

# EL USO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN SEDE ADMINISTRATIVA: ESTADO ACTUAL EN EL PERÚ

*Sócrates Segovia Murillo\**  
*Universidad Católica Santa María*  
socratesegovi@gmail.com

**RESUMEN:** El presente estudio tiene como pretensión determinar el origen y desarrollo doctrinario de la prueba prohibida o ilícita en el Perú. Para que ello suceda propone el presente trabajo, que dicho convencimiento o convicción acerca de la verdad en la prueba no pueden ser aportados al proceso en desmedro de los derechos fundamentales del comprendido y en sola perspectiva del éxito en la lucha contra la delincuencia como una estrategia material de una política criminal no democrática.

Con ese propósito se ha de echar mano de la bibliografía, lo que redundará en la metodología del presente trabajo. Así, la estructura del desarrollo consta de una introducción referida a la génesis de la prueba y su valoración. Luego de la Introducción se procederá a explicar lo referido al fundamento del problema. Después de ello nos referiremos a los criterios de utilización de la prueba prohibida en el caso peruano. Finalmente, se citarán las conclusiones, cuya relevancia implica que la vida privada, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones no son un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática. Además, que la doctrina nacional sea refrescada con nuevos elementos de reflexión; se propugne plenos jurisdiccionales bajo el influjo del marco constitucional y lo previsto por el artículo VIII del Código Procesal Penal vigente.

**PALABRAS CLAVE:** La prueba prohibida, exclusión de la prueba, derechos fundamentales, violación al derecho a la intimidad, la prueba y valoración.

---

\* **Sócrates Segovia Murillo** es abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, con grado de magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Se desempeña como docente contratado por la Universidad Católica Sedes Sapientiae y Universidad Científica del Perú en materias jurídicas.

**THE USE OF THE PROHIBITED TEST IN ADMINISTRATIVE  
HEADQUARTERS: CURRENT STATE IN PERU**

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to determine the origin and doctrinal development of the prohibited or unlawful evidence in Peru. In order for this to happen, the present work proposes that said conviction or conviction about the truth in the evidence cannot be contributed to the process to the detriment of the fundamental rights of the understood and in the sole perspective of success in the fight against crime as a material strategy of a non-democratic criminal policy.

For this purpose, the bibliography must be used, which will result in the methodology of this work. Thus, the development structure consists of an introduction referring to the genesis of the test and its evaluation. After the Introduction, we will proceed to explain what refers to the basis of the problem. After that we will refer to the criteria of use of the prohibited test in the Peruvian case. Finally, the conclusions will be cited, whose relevance implies that private life, the right to secrecy and inviolability of communications are not an absolute right, so it can be restricted as long as the interference is not abusive or arbitrary, that is, that such interference must be provided for in the law, pursue a legitimate purpose and be suitable, necessary and proportional in a democratic society. Furthermore, that the national doctrine be refreshed with new elements for reflection; jurisdictional plenary sessions are advocated under the influence of the constitutional framework and the provisions of article VIII of the current Criminal Procedure Code.

**KEYWORDS:** Prohibited evidence, exclusion of evidence, fundamental rights, violation of the right to privacy, evidence and assessment.

## **1. Introducción**

Entre las principales pretensiones del presente artículo, buscamos que la vieja acepción originaria del concepto de prueba (“que avanza bien hacia adelante, que crece y se desarrolla bien”, según su origen latino), se actualice, de modo tal que su utilización tenga como corolario la salvaguarda de la verdad material. Como se sabe, proviene del latín *probus* que significa: “bueno, honrado, que te puedes fiar en él”. Este viene a su vez del prefijo “*pro*” significa delante, en adelante; y “*bus*”, viejo sufijo latino que indica tendencia. En origen y en su acepción dinámica, *probus* significaba “que avanza bien hacia adelante, que crece y se desarrolla bien”. Del mismo modo, para el Diccionario de la Lengua Española (2005), prueba es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.

La prueba, en sentido estricto, es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. De igual modo, probar, según el maestro alemán Kart Heinz Gossel, parafraseado por San Martín Castro (2001) significa: “conferir conocimiento a alguien, cuyo contenido es la actividad desarrollada por las partes con el fin de desvirtuar la presunción de licitud”.

Por otro lado, la prueba —en investigaciones—, es todo medio lícito que contribuye a descubrir la verdad de una afirmación, la existencia de una cosa o la realidad de un hecho. Es de cargo la que confirma el hecho investigado y de descargo la que lo niega<sup>1</sup>. En cuanto a la finalidad de la prueba —aun cuando la doctrina no se ponga de acuerdo— nuestra legislación prevé que está íntimamente relacionada con la formación de la convicción de la autoridad instructora, a fin que este llegue a la comprensión de la verdad material.

Dicho convencimiento o convicción acerca de la verdad y la prueba no pueden ser aportados al proceso en desmedro de los derechos fundamentales del comprendido (denunciado) y en sola perspectiva del éxito en la lucha contra la delincuencia (léase corrupción) como una estrategia material de una política criminal no democrática. No todo vale contra la delincuencia (corrupción) ni cualquier medio puede justificar un fin de defensa social o seguridad pública. En este sentido, es menester tener en cuenta que cuando se hace mención a los derechos fundamentales, para estos efectos, nos referimos al principio procesal del debido proceso.

La prueba, en el ámbito administrativo (específicamente en el procedimiento administrativo sancionador) tiene vital importancia a tal punto que la norma señala que “(...) Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción” (numeral 5 del art. 235° de la Ley 27444).

En cuanto a esto último, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado del siguiente modo:

Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho administrativo sancionador. En efecto, es doctrina consolidada que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la constitución no solo tiene una dimensión “judicial” sino que se entiende también

---

<sup>1</sup> La carga material de la prueba corresponde al denunciante, sin embargo, el denunciado también puede aportar elementos de prueba desarrollando una actividad probatoria positiva que le permita una mejor posición dentro del proceso a fin de afirmar su inocencia.

a sede “administrativa”. (STC. N° 2050-2002-AA/TC publicada el 30 de mayo del 2003)

## 2. Fundamento del Problema

Para empezar este apartado, nos puede ser útil figurarnos la siguiente situación: Juan, trabajador judicial y auxiliar de Pedro, “desaparece” unos actuados judiciales sin dejar huellas de su delito. Iniciada la investigación, el principal sospechoso y presuntamente responsable (por función) es Pedro. Al cabo de un mes, Juan en una borrachera con los amigos de Pedro, confiesa el hurto. Pedro, al enterarse de los hechos, decide secuestrar a Juan a quien le hace confesar sobre el hurto de esos actuados judiciales basándose en violencia; después de grabarlo en una cinta de audio, que durante el proceso (sancionador), decide presentar como prueba. ¿Esta prueba, así propuesta ante la autoridad judicial o administrativa, tendría la calidad de “prueba prohibida”, y por lo tanto debería ser declarada inadmisibile?

Abordando el tema que nos ocupa —ampliamente desarrollado en el sistema penal, pero no por ello no aplicable también en vía administrativa—, “la prueba prohibida”, llamada también como “prueba ilegalmente obtenida”, “prohibiciones probatorias” o “prueba ilegalmente adquirida”, es graficada en fueros alemanes del siguiente modo:

(...) en caso de grabaciones clandestinas y valoración de diarios íntimos, podrían ser utilizadas como prueba solo dentro de estrictos límites. La Corte Suprema Federal ha derivado esta prohibición del respeto a la dignidad humana, de la libertad de autodeterminación de la persona y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Por el contrario, la Corte Suprema Federal declaró inadmisibile la valoración de una grabación que habría sido producida clandestinamente por órganos de justicia, a fin de obtener una conversación que sirviera de prueba para un peritaje de fonética y lenguaje. (Struensee, 1994, p. 678)

Pero esta injerencia no afecta al derecho de la palabra hablada, afirma Struensee, porque no fue el contenido de la declaración lo que se utilizó como prueba, si no las propiedades físicas de la voz y del habla.

### 2.1. La prueba prohibida en sede administrativa

Desde Ernest Beling, parafraseado por Asencio Mellado (1999), la prueba prohibida se define como aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, e

implica una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, como los medios que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial/administrativa requerida para la formación de la convicción (pp. 81-82). Ahora bien, en el proceso penal y administrativo, siempre que se haga mención a este tema, estaremos haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba y cómo incorporarlas al proceso.

En efecto, el uso de métodos de coacción contra la persona ha sido tristemente frecuente en la historia de la criminología, con lo cual se soslayaba la dignidad del ser humano. Asimismo, para San Martín Castro (2001), la evolución experimentada a nivel mundial impide a los estados justificar que la defensa del orden social tenga base en agresiones como la tortura: “(...) no es posible aspirar a la verdad y justicia a costa de la vida, integridad y de la libertad; en tal virtud, no será posible combatir el delito con pruebas obtenidas mediante el uso de la violencia”; citando al juez Holmes, prosigue San Martín, hay que procurar que el “gobierno no se ponga al mismo nivel que los delincuentes ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido” (p. 869).

Cabe recordar que todo derecho fundamental, según Landa Arroyo, posee un doble carácter tanto “como derechos subjetivos de la persona y como fundamento valorativo del orden institucional” (2003, p. 471). En tal sentido, la protección que el Estado debe brindar a la integridad personal se encuentra fundada en el carácter objetivo de los derechos fundamentales que debe vincular todo acto que éste realice (Castillo Torres, 2003, p. 306). De igual forma, se debe mencionar que el proceso administrativo, al no contar con una estación probatoria expresamente señalada por ley, se delimita a la actuación de cualquier medio probatorio conducente a determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción, siempre que esta no sea obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Stuensee (1994) afirma que aun cuando

(...) la finalidad de la prohibición de la prueba es la de garantizar la pureza del proceso y la superioridad moral del Estado, la encrucijada se presenta enfrentando la prueba prohibida con los intereses del Estado, un efectivo procedimiento y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales. En buena cuenta, el Estado, en su afán de buscar engrosar los cargos formulados contra el imputado, valiéndose de todo cuanto puede, no solo hace efectiva la consecuencia jurídica sino que tal interés se hace extremo, convirtiéndolo en violador de derechos fundamentales, reconocidos y protegidos por la Constitución. (p. 667)

En ese sentido, en el ámbito penal, la doctrina alemana señala que en supuestos en donde el Estado ha recurrido a la táctica en la obtención de la prueba mediante la provocación de la misma, perdería el derecho a la acción y con ello la legitimidad para la imposición de cualquier consecuencia jurídica en relación con el hecho punible a imputar, cumpliéndose el aforismo: “el Estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado al cometimiento de un hecho punible” (*venire contra factum proprium*). ¿Sucedería lo mismo en el ámbito administrativo? Indudablemente, sí.

## 2.2. Estado del asunto: uso de la prueba prohibida

En las siguientes líneas de este subapartado, intentaremos determinar si las pruebas indebidamente obtenidas tienen o no valor probatorio, así como determinar qué destino darles.

Como lugar común, se presentan dos posibilidades extremas: por un lado, excluir toda prueba ilícita y, por otro lado, admitirla en general. La primera opción es evidentemente un criterio bastante liberal y, por tanto, favorable al individuo. Por el contrario, la segunda favorece a la sociedad y, por consiguiente, propicia generalmente un sistema autoritario. Hasta donde se sabe no hay legislación que adopte de manera exclusiva una u otra solución.

### 2.2.1 Posturas doctrinarias tradicionales y actuales

La doctrina ha desarrollado el tema basándose en tres posturas:

- **La postura en contra de su admisión** Afirma esta corriente mayoritaria que las pruebas obtenidas o producidas con violación de derechos y libertades fundamentales deben ser inutilizados o inefectivos de plano. Una gran parte se acoge a la teoría de la exclusión.
- **La postura a favor de la admisión**, afirma que la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse y puede ser objeto de apreciación por el juzgador o la administración, en aras al descubrimiento de la verdad.
- **La postura intermedia**. Esta incide en que solo son inadmisibles aquellas pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, a lo que denominan “pruebas ilícitas”; mas no así las “pruebas irregulares”, las cuales son obtenidas infringiendo la legalidad ordinaria o practicadas violando las formalidades legalmente establecidas.

Sin embargo, en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento. Así, una posición considera que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (Benavides Cantoral vs Perú, 2000).

Otros consideran que el fundamento se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También hay quienes señalan que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia.

### **2.3. Lineamientos doctrinarios**

Resulta relevante determinar que la doctrina ha trazado lineamientos específicos en cuanto al uso o no de la prueba adquirida ilícitamente o indebidamente, en aras de probanza en el seno de un proceso determinado (administrativo). Así, mencionamos los siguientes:

#### *2.3.1 Regla de la exclusión*

Desde Ernst Beling (1903) se afirmó que la violación o vulneración de las reglas sobre la prueba determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo.

La jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de la EE.UU. lo introdujo como *exclusionary rule* o regla de la exclusión que se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), es decir, su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas. Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976), citado por Miranda Estrampes (2008, pp. 36). En esta última sentencia se declara que “el principal propósito de la exclusión de las

pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas” y más adelante añade que

(...) la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (...).

López-Barja de Quiroga (1989, pp. 89, 99-100) señala que desde el surgimiento de la regla de la exclusión conviven tesis favorables o desfavorables a su vigencia. Quienes la cuestionan parten que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y, por tanto, resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso. En cambio, quienes lo apoyan, refieren su validez sobre la base de 3 elementos:

- Que sólo defendiendo la inadmisibilidad de la prueba prohibida puede conformarse un Estado de Derecho, ya que el amparo judicial a tales ilegalidades repercute necesariamente en las demás estructuras del Estado;
- Que la verdad no es un valor absoluto y existen límites derivados del respeto de los derechos fundamentales;
- Que la ausencia de reglas de exclusión produce de hecho una ausencia de control sobre la policía, lo cual redundaría en beneficios sociales.

### 2.3.2 *Doctrina de la limitación a la reglas de la exclusión*

En la jurisprudencia norteamericana dos doctrinas han tratado de limitar la configuración absoluta de la regla de exclusión:

- ***Balancing test*** (ponderación de costos). La regla de exclusión tiene un sustento preventivo. Cada vez que se pretendía excluir la prueba había que sopesar hasta qué punto con ello se lograba evitar futuras actuaciones ilícitas de la policía. No merece la pena sacrificar evidencia de gran valor probatorio, en casos en que el efecto preventivo no parecía claro.

Para esta posición, la regla de exclusión no es un derecho constitucional sino un remedio judicial. El derecho a la prueba y la averiguación de la verdad tiene un nivel equivalente al derecho constitucional violado y al derecho del acusado al

debido procedimiento, lo cual no es exacto. Para Lopez-Barja de Quiroga (1989, p. 111), no tienen jerarquía constitucional y no son absolutos, sino que puede esgrimirse tal derecho solo cuando se plantee dentro de los márgenes legales, de ahí que no pueda existir conflicto alguno, sino únicamente el Derecho del acusado a que se respete el derecho al debido procedimiento, y este si es un Derecho absoluto e inquebrantable, no solo del acusado sino de la sociedad en su conjunto.

- ***Good faith exception*** (excepción de la buena fe). Esta nueva excepción funciona cuando la policía, al realizar el acto ilícito para obtener la prueba, creía que lo hacía dentro de la ley, obrando de “buena fe”.

Díaz Cabiale (1991) afirma que “ya no solo se trata de determinar si la aplicación de dicha regla va a tener o no efectos preventivos, lo que puede hacerse en base a criterios más o menos objetivos, sino que con este nuevo criterio el juez va a tener que determinar qué constituye la “buena fe”, en una concreta actuación policial y esto solo se puede hacer en base a criterios subjetivos, aunque las circunstancias del caso también pueden orientar la resolución” (p. 112).

Ambas concepciones, según refiere San Martín Castro (2001), parten de una opción política legislativa, de asumir los criterios sobre reglas de exclusión que en momentos asuma la opinión pública. Allí reside su error, por cuanto la regla de exclusión constituye una exigencia constitucional derivada del debido proceso y, además, es una exigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia (p. 648).

### 2.3.3 *Postura intermedia*

La doctrina germana, dado a cuenta por Gómez Colomer (1985), distingue entre prohibiciones acerca de la práctica de pruebas y prohibiciones acerca del aprovechamiento de resultados probatorios.

Las primeras, dan cuenta de pruebas irregulares, como la *prohibición de temas probatorios*, entre los que se encuentran secretos oficiales vinculados a la seguridad nacional (interna o externa), información propia del secreto profesional, y las vinculadas a la reserva sobre convicciones filosóficas, políticas, religiosas; *prohibiciones de medios de prueba*, como la exclusión del testimonio de determinadas personas, las testificales anónimas; *prohibiciones de métodos probatorios*, como el uso de métodos de coerción; *prohibición condicional de la prueba*, como cuando la intervención corporal debe realizarse por personal idóneo, o el allanamiento fuera de la flagrancia requiere orden

judicial e incluso si la confesión es un acto típicamente judicial y que, al haberse realizado este en fase preprocesal, requiere necesariamente la ratificación judicial en acto oral.

En un caso especial acerca de la valoración de diarios íntimos, la Corte Suprema Federal alemana ha precisado que está prohibida por lesionar la dignidad del hombre y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, pero tiene como límite el hecho que las notas no contengan expresiones altamente personales, sino que, por ejemplo, informen acerca de la comisión de delitos, o contengan referencias comerciales y similares (San Martín Castro. pp. 651).

Tal precisión, sin embargo, contiene premisas cuestionables, como el sostener que al fijar por escrito sus expresiones, el afectado la ha liberado de su ámbito interno, dominado por él (Struensee, 1994, p. 678).

## 2.4. Utilización o inutilización de la prueba prohibida

Ahora bien, respecto a la utilización de la prueba prohibida, esta se refiere a la imposibilidad de valorar o apreciarla cuando no se ha observado los presupuestos ligados a la práctica de la prueba concreta. Así, encontramos que la doctrina ha señalado diversos métodos que, cual criterios rectores, permitirá dilucidar, de acuerdo con cada caso, la utilización o no de la prueba en referencia:

- a. **La ponderación de los intereses involucrados.** Es un método o mecanismo que consiste en determinar la relación directa con el rango o jerarquía de la norma vulnerada. Si es de relevancia constitucional, se declarará la ineficacia procesal de la evidencia. Si es de carácter ordinario y no afecta en modo directo un derecho fundamental, se recurre a dicho mecanismo, en cuya virtud, el desconocimiento de los formalismos procesales no conlleva la imposibilidad de la valoración de la prueba, siempre que no suponga la vulneración del derecho a un proceso con garantías, para lo cual debe tenerse presente el principio de proporcionalidad según los intereses en conflicto y las circunstancias del caso
- b. **La Teoría del efecto reflejo.** Usado por la doctrina euro continental y denominado como teoría del *efecto reflejo de las pruebas ilícitas o efecto extensivo*; la jurisprudencia norteamericana la ha denominado como la *doctrina del fruto del árbol envenenado o fruto podrido o manchado*.

Se refiere a aquellos supuestos en los que la prueba ha sido obtenida en forma lícita, pero se ha llegado a ella gracias a conocimientos seguidos en forma ilícita. Un

ejemplo grafica que un detenido revela en un interrogatorio ilegal el lugar donde ocultó las armas y el lugar donde se encuentra el botín del robo; la policía acude al fiscal y este solicita al juez una orden de allanamiento, la que permite ingresar a dos predios, donde efectivamente se encuentra lo que se buscaba.

Tomé García, citado por De la Oliva Santos (1993), señala que si bien estas pruebas son en sí mismas legales, no obstante se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas (p. 469); Maier (1989), refiere que sin la observancia anterior de una regla esencial para la incorporación válida de un elemento de prueba al proceso, el conocimiento adquirido mediatamente, a través del acto aparentemente regular, también queda vedado (p. 469).

Al respecto, Cavallero (1997) afirma lo siguiente: “Para verificar si una actuación procesal es derivación necesaria del acto inicial violatorio de la garantía, resulta necesario utilizar el método de supresión mental hipotética, es decir, si al suprimirse mentalmente el acto viciado, desaparece hipotéticamente tal actuación, es porque constituye fruto o derivación necesaria de aquél” (p. 55).

### 3. La Prueba Prohibida: Criterios de Utilización en el Caso Peruano

- **Caso Petroaudios.** En reciente pronunciamiento el Poder Judicial dispuso que los petroaudios, grabaciones que fueron reveladas en el 2008 y que evidenciaron presuntos actos de corrupción en el marco de la licitación de lotes petroleros en el país, sean declarados “ilegales” y, por ende, calificados como “pruebas ilícitas”.

Según versión de uno de los procesados se ha emitido la resolución en acto público atendiendo a la sentencia previa del caso BTR (caso Business Track. STC N° 00655-2010-PHC/TC), que señala que al citado procesado y co-procesado los interceptaron de manera ilegal.

En declaraciones al Diario *El Comercio* del 10 de setiembre de 2015, el procurador adjunto encargado del caso, lamentó la decisión del Poder Judicial y expresó que esta resolución “debilita el proceso”.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional peruano, ha fijado su posición señalando que “la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una

persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud” (STC N°00655-2010-PHC/TC, f. 7).

- **Caso Business Track.** En opinión de algunos representantes del Poder Judicial, luego que el Tribunal Constitucional declarara como prueba prohibida los audios incluidos en el caso Petroaudios, era preocupante que en su sentencia el máximo colegiado **haya transgredido la independencia de la judicatura**, puesto que lejos de declarar la nulidad del proceso, **fue más allá al señalar que los audios eran prueba prohibida** e, incluso, que su uso en el proceso judicial violaba los derechos constitucionales de los procesados.
- **Pleno jurisdiccional superior.** Es cierto que, según nuestra normativa interna, en nuestro sistema aún subsiste la dura regla de la exclusión de la prueba ilícita regulada en el Código Procesal Penal. Pero no menos cierto es que en los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004<sup>2</sup>, los jueces, optando por una posición más flexible, consensuaron que la prueba ilícita será válida:
  - - si se descubre de buena fe en casos de flagrancia (registro domiciliario con orden judicial para hallar armas, pero se encuentra droga o pruebas de corrupción);
  - - si beneficia al procesado (audio ilegal que prueba la inocencia);
  - - si es invocada por terceros;
  - - si permite contradecir la mentira del imputado;
  - - si el imputado narra en un diálogo privado el delito cometido o por cometer y es grabado por su contraparte (asumió el riesgo al “hablar de más”).
- El Código Procesal Penal del año 1991 (derogado) dispone en el artículo 195: “todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado a ley”. Sin embargo, el Nuevo Código Penal dispone en el art. 155, numeral 2, que el juez “(...) decidirá su admisión y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley”. La misma ley nos debería indicar qué pruebas son las que deberían ser excluidas del proceso, o por lo menos señalar los criterios de su exclusión, sin embargo, la ambigüedad cunde, pues por un lado el art. 159° nos indica que “(...) no podrá utilizarse, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”; y por otro, el art. 202° dispone que “cuando resulte indispensable

<sup>2</sup> Realizado el 11 de diciembre de 2004 en la ciudad de Trujillo (Perú).

restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

Asimismo, desde la Constitución Política la prueba prohibida o ilícita es tratada en el inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, por tanto, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado. Asimismo, en el art. 2.24 “h”, pero referido únicamente a la exclusión de las declaraciones del imputado, obtenidas mediante la violencia o coacción.

El artículo VIII del Código Procesal Penal vigente establece que solo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenida mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como la intimidad personal, la privacidad de los documentos o el secreto de las comunicaciones.

#### **4. A modo de conclusión**

- En suma, para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en una determinada situación jurídica, es necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas.
- Como todo derecho fundamental, la vida privada, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones no son un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias<sup>3</sup>; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- La posición legal y doctrinal respecto a la prueba prohibida traduce dos modelos de Estado: “Control del delito” y “debido proceso”. El primero, administrativo y gerencial; el segundo, contradictorio y judicial.

Para tal efecto, es pertinente señalar que el “Estado-Policía” refiere a un Estado poderoso en castigar a todos los culpables y que exige una averiguación ilimitada de la verdad. De otro lado, el “Estado de Derecho” es el que exige una limitación de las

---

<sup>3</sup> Si la intimidad de las personas debe considerarse de mayor importancia que el interés público de reprimir los delitos posiblemente cometidos. Ha de estimarse la gravedad de las infracciones y la intensidad de la perturbación del orden público.

pesquisas estatales, a fin de salvaguardar los derechos de los inocentes y, especialmente, los derechos fundamentales.

Karl Heinz Góssel, parafraseado por San Martín Castro (2001), señala que se trata de una encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales (p. 646).

- Nuestra Constitución Política consagra el Derecho a un debido proceso (art. 139.3), es decir, traduce una exigencia ética y jurídica propia de un Estado de Derecho (art. 43), siendo su deber primordial el de garantizar los derechos humanos, la defensa de la seguridad ciudadana y promoción de la justicia. Además, la Constitución garantiza y reconoce el Derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 2.24), que exige una mínima y suficiente actividad probatoria con las garantías procesales o, también, que la certeza de la culpabilidad ha de ser obtenida de la valoración de la prueba que ha llegado al proceso con las debidas garantías o inmaculada. Por tanto, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como la intimidad personal, la privacidad de los documentos o el secreto de las comunicaciones.
- La vieja doctrina de la prueba prohibida, con sus reglas de exclusión —con tantas excepciones— resulta hoy tan desdibujada, que incluso es calificada por la doctrina como una “prueba zombie” (*zombie proof*); sin embargo, es menester que la doctrina nacional sea refrescada con nuevos elementos de reflexión; se propugne plenos jurisdiccionales (el del año 2004 permanentemente invocado en recientes sentencias fue emitido bajo el antiguo Código de Procedimientos Penales) bajo el influjo del marco constitucional ya señalado, y sobre la base de lo previsto por el artículo VIII del Código Procesal Penal vigente, que establece que solo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenida mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo.

### Referencias

- Asencio Mellado, J. M. (1999). *La prueba prohibida y prueba pre constituida*. Madrid, España: Trivium.
- Cavallero, R. J. (1997). *Justicia criminal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

- Cantoral Benavides vs Perú, Sentencia, párr. 120 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000). Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf)
- Castillo Torres, P. (2003). *La Constitución comentada* (1.ª ed., T. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Diccionario de la Lengua Española. (2005). (22.ª ed.). Lima, Perú: Q.W. Editores.
- De la Oliva Santos, A.; Aragonese Martínez, S.; Homojosa Segovia, R. & Muerza Esparaza, J. (1993). *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Díaz Cabiale, J. (1991). *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Gómez Colomer, J. (1985). *El proceso penal alemán*. Barcelona, España: Bosch.
- Landa Arroyo, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima, Perú: Palestra.
- Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Congreso de la República del Perú. (2001). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27444.pdf>
- López-Barja de Quiroga, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, España: Akal.
- Maier, J. B. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino* (T.1-a y T.1-b). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Miranda Estrampes, M. (2008-2010). Juicio y Estrategia probatoria del Ministerio Público. Manuales de Capacitación ENMP. [https://issuu.com/enmp1/docs/modelo\\_escuela\\_del\\_ministerio2/37](https://issuu.com/enmp1/docs/modelo_escuela_del_ministerio2/37)
- Petroaudios: PJ resuelve que grabaciones son “prueba ilícita”. (2015). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/justicia/petroaudios-pj-resuelve-grabaciones-son-prueba-ilicita-387220-noticia/>
- San Martín Castro, C. (2001). *Derecho Procesal Penal* (T. II). Lima, Perú: Grijley.
- Struensee, E. (1994). La prueba Prohibida. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 2(4), pp. 665-668.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia recaída en el expediente 00655-2010-PHC/TC. LIMA. Alberto Quimper Herrera. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>

