



**MARIE MELISA
GONZALES CIEZA**¹

Investigación Aplicada
Centro de Formación y
Capacitación de la PGE

La prueba ilícita: Una defensa a la tesis de la ponderación

El tratamiento de la prueba ilícita en los procesos judiciales es un tema de gran relevancia en el ámbito jurídico, ya que involucra la protección de derechos fundamentales y la integridad del sistema de justicia. La obtención y utilización de pruebas obtenidas de manera contraria a la ley plantea importantes interrogantes sobre la validez y legitimidad del proceso judicial en su conjunto.

El inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que las comunicaciones, telecomunicaciones y sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato judicial motivado, con las garantías previstas por la ley. Pero, ¿qué ocurre cuando este procedimiento constitucional no se sigue y se vulneran derechos fundamentales?

La prueba ilícita es un tema que genera debate en la doctrina procesal, al punto de haber surgido posturas opuestas sobre su admisibilidad y valoración. Conscientes de la complejidad de la controversia, se advierte que, aunque las líneas desarrolladas a continuación no pondrán fin a la discusión, sí permitirán repensar el tratamiento de la prueba ilícita en el Perú a través de la tesis de la ponderación.

1. La prueba ilícita

Para comenzar, es fundamental comprender el concepto y las teorías que la doctrina ha desarrollado en torno a la prueba ilícita. Miranda (2010) define la prueba ilícita como "aquella obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales" (p. 133). Esto la distingue de la prueba irregular, la cual, aunque infringe el procedimiento probatorio regular, no vulnera derechos fundamentales (Miranda, 2010, p. 133).

Ahora bien, dado que la prueba ilícita como medio probatorio vulnera derechos fundamentales, se propugna que no tenga eficacia probatoria; es decir, que se adopte una regla de exclusión². Sin embargo, esta posición no ha sido adoptada de forma universal. Bustamante (2001), tras analizar la doctrina y la jurisprudencia comparada, distingue tres grupos o posturas sobre la controversia de la "prueba ilícita" (p. 148):

¹ Bachiller en Derecho por Pontificia Universidad Católica del Perú. (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de activos, Trata de Personas y otras formas de Criminalidad Organizada de la PUCP. Actualmente brinda servicio especializado en materia legal al Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado (PGE).

² "La doctrina The Exclusionary rules o reglas de exclusión de la prueba aparece para descartar de plano toda prueba e incluso sus derivados, que hubieran sido adquiridos de forma inconstitucional" (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, p. 12).

- a. Aquellos que abogan por la admisibilidad de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, independientemente de la sanción civil, penal o administrativa que corresponda;
- b. Aquellos que se pronuncian por el rechazo de tales medios y/o fuentes de prueba, restándoles toda eficacia en el proceso o procedimiento;
- c. Aquellos que consideran que debe ser el juzgador quien, en cada caso concreto, pondere los intereses, valores, bienes y derechos en conflicto, y decida motivadamente sobre la admisibilidad o rechazo del material probatorio obtenido ilícitamente (p. 148).

A continuación, se expondrán las tesis que justifican las posturas señaladas. Primero, se analizará la teoría de los frutos del árbol prohibido, seguida por la teoría de la bandeja de plata y, finalmente, la teoría de la ponderación.

1.1. *Las teorías de la Prueba Ilícita*

Una de las primeras teorías planteadas por la doctrina es la denominada "Frutos del árbol prohibido" o "frutos del árbol venenoso". Esta tesis sostiene que no se admitirá como prueba cualquier medio obtenido en contravención del ordenamiento o en afectación de algún derecho fundamental de la persona. Además, el alcance de esta teoría no se limita a excluir el medio probatorio principal, sino también aquellos que se derivan de este, incluso si pudiesen considerarse lícitos; para ello, se debe comprobar la relación causa-efecto entre la prueba ilícita y su derivada (Castillo Gutierrez, 2014, pp. 53-56). En otras palabras, si la prueba original (el "árbol") se obtuvo de forma ilícita, cualquier prueba derivada de ella (los "frutos") también será considerada ilícita.

Una segunda teoría se conoce como "La bandeja de plata". Según Bustamante Alarcón (2001), esta teoría permite el uso de medios probatorios ilícitos siempre y cuando hayan sido obtenidos por terceros (p. 146). Esto significa que el sujeto que presenta las pruebas no debe ser quien vulneró el ordenamiento o los derechos fundamentales de uno o más sujetos. Solo de esta manera podría usar dichos medios, ya que no es él quien habría violado los derechos del sujeto contra quien se presenta la prueba.

La tercera teoría, la "Teoría de la ponderación", sostiene que en cada caso concreto se debe analizar si el interés que se pretende tutelar tiene mayor peso que el derecho vulnerado. Si es así, se admitirá la prueba para que pueda ser actuada y valorada (Castillo Gutiérrez, 2015, p. 41). Para ello, se aplicará el test de ponderación, que implica un análisis de idoneidad (pertinencia para alcanzar el fin propuesto), necesidad (ser la opción menos gravosa con el derecho contrapuesto) y proporcionalidad en sentido estricto (que la satisfacción del interés vulnerado sea mayor a la afectación al derecho contrapuesto). En otras palabras, dependiendo del caso concreto, se preferirá un derecho sobre otro, teniendo en cuenta cuál es el que merece mayor tutela en el caso en concreto.

2. La prueba ilícita y su diferencia con la prueba prohibida

Es importante diferenciar entre prueba ilícita y prueba prohibida para evitar confundirlas o tratarlas como sinónimos, un error común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal establece que

carecen de efectos los medios probatorios obtenidos vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, el artículo 159 del mismo código menciona que el juez no podrá utilizar las fuentes o medios probatorios obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Ambos artículos se refieren al contenido esencial de los derechos fundamentales para prohibir el uso de ciertos medios de prueba. Sin embargo, la Corte Suprema ha seguido una línea jurisprudencial en la que cualquier vulneración de los derechos fundamentales se considera prueba prohibida. Esto se puede observar en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA: "La prueba prohibida es aquella cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o violan normas constitucionales". Del mismo modo, el Tribunal Constitucional mantiene esta postura en el Exp. N° 655-2010-PHC/TC: "una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental".

Es posible notar que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional utilizan el término prueba prohibida para referirse a cualquier limitación de los derechos fundamentales, ignorando que, como señala Landa Arroyo (2012), ningún derecho fundamental es absoluto y puede tener limitaciones. Además, esto contradice lo estipulado en la norma procesal penal, que se refiere específicamente a los medios de prueba que afectan el contenido esencial de los derechos (Chanjan, s/f, pp. 2-3).

Reyna Alfaro (2005) sostiene que la prueba prohibida no puede ser objeto de valoración de ningún tipo, mientras que la prueba ilícita puede ser valorada judicialmente dependiendo del caso y bajo determinados presupuestos (p. 34). En este punto, se entiende que la prueba prohibida es aquella que no puede ser admitida ni valorada, ya que vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales, incumpliendo así las garantías mínimas de protección del derecho en cuestión.

Por lo tanto, la prueba ilícita es aquella que, aunque obtenida sin seguir un procedimiento constitucional y vulnerando derechos fundamentales, no interfiere en el contenido esencial de estos.

3. La prueba ilícita a la luz de la teoría de la ponderación

A partir de lo señalado previamente, se considera que la teoría de la ponderación es de mayor utilidad en el tratamiento procesal de la prueba ilícita. La razón para optar por esta posición es que se considera la opción más viable después de un proceso de descarte.

En primer lugar, no se suscribe la tesis que defiende la admisión de medios probatorios "ilícitos" en cualquier circunstancia, sustentada en la existencia de sanciones independientes a través de vías alternativas para las conductas que vulneran derechos fundamentales. Se considera que estas razones son erróneas. La búsqueda de la verdad como objetivo del proceso, aunque loable, no puede desconocer y contravenir la defensa y protección de los derechos de las personas.

En ese sentido, se comparte la postura de Priori (2019) al afirmar que "el propósito del proceso

es dar satisfacción a los derechos materiales con respeto de los derechos fundamentalmente procesales. (...) todas las normas procesales deben permitir la vigencia de derechos fundamentales procesales con miras a la realización de los derechos materiales" (p. 16). Así, no se considera apropiado adoptar una postura que acepte la admisibilidad de la prueba ilícita en la universalidad de los casos.

En segundo lugar, tampoco se suscribe la teoría de la bandeja de plata ya que, por sí sola, podría presentar aspectos cuestionables, pues no evalúa a fondo las circunstancias fácticas que originan la obtención del medio probatorio, lo que podría hacer que los derechos de las personas sean más proclives a ser afectados. Es decir, si la excepción para la admisión del medio probatorio obtenido vulnerando derechos fundamentales es que el sujeto que la ofrece no sea quien haya incurrido en la conducta vulneratoria, se pueden generar incentivos para que los sujetos contraten a terceros y encubran su conducta o para que terceros coadyuvantes ofrezcan la prueba.

En contraste, la teoría de la ponderación podría tener un margen de error menor al determinar si una prueba ilícita puede ser admitida por el juez. Bajo esta teoría, es posible realizar un examen que evalúe todos los factores que produjeron el medio probatorio, tanto su finalidad como la existencia de alternativas; además, se pondría en una balanza qué derecho debe primar, es decir, si es válido que la satisfacción de uno (el derecho a probar) deba prevalecer a pesar de la afectación del otro.

Cabe mencionar una última opción: la negación de la prueba ilícita en todos los casos sin posibilidad de excepción. Sin embargo, no se puede ignorar la justificación que podría existir para admitir esta prueba en ciertos casos. Parece absurdo no valorar cierto medio probatorio cuando no se ha lesionado su credibilidad y permite obtener un resultado en el proceso que de otra forma sería imposible de aplicar. La tesis que se defiende se propone como una solución intermedia entre posturas contrarias y afirma la ponderación como criterio para la admisión de la prueba ilícita en cada caso particular.

4. Conclusiones

a. En torno al tema controversial sobre la admisión y valoración de la prueba ilícita, la doctrina ha fijado tres posturas que pugnan por la admisibilidad, el rechazo total o la ponderación en cada caso en concreto. De este modo se encuentra la teoría de los frutos del árbol prohibido, la teoría de la bandeja de plata y, en última instancia, la teoría de la ponderación.

b. Es de vital importancia tener en claro que la figura de la prueba ilícita se diferencia de la prueba prohibida. Esta última es producto de la vulneración del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y por ende, no debe ser admitida ni valorada, pues de hacerlo se infringen las garantías mínimas del debido proceso.

c. Se concluye que, para brindar un mejor tratamiento procesal a la prueba, se debe optar por la teoría de la ponderación. A través de un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se podrá evaluar la admisibilidad de la prueba en cada caso concreto, así como su impacto en los derechos y principios en conflicto en cada caso.

Bibliografía

Doctrina

Bustamante, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. ARA.

Castillo Gutiérrez, L. (2014). Capítulo 2: Aspectos Generales. *La prueba Prohibida: Su tratamiento en el nuevo código Procesal Penal y en la Jurisprudencia* (pp. 21-64). Gaceta Jurídica.

Castillo Gutiérrez, L. (2015). ¿La prueba obtenida con violación de derechos fundamentales por sujetos particulares es siempre prueba ilícita?. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima, tomo 78, 32-43.

Chanjan, R. (s/f). La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Alerta Informativa* (s/e), 1-7.

Landa Arroyo, C. (2012). Libertad de expresión y derecho a la intimidad. Lima.

Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. s/e, (131-151).

Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de derechos*. Lo esencial del Derecho N°42. Fondo Editorial PUCP.

Reyna Alfaro, L. (2005). El Derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita: precisiones iniciales. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, 11 (83), 30-36.

Jurisprudencia

Corte Europea De Derechos Humanos (2019). *Caso López Ribalda y otros v. España*.

Corte Suprema (2008). *Expediente n.º 05-02-2008-LIMA*.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2022). *Apelación n.º 81-2022/Lima Este*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Apelacion-81-2022-Lima-Este-LPDerecho.pdf>

Tribunal Constitucional (2004). *Expediente n.º 1058-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional (2010). *Expediente n.º 655-2010-PHC/TC*.

Tribunal Constitucional (2011). *Expediente n.º 00114-2011-PA/TC*.