto que eventualmente se presenten entre estos bienes o derechos que gozan de una posición preferente y los que no gozan de ella, al concurrir en un caso concreto, con el predominio de los primeros sobre los últimos.

Sobre esa base, y aplicando las ideas expuestas al problema de la “prueba ilícita”, habría que preguntarnos cuál es la posición que ocupan el derecho a probar y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, respecto a otros elementos del ordenamiento jurídico, en la medida de que sus respectivos contenidos parecen propugnar la eficacia o admisión al proceso o procedimiento de los medios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos ilícitamente (ello sin perjuicio de la sanción, civil, penal o administrativa que corresponda).

La respuesta debe encontrarse en el ordenamiento *supra* legal de cada país (nos referimos a las normas constitucionales o de mayor jerarquía y a la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales, especialmente de justicia constitucional) en la medida de que el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva son elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso.

Sin perjuicio de ello, nos parece que aun en el supuesto de que se considere que entre la gama de derechos fundamentales (incluyendo los elementos que integran su contenido) y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos existen algunos que ocupan una posición preferente frente a los demás (como el derecho a la vida o a la integridad física y psicológica, por ejemplo), el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva, como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo, deberían gozar de esa posición preferente, pues, sin ellos no puede haber proceso ni procedimiento justo y, por ende, no podría existir una adecuada protección jurisdiccional o procesal a favor de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal caso (asumiendo la teoría de la *preferred position* y las ideas expuestas), si el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva concurrieran en un caso concreto en una situación de potencial conflicto con otro derecho o bien jurídico que ocupara su misma posición preferente, entonces el conflicto no podría resolverse en términos de jerarquía o

⁷⁵ Cfr.: WITT, Elder. *Ibid.*, p. 31-32; y ALONSO GARCÍA, Enrique. *Op. cit.*, p. 280-286.

subordinación. Similarmente, si dicho derecho o bien jurídico no ocupase la misma posición preferente que el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva, entonces el conflicto que eventualmente pueda surgir entre ellos debería resolverse en términos de jerarquía a favor del derecho a probar y de la verdad jurídica objetiva. Como se puede apreciar, en cualquiera de los supuestos planteados, y dependiendo de la posición que se asuma sobre la existencia de una posición preferente entre los distintos derechos fundamentales (o los elementos que integran su contenido) y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de presentarse un conflicto entre estos derechos y/o bienes jurídicos y el derecho a probar o la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, no hay más que dos alternativas: o el conflicto se resuelve en términos de equilibrio o ponderación, o en términos de jerarquía a favor del derecho a probar y la verdad jurídica objetiva. Sin embargo –insistimos– esta es una reflexión que deberá contrastarse siempre con el tratamiento que brinde el ordenamiento constitucional o fundamental de cada país a las relaciones entre los distintos derechos fundamentales (incluyendo los elementos que integran su contenido) o los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Aplicando estas reflexiones y la doctrina de la *preferred position* al problema de la “prueba ilícita”, tenemos que si la obtención de los medios y/o fuentes de prueba que se quiere hacer valer en un proceso o procedimiento se ha producido con afectación de derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a los que el ordenamiento *supra* legal les otorgase una posición preferente frente al derecho a probar y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, entonces, los medios y/o fuentes de prueba así obtenidos no deben ser admitidos ni tener eficacia probatoria en el proceso o procedimiento. En cambio, si esos medios y/o fuentes de prueba han sido obtenidos con afectación de derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a los que el ordenamiento les otorgase una posición igual a la ocupada por el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva, entonces el conflicto que se presentara entre éstos y aquellos para decidir acerca de la admisión o exclusión de dicho material probatorio no puede resolverse en términos de jerarquía o subordinación, sino en términos de equilibrio o ponderación, tal como lo mencionamos a continuación.

6.2.2. El equilibrio o la ponderación entre bienes. El principio de razonabilidad

Esta teoría parte de considerar que los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico; es decir, considera que ni ellos ni el orden axiológico en el que se fundan se encuentran organizados jerárquicamente⁷⁶. Conforme a ello, los conflictos que puedan surgir entre ellos no pueden resolverse con la afirmación genérica de la preferencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos⁷⁷. Además, se afirma que si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, y si guardan **relaciones de coordinación y complementariedad** entre sí, la determinación de los límites al ejercicio de cada derecho

⁷⁶ “El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a esquemas de supraordenación o jerarquía” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”; en: *Revista de Estudios Políticos* –Nueva Época–, No. 71, Enero-Marzo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 98).

⁷⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. *Ibid.*

fundamental, así como la de sus respectivos contenidos, debe realizarse atendiendo al conjunto de derechos fundamentales de tal forma que exista un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio de alguno sobre los demás⁷⁸. Para lograr este objetivo se acude a la ponderación, que no sería otra cosa que sopesar los derechos en juego sobre la base de que todos los derechos son iguales y equivalentes entre sí.

Naturalmente, eso supone acudir a un juicio valorativo que debe encausarse por determinados parámetros a fin de evitar la arbitrariedad. En efecto, la opción por determinado resultado que solucione el conflicto no puede ser producto de la mera subjetividad del órgano o sujeto encargado de resolverlo, o de su particular apreciación de la vida, sino que debe ser una derivación razonada de la realidad social donde se produce o se quiere evitar el conflicto, de los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como de las circunstancias comprobadas de la causa⁷⁹. De lo contrario, se estaría tomando una decisión arbitraria que, como tal, atentaría contra el ordenamiento jurídico.

Para ello debemos recordar que **el principio de razonabilidad** es “[...] extensivo a todos los actos estatales, y también a los de los particulares [...]”⁸⁰, encontrándose recogido en forma innominada en varios artículos de los instrumentos internacionales, sea como exclusión de arbitrariedad, como prohibición del abuso o como exigencia de razonabilidad. Así sucede con los artículos 9, 12, 15.2, 17.2 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los artículos 4.1, 7.3, 5, 8.1, 11.2, 13.3, 20.3 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸¹. Este principio exige que los límites, el estatuto, la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al proceso justo (y por ende a los elementos que integran su contenido), así como a los demás derechos fundamentales, debe obedecer a un fin lícito, y los medios utilizados para conseguirlo deben ser proporcionales.

La exigencia del **fin lícito**, como primer parámetro de razonabilidad, significa que cualquier medida que involucre a este tipo de derechos debe obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y de justicia; por lo tanto, cualquier límite, acto, regulación o decisión acerca de ellos que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido. Por otro lado, la exigencia de **proporcionalidad**, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y

⁷⁸ Vid: HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 86 y siguientes.

⁷⁹ “Partiendo del concepto tridimensional del ordenamiento se verifica que el factor de mayor peligro en la emisión de una sentencia (por referirnos tan sólo a las decisiones de los órganos jurisdiccionales) reside en decisiones puramente arbitrarias, o sea, aquellas en que el juzgador deja de tomar en cuenta los reglamentos del derecho vigente e intrínsecamente válido y hasta del mismo derecho eficaz, para basarse únicamente en sus propias convicciones que, en este caso, por estar dissociadas del derecho intrínsecamente válido, conducirá ineludiblemente a una injusticia.” (BELLINETTI, Luis F. *Sentença civil –Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro–*. Coleção Estudos de Direito de Processo. Vol. 29. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1994, p. 126. Traducción personal sin responsabilidad del autor).

⁸⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema –El Tribunal de las Garantías Constitucionales–*. Buenos Aires: Ediar, 1984, p. 116.

⁸¹ En el Perú el principio de razonabilidad ha sido recogido por su Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de diciembre de 1996, recaída en el Expediente No. 005-96-I/TC, Lima, y, en particular, en el voto singular que la acompaña (Sentencia publicada en Jurisprudencia del tribunal Constitucional. Tomo II, Período 96-97. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 926 y siguientes). También se encuentra recogido en el artículo 200, último párrafo, de la Constitución peruana de 1993.

proporcionados; es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Si tal proporción no existe, la norma o decisión limitadora o reguladora será inválida⁸².

Aplicando estas ideas y la teoría del equilibrio o ponderación al problema de la “prueba ilícita”, tenemos que, según ella, en la problemática de la “prueba ilícita” convergen valores, derechos y bienes jurídicos que se encuentran en el mismo grado de jerarquía normativa, por lo que los conflictos que en cada caso concreto se susciten entre sí, para decidir sobre la admisión o exclusión de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, no pueden solucionarse en términos de predominio de alguno sobre los demás, sino en términos de equilibrio y razonabilidad. Efectivamente –continuando con esta posición– la naturaleza fundamental del derecho a probar y de la verdad jurídica objetiva (como elementos esenciales de un proceso justo) hace que ninguno de ellos pueda ser soslayado por la mera invocación de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, sino que, por tratarse de elementos de igual jerarquía, su concurrencia o conflicto en cada caso concreto debe resolverse en términos de equilibrio y razonabilidad (es decir, fin lícito y proporcionalidad), sobre todo, teniendo en consideración la justicia del caso concreto. En ese sentido, **el juzgador deberá evaluar la situación en cada caso concreto** a fin de decidir sobre la admisión o eficacia probatoria de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, o sobre su rechazo o exclusión en cada proceso o procedimiento.

De ser así, y siguiendo a BARBOSA MOREIRA, en esa evaluación el juzgador debe atender las particulares cuestiones del caso concreto como: la gravedad de la situación producida, la índole de la relación o situación jurídica controvertida, la dificultad del litigante para demostrar la veracidad de sus afirmaciones y el hecho de que la materia controvertida sea o no de prueba difícil. Además, deberá analizar si la transgresión del valor superior, del derecho fundamental o del bien jurídico constitucionalmente protegido se explica en una auténtica necesidad, y si ésta se mantuvo en los límites determinados por tal necesidad, o, si por el contrario, existía la posibilidad de probar los hechos alegados por otros medios, o si dicha transgresión produjo un daño mayor al beneficio aportado al proceso o procedimiento. En suma, debe evaluar los dos males y elegir, **motivadamente**, el realmente menor⁸³.

Naturalmente, **eso no significa que la conducta ilícita** (la obtención ilícita del medio y/o fuente de prueba) **no deba ser sancionada**. Independientemente de lo que decida el

⁸² Esto significa que aún en el caso que se quiera proteger un interés público esta sola circunstancia no sería suficiente para justificar, sin más, el sacrificio de un derecho fundamental, pues si así fuera su superior fuerza normativa y el mayor valor de ese derecho se perderían, relativizándose su eficacia. De ahí que el Alto Tribunal español haya entendido que para apreciar si una actuación judicial que afecta el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental es o no conforme con la Constitución, no basta con atender a la regularidad formal de la decisión judicial, sino que es preciso atender, ya en el orden sustancial, a la razonable apreciación que la autoridad judicial haya efectuado de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, pues si dicha medida o decisión resulta desatenta a toda valoración de la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone, será inconstitucional (*Vid*: STC 37/1989, de 15 de febrero, fundamento jurídico No. 7. Tomada del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* –BJC– No. 95, marzo de 1989. Madrid: Cortes Generales de España, p. 463).

⁸³ BARBOSA MOREYRA, José Carlos. “Restricciones a la prueba en la constitución brasileña”. En: *Revista de processo*, No. 82. São Paulo, año 21, abril-junio de 1996, p. 154.

juzgador sobre la admisión o eficacia de la denominada “prueba ilícita”, deberá imponerse al transgresor la sanción civil, penal o administrativa que corresponda. Igualmente, deberá tenerse en consideración los eximentes de responsabilidad que consagre el ordenamiento jurídico, según sea el caso.

VII. UNA BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DE “LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO”

Finalmente, para completar la problemática de la “prueba ilícita” queremos hacer una breve referencia a la **teoría de “los frutos del árbol envenenado”** (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Ésta ha sido desarrollada en los Estados Unidos de Norte América, y en virtud de ella se sostiene que al rechazarse o quitarse mérito probatorio a los medios y/o fuentes de prueba ilícitamente obtenidos, debe rechazarse también, o quitarse eficacia probatoria, a los medios y/o fuentes de prueba que si bien son lícitos en sí mismos, se sustentan o fueron obtenidos en datos conseguidos por los primeros⁸⁴.

“Por ejemplo: si una persona es torturada y dice dónde están las armas, no puede utilizarse la confesión ni tampoco endilgarle que él tenía las armas, porque a pesar de que la segunda prueba, la inspección judicial, es válida y legal, tiene como fuente un acto ilegal. Claro que la existencia de las armas por ser objetividades no se puede negar, pero para poder condenar si es del caso a la persona, se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas.”⁸⁵.

Aunque los límites materiales del presente trabajo nos impiden abordar con detenimiento la teoría de “los frutos del árbol envenenado”, nos parece lógico sostener que si el juzgador decide admitir y reconocer eficacia probatoria a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, entonces, con mayor razón deberá hacer lo mismo con aquellos medios y/o fuentes de prueba, en sí mismos lícitos, que provengan o se basen en los primeros. Sin embargo, si el juzgador decide rechazar o restar eficacia probatoria a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, entonces consideramos que deberá acudir a los principios y técnicas de interpretación y de solución de conflictos, y tener en cuenta las particulares cuestiones de la causa así como la justicia del caso concreto, para decidir, motivadamente, sobre la admisión o exclusión de los medios y/o fuentes de prueba que, a pesar de ser lícitos en sí mismos, provienen o se sustentan en medios y/o fuentes de prueba ilícitamente obtenidos.

⁸⁴ “Quien se plantea el problema de la prueba ilícita como aquella que no puede ser utilizada, a la cual no puede darse absolutamente ningún valor, tiene necesariamente que tomar partido y responder qué sucede con las pruebas lícitas que proceden de una prueba ilícita.”

“Esta problemática ha dado lugar a que en los Estados Unidos de América se haya elaborado la teoría del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), conforme a la cual, el restarle mérito a las prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.” (PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.*, p. 39 y 40, respectivamente).

⁸⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Ibid.*, p. 40.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Como se habrá podido advertir, el problema de la “prueba ilícita” se presenta como uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal e incluso constitucional. Su solución depende en buena medida de lo que el ordenamiento jurídico de cada país diga al respecto. No obstante, como quiera que en ella se encuentran involucrados derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y teniendo en cuenta que muchas veces la problemática que representa es parte del drama humano que es llevado al proceso o procedimiento, consideramos que su solución requiere mucho más que una simple aplicación de la legislación vigente, debiendo, por ende, atenderse también a la realidad social donde el problema se presente, a los valores, principios, derechos y demás bienes jurídicos involucrados, así como a las circunstancias comprobadas de la causa.

Sin perjuicio de ello, nos parece importante anotar como una propuesta de solución al problema de la “prueba ilícita”, que a su vez sirvan como conclusiones del presente ensayo, lo siguiente:

1. Si bien es imposible hablar en abstracto de un conflicto entre los derechos fundamentales (incluyendo los elementos que integran su contenido) y/o entre éstos y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sin que se ponga en peligro la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico como sistema, sí es posible hablar en concreto de tales conflictos, en la medida en que la realidad nos demuestra que estos bienes o derechos pueden originarlos al momento de concurrir en un caso concreto.
2. Desde esa perspectiva, el problema de la “prueba ilícita” se presenta como un conflicto entre bienes o derechos, que tiene, por un lado, al derecho a probar y la verdad jurídica objetiva como elementos que parecen propugnar la admisión al proceso o procedimiento de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente y, por otro, a los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos protegidos constitucionalmente que, al haber sido afectados con la obtención de ese material probatorio, parecen exigir su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.
3. En tales casos, el primer paso para resolver ese conflicto (como actividad previa a cualquier otra operación) consiste en realizar una delimitación o determinación adecuada del contenido de cada derecho o bien jurídico involucrado (mediante una interpretación sistemática o de conjunto), con el propósito de determinar sus respectivos alcances y de verificar si el conflicto puede ser levantado con una simple interpretación o delimitación conceptual de sus contenidos.
4. Si a pesar de esa delimitación el conflicto se mantiene, deberá acudir a la técnica de solución de conflictos que corresponda en función del tipo de derechos o de bienes jurídicos involucrados y de lo que el ordenamiento *supra* legal diga al respecto (nos referimos a la técnica de la posición preferente o del equilibrio o ponderación de bienes o derechos).
5. En cualquier caso, el absurdo y la arbitrariedad se encuentran vedados. El juzgador deberá decidir respecto a la admisión, eficacia o rechazo del material probatorio obtenido

ilícitamente, respetando el principio de razonabilidad y derivando su decisión de la realidad social donde se produce el conflicto, de los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como de las circunstancias comprobadas de la causa.

6. Sin perjuicio de ello, sostenemos, como regla general, que cuando la obtención ilícita del medio probatorio y/o de la fuente de prueba incide, necesariamente, en la **pérdida de veracidad o credibilidad** del medio y/o de la fuente así obtenida, entonces la “prueba ilícita” no debe tener eficacia probatoria e incluso debe ser excluida del proceso o procedimiento (por ejemplo, cuando se obtiene una confesión por medio de torturas o una declaración testimonial bajo violencia o intimidación). En cambio, cuando a pesar del modo ilícito en que se obtuvo el medio y/o la fuente de prueba, ello **no lesiona su veracidad o credibilidad**, entonces el juzgador deberá proceder conforme a los puntos anteriores para decidir si admite o reconoce eficacia probatoria al material probatorio así obtenido o si, por el contrario, les niega eficacia probatoria o los excluye del proceso o procedimiento donde hayan sido ofrecidos o se pretenda hacerlos valer.
7. Independientemente de lo que decida el juzgador sobre la admisión o exclusión de la denominada “prueba ilícita”, deberá imponerse al transgresor la sanción civil, penal o administrativa que corresponda, sin perjuicio de los eximentes de responsabilidad que consagre el ordenamiento jurídico al respecto.

Una vez más resulta difícil concluir un tema tan ligado con la búsqueda de la justicia y con el drama humano que es llevado al proceso o procedimiento. Por esa razón nos ha parecido mejor recordar con el maestro CARNELUTTI que:

“No hay otra justicia que la justicia divina; pero esta justicia, y en esto está el grandioso misterio, se resuelve en la caridad. El abogado y el juez, si quieren esforzarse por superar la tremenda dificultad del juicio, no tienen otro remedio que el de amar.

Nada se puede conocer, y menos que ninguna otra cosa al hombre, si no se lo ama. La verdadera virtud del abogado y del juez, la única que los hace dignos de su oficio, es la de amar a aquel a quien deben conocer y juzgar, aunque parezca indigno del amor. Lo cual, como lo he dicho ya muchas veces, no excluye en modo alguno su poder y su deber de castigar, ya que el castigo del padre es su más puro acto de amor. Pero una cosa es el castigo de quien se cree bueno frente al malo, y otra cosa el de quien se siente igual y hermano suyo. Así, si el juez juzga con amor, no solo su juicio se aproximará todo lo humanamente posible a la verdad, sino que irradiará de él un ejemplo que, en una sociedad cada vez menos dominada por el egoísmo, hará cada vez menos necesario su triste oficio.”⁸⁶

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Reimpresión a la segunda edición. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997, p. 164-165.