

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSGRADO

**Valoración probatoria de los documentos audiovisuales**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en  
Derecho Procesal

AUTOR

Luis Miguel Duarte Silva

Lima – Perú

2012

## **DEDICATORIA**

La presente tesis la dedico a todas las personas que me han apoyado, en especial a mis padres, quienes han sido un constante incentivo para realizar este trabajo de investigación

## **ÍNDICE**

INTRODUCCIÓN	Pág. 9-10
--------------	-----------

### **CAPÍTULO 1**

#### **ESTRUCTURA METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1. Planteamiento del problema	Pág.12-15
1.1.1. Diagnóstico situacional	Pág.12-15
1.1.2. Preguntas de investigación	Pág. 15
1.2. Objetivos de la investigación	Pág. 16
1.3. Justificación de la investigación	Pág.16-18
1.3.1. Relevancia	Pág.16-17
1.3.2. Viabilidad	Pág.17-18
1.4. Tipo de investigación y características de la misma	Pág. 18-20
1.4.1. Tipo de investigación: Teórico dogmática cualitativa	Pág.18-19
1.4.2. Características de la investigación	Pág. 19-20
1.4.2.1. Investigación interpretativa	Pág. 19
1.4.2.2. Investigación propositiva	Pág. 20

1.5. Lineamientos de la investigación ( Temáticas )	Pág.20-23
-----------------------------------------------------	-----------

## **CAPÍTULO 2**

### **LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES COMO FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA**

2.1. Noción de documento	Pág. 25-26
2.2. Los documentos audiovisuales como fuentes de prueba	Pág.26-29
2.3. Principios procesales que rigen a la prueba judicial y su relación con los documentos audiovisuales como medios de prueba.	Pág. 29-52
2.3.1. Principio de necesidad de probar los hechos que las partes alegan en el proceso	Pág. 30-34
2.3.2. Principio de Eventualidad u Oportunidad	Pág. 34-35
2.3.3. Principio de Libertad de la prueba	Pág. 36-37
2.3.4. Principio de Conducencia y Utilidad	Pág. 37-39
2.3.5. Principio de Pertinencia	Pág. 39-40
2.3.6. Principio de Inmediación	Pág. 40-42

2.3.7. Principio de Contradicción	Pág. 42-46
2.3.8. Principio de Comunidad o Adquisición	Pág. 46-47
2.3.9. Principio que prohíbe al Juez fundamentar sus decisiones en base a conocimientos privados que pudiese tener de los hechos controvertidos	Pág. 47
2.3.10. Principio de Licitud	Pág. 48-52

### **CAPÍTULO 3**

#### **LA PRUEBA ILÍCITA Y SU RELACIÓN CON LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES**

3.1. Delimitación conceptual de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales	Pág. 59-65
3.2. Efectos procesales de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales	Pág. 65-143
3.2.1. Postura que sostiene que la prueba ilícita ofrecida debe ser admitida, actuada y valorada en el proceso en aras de la verdad.	Pág. 70-71
3.2.2. Postura que sostiene que la prueba ilícita no	

debe admitirse en el proceso y que en caso que se haya admitido, ésta no debe ser actuada ni valorada; privándose a la misma de toda eficacia probatoria Pág. 72-73

3.2.3 Posturas que sostienen que la prueba ilícita puede ser ofrecida, admitida, actuada y valorada en el proceso de acuerdo a excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita Pág. 73-147

3.2.3.1. Excepciones a la regla de exclusión probatoria Pág. 73-147

3.2.3.1.1. La fuente independiente Pág. 76-82

3.2.3.1.2. El descubrimiento inevitable Pág. 82-90

3.2.3.1.3. La buena fe Pág. 90-94

3.2.3.1.4. El Principio de Proporcionalidad Pág 94-118

3.2.3.1.5. La doctrina del nexo causal atenuado Pág.118-123

3.2.3.1. 6. Prueba ilícita in bonam partem Pág123-126

3.2.3.1. 7. La destrucción de la mentira del imputado Pág. 126-128

3.2.3.1. 8. La teoría del riesgo Pág. 129-135

3.2.3.1. 9. La renuncia del interesado Pág. 135-138

3.2.3.1. 10. La plain view doctrine y los campos abiertos Pág. 138-140

3.2.3.1. 11. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros Pág. 140-143

3.2.3.2. La legislación peruana en lo que atañe a las excepciones de exclusión probatoria de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales	Pág. 144-147
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------

## **CAPÍTULO 4**

### **LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS EN LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTOS AUDIOVISUALES Y SU INTERRELACIÓN CON LA VALORACIÓN PROBATORIA DE DICHOS DOCUMENTOS**

4.1. Concepto de garantías constitucionales	Pág. 149-152
4.2. Derecho a un proceso justo	Pág. 153-158
4.3. Libertad de expresión y derecho de información	Pág. 159-166
4.4. Derecho a la intimidad	Pág.167- 205
4.4.1. Right of privacy norteamericano.	Pág. 167- 179
4.4.2. Derecho a la intimidad en el sistema romano germano.	Pág. 179-205
4.4.2.1. Delimitación conceptual	Pág. 179-190
4.4.2.2. Inviolabilidad del domicilio	Pág. 190-195
4.4.2.3. Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas	Pág. 195-205

4.5. Derecho al honor	Pág. 205-210
4.6. Derecho a la propia imagen y voz	Pág. 210-213
APORTES DE LA INVESTIGACIÓN	Pág. 214- 220
CONCLUSIONES	Pág. 221-228
RECOMENDACIONES	Pág. 229-233
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 234- 242

## **INTRODUCCIÓN**

El tema de la presente tesis titulado “Valoración probatoria de los documentos audiovisuales” es uno de los que reviste mayor trascendencia en la teoría de la prueba; máxime cuando por el desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, los mecanismos o reserva de los mensajes se tornan cada vez más vulnerables. Es menester señalar que con el avance de la tecnología los hechos no sólo se suelen registrar en actas u otros instrumentos sino también existen documentos no instrumentales como - por ejemplo – los soportes de audio y video en los que pueden registrarse dichos hechos.

El derecho procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales

Consideramos que la presente investigación brindará excelentes aportes a la doctrina ya que esta tesis hará un adecuado análisis de las respectivas posturas doctrinarias referidas a la valoración probatoria de documentos audiovisuales que conllevará a determinar las condiciones de validez constitucional para la utilización probatoria de los citados documentos; todo ello con el objetivo específico de delinear las bases teórico procesales de un uso racional de los documentos audiovisuales, con fines probatorios, que compatibilice el respeto de las garantías

constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia .

Asimismo, la acotada investigación brindará excelentes aportes a la teoría ya que contribuirá a reforzar todo el sustento teórico doctrinario que se encuentra en las diversas fuentes bibliográficas.

Por otro lado, el sustento teórico dogmático de la presente tesis ayudará a determinar cuáles son las deficiencias legislativas en materia de valoración probatoria de los documentos audiovisuales. Este sustento teórico dogmático servirá para que dichas deficiencias sean corregidas mediante la dación de uno o más dispositivos en la Constitución Política, si tomamos en consideración que el derecho procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales

Además de lo expuesto en los párrafos precedentes, la presente investigación teórico dogmática brindará excelentes aportes a la jurisprudencia ya que los respectivos magistrados tendrán acceso al sustento teórico dogmático de esta tesis, pudiendo analizar las posturas doctrinarias - de diversos autores del Derecho Nacional y Comparado - que han servido de base en la expedición de resoluciones judiciales de diversos órganos jurisdiccionales extranjeros y nacionales

El autor

## **CAPÍTULO 1**

### **ESTRUCTURA METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN**

## **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1.1. DIAGNÓSTICO SITUACIONAL (Cuestión de hecho)**

Con el avance de la tecnología los hechos no sólo se suelen registrar en actas u otros instrumentos sino también existen documentos no instrumentales como - por ejemplo – los soportes de audio y video en los que pueden registrarse dichos hechos. La sociedad demanda al Derecho nuevas respuestas ante ese avance tecnológico

Habiéndose efectuado la aclaración en el párrafo precedente, podemos señalar – en primer lugar – que ante el incremento de la criminalidad existe la demanda social de que el Estado brinde una mejor seguridad ciudadana tendiente a la necesidad de lograr la prevención del delito. Al respecto, en el mundo hay ciudades modernas que cuentan con cámaras de video vigilancia en diversos puntos críticos del ámbito público con la finalidad de que las filmaciones efectuadas ayuden al control de la criminalidad ya que al producirse la comisión de uno o más delitos, éstos serán registrados en esas filmaciones; pudiendo identificarse a las personas que intervinieron, sus modus operandi y las respectivas consecuencias.

Por un lado, como un complemento de la seguridad ciudadana, las acotadas cámaras de video vigilancia son útiles para ubicar donde se han realizado catástrofes como incendios o inundaciones; además de ser un

medio de control del tránsito ya que dichas filmaciones registran transgresiones de tránsito y accidentes automovilísticos, entre otros.

Cabe destacar que las cámaras de video vigilancia también pueden ser colocadas en ámbitos abiertos al público tales como bancos, compañías de seguro, estaciones de expendio de combustibles, supermercados, bodegas, farmacias, restaurantes y demás centros comerciales. Dichas cámaras de video registran los hechos ocurridos en dichos ámbitos; pudiendo filmarse la comisión de uno o más delitos o faltas. Asimismo, dichas filmaciones pueden registrar otros hechos que podrían ser materia de valoración probatoria por el juez en un proceso de familia ( ejemplo: filmación en la que un cónyuge realiza una conducta deshonrosa en contra del otro cónyuge y que dicha filmación puede presentarse en un proceso de divorcio por la causal de conducta deshonrosa ), proceso laboral ( filmación que registra una falta grave de un trabajador).

En lo que atañe a filmaciones de video efectuadas por particulares en la vía pública tales como parques, calles, avenidas, veredas – por citar algunos ejemplos ilustrativos - se aprecia que dichos particulares en varias ocasiones efectúan esas filmaciones sin el consentimiento de la persona a quien se le graba; pudiendo generarse todo un debate doctrinario acerca del valor probatorio de esas filmaciones de video ya sea cuando éstas registren la comisión de uno o más delitos o faltas; o se registre un hecho que podría ser materia de que el juez analice sobre la valoración o no de dicho medio audiovisual ( por ejemplo si en un parque un cónyuge comete adulterio y dicho acto es filmado por un particular a fin de obtener medios de prueba en un proceso de divorcio por la causal de adulterio; o cuando se filma a esa cónyuge saliendo de un hotel con otra persona que no es su cónyuge )

Respecto a aquellos casos en que una persona es víctima de un delito y decide filmar esos hechos en medios audiovisuales tales como celulares digitales que tienen cámara de video o por cualquier otro aparato electrónico que efectúe la filmación audiovisual. En estos casos se tendrá que analizar la valoración probatoria de esos audios y/o video.

Otro de los aspectos que merece la pena abordar es el hecho de que diversos medios de comunicación – en especial la televisión – efectúan diversas investigaciones periodísticas en las que colocan cámaras de video ocultas ya sea en la vía pública o en determinados ámbitos abiertos al público o incluso en ámbitos de la administración pública con la finalidad de informar a la opinión pública sobre la comisión de determinado o determinados delitos.

En otros casos existen informes periodísticos realizados con cámaras de video ocultas en el que se pretende indagar la vida privada de deportistas o artistas de televisión, generándose en algunos casos excesos por parte de periodistas que en busca de una noticia sensacionalista llegan incluso a filmar escenas de coito de personas de la farándula sin que esas personas hayan dado su consentimiento para la realización de esa filmación.

Por último es importante analizar los casos de filmaciones de video efectuadas en ámbitos de la administración pública en la que se registran la comisión de delitos. La opinión pública constantemente es informada de estos hechos por los diversos medios de comunicación.

El tema de la presente tesis “Valoración probatoria de los documentos audiovisuales” es uno de que reviste mayor trascendencia en la teoría de la prueba; máxime cuando por el desarrollo acelerado de las nuevas

tecnologías de las comunicaciones, los mecanismos de reserva de los mensajes se tornan cada vez más vulnerables.

El Derecho Procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales.

### **1.1.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN**

Ante el diagnóstico situacional descrito cabe hacernos la siguiente pregunta como problema principal:

¿Cuáles son las bases teórico procesales que se deben delinear para una utilización racional de los documentos audiovisuales con fines probatorios que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia?

La pregunta anterior nos conduce a formular la siguiente interrogante como problema secundario:

¿Bajo qué condiciones tiene validez constitucional la utilización de documentos audiovisuales para efectos probatorios?

## **1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **a) Objetivos generales**

- Determinar las condiciones de validez constitucional para la utilización probatoria de los documentos audiovisuales
- Establecer la problemática en torno a la utilización de los documentos audiovisuales para efectos probatorios.

### **b) Objetivo específico**

- Delinear las bases teórico procesales de una utilización racional de los documentos audiovisuales con fines probatorios, que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Relevancia**

Consideramos que la investigación a realizarse es relevante en cuanto aborda los problemas que se presentan en la utilización de documentos audiovisuales para efectos probatorios . Ello conlleva a precisar bajo qué

condiciones tiene validez constitucional la mencionada utilización de dichos documentos para efectos probatorios .

Para el estudio de esta problemática es importante la jurisprudencia y la doctrina del Derecho Nacional y Comparado ya que nos servirán de valiosas herramientas para que este trabajo de investigación pueda delinear las bases teórico procesales de una utilización racional de los acotados documentos, con fines probatorios, a fin de que se compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia. Estas bases teórico procesales servirán de sustento para que los operadores del derecho tengan una mejor comprensión sobre la valoración probatoria de los documentos audiovisuales con la finalidad de lograr una adecuada aplicación del derecho.

### **1.3.2 Viabilidad**

Sostenemos que el presente trabajo es viable o factible debido a que el tema de esta tesis puede investigarse gracias a la valiosa información contenida en diversas fuentes bibliográficas especializadas tales como libros de doctrina y revistas jurídicas del Derecho Nacional y Comparado.

Asimismo, la viabilidad de la presente tesis podemos lograrla gracias al análisis teórico dogmático de las partes considerativas de las correspondientes resoluciones judiciales que se refieren a la valoración probatoria de los respectivos documentos audiovisuales. Las partes considerativas de dichas resoluciones judiciales pueden servir de gran ayuda para orientarnos en el delineamiento de las bases teórico procesales de una utilización racional de dichos documentos , con fines

probatorios , en el que se que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

#### **1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA MISMA**

##### **1.4.1. Tipo de investigación: Teórico dogmática cualitativa**

La presente investigación es teórico dogmática predominando el enfoque cualitativo en el que se va a sustentar lo referente a la valoración probatoria de los documentos audiovisuales .

Esta tesis es teórico dogmática ya que desarrollaremos una teoría coherente, la cual se fundamentará en lineamientos de investigación brindados por la doctrina nacional y extranjera, así como aquellas resoluciones judiciales referidas al tema de la presente investigación, con la finalidad de que esta tesis brinde valiosos aportes a la doctrina, a la teoría, a la legislación y a la jurisprudencia.

Asimismo, esta tesis tiene un enfoque cualitativo ya que el tema de nuestra investigación no estará basado en aspectos estadísticos propios de una investigación cuantitativa sino más bien nuestro trabajo se focaliza en los siguientes aspectos teórico cualitativos:

- Determinar las condiciones de validez constitucional para la utilización probatoria de los documentos audiovisuales

- Establecer la problemática en torno a la utilización de los documentos audiovisuales, para efectos probatorios .
- Delinear las bases teórico procesales de una utilización racional de los documentos audiovisuales con fines probatorios, que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

## **1.4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.2.1. Investigación interpretativa**

La presente investigación se fundamenta en un análisis interpretativo centrado en el entendimiento del sentido y alcance de la valoración probatoria de los documentos audiovisuales.

Este análisis interpretativo se logra determinando las condiciones de validez constitucional para una racional utilización probatoria de dichos documentos, de modo tal que dicha utilización racional – con fines probatorios – debe compatibilizar el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

#### **1.4.2.2. Investigación propositiva**

La presente tesis establece la problemática en torno a la utilización de los documentos audiovisuales para efectos probatorios en materia procesal . Para ello, es menester determinar las condiciones de validez constitucional para la utilización probatoria de los mencionados documentos.

Una vez establecida esas condiciones de validez constitucional, el presente trabajo de investigación propone el delineamiento de las bases teórico procesales de una utilización racional de los acotados documentos, con fines probatorios, que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

Esta tesis teórico dogmática cualitativa, al proponer el delineamiento de las bases teóricas a las que se refiere el párrafo precedente, brindará valiosos aportes a la doctrina, a la legislación y a la jurisprudencia; siendo además de gran utilidad para los operadores del derecho cuando éstos se encuentren ante casos en que tengan que analizar sobre la valoración probatoria de los documentos audiovisuales.

#### **1.5. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN ( TEMÁTICAS)**

La presente tesis abarcará las siguientes temáticas con la finalidad de brindar valiosos aportes respecto a la valoración de los documentos audiovisuales:

## 1. Los documentos audiovisuales como fuentes de prueba y medios de prueba

- En esta temática se abordará la noción doctrinaria de documento y su importancia para acreditar hechos con significancia probatoria. Luego procederemos a destacar la relevancia de los avances de la tecnología de las comunicaciones en la que se sustentará que los hechos no sólo se suelen registrar en actas u otros instrumentos sino que existen documentos no instrumentales como los audiovisuales en los que se pueden registrar dichos hechos en soportes de audio e imagen, constituyéndose dichos documentos audiovisuales en fuentes de prueba
- Posteriormente sustentaremos cuando esas fuentes de prueba se pueden introducir al proceso para constituir medios de prueba, de acuerdo a los principios procesales que rigen la prueba judicial

## 2. La prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales

- Entre los principios procesales que rigen la prueba judicial tenemos el de licitud. Al respecto, si un documento audiovisual es prueba lícita entonces dicho documento podrá ofrecerse como medio probatorio en un proceso y el órgano jurisdiccional lo actuará y valorará siempre y cuando se cumplan los principios de pertinencia, utilidad, inmediación y contradicción.

- El meollo del problema de la investigación es cuando los documentos audiovisuales han sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales y, por ello, son cuestionados en lo referente a su licitud probatoria; surgiendo, así, el tema de la denominada prueba ilícita y su tratamiento jurídico procesal en lo que atañe a si se deben valorar o no dichos documentos audiovisuales

### 3. Las garantías constitucionales involucradas en la obtención de documentos audiovisuales y su interrelación con la valoración probatoria de dichos documentos

- En la obtención de documentos audiovisuales suelen estar involucrados distintos derechos fundamentales, garantizados en la Constitución, tales como:
  1. Derecho a un proceso justo
  2. Libertad de expresión
  3. Derecho a la información
  4. Derecho a la intimidad
  5. Derecho al honor
  6. Derecho a la propia imagen y/o voz
- En algunos casos concretos se producen la colisión entre alguno de estos derechos fundamentales. Por ejemplo: libertad de expresión versus derecho a la intimidad; derecho a la información versus derecho al honor. Estos ejemplos nos pueden servir de ilustración

- Esta colisión de derechos debe ponderarse racionalmente a fin de brindar la solución más justa al respecto. De allí que el órgano jurisdiccional, mediante esta ponderación, debe determinar qué derecho se sacrificará por tener menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias que concurran en el caso concreto
- El Derecho Procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales.

## **CAPÍTULO 2**

### **LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES COMO FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA**

## **2.1. Noción de documento**

El término “ documento” proviene etimológicamente de la palabra “docere” que significa “ mostrar, enseñar, ofrecer algo “<sup>1</sup>, de allí palabras que se derivan de ese término como por ejemplo docente ( el que enseña algo ). Según esta definición etimológica, “ documento “ es toda representación de algo en el que se quiere acreditar un hecho.

El documento puede clasificarse en : documento escrito ( instrumento ) y documento no escrito ( grabaciones telefónicas, cintas de video, CD, cassetts, soportes informáticos, entre otros )<sup>2</sup>

Sin embargo, hasta antes de los grandes inventos tecnológicos del Siglo XX tanto el Derecho Peruano como el Comparado solían considerar al documento como el instrumento, sin tomar en cuenta que el concepto “documento” es el género mientras que “ instrumento “ es una especie de documento.

Ante el avance tecnológico del Siglo XX el Derecho – como ciencia social dinámica – tiene que estar de acuerdo con los nuevos cambios tecnológicos que se están dando en la sociedad, por lo que el concepto procesal de documento no puede circunscribirse sólo al instrumento (documento escrito ) sino más bien debe considerarse como documento a todo aquel escrito u objeto que pueda ser incorporado al proceso para

---

<sup>1</sup> DE SANTO, Víctor. “ Diccionario de Derecho Procesal “. Editorial Universidad SRL. Buenos Aires. 1995. Página 108

<sup>2</sup> Esta clasificación es adoptada por el Código Procesal Civil Peruano, cuerpo de leyes que se aplica supletoriamente al proceso penal. Al respecto, los artículos 233° y 234° del acotado Código Procesal sostienen que los documentos tienen por finalidad acreditar uno o más hechos, pudiendo ser escritos (instrumentos) o no escritos ( cintas magnetofónicas, microfilms, reproducciones en audio o video, o demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o un resultado)

acreditar un hecho, es decir, el documento debe contener una significancia probatoria.

## **2.2. Los documentos audiovisuales como fuentes de prueba**

Fuente de prueba es una realidad extraprocesal ya que se refiere a la búsqueda, recolección y obtención de hechos previos al proceso.<sup>3</sup>

Según Del Valle Rándrich, fuente de prueba es todo lo que, aun sin constituir medio o elemento de prueba, suministra indicaciones útiles para lograr determinadas comprobaciones.<sup>4</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales, las fuentes de prueba estarían constituidas por todas las grabaciones de audio y/o video que fueron obtenidas antes de la realización de un proceso determinado. De allí la realidad extraprocesal de dichas fuentes de prueba.

Cuando estas fuentes de prueba se introducen al proceso entonces estaríamos hablando de medios de prueba.<sup>5</sup> Ello quiere decir que mientras la fuente de prueba es una realidad extraprocesal, los medios de prueba son realidades procesales.<sup>6</sup> Por ejemplo, si se filma un video en el que se observa y oye a la persona "A" que está cometiendo un delito entonces dicho video constituye una fuente de prueba pues fue obtenido de manera previa al correspondiente proceso penal. Cuando dicha grabación audiovisual se introduzca al proceso entonces estaremos hablando de un documento audiovisual como medio de prueba.

---

<sup>3</sup> GARCÍA DEL RÍO, Flavio. "La prueba en el proceso penal". Ediciones Legales Iberoamericana EIRL. Lima. 2002. Página 43.

<sup>4</sup> DEL VALLE RÁNDRICH, Luis. "Derecho Procesal Penal. La Prueba". Materiales de enseñanza de Luis Del Valle Rándrich, Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1964. Página 39

<sup>5</sup> GARCÍA DEL RÍO, Flavio. Ob. cit. Página 43.

<sup>6</sup> GARCÍA DEL RÍO, Flavio. Ob. cit. Página 43

Empero, cabe resaltar que en la actualidad todavía hay reticencia a dar valor probatorio a las grabaciones audiovisuales, actitud basada en aquel apego a una concepción de los viejos textos legales donde se da mayor importancia al soporte de papel, sin considerar que la prueba documental puede referirse tanto a la documentación escrita ( instrumentos ) así como a la no escrita ( ejemplo: grabaciones audiovisuales contenidas en videos)

Ese apego se debe a cuestionamientos sobre la autenticidad de los videos ya que algunos sostienen que se puede editar el video o imitar la voz.<sup>7</sup>

Nos parece que este argumento es poco sólido ya que también se puede imitar la firma de alguien en un instrumento o escribir con letra y rasgos parecidos al autor del documento escrito, falsificándose o alterándose instrumentos.

Consideramos que el cuestionamiento de la autenticidad de documentos escritos o no escritos se solucionaría a través de la pericia. En el caso de los videos, los peritos evaluarán si efectivamente son auténticos los contenidos de audio e imagen de esos videos a fin de que puedan ser considerados auténticos documentos no escritos con significancia probatoria, pudiendo ser aportados en un proceso.

Desde el punto de vista científico, la voz humana puede ser reconocida e identificada más allá de toda duda. La voz humana es reconocida por su timbre que es un atributo personalísimo y único. Ese timbre peculiar y único está determinado por los inimitables elementos de resonancia que son propios de cada persona. La ciencia y técnicas modernas han ido ideando algunos aparatos que permiten la identificación de la voz de manera indubitable. Dichos aparatos son el oscilógrafo y el espectógrafo.

---

<sup>7</sup> CARBONE, Carlos Alberto. “ Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medio de prueba”. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005. Página 152.

Con ellos se puede medir la modulación u ondulación de la voz y comparar esta medición con una grabación. La ondulación es única e inimitable en cada persona, precisamente por el timbre, que es el elemento peculiar.<sup>8</sup>

En caso que se alegue que las imágenes del documento audiovisual han sido manipuladas, editadas o trucadas entonces lo recomendable es que el acotado documento se someta a una pericia. Al respecto cabe señalar que el montaje en video (EDICIÓN), a diferencia del montaje cinematográfico, no se realiza por el corte físico y la reordenación de los planos a montar. La cinta magnética no se puede cortar y volver a pegar con los planos ordenadores ya que en cada empalme, amén de otras consideraciones del propio sistema de grabación, se producirá un salto de imagen. La EDICIÓN se realizará mediante la grabación, en una nueva cinta, de los planos previamente grabados que son seleccionados en un magnetoscopio ( en función de reproducción) y enviados a otro magnetoscopio ( en función de grabación), donde se realiza el montaje.<sup>9</sup> En video se ofrece a nivel del concepto de montaje dos posibilidades: Montaje de Continuidad (Assemble) y Montaje en Inserto (Insert).<sup>10</sup> En el Montaje de Continuidad, el inicio de un plano se “ensambla” con el final del anterior y así sucesivamente se van empalmado electrónicamente en el magnetoscopio “grabador” los planos seleccionados en el “reproductor”, uno a continuación del otro.<sup>11</sup> En el Montaje en Inserto se debe tomar en consideración que si una vez realizado el Montaje en Continuidad se quiere sustituir un plano ya montado por otro distinto, esta operación se llama “insertar”. En el Montaje en Inserto es preciso señalar que dado

---

<sup>8</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “La prueba documental en el proceso civil”. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Página 240.

<sup>9</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. “Valor probatorio de las grabaciones de audio y video en los procesos anticorrupción” . Gráfica Universo. Lima. 2005. Página 183.

<sup>10</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

<sup>11</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183

que la cinta no se puede cortar, la duración del plano que se inserta ha de ser igual a la del plano o planos que se quiere sustituir.<sup>12</sup>

Recomendamos que los magistrados sean capacitados respecto al uso de los aparatos tecnológicos que permitan determinar si un documento audiovisual ha sido o no manipulado, adulterado o editado en cuanto a imágenes y voces humanas. Dicha capacitación ayudará a los magistrados cuando tengan que decidir sobre la valoración probatoria de los documentos audiovisuales.

### **2.3. Principios procesales que rigen a la prueba judicial y su relación con los documentos audiovisuales como medios de prueba**

Carrión Lugo<sup>13</sup> sostiene que para que una fuente de prueba se convierta en un medio de prueba válidamente introducido en un proceso, la doctrina establece que se deben cumplir los siguientes principios procesales que rigen a la prueba judicial:

- Principio de necesidad de probar los hechos que las partes alegan en el proceso
- Principio de Eventualidad u Oportunidad
- Principio de Libertad de la prueba
- Principio de Conducencia y Utilidad
- Principio de Pertinencia
- Principio de Inmediación

---

<sup>12</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183

<sup>13</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. “ Tratado de Derecho Procesal Civil.” Volumen II. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2000. Páginas 11-19

- Principio de Contradicción
- Principio de Comunidad o Adquisición
- Principio que prohíbe al Juez fundamentar sus decisiones en base a conocimientos privados que pudiese tener de los hechos controvertidos
- Principio de Licitud

A continuación esbozaremos una reseña de los citados principios procesales, estableciéndose las interrelaciones con los documentos audiovisuales

### **2.3.1. Principio de necesidad de probar los hechos que las partes alegan en el proceso**

El derecho a probar es un derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho a utilizar dentro de un proceso en el que interviene o participa todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamentos a su pretensión o a su defensa.<sup>14</sup>

En un proceso civil, el demandante debe probar los hechos que sustentan la pretensión procesal contenida en la demanda; utilizando los medios de prueba idóneos para tal efecto. De no probar los hechos alegados en la demanda entonces ésta será declarada infundada. Por su parte, el demandado ejerciendo su derecho de contradicción puede negar los hechos alegados por el demandante, debiendo el demandado tener

---

<sup>14</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 11-12, 19-20  
 GOZAINI, Osvaldo. “La prueba en el proceso civil peruano”. Editora Normas legales. Trujillo. 1997. Páginas 19-20  
 HURTADO REYES, Martín. “ Tutela jurisdiccional diferenciada”. Palestra Editores. Lima. 2006. Páginas 73-74.

respaldo probatorio, de lo contrario triunfará en el proceso civil la posición del demandante.<sup>15</sup>

En un proceso penal, el Fiscal debe probar los hechos que sustentan la acusación, utilizando los medios probatorios idóneos para tal efecto.

Un aspecto que debemos tomar con mucha cautela es el relacionado a las pruebas de oficio en el que se establece que “ Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes con la finalidad de que el magistrado pueda generarse convicción sobre la certeza de los hechos alegados por las partes”.

Los jueces deben ser cautos respecto a las pruebas de oficio ya que los magistrados no deben sustituir a las partes ya que a éstas corresponden probar los hechos alegados en el proceso. Sin embargo, es menester precisar que las pruebas de oficio son importantes para que el Juez se genere convicción sobre la certeza de los hechos alegados por las partes y se brinde una adecuada justicia.<sup>16</sup>

Respecto a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones, a manera de ilustración:

- En determinados casos solamente existe un documento audiovisual que sirve para acreditar los hechos que guardan relación con el proceso. Por ejemplo, el señor “A” ha contratado

---

<sup>15</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. Ob.cit. Volumen II. Páginas 11-12, 15, 19-23.

DÍAZ URIBE, Hugo. “ De la prueba documental en los procesos civil y penal chileno”. Librotec Ltda- Editores. Concepción, Chile. 1999. Página 18.

EISNER, Isidoro. “ La prueba en el proceso civil “ Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992. Páginas 25-27, 31-33.

<sup>16</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob.cit. Volumen II. Páginas 11-12

los servicios de un detective privado con la finalidad de que durante una semana investigue si su cónyuge ( esposa de “A”) es infiel. Luego de una semana, el detective privado entrega al señor “A” un documento audiovisual en el que consta que el cónyuge de “A” ha tenido relaciones sexuales con un tercero. En relación al ejemplo citado, nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿El citado documento audiovisual que acredita el adulterio de la cónyuge del señor “A” puede ser ofrecido como medio de prueba en un proceso de divorcio por adulterio tomando en consideración que es el único medio probatorio que serviría para acreditar su pretensión? ¿Puede alegar la esposa de “A” que dicho documento audiovisual fue obtenido vulnerándose su derecho a la intimidad y por tanto dicho documento no debe ser valorado por el juzgador, declarándose infundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio? ¿O el juez debe ponderar los derechos fundamentales en conflicto – derecho a la intimidad de la cónyuge adúltera versus derecho a un proceso justo que tiene el cónyuge inocente para que se expidan resoluciones judiciales justas - con la finalidad de sacrificar el derecho de menor predominio constitucional para dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias que concurren en el caso concreto y en aras de brindar la solución más justa en el caso submateria?. Consideramos que el rol inherente del Poder Judicial consiste en administrar justicia. El Juzgador debe valorar razonadamente los medios probatorios en su conjunto para expedir una resolución justa. En el caso sublitis, podemos determinar que sólo hay un medio de prueba – el acotado documento audiovisual - para acreditar la pretensión del demandante, por lo que el Juez debe analizar y ponderar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y tomando en consideración las dificultades existentes

para conseguir otros medios de prueba – distintos al citado documento audiovisual - que generen convicción en el Juzgador en un proceso de divorcio por la causal de adulterio. Consideramos que el citado documento audiovisual debe ser valorado por el Órgano Jurisdiccional dándose mayor prevalencia al derecho a un proceso justo.

- Ante el incremento de la criminalidad existe la demanda social de que el Estado brinde una mejor seguridad ciudadana tendiente a la necesidad de lograr la prevención del delito. Al respecto, en el mundo hay ciudades modernas que cuentan con cámaras de video vigilancia en diversos puntos críticos del ámbito público con la finalidad de que las filmaciones efectuadas ayuden al control de la criminalidad ya que al producirse la comisión de uno o más delitos, éstos serán registrados en esas filmaciones; pudiendo identificarse a las personas que intervinieron, sus modus operandi y las respectivas consecuencias. De acuerdo a lo expuesto precedentemente nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Los documentos audiovisuales provenientes de las cámaras de video vigilancia colocadas en diversos puntos críticos del ámbito público pueden ser medios de prueba si dichos documentos acreditan la comisión de delitos? Consideramos que dichos documentos audiovisuales pueden ser medios de prueba para ser debidamente ofrecidos, admitidos, actuados y valorados en el correspondiente proceso ya que esos documentos fueron obtenidos sin vulnerar derechos fundamentales de los delincuentes – entre ellos , la intimidad. Carlos Santiago Nino<sup>17</sup> sostiene que el derecho a la intimidad – para otros privacidad – importa la posibilidad de realizar acciones privadas o sea acciones que no dañen a terceros y que estén exentas del conocimiento generalizado por parte de los

---

<sup>17</sup> NINO, Carlos Santiago. “ Fundamentos de Derecho Constitucional”. Astrea. Buenos Aires. 1992. Página 327

demás. Ello implica que cuando una persona comete delitos está dañando a terceros y no puede alegar que se le está vulnerando su derecho a la intimidad ya que ese delito produce daño a la sociedad y el consiguiente resquebrajamiento del orden social. Hoy en día las cámaras de video vigilancia son valiosas como instrumentos importantes para una mejor seguridad ciudadana

- En la actualidad los medios de comunicación informan casos de personas que suelen ser víctimas de diversos delincuentes. Estas víctimas en algunas ocasiones graban o filman sus conversaciones con dichos delincuentes. Al respecto nos formulamos la siguiente pregunta : ¿Estas grabaciones o filmaciones pueden ser medios de prueba para ser valoradas por el órgano jurisdiccional?. Al respecto, consideramos que las mencionadas grabaciones o filmaciones son medios de prueba idóneas y lícitas porque, de acuerdo a la llamada “ Teoría del Riesgo” , en los casos de que la víctima de un delito graba o filma su propia conversación con el delincuente entonces dicha grabación o material fílmico puede aportarse en un proceso sin que se exija que la víctima tenga que obtener previamente una orden judicial para reconocer la validez a dicha grabación o filmación. Según la acotada teoría, si una persona de manera voluntaria revela sus actividades delictivas a otra entonces está asumiendo el riesgo de ser delatado.<sup>18</sup>

### **2.3.2 Principio de Eventualidad u Oportunidad**

Según el Principio de Eventualidad u Oportunidad, <sup>19</sup> las partes deben aportar al proceso los medios probatorios sólo en la etapa postulatoria.

---

<sup>18</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “La prueba ilícita en el proceso penal peruano”. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2009. Página 134

<sup>19</sup> Llamado también Principio de Preclusión

En el proceso civil el demandante ofrece medios probatorios conjuntamente con la demanda mientras que el demandado ofrece los medios probatorios cuando contesta la demanda.<sup>20</sup>

El artículo 189 del Código Procesal Civil Peruano recoge el Principio de Oportunidad al establecer textualmente que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios salvo disposición distinta en este Código.

En lo que atañe a los documentos audiovisuales, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuándo se deben aportar al proceso estos documentos? Al respecto, tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- En el proceso civil, dichos documentos deben ofrecerse en la etapa postulatoria de conformidad con lo que establece el artículo 189 del Código Procesal Civil.
- En el proceso penal, la parte agraviada puede presentar los documentos audiovisuales pertinentes, es decir, que dichos documentos guarden relación con los hechos que se pretende probar en el proceso. Asimismo, la parte acusadora ( el Fiscal ) puede ofrecer este medio probatorio para acreditar los cargos propios de la imputación. En el proceso penal – caracterizado por los principios de contradicción, oralidad, inmediación y concentración – los acotados documentos audiovisuales serán actuados en audiencia pública.

---

<sup>20</sup> HURTADO REYES, Martín. Ob.cit. Páginas 75-76

### **2.3.3. Principio de Libertad de la Prueba**

El artículo 191 del Código Procesal Penal de 1991 sostiene que “el establecimiento de la verdad mediante el procedimiento se realizará empleándose todos los medios de prueba permitidos, salvo que la ley prescriba medio especial “

La libertad de los medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio. Por ejemplo: las investigaciones de carácter técnico o científico les serán aplicables las normas que regulan la pericia

Asimismo existen los llamados medios de prueba especiales en los que la ley establece con carácter obligatorio el medio obligatorio para acreditar un determinado objeto de prueba. Ejemplo: la partida de nacimiento para saber la edad del imputado; el dictamen pericial para declarar exento de responsabilidad a un inimputable que cometió un delito.

En lo que atañe a los documentos audiovisuales, es importante tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- Dichos documentos se pueden ofrecer en un proceso de acuerdo al Principio de Libertad Probatoria y el órgano jurisdiccional los actuaría y valoraría siempre y cuando se cumplieran los principios de pertinencia, utilidad, inmediación , contradicción y licitud probatoria

- Cuando se cuestiona la validez de un documento audiovisual debido a que éste fue obtenido con vulneración de derechos fundamentales, el Principio de Libertad Probatoria deberá tomar en consideración la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>21</sup>

#### **2.3.4 Principio de Conducencia y Utilidad**

Sostuvimos que las partes pueden utilizar todos los medios probatorios permitidos por la ley que tengan por finalidad acreditar los hechos alegados.

Los medios de prueba serán conducentes cuando éstos son empleados para acreditar hechos relevantes o útiles para resolver el caso concreto.<sup>22</sup>

La prueba puede ser inútil por razón de superabundancia. La superabundancia implica cantidad excesiva de elementos probatorios referidos a un mismo hecho. Ejemplo: 3 testigos pueden ser suficientes para acreditar que una persona acostumbraba frecuentar determinado

---

<sup>21</sup> GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, Nicolás. “ Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal “. Cólex. Madrid. 1990. Página 340  
SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el Proceso Penal “. Proceso y Justicia N° 4. Lima. 2003. Página 67.

<sup>22</sup> HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 76 -78

lugar público. Si se ofrecen 15 testigos para ello entonces 12 de esos testigos resultan innecesarios.

En situaciones determinadas las partes no pueden hacer uso de todos los medios probatorios regulados en la norma procesal

Por ejemplo, en el proceso ejecutivo ( Ejecución de obligación de dar suma de dinero ) sólo pueden ser utilizados como medios de prueba: la declaración de las partes, los documentos y la pericia ( artículo 700 del Código Procesal Civil Peruano ). En el ejemplo citado, no será conducente o idóneo el ofrecimiento de una inspección judicial o declaración testimonial. De ofrecerlos, el Juez no debe admitirlos pues las partes tienen por disposición expresa de la norma una limitación para el uso de estos medios probatorios.<sup>23</sup>

En lo que concierne a los documentos audiovisuales es importante tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- Si existen varios medios probatorios para acreditar los hechos alegados en el proceso, entre ellos, un documento audiovisual, es importante precisar: ¿Ese documento audiovisual es relevante para resolver el caso concreto? ¿El mencionado documento audiovisual puede ser inútil por razón de superabundancia ya que existe por ejemplo escritura pública que también acredita los hechos alegados en el proceso? ¿Y qué sucedería si el documento audiovisual fue filmado o grabado con fecha posterior a la escritura pública y dicha filmación o grabación pudiera servir para acreditar que la escritura pública sirvió para una simulación relativa o absoluta de un acto jurídico entre las personas que suscribieron la mencionada escritura pública? El Juzgador debe analizar las

---

<sup>23</sup> HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 76-78.

circunstancias que concurren en el caso concreto con la finalidad de expedir resoluciones justas y ponderar con criterios de proporcionalidad y razonabilidad si debe visualizarse el acotado documento audiovisual.

- Supongamos que existen seis documentos audiovisuales que guarden relación con los hechos a probar en el proceso. Al respecto nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Qué criterios deben servir de sustento para que el Juzgador determine que un determinado documento audiovisual es inútil por razón de su superabundancia? Si los seis documentos audiovisuales son de contenido diferente y además son pertinentes al guardar relación con los hechos a probar en el proceso, el Juzgador debería ordenar la visualización de todos los documentos audiovisuales – y efectuarse las debidas transcripciones – a fin de que el Juzgador pueda generarse una debida convicción de los hechos alegados en el proceso mediante una valoración conjunta de los medios de prueba aportados al proceso.

### **2.3.5. Principio de Pertinencia**

Pertinencia de la prueba es la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello. Dicha pertinencia implica la necesaria relación directa o indirecta que debe guardar la fuente de prueba, el medio de prueba y la actividad probatoria con el objeto de prueba.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 18-19.  
HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Página 77

Mixán Mass sostiene que la pertinencia de la prueba consiste en que debe haber alguna relación lógica o jurídica entre el medio de prueba y el hecho por probar<sup>25</sup>

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes podemos concluir que medio probatorio pertinente es todo aquél que guarde relación con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa. Contrario sensu, medio probatorio impertinente es aquél que no guarda relación directa o indirecta con los hechos que configuran el aspecto fáctico de la pretensión o los sustentados por la defensa. El Juez debe rechazar de plano los medios probatorios impertinentes.<sup>26</sup>

### **2.3.6 Principio de Inmediación**

Por el Principio de Inmediación, el Juez está en contacto directo y permanente con las partes para conocer de cerca las posiciones de las mismas; asimismo una vez ofrecidos y admitidos los medios probatorios, éstos van a ser actuados ante el Juez a fin de que dichos medios de prueba sean mejor valorados<sup>27</sup>

En el proceso penal peruano se cumple el principio de inmediación debido a que las audiencias son orales, públicas y el juez está en contacto con las pruebas y las partes.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> MIXAN MASS, Florencio. “ Cuestiones epistemológicas de la investigación de la prueba”. Ediciones BLG . Trujillo-Perú. 2005. Páginas 181-182

<sup>26</sup> HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Página 77

<sup>27</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob.cit. Volumen II. Páginas 18-19.

HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 79-80

MIXAN MASS, Florencio. Ob. cit. Páginas 262-263

<sup>28</sup> MIXAN MASS, Florencio. Ob.cit. Páginas 261-297

En cambio, en el proceso civil peruano no se cumple en la misma intensidad el Principio de Inmediación – en comparación con el proceso penal.

Actualmente en algunos foros, simposios y congresos jurídicos se debaten propuestas para que los futuros procesos civiles en el Perú se caractericen por una mayor oralidad donde el Juez como director del proceso esté en contacto directo con las partes y los medios probatorios de acuerdo al Principio de Inmediación, con el fin de que con mayor celeridad se expidan resoluciones judiciales justas y fundadas en derecho; lo cual ayudaría mucho a aliviar la carga procesal y sobre todo a mejorar la administración de justicia ya que el Juez, por el Principio de Inmediación, puede percibir mejor qué parte actúa con lealtad, veracidad, probidad y buena fe, y cual parte no; asimismo el Juez haría con mayor celeridad una calificación jurídica de los hechos acreditados mediante medios probatorios idóneos para dirimir la controversia.

De lo expuesto en los párrafos precedentes se colige que el Principio de Inmediación tiene por objeto que el juez, quien en definitiva va a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, tenga mayor contacto posible con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso. La idea es que tal cercanía pueda al Juez proporcionar mayores y mejores elementos de convicción para expedir un fallo justo que se adecue a lo que realmente ocurrió u ocurre.<sup>29</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

---

<sup>29</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 17  
HURTADO REYES, Martín. Ob.cit. Páginas 79-80.  
MIXAN MASS, Florencio. Ob. cit. Páginas 262-263.

- Es importante que en la correspondiente Audiencia se actúe este medio probatorio (documento audiovisual) y se transcriba en la respectiva acta todo lo que sea pertinente, es decir, aquello que guarde relación directa o indirecta con los hechos que configuren el aspecto fáctico de la pretensión o lo sustentado por la defensa.
- La Audiencia a la que aludimos en el párrafo precedente será de gran utilidad para el Juzgador ya que éste estará en contacto directo con el contenido del documento audiovisual con la finalidad de conocer más de cerca las posiciones de las partes

### **2.3.7 Principio de Contradicción**

El principio de contradicción – también conocido como de bilateralidad de la audiencia, de controversia, de defensa en juicio – consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con el conocimiento de las partes, es decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna del contrario. La vigencia de este principio requiere que las leyes procesales permitan, a quienes intervengan en un proceso, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos en cumplimiento de su derecho de defensa<sup>30</sup>

Las partes en el proceso tienen la oportunidad de conocer los medios probatorios que se ofrecen, que se buscan ser admitidos y actuados. Esta oportunidad permitirá a las partes ejercitar la posibilidad de hacer uso de las cuestiones probatorias. De lo antes expuesto se colige que el medio de prueba que se ofrece se debe poner en conocimiento de la parte para

---

<sup>30</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Página 15  
GARCIA DEL RIO, Flavio. Ob. cit. Página 50  
HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 80-81  
MIXAN MASS, Florencio. Ob. cit. Páginas 178-180

que ésta tenga la oportunidad de discutir mediante el ofrecimiento de medios probatorios tendientes a probar lo contrario.<sup>31</sup>

En el proceso penal, el principio de contradicción se desarrolla en el Juicio Oral mediante la contraposición de argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, que acusa, y por los del abogado del acusado, que defiende. El Principio de Contradicción alcanza su máxima expresión en el momento de la acusación y la defensa. Las pruebas y la situación jurídica deben ser analizadas y debatidas con los pronunciamientos de las partes, que constituyen la “ tesis” y la “antítesis”, para que luego el Juzgador pueda efectuar la “ síntesis “ al emitir sentencia

En lo que atañe a los documentos audiovisuales debemos tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- Una vez ofrecido el documento audiovisual como medio de prueba se debe poner en conocimiento de las partes este ofrecimiento con la finalidad que quienes intervengan en el proceso tengan la suficiente y razonable oportunidad de cuestionar la autenticidad del citado documento audiovisual debido a que éste puede haber sido editado o manipulado. Por ejemplo, en caso que se alegue que la voz humana que se oye en el documento audiovisual ha sido fruto de una imitación o que no pertenezca a la persona que se afirma en el ofrecimiento de este medio probatorio entonces lo más recomendable es que el citado documento audiovisual sea sometido a la correspondiente pericia. Desde un punto de vista científico, la voz humana puede ser reconocida e identificada más allá de toda duda ya que ésta tiene un timbre peculiar y único.

---

<sup>31</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Página 15  
GARCIA DEL RIO, Flavio. Ob. cit. Página 50  
HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 80-81  
MIXAN MASS, Florencio. Ob. cit. Páginas 178-180

Dicho timbre está determinado por los elementos de resonancia que son propios de cada persona y se caracterizan por ser peculiares e inimitables. La ciencia y técnica modernas han ido ideando algunos aparatos que permiten la identificación de la voz humana de manera indubitable. Estos aparatos son el oscilógrafo y el espectógrafo. Con ellos se puede medir la modulación u ondulación de la voz humana y comparar esta medición con una grabación. La ondulación es absolutamente única en cada persona, precisamente por el timbre, que es el elemento peculiar, único e inimitable.<sup>32</sup>

- De acuerdo al Principio de Contradicción, en caso que una de las partes alegara que las imágenes del documento audiovisual ofrecido en el proceso han sido manipuladas, editadas o trucadas entonces lo más recomendable es que el acotado documento sea sometido a una pericia. Al respecto cabe señalar que el montaje en video (EDICIÓN), a diferencia del montaje cinematográfico, no se realiza por el corte físico y la reordenación de los planos a montar. La cinta magnética no se puede cortar y volver a pegar con los planos ordenadores ya que en cada empalme, amén de otras consideraciones del propio sistema de grabación, se producirá un salto de imagen.<sup>33</sup> La EDICIÓN se realizará mediante la grabación, en una nueva cinta, de los planos previamente grabados que son seleccionados en un magnetoscopio (en función de reproducción) y enviados a otro magnetoscopio (en función de grabación), donde se realiza el montaje.<sup>34</sup> En video se ofrece a nivel del concepto de montaje dos posibilidades: Montaje de Continuidad (Assemble) y Montaje en Inserto (Insert).<sup>35</sup> En el Montaje de Continuidad, el inicio

---

<sup>32</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob cit. Página 240

<sup>33</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

<sup>34</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

<sup>35</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

de un plano se “ensambla” con el final del anterior y así sucesivamente se van empalmando electrónicamente en el magnetoscopio “grabador” los planos seleccionados en el “reproductor”, uno a continuación del otro.<sup>36</sup> En el Montaje en Inserto se debe tomar en consideración que si una vez realizado el Montaje en Continuidad se quiere sustituir un plano ya montado por otro distinto, esta operación se llama “insertar”. En el Montaje en Inserto es preciso señalar que dado que la cinta no se puede cortar, la duración del plano que se inserta ha de ser igual a la del plano o planos que se quiere sustituir.<sup>37</sup>

- Una de las partes que interviene en el proceso, de acuerdo al Principio de Contradicción, puede alegar que el documento audiovisual ofrecido ha sido obtenido con vulneración de derechos fundamentales. En este caso, se va a cuestionar la licitud o ilicitud del medio probatorio ofrecido. Al respecto es preciso señalar que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.<sup>38</sup> En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>39</sup> La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental.. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que

---

<sup>36</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

<sup>37</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183.

<sup>38</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “ El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. Revista Themis. N° 43. Lima. 2001 Páginas 143-145.

<sup>39</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-144

resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>40</sup> Es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>41</sup>

### **2.3.8 Principio de Comunidad o Adquisición**

El citado principio sostiene que todos los medios probatorios que se incorporan al proceso no son de posesión o propiedad de las partes.<sup>42</sup>

Por el Principio de Adquisición, el magistrado, al momento de juzgar y resolver, considera todo el material probatorio aportado sin importar le qué parte lo haya incorporado.<sup>43</sup>

Es importante precisar que lo que interesa saber son los hechos acreditados, valorándose la idoneidad de los medios empleados para acreditar los hechos alegados, estableciéndose si los hechos acreditados con esos medios de prueba configuran o desvirtúan la pretensión procesal

---

<sup>40</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67.

<sup>41</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>42</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 13-14

<sup>43</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 13-14

del caso sublitis; para que luego el juez aplique el derecho objetivo correspondiente al caso submateria.<sup>44</sup>

Por ejemplo, si una de las partes ofreció como medios de prueba determinados documentos - entre ellos, documentos audiovisuales - los cuales luego fueron admitidos y actuados; entonces dichos medios probatorios pueden perjudicar o favorecer a la parte que aportó los acotados medios probatorios porque por el Principio de Comunidad o Adquisición las pruebas aportadas al proceso pueden beneficiar o perjudicar a la parte que la haya aportado ya que esos medios probatorios sirven para acreditar un hecho afirmado o para desvirtuarlo, sin importar quien incorporó dicho medio de prueba al proceso

### **2.3.9 Principio que prohíbe al Juez fundamentar sus decisiones en base a conocimientos privados que pudiese tener de los hechos controvertidos**

Mediante este principio, el Juez no puede fundar su decisión en conocimientos personales que tuviera de los hechos materia de la controversia ya que de lo contrario el magistrado sería Juez y testigo, lo que no es permitido por nuestra legislación.<sup>45</sup>

En caso que el juez haya presenciado los hechos controvertidos, éste debería apartarse del proceso.

---

<sup>44</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Páginas 13-14

<sup>45</sup> CARRION LUGO, Jorge. Ob. cit. Volumen II. Página 12

### **2.3.10. Principio de Licitud**

La problemática que encierra el Principio de Licitud en materia probatoria en lo que atañe a los documentos audiovisuales, no se genera cuando dichos documentos son pruebas lícitas ya que éstos sí podrían ofrecerse como medio probatorio en un proceso y el órgano jurisdiccional los actuaría y valoraría siempre y cuando se cumplieran los principios de pertinencia, utilidad, inmediación y contradicción

En un caso concreto, la prueba ilícita es un problema de derechos fundamentales en conflicto. <sup>46</sup>Dichos derechos en colisión son básicamente los siguientes:

- I) Por un lado, el derecho a la prueba y la verdad jurídica objetiva, ambos como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo
- II) Por el otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados

En esta colisión de derechos, nos preguntamos: ¿Cuál derecho prima ? La respuesta a esta interrogante no es fácil ya que la prueba ilícita es un tema complejo que debe ser resuelto mediante la aplicación de adecuados métodos constitucionales que aspiren a una solución justa del conflicto<sup>47</sup>

Las partes deben ofrecer medios probatorios obtenidos lícitamente, es decir, las partes no deben ofrecer ni el juez admitir aquellos medios probatorios que fueron obtenidos con vulneración de derechos fundamentales.

---

<sup>46</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 149-150

<sup>47</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 156-158

El tema de la prueba ilícita es muy polémico. Veamos un caso práctico relacionado a una grabación de audio proveniente de una conversación telefónica con la finalidad de debatirlo.

Un señor “A” graba las conversaciones telefónicas de su cónyuge “B” y el amante de ésta. En dichas grabaciones ambos dan detalles de haber sostenido relaciones adúlteras.

La citada grabación telefónica – como es lógico – fue hecha sin la autorización judicial y sin el consentimiento de “B” y su amante. Del ejemplo mencionado cabe formularnos las siguientes preguntas:

¿En un proceso de divorcio en el que se alegue adulterio o conducta deshonrosa puede admitirse y actuarse esta prueba documental (grabaciones telefónicas)?

¿O el Juez debe preferir el respeto del derecho a las comunicaciones privadas entre “B” y su amante y, por tanto, no admitir en el proceso de divorcio las acotadas grabaciones telefónicas ofrecidas como medios de prueba por el demandante ?

¿O el Juez prefiere admitir, actuar y valorar la grabación telefónica tomando en consideración la conducta de la cónyuge “B” que violó el deber de fidelidad en el matrimonio?

Imaginemos, además, que el cónyuge “A” con las acotadas grabaciones telefónicas acude a contratar los servicios de un detective privado con la finalidad de que filme en documentos audiovisuales las reuniones entre el cónyuge infiel “B” y su amante. Resulta que el citado detective privado logró filmar en un video una relación sexual adúltera entre “B” y su

amante. El cónyuge inocente “A” interpone contra “B” la demanda de divorcio por la causal de adulterio. Como medios probatorios ofrece las citadas grabaciones telefónicas y el acotado documento audiovisual. Al respecto nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿Son pruebas lícitas o ilícitas las mencionadas grabaciones telefónicas y el documento audiovisual para efectos de acreditar la causal de adulterio en la citada demanda de divorcio? ¿Cuáles serían los adecuados fundamentos jurídicos para que el Órgano Jurisdiccional declare si los citados medios probatorios son lícitos o ilícitos? ¿De considerarse medios probatorios ilícitos, pueden éstos ser valorados por el Juez para efectos de declararse fundada la referida demanda de divorcio?

Para responder a las interrogantes antes mencionadas, tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Es preciso señalar que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.<sup>48</sup> En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>49</sup>
- La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad

---

<sup>48</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 143

<sup>49</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 143-144

que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>50</sup>

- Es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>51</sup>
- En los ejemplos citados, nos encontramos ante un conflicto de derechos: Por un lado, el derecho del cónyuge inocente “A” a tener un proceso justo en que el Órgano Jurisdiccional resuelva el caso con justicia de acuerdo a los hechos acreditados en el proceso. Por otro lado, tenemos el derecho de la cónyuge infiel “B” que alegará en el proceso la vulneración de su derecho al secreto de sus comunicaciones privadas en lo que atañe a la obtención de las citadas grabaciones telefónicas, asimismo la cónyuge “B” alegaría vulneración de su derecho a la intimidad en lo concerniente a la obtención del documento audiovisual por el detective privado. Sostuvimos que debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración en el proceso, lo cual exige ponderar los derechos en conflicto en cumplimiento del Principio de Proporcionalidad. Mediante dicho principio se sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. La ponderación de derechos en conflicto, por parte del Órgano Jurisdiccional, no responde a la arbitrariedad sino a criterios de

---

<sup>50</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>51</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

razonabilidad y proporcionalidad. Consideramos que se debe tomar en cuenta que el rol inherente del Poder Judicial es la adecuada administración de justicia y que, en el caso concreto, en estricto cumplimiento del Principio de Proporcionalidad se debe declarar fundada la acotada demanda de divorcio en el que se dé mayor prevalencia al derecho a un proceso justo mediante una resolución judicial objetiva y materialmente justa.

## **CAPÍTULO 3**

### **LA PRUEBA ILÍCITA Y SU RELACIÓN CON LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES**

Sostenemos que uno de los elementos del debido proceso es el derecho a la prueba – llamado también derecho a probar – entendido este último como el derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho a utilizar dentro de un proceso en el que interviene o participa todos los medios probatorios que resultan necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. Sin embargo el derecho a probar está regido por una serie de principios, entre ellos el Principio de Licitud.<sup>52</sup>

La problemática que encierra el Principio de Licitud en materia probatoria en lo que atañe a los documentos audiovisuales, no se genera cuando dichos documentos son pruebas lícitas ya que éstos sí podrían ofrecerse como medio probatorio en un proceso y el órgano jurisdiccional los actuaría y valoraría siempre y cuando se cumplieran los principios de pertinencia, utilidad, inmediación y contradicción.

La valoración de dichas pruebas lícitas sería de acuerdo al sistema de la “sana crítica racional”.<sup>53</sup> Las características fundamentales de este sistema son:

- A diferencia del sistema de la prueba tasada - en el que la ley predetermina de antemano el valor que se asigna a determinadas pruebas -<sup>54</sup>, en el sistema de la sana crítica racional se da la

---

<sup>52</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: Revista Themis N° 43. Lima. 2001. Página 141

FABREGA, Jorge. “Teoría general de la prueba” Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1997. Página 23.

HURTADO REYES, Martín. “Tutela jurisdiccional diferenciada”. Palestra Editores SAC. Lima. 2006. Páginas 73-75

PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en el proceso civil” José María Bosch Editor. Barcelona. 1996. Páginas 18-19

<sup>53</sup> JAUCHEN, Eduardo. “ Tratado de la prueba en materia penal”. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005. Páginas 48-50

<sup>54</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob.cit. Página 47

inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el Juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.<sup>55</sup>

- La sana crítica racional no implica, de ninguna manera, arbitrariedad del Juzgador ya que éste debe valorar las pruebas fundando su decisión no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común, las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. En la decisión adoptada el magistrado debe imperativamente - según las reglas de la lógica - argumentar cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión en su resolución.<sup>56</sup>

El meollo del problema de la presente investigación es cuando los documentos audiovisuales son cuestionados en lo referente a su licitud probatoria; surgiendo, así, el tema de la denominada prueba ilícita y su tratamiento jurídico procesal que atañe a los documentos audiovisuales.

En un caso concreto, la prueba ilícita es un problema de derechos fundamentales en conflicto. Dichos derechos en colisión son básicamente los siguientes:

- Por un lado, el derecho a la prueba y la verdad jurídica objetiva, ambos como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo

---

<sup>55</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit. Página 48

<sup>56</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit. Páginas 48-49

- Por el otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados

En esta colisión de derechos, nos preguntamos: ¿Cuál derecho prima? La respuesta a esta interrogante no es fácil ya que la prueba ilícita es un tema complejo que debe ser resuelto mediante la aplicación de adecuados métodos constitucionales que aspiren a una solución justa del conflicto.<sup>57</sup>

Sostenemos que el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos en la dogmática procesal porque no hay unanimidad en la doctrina respecto a la definición de lo que entendemos por prueba ilícita, existiendo diversas posturas doctrinarias al respecto. Asimismo existen discrepancias respecto a las consecuencias jurídicas de las pruebas ilícitas por parte de la jurisprudencia así como del Derecho Nacional y Comparado.<sup>58</sup>

Es preciso señalar que ninguna decisión será justa si está fundada en una errada apreciación de los hechos. Por ello, es importante que la actividad probatoria busque la verdad jurídica objetiva con la finalidad de generar

---

<sup>57</sup> BERTOLINO, Pedro J. “ La Verdad Jurídica Objetiva”, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990. Páginas 4, 19 y 20.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 137-141

GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Colex. Madrid. 1990. Página 340

MORELLO, Augusto M. “ La prueba- Tendencias modernas” Librería Editora Platense Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1991. Páginas 19 y 20.

RUIZ PEREZ, Joaquín. “Juez y Sociedad”. Temis. Bogotá. 1987. Página 82

VARELA, Casimiro. “Valoración de la prueba” Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999. Páginas 82-83.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida”. Revista Proceso y Justicia N°4. Lima. 2003. Páginas 60-71

<sup>58</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: Revista Themis N° 43. Lima. 2001. Página 138

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “ El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999. Páginas 17-26

convicción en el Juzgador sobre la certeza de los hechos relevantes en el proceso y, por tanto, se logre la emisión de una correcta decisión judicial que brinde una justa solución del conflicto.<sup>59</sup>

Asimismo, es importante destacar que la verdad jurídica objetiva no puede estar sustentada en la mera subjetividad del Juzgador, sino en datos o hechos verificables, comprobados en la causa

La verdad jurídica objetiva debe aspirar a un adecuado servicio de justicia y por ello aparece como un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo<sup>60</sup>

Sostuvimos que el derecho a probar o derecho a la prueba es aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa o participará en un proceso 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 defensa. Por tanto, el derecho a la prueba al estar integrado al derecho fundamental a un proceso justo goza de todas las características que corresponden a los derechos fundamentales.<sup>61</sup>

El derecho a la prueba, como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, tiene las siguientes finalidades:

- a) Producir en la mente del Juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba (finalidad inmediata del derecho a la prueba).

---

<sup>59</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 139.

MORELLO, Augusto M. Ob. cit. Páginas 19-20

<sup>60</sup> BUSTAMANTE ALARCON. Ob. cit. Páginas 139-143

<sup>61</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 139-143

HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 73-75

- b) Lograr y asegurar la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto ( finalidad mediata del derecho a la prueba )<sup>62</sup>

El derecho a la prueba no es absoluto, es decir, tiene límites pero si dicho derecho se limita irrazonablemente entonces no habrá proceso justo. De allí que los límites del derecho a la prueba exige que se haga desde la perspectiva del proceso justo, es decir, aquella concepción que lo vincula a la satisfacción del valor “justicia “. Dicho valor privilegia la búsqueda de la verdad objetiva, la flexibilización de las formalidades procesales, la eliminación del excesivo rigor formal y la prohibición del absurdo y la arbitrariedad en aras de una decisión objetiva y materialmente justa <sup>63</sup>

Tampoco se trata de que el derecho a la prueba se base en la obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales de trascendencia. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. No basta que la fuente de prueba haya sido obtenida en contravención de una norma legal para tildarla 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, asimismo se considerará la forma como se obtuvo la fuente de prueba para determinar si se ha afectado el citado elemento

---

<sup>62</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 141-142.

PICO JUNOY, Joan. Ob. cit. páginas 18-19

<sup>63</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

esencial.<sup>64</sup> Al respecto es preciso señalar que un derecho fundamental contiene:

- a) Elemento esencial ( núcleo duro del derecho fundamental)
- b) Elemento secundario ( no esencial )

### **3.1 Delimitación conceptual de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales**

No hay unanimidad en la doctrina en lo que atañe a la delimitación conceptual de la prueba ilícita, existiendo posturas amplias y restrictivas las cuales esbozaremos a continuación

#### **I) Posturas amplias**

- a) Existe una concepción demasiado amplia que establece que la prueba ilícita es aquella cuya fuente de prueba se obtuvo ofendiendo la dignidad humana. Esta postura fue sustentada por los catedráticos de Derecho Procesal de las universidades de España , quienes presentaron un Proyecto de corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en el año 1974 cuyo artículo 549 establecía:

“El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que lo proponga o por tercero empleando procedimientos que a juicio del mismo (tribunal) se deben

---

<sup>64</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142  
GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob.cit. Página 130.  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

considerar reprochables según la moral o atentatorios contra la dignidad de las personas <sup>65</sup>

- b) Otro sector restringe el concepto de prueba ilícita a aquélla proscrita (prohibida) por el ordenamiento jurídico.<sup>66</sup>

Las acotadas posturas amplias generan la dificultad de determinar el alcance que debe darse a las expresiones “dignidad “ y “ordenamiento jurídico “ con la finalidad de precisar la delimitación conceptual de la denominada “prueba ilícita”.

Desde una perspectiva amplia, la doctrina entendería por prueba ilícita a aquélla que es contraria a la Constitución, a la ley, la moral, las buenas costumbres, a las disposiciones o principios de carácter general.<sup>67</sup>

## II) Posturas restrictivas

- a) Un sector restringe las pruebas ilícitas a aquéllas que vulneren normas de rango legal o constitucional<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 143  
DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Quinta edición”  
Víctor P. de Zavallía editor. Buenos Aires. 1981. Páginas 539-540  
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 17-19.

<sup>66</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo . Ob. cit. Página 143  
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 18-19  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 61-62.

<sup>67</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo . Ob. cit. Página 143  
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 18-19  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 61-62.

<sup>68</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo . Ob. cit. Página 143  
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 20-22  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 62.

- b) Otro sector restringe, aun más, la delimitación conceptual de la prueba ilícita al sostener que ésta (prueba ilícita) debe limitarse exclusivamente a aquéllas que son obtenidas violando derechos fundamentales.<sup>69</sup>

De todas las posturas esbozadas, estamos de acuerdo con la última de ellas, es decir, que la delimitación conceptual de la prueba ilícita debe restringirse o limitarse exclusivamente a aquéllas que son obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Los argumentos que sustentan nuestra posición son los siguientes:

Primero: Es preciso señalar que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.

En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>70</sup>

Segundo: La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental.

---

<sup>69</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo . Ob. cit. Página 143

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 20-22

PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: Ius el Veritas N°14. Año VIII”. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. Página 37

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 62.

<sup>70</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-144

PICO I. JUNOY, Joan. Ob. cit. Páginas 285- 286.

Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>71</sup>

Tercero: Es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>72</sup>

Además de las posturas doctrinarias antes esbozadas, existen las denominadas pruebas ilícitas por derivación ( o también llamadas pruebas indirectas, derivadas o reflejas ) , cuyos antecedentes históricos los encontramos en la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado ( Fruit of the Poisonous Tree Doctrine), desarrollada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Según la acotada teoría, la prueba ilícita por derivación es aquella que en sí misma es lícita pero que al basarse o derivarse de una prueba ilícita entonces aquella se convierte también en ilícita.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>72</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 29 de Marzo de 1990, declara que la ponderación de la trascendencia y esencialidad de la infracción procesal se debe atender a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Para ello “debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y su verdadera esencia y naturaleza”

<sup>73</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 156

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “ La prueba ilícita en el proceso penal peruano”. Jurista Editores E. I. R. L. Lima. 2009. Páginas 95-98

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 107-112

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 68-69

Graficando:

“A” es una prueba ilícita.

“B” es una prueba lícita en sí misma pero se deriva de la prueba ilícita “A”. Por lo tanto, “B” será prueba ilícita por derivación” ( porque “B” se deriva de “A”)

La Teoría del Fruto del Árbol Envenenado tuvo su precedente en el fallo del caso *Silversthorne Lumber Co vs USA* ( 1920). Posteriormente en el caso *Nardone vs USA* ( 1939) la Suprema Corte de los Estados Unidos aplicó esta teoría en la que se excluye como pruebas aquéllas que sean ilícitas, asimismo se excluirán como pruebas aquéllas que se basen o deriven de las pruebas ilícitas debido al efecto expansivo o reflejo de la prueba ilícita . El juez Frankfurter en el acotado caso *Nardone vs USA* sostuvo que el vicio de la planta ( la prueba ilícita directa ) se transmite a todos sus frutos ( las pruebas indirectas o reflejas se derivan del vicio de ilicitud de las pruebas ilícitas directas ); razón por la cual las pruebas indirectas, derivadas o reflejas no se admiten ni se valoran en el proceso ya que éstas están contaminadas por el veneno de las pruebas ilícitas directas. Ello quiere decir que la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado sostiene que al quitarse mérito probatorio a las fuentes de prueba ilícitamente obtenidas, también debe quitarse eficacia probatoria a todos aquellos medios de prueba que si bien son lícitos en sí mismos, se derivan de las pruebas ilícitas.<sup>74</sup>

El mencionado efecto expansivo de la prueba ilícita se acredita con la existencia de la relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la

---

TALAVERA ELGUERA. “ La prueba en el nuevo proceso penal”. Zoom Grafic. Lima.2009. Páginas 153-154

<sup>74</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Página 107

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 68-69

prueba lícita que deriva de la anterior, es decir, dicho efecto se produce cuando hay una conexión causal entre la prueba ilícita directa y aquella prueba lícita que se derive de la acotada prueba ilícita.<sup>75</sup>

No existen reglas apriorísticas para determinar el efecto expansivo de la prueba ilícita, sin embargo debe examinarse y analizarse con rigurosidad cada caso concreto. Al respecto Julio Maier propone el “Método de la Supresión Mental Hipotética “ para acreditar dicha relación de causalidad. El referido método plantea que se suprima el acto viciado y se verifique hipotéticamente si, sin el acto viciado, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato. Es importante precisar que la “supresión mental hipotética“ no supone la arbitrariedad sino que debe basarse en criterios de racionalidad.<sup>76</sup>

La Teoría del Fruto del Árbol Envenenado ha ido paulatinamente relativizándose y flexibilizándose mediante diversas excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita<sup>77</sup>, que serán materia de análisis en el punto 3.2.3 del presente trabajo de investigación.

Consideramos importante haber efectuado una reseña de la delimitación conceptual de la prueba ilícita, de acuerdo a las posturas doctrinarias antes esbozadas, ya que de acuerdo a la postura que se adopte, los

---

<sup>75</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 107-112

RIVES SEVA, Antonio Pablo. “ La prueba en el proceso penal”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996. Página 77.

ROXIN, Claus. “ Derecho procesal penal” Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 2000. Páginas 205-206

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 69

<sup>76</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 106-107

MAIER, Julio” Derecho procesal penal. Tomo I. “ Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 1996. Página 701

SAN MARTIN CASTRO , César Eugenio. Ob. cit. Página 69

<sup>77</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 106-107.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 70-72

efectos procesales serán diferentes en lo que atañe a la valoración probatoria de los documentos audiovisuales en los diversos procesos.

### **3.2. Efectos procesales de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales**

Toda la actividad probatoria debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, privilegiándose y potenciándose el valor de lo real en el proceso, es decir, que la convicción del Juzgador debe estar orientada no a una mera certeza subjetiva sino - por el contrario – en una certeza objetiva basada en la realidad de los hechos y el derecho con el fin de asegurar una correcta y justa solución del conflicto.<sup>78</sup>

Para la búsqueda de la denominada verdad jurídica objetiva se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El proceso debe estar encaminado a encontrar la verdad del caso concreto, dilucidando la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas de la causa<sup>79</sup>
2. La verdad obtenida debe ser objetiva, esto es, que no debe basarse en hechos o datos aparentes sino en hechos o datos verificables de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, generando una adecuada convicción en el Juzgador.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 139-140

<sup>79</sup> BERTOLINO, Pedro J. Ob. cit. Páginas 19-20

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 139

<sup>80</sup> BERTOLINO, Pedro J. Ob.cit. Páginas 19-20

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 139

3. La búsqueda de la verdad se encuentra relacionada con la prohibición del excesivo rigor formal, ya que ello puede dificultar un adecuado servicio de justicia. El proceso no puede sustentarse en ritos inapropiados sino - por el contrario - debe encaminarse al desarrollo de adecuados procedimientos que busquen el establecimiento de la verdad jurídica objetiva, compatible con un correcto servicio de justicia. El ritualismo ( o excesivo rigor formal) puede obstaculizar o impedir la obtención de la verdad jurídica objetiva y ello conlleva –como es lógico – a la emisión de decisiones injustas que no se condicen con un adecuado servicio de justicia. No considerar a la verdad jurídica objetiva implica un inadecuado manejo de las formalidades previstas para la correcta administración de justicia.<sup>81</sup>
  
4. La verdad jurídica objetiva es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso porque en el proceso se busca dicha verdad con la finalidad de que el órgano jurisdiccional expida decisiones justas basadas en hechos probados adecuadamente. Ello implica que el Derecho a la Prueba es un elemento esencial de un proceso justo o debido proceso cuya finalidad inmediata es generar en el Juzgador la debida convicción respecto a la existencia o inexistencia de los hechos que son materia de prueba, mientras que su finalidad mediata es lograr la obtención de la verdad jurídica en cada caso concreto.
  
5. El contenido del derecho a la prueba está integrado por los siguientes derechos:

---

DEVIS ECHANDIA , Hernando. Ob. cit. Páginas 33-34.

<sup>81</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

- Derecho a ofrecer los medios probatorios pertinentes que tengan por finalidad acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba
  - Derecho a que los medios probatorios ofrecidos sean admitidos
  - Derecho a que los medios probatorios admitidos sean adecuadamente actuados; asimismo este derecho incluye que se actúen aquellos medios de prueba que han sido incorporados de oficio por el órgano jurisdiccional.
  - Derecho a que los medios probatorios actuados sean valorados por el Juzgador. Dicha valoración debe ser debidamente motivada.<sup>82</sup>
6. El derecho a la prueba por ser un derecho que integra otro mayor: el derecho fundamental a un proceso justo; por lo tanto, goza de todas las características que corresponden a los derechos fundamentales, incluyendo la especial protección de su contenido. Si el derecho a la prueba no tuviese eficacia real o efectiva, o fuese limitado en forma irrazonable, entonces se podrá afirmar que no habrá proceso justo.<sup>83</sup>
7. No obstante lo expuesto en los numerales precedentes, el derecho a la prueba está delimitado por los principios que informan su

---

<sup>82</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 139-143.

HURTADO REYES, Martín. Ob. cit. Páginas 73-75

<sup>83</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

contenido y su ejercicio, así como por los demás elementos que integran el derecho a un proceso justo.<sup>84</sup>

8. El derecho a la prueba se debe ejercer respetando otros derechos fundamentales con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico.<sup>85</sup>
9. La pertenencia del derecho a la prueba al contenido del proceso justo exige que sus límites y contenido se efectúen tomando en consideración la perspectiva del proceso justo; dándose la debida importancia a 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 justa.<sup>86</sup>

Sostuvimos que la delimitación conceptual de la prueba ilícita debe restringirse o limitarse exclusivamente a aquéllas que son obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, puesto que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria en el que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.<sup>87</sup> Asimismo el derecho a probar es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda

---

<sup>84</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

<sup>85</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

Sentencia del Tribunal Español N° 187/ 1996, de 25 de Noviembre, Fundamento jurídico 3. Tomada del Boletín de Jurisprudencia Constitucional – BJC- 189, enero de 1997. Madrid. Cortes Generales de España. Página 105

<sup>86</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

<sup>87</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-144

PICO I. JUNOY, Joan. Ob.cit. Páginas 285-286.

desplegar toda su eficacia.<sup>88</sup> Por otro lado, la definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental, analizándose la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>89</sup> Asimismo, es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>90</sup>

Existen diversas posturas doctrinarias sobre los efectos de la prueba ilícita en el proceso, las cuales mencionamos a continuación para luego proceder al análisis de las mismas:

1. Postura que sostiene que la prueba ilícita ofrecida debe ser admitida, actuada y valorada en el proceso en aras de la verdad.
2. Postura que sostiene que la prueba ilícita no debe admitirse en el proceso y que en caso que se haya admitido, ésta no debe ser actuada ni valorada; privándose a la misma de toda eficacia

---

<sup>88</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-144  
PICO I. JUNOY, Joan. Ob. cit. Páginas 285-286.

<sup>89</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 29 de Marzo de 1990, declara que la ponderación de la trascendencia y esencialidad de la infracción procesal se debe atender a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Para ello “debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y su verdadera esencia y naturaleza”

probatoria. Estamos ante casos de la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita.

3. Posturas que sostienen que la prueba ilícita puede ser ofrecida, admitida, actuada y valorada en el proceso de acuerdo a excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita. Ello quiere decir que estas posturas plantean la atenuación de la ineficacia probatoria respecto a las pruebas ilícitas.

### **3.2.1 Postura que sostiene que la prueba ilícita ofrecida debe ser admitida, actuada y valorada en el proceso en aras de la verdad.**

Muñoz Sabaté sostiene que la prueba , en sí misma considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico; que es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad; que ciertamente la justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella (la justicia) no ha buscado de propósito; que querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad en una escolta avanzada a favor de intereses ajenos al proceso.<sup>91</sup>

Por su parte, Guasp pretende la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente; es decir, se busca la utilización

---

<sup>91</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Técnica probatoria “. Temis. Bogotá. 1997. Páginas 62-63

de dicho material probatorio para el descubrimiento de la verdad material como fin del proceso; siendo irrelevante el modo de obtención de las pruebas para que éstas sean admitidas procesalmente y valoradas por el Juez para formar su convicción.<sup>92</sup>

Para este sector de la doctrina, la finalidad primordial del proceso es el descubrimiento de la verdad, y si ese propósito se obtiene mediante la utilización de fuentes de prueba ilícitamente producidas, el Juez debe valorarlas en su integridad, independientemente de la responsabilidad penal, civil o administrativa que se genere para el autor o los autores de estas pruebas ilícitas.

Sostenemos que la postura que propone la admisión y eficacia de la prueba ilícita no debe aplicarse en forma irrestricta en todos los casos sino – por el contrario – debe analizarse la complejidad de cada caso concreto. Es menester precisar que el derecho a la prueba - como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso – debe ejercerse adecuadamente en el caso concreto, respetándose otros derechos fundamentales con los que el derecho a la prueba guarda relaciones de complementariedad y coordinación en el ordenamiento jurídico.<sup>93</sup>

Ante un caso concreto de conflicto de derechos fundamentales, el Juzgador debe analizar todas las circunstancias concurrentes de la causa a fin de resolver dicho conflicto de acuerdo a una solución justa donde el órgano jurisdiccional ponderará los derechos en colisión en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

---

<sup>92</sup> GUASP DELGADO, J. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil . Tomo II, Volumen 1“. Editorial Aguilar. Madrid. 1947. Páginas 583-584

<sup>93</sup> <sup>93</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

<sup>93</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

Sentencia del Tribunal Español Nº 187/ 1996, de 25 de Noviembre, Fundamento jurídico 3. Tomada del Boletín de Jurisprudencia Constitucional – BJC- 189, enero de 1997. Madrid. Cortes Generales de España. Página 105

**3.2.2 Postura que sostiene que la prueba ilícita no debe admitirse en el proceso y que en caso que se haya admitido, ésta no debe ser actuada ni valorada; privándose a la misma de toda eficacia probatoria.**

Existen posturas en la doctrina contrarias a la admisión de la prueba ilícita en el proceso y que en caso que ésta se haya admitido la misma no deberá ser actuada ni valorada, privándosele de toda eficacia probatoria. Los partidarios de estas posturas sustentan su posición en que sólo la verdad obtenida con el respeto a los derechos fundamentales puede estimarse como verdad jurídicamente válida; es decir, los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Ello implica que los conocimientos obtenidos con vulneración de derechos fundamentales deben ser rechazados por el órgano jurisdiccional, esto es, no deben admitirse, ni actuarse ni valorarse esos medios probatorios cuyas fuentes de prueba fueron obtenidos con lesión de derechos fundamentales.<sup>94</sup>

Sostuvimos que la definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental, analizándose la

---

<sup>94</sup> CAFFERATA NORES, José I. “La prueba en el proceso penal” Editorial Depalma. Buenos Aires. 1986. Páginas 14-19

DIAZ CABIALE, José Antonio. “ La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1993. Página 118.

TIEDEMANN, Klaus. “ Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal “. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. Página 138

VIVES ANTON, T. “ Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”. En Jornadas sobre la justicia Penal en España. Poder Judicial, número especial II. Páginas 125-126

trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Asimismo, es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>95</sup>

**3.2.3. Posturas que sostienen que la prueba ilícita puede ser ofrecida, admitida, actuada y valorada en el proceso de acuerdo a excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita.**

**3.2.3.1. Excepciones a la regla de exclusión probatoria**

Ante ambas posturas diametralmente opuestas - antes esbozadas - (aquella posición doctrinaria que propone que siempre se deben admitir y valorar la prueba ilícita y aquella postura que es contraria a su admisión y valoración) , han surgido posturas intermedias que plantean excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita.

Cabe señalar que en el año 1914 la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica introdujo la regla de exclusión probatoria (exclusionary rules) en el caso Weeks versus United States. En el citado

---

<sup>95</sup> GONZALEZ CUELLAR- SERRANO. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

caso se eliminó de los tribunales federales las fuentes de prueba obtenidas mediante cateos e incautaciones irrazonables. Posteriormente, en el año 1961 (Caso Mapp versus Ohio ) la regla de exclusión ( exclusionary rules ) se aplicó también en los tribunales estatales , de acuerdo a la 14ª Enmienda ( aplicable al conjunto de Estados de EEUU de Norteamérica ).<sup>96</sup>

La regla de exclusión probatoria ( exclusionary rules ) ha sido objeto de continuas controversias legales ya que en muchas oportunidades ha impedido que prospere la verdad material en el proceso; en otras ocasiones han generado la liberación de personas que de repente eran culpables debido a que se impedía que la fiscalía utilice aquellas fuentes de prueba ilícitas .

Ello se aprecia cuando el juez Benjamín Cardozo declaró antes de ingresar a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica : “ El criminal queda en libertad porque la policía metió la pata”.

Esta declaración del magistrado Cardozo se pudo conocer debido a una polémica entre los jueces Cardozo y Holmes

El juez Cardozo en el caso Defoe vs USA ( 1928) se mostró partidario de admitir la prueba ilícita, sin perjuicio de sancionar al autor de la ilicitud. El citado juez declaró que la defensa a ultranza de un derecho fundamental no puede conducir a la absolución del culpable.<sup>97</sup>

Por su parte, el juez Holmes en el caso Olmsted vs USA ( 1928) tuvo una posición contraria al magistrado Cardozo. El juez Holmes sostuvo que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen de la acción

---

<sup>96</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 145.

WITT Elder. “ La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales”. Traducción de Ana Isabel Stellino. Ediciones Gernika. México D.F. 1995. Página 249.

<sup>97</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 63-64.

de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno al vulnerar derechos fundamentales.<sup>98</sup>

Ante la rigidez de la exclusionary rules ( de privar de toda eficacia probatoria a la prueba ilícita ) se empezó una paulatina relativización o flexibilización a dicha regla, mediante el planteamiento de excepciones a la regla de exclusión probatoria. Esas excepciones buscan que sea posible admitirse, actuarse y valorarse las pruebas ilícitamente obtenidas.

Hamilton Castro Trigoso<sup>99</sup> enumera las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria de las pruebas ilícitas:

1. La fuente independiente ( Independent Source doctrine )
2. El descubrimiento inevitable ( inevitable discovery)
3. La buena fe ( good faith exception )
4. El Principio de Proporcionalidad o Teoría del Equilibrio, basado en el Test de Balancing o Ponderación de derechos en conflicto
5. La doctrina del nexo causal atenuado ( purged taint doctrine )
6. Prueba ilícita in bonam partem ( o infracción constitucional beneficiosa para el imputado )
7. La destrucción de la mentira del imputado
8. La teoría del riesgo
9. La renuncia del interesado
10. La “ plain view doctrine “ y los campos abiertos
11. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros ( o la infracción constitucional ajena)

A continuación procederemos a reseñar en qué consisten estas excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita y cuáles son sus relaciones con los documentos audiovisuales

---

<sup>98</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 63-64.

<sup>99</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 106-140

### **3.2.3.1.1. La fuente independiente ( independent source doctrine )**

Sostuvimos que existen las denominadas pruebas ilícitas por derivación (o también llamadas pruebas indirectas, derivadas o reflejas), cuyos antecedentes históricos los encontramos en la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado ( Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) desarrollada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Según la acotada teoría, la prueba ilícita por derivación es aquella que en sí misma es lícita pero que al basarse o derivarse de una prueba ilícita entonces aquella se convierte también en ilícita.<sup>100</sup>

Graficando:

“A” es una prueba ilícita.

“B” es una prueba lícita en sí misma pero se deriva de la prueba ilícita “A”.

Por lo tanto, “B” será prueba ilícita por derivación” ( porque “B” se deriva de “A”)

De acuerdo a lo expuesto, podemos establecer que la prueba indirecta, derivada o refleja tiene una conexión causal con la primigenia prueba ilícita directa.

La Teoría del Fruto del Árbol Envenenado tuvo su precedente en el fallo del caso Silversthorne Lumber Co vs USA ( 1920). Posteriormente en el caso Nardone vs USA ( 1939) la Suprema Corte de los Estados Unidos

---

<sup>100</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 156

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “ La prueba ilícita en el proceso penal peruano”. Jurista Editores E. I. R. L. Lima. 2009. Páginas 95-98

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 107-112

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 68-69

TALAVERA ELGUERA. “ La prueba en el nuevo proceso penal”. Zoom Grafic. Lima.2009. Páginas 153-154

aplicó esta teoría en la que se excluye como pruebas aquéllas que sean ilícitas, asimismo se excluirán como pruebas aquéllas que se basen o deriven de las pruebas ilícitas debido al efecto expansivo o reflejo de la prueba ilícita . El juez Frankfurter en el acotado caso *Nardone vs USA* sostuvo que el vicio de la planta ( la prueba ilícita directa ) se transmite a todos sus frutos ( las pruebas indirectas o reflejas se derivan del vicio de ilicitud de las pruebas ilícitas directas ); razón por la cual las pruebas indirectas, derivadas o reflejas no se admiten ni se valoran en el proceso ya que éstas están contaminadas por el veneno de las pruebas ilícitas directas.<sup>101</sup>

El mencionado efecto expansivo de la prueba ilícita se acredita con la existencia de la relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba lícita que deriva de la anterior, es decir, dicho efecto se produce cuando hay una conexión causal entre la prueba ilícita directa y aquella prueba lícita que se derive de la acotada prueba ilícita.<sup>102</sup>

En lo que atañe a la prueba independiente, ésta se caracteriza por una ausencia de conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la reputada independiente. Ello quiere decir que la primera prueba (obtenida ilícitamente) no es causa de la segunda prueba (ésta última conocida como prueba independiente )<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Página 107

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 68-69

<sup>102</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 107-112

RIVES SEVA, Antonio Pablo. “ La prueba en el proceso penal”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996. Página 77.

ROXIN, Claus. “ Derecho procesal penal” Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 2000. Páginas 205-206

<sup>103</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 108.

DIAZ GARCIA, L. Iván. “ Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”. En autores varios. “ La prueba en el nuevo proceso penal oral”. Rodrigo Coloma Correa ( Editor). Santiago, 2003. Página 159

GASCON ABELLAN, Marina. “ Freedom of Prof.? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. En Autores varios. ” Estudios sobre la prueba”. Universidad Autónoma de México. 2006. Página 75

Marina Gascón Abellán sostiene que la fuente independiente no es propiamente una excepción a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita puesto que la prueba independiente es adquirida lícitamente y no es derivada de otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Estamos, pues, ante la concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas en la que las pruebas ilícitas son independientes de las lícitas. Por ello, dichas pruebas lícitas pueden ser admitidas y valoradas en el proceso.<sup>104</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos las siguientes consideraciones:

- En la sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 17 de Febrero de 1995 (DER. 95/1022), referida a la comercialización de sustancias estupefacientes, se declaró:
  1. Que la diligencia de entrada y registro del chalet de Villaviciosa de Odón es nula por ser una prueba ilícita y por lo tanto también será ilícita la respectiva intervención telefónica que se deriva de dicha diligencia nula. Por tanto, la acotada intervención telefónica es una prueba ilícita por derivación ya que se basa o deriva de la primigenia prueba ilícita directa
  2. Que la diligencia de entrada y registro del domicilio de Eduardo y María Ángeles es una prueba lícita y no tiene conexión causal con la diligencia y registro del chalet de Villaviciosa Odón, por lo que estamos ante un supuesto de prueba independiente. Asimismo el Tribunal declaró que el mandato judicial que ordenaba dicha diligencia se ejecutó escrupulosamente. Dicho mandato judicial se sustentaba en la solicitud de la policía respecto a la vigilancia

---

<sup>104</sup> GASCON ABELLAN , Marina. Ob. cit. Página 75

policial efectuada meses atrás respecto a la presencia de jóvenes drogadictos y delincuentes habituales en dicho domicilio. Efectuada la diligencia de entrada y registro de domicilio de Eduardo y María Ángeles se pudo acreditar la comercialización de sustancias estupefacientes, sirviendo de sustento para condenar a los que delinquieron.

- Retomando los hechos expuestos en la sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 17 de Febrero de 1995 (DER. 95/1022), imaginemos que la diligencia de entrada y registro del domicilio de Eduardo y María Ángeles hubiera sido filmada en documentos audiovisuales (videos) en el que se constataba en imágenes y/o audio la comercialización de drogas. Sin lugar a dudas esos videos corroborarían lo que está contenido en las actas de esa diligencia y pueden ser incorporadas al proceso como valiosos medios probatorios a ser valorados por el Órgano Jurisdiccional.
- Asimismo, refiriéndonos a la acotada sentencia del Tribunal Supremo Español, imaginémonos que – hipotéticamente - a pesar que en la diligencia de registro de entrada y registro del domicilio de Eduardo y María Ángeles no se hubiera encontrado a personas comercializando sustancias estupefacientes ni a jóvenes drogadictos consumiendo dichas sustancias, sin embargo en la respectiva intervención telefónica los interlocutores manifestaron el día, hora y lugar exactos en que se iba a comercializar una importante cantidad de drogas. Fruto de la referida intervención telefónica, la policía procedió a acudir a ese lugar y logró capturar a los comercializadores de droga. Ante estos hechos hipotéticos que no se encuentran en los considerandos de la citada sentencia del Tribunal Español nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿Si

bien es cierto la referida intervención telefónica es prueba ilícita por derivación, se puede dar valor probatorio al hallazgo de droga por la policía a pesar de que dicho hallazgo se origine de una prueba ilícita por derivación? ¿ Si la policía al momento de acudir al citado lugar de comercialización de la droga hubiera filmado en documentos audiovisuales y estos videos los presenta a las autoridades judiciales junto con el hallazgo de la droga; se valoran estos documentos audiovisuales? ¿Qué hubiera pasado si los medios de comunicación, entre ellos la televisión, hubieran acudido al lugar y hora exactos en que se produjo este operativo policial y hubieran filmado la forma en que la policía efectuó el hallazgo de dichas sustancias estupefacientes? Para responder a las interrogantes antes mencionadas, tomemos en cuenta las siguientes consideraciones: PRIMERA: Es preciso señalar que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.<sup>105</sup> SEGUNDA: En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>106</sup> TERCERA: La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la

---

<sup>105</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 143-145

<sup>106</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-145.

trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>107</sup> CUARTA: En el ejemplo citado, nos encontramos ante un conflicto de derechos: Por un lado, el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en que el Órgano Jurisdiccional resuelva el caso con justicia de acuerdo a los hechos acreditados en el proceso, evitándose la impunidad en los casos de comisión de delitos graves. Por otro lado, los narcotraficantes alegarían que se han vulnerado su derecho al secreto de sus comunicaciones privadas en lo que atañe a la obtención de las citadas grabaciones telefónicas declaradas nulas y por tanto el hallazgo de la droga es una prueba ilícita por derivación ya que éste se origina en una primigenia prueba ilícita. Sostuvimos que debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración en el proceso, lo cual exige ponderar los derechos en conflicto en cumplimiento del Principio de Proporcionalidad. Mediante dicho principio se sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. La ponderación de derechos en conflicto, por parte del Órgano Jurisdiccional, no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>108</sup> QUINTA: Consideramos que

---

<sup>107</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

Sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 29 de Marzo de 1990, declara que la ponderación de la trascendencia y esencialidad de la infracción procesal se debe atender a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Para ello “debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y su verdadera esencia y naturaleza”

<sup>108</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154 -156

se debe tomar en cuenta que el rol inherente del Poder Judicial es la adecuada administración de justicia y que, en el caso concreto, en estricto cumplimiento del Principio de Proporcionalidad el Órgano Jurisdiccional debe valorar el hallazgo de droga en el que se dé mayor prevalencia al derecho a un proceso justo que aspira la sociedad mediante una resolución judicial objetiva y materialmente justa, evitándose de esta manera la impunidad.

### **3.2.3.1.2. El descubrimiento inevitable ( inevitable discovery)**

En el año 1984 la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó jurisprudencialmente la excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en el caso *Nix vs. Williams*.<sup>109</sup> . Mediante esta excepción, las fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos del acusado podrían ser utilizados en un proceso si es que el fiscal lograba demostrar que de todas maneras se habrían descubierto los hechos por medios legítimos; es decir, no cabe la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión<sup>110</sup>

En el caso *Nix vs. Williams*, la citada Corte Suprema consideró utilizable la confesión de un imputado que declaró sobre el paradero de su víctima,

---

<sup>109</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob cit. Página 110

GASCON ABELLAN, Marina. Ob. cit. Página 81

GONZALEZ- CUELLAR SERRANO. Ob. cit. Página 17

HARABEDIAN, Maximiliano. “ Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal “ Ad – Hoc ediciones. Buenos Aires. 2002. Página 75

MARTINEZ GARCIA, Elena. “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal “. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Página 91

<sup>110</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob cit. Página 110

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 70-71.

a pesar que dicha confesión fue obtenida con transgresión de ciertas garantías. La Corte Suprema estadounidense declaró que dicha confesión es utilizable en vista de que los equipos de búsqueda de la policía de todos modos – de manera inevitable – hubieran encontrado a la víctima ya que se estaban acercando a la zona donde estaba ocultada. Cabe señalar que en el momento en que se estaba prestando la mencionada confesión, un grupo de 200 voluntarios ya estaba buscando el cuerpo de la víctima según un plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver.<sup>111</sup>

La Corte Suprema norteamericana declaró que en el caso *Nix vs. Williams* (1984) existe un “estándar de preponderancia “ de que la prueba se habría obtenido más allá de cualquier conjetura o duda.<sup>112</sup>

La doctrina del descubrimiento inevitable también fue aceptada por la Sala Penal Española en la sentencia 974/1997 de 4 de Julio. Este caso se refería a una acusada que era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una inconstitucional intervención telefónica. Cabe precisar que dicha intervención telefónica permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga. Esa información telefónica permitió la captura de los comercializadores de droga en el lugar y hora de la reunión acordada por dichos traficantes de drogas.

La Sala Penal Española – en el caso precedentemente expuesto - consideró que “ inevitablemente” y por métodos regulares ya habían cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos legítimos

---

<sup>111</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 70-71

<sup>112</sup> CARRIÓ, Alejandro D. “ Garantías constitucionales en el proceso penal.”. Hammurabi Ediciones. Buenos Aires. 2000. Página 254

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 70

en el descubrimiento y entrega de la droga, de acuerdo a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

Asimismo, Claus Roxin se muestra conforme con la excepción del descubrimiento inevitable, basándose en que se debe insistir en la valoración de las pruebas indirectas sólo cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas (pruebas indirectas) también hubieran sido obtenidas muy probablemente sin violación del procedimiento.<sup>113</sup>

En Alemania, Jäger ha elaborado la tesis de los “hipotéticos cursos de investigación” en la que se declara aprovechable el material probatorio ilícito en los supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas.<sup>114</sup> La tesis de Jäger (tesis de los hipotéticos cursos de investigación) es similar a la teoría del descubrimiento inevitable.

Es preciso destacar que existe una notable diferencia entre las excepciones de la fuente independiente y la del descubrimiento inevitable. En la primera de ellas (fuente independiente) existe una desconexión causal entre el acto inicial ilícito (prueba ilícita) y otro (prueba independiente) que está desconectado causalmente de dicho acto inicial. En cambio, en la excepción del descubrimiento inevitable los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una elucubración mental hipotética sobre la alta probabilidad o muy alta probabilidad de que ese mismo dato de todos modos –

---

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. Ob. cit. Página 206

<sup>114</sup> JÄGER, Christian. “El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba.” En autores varios, “Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin”. La Lectura-Marcos Lerner. Córdoba. 2001. Página 775.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob cit. Páginas 111-112

“inevitablemente” – sería obtenido a través de una actividad regular y lícita.<sup>115</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Imaginemos que en el citado caso Nix vs. Williams se hubiera filmado en documentos audiovisuales (videos) la confesión del imputado que declaró sobre el paradero de la víctima, a pesar que dicha confesión fue obtenida con transgresión de ciertas garantías. Asimismo, supongamos que se hubiera filmado en documentos audiovisuales el hallazgo del cuerpo de la víctima en el lugar indicado por el inculpado. Al respecto nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿Ambas filmaciones de video serían consideradas pruebas ilícitas? ¿Las acotadas filmaciones podrían ser valoradas por parte del Órgano Jurisdiccional? ¿Sería aplicable solamente la excepción del descubrimiento inevitable o se pueden aplicar otros criterios jurídicos para que el Órgano Jurisdiccional valore los referidos videos? Para responder a las interrogantes antes mencionadas debemos tomar las siguientes consideraciones:
  - Sostuvimos que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente.<sup>116</sup> En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho

---

<sup>115</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob.cit. Página 111.

HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit. Página 73

<sup>116</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 143-145

a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>117</sup> La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas., lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>118</sup> En el caso *Williams vs. Nix* estamos ante una prueba ilícita ya que se vulneraron garantías constitucionales del imputado, al obtenerse dicha confesión con la amenaza de ser torturado.

- En el ejemplo citado, nos encontramos ante un conflicto de derechos: Por un lado, el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en que el Órgano Jurisdiccional resuelva el caso con justicia de acuerdo a los hechos acreditados en el proceso, evitándose la impunidad en los casos de comisión de delitos graves. Por otro lado, el imputado alegaría que se ha vulnerado su derecho a no sufrir amenazas de torturas cuando se obtuvo la confesión.
- El mencionado conflicto de derechos se resolvería mediante la ponderación de los derechos en conflicto en cumplimiento

---

<sup>117</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-145

<sup>118</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

Sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 29 de Marzo de 1990, declara que la ponderación de la trascendencia y esencialidad de la infracción procesal se debe atender a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Para ello “debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y su verdadera esencia y naturaleza”

del Principio de Proporcionalidad. Mediante dicho principio se sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. La ponderación de derechos en conflicto, por parte del Órgano Jurisdiccional, no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>119</sup> Consideramos que, en estricto cumplimiento del Principio de Proporcionalidad, el Órgano Jurisdiccional debe valorar ambos documentos audiovisuales ( el primer video referido a la confesión del imputado así como el segundo video donde se halló el cadáver de la víctima ) en el que el Juzgador dé mayor prevalencia al derecho a un proceso justo que aspira la sociedad mediante una resolución judicial objetiva y materialmente justa, evitándose de esta manera la impunidad.

- Además de la ponderación de derechos en conflicto – antes esbozada - se puede aplicar la llamada excepción del descubrimiento inevitable siguiendo la postura de Claus Roxin en el sentido de valorar el segundo video concerniente al hallazgo del cadáver ya que de manera inevitable se hubiera encontrado a la víctima si tomamos en cuenta que un grupo de 200 voluntarios estaba buscando el cuerpo de la víctima según el plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver

---

<sup>119</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154 -156

2. Respecto a la aludida sentencia 974/1997 de 4 de Julio, expedida por la Sala Penal Española, señalamos que la acusada era objeto de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una inconstitucional intervención telefónica. Debido a esa intervención telefónica la policía pudo conocer el lugar y fecha de una reunión donde se comercializaría una determinada cantidad de droga. Dicha información telefónica permitió la captura de los comercializadores de droga, incluyendo la incautación de las respectivas sustancias estupefacientes, en el lugar y hora de la reunión acordada por los respectivos narcotraficantes. Tomando en cuenta que la referida intervención telefónica fue declarada inconstitucional, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿Es mejor argumentar el criterio jurídico de la ponderación de los derechos en conflicto en relación al hallazgo de la droga en el lugar y reunión de la acotada reunión o es mejor argumentar la excepción del descubrimiento inevitable si consideramos que la acusada era objeto de un adecuado proceso de vigilancia y seguimiento por parte de la policía, anterior a la aludida intervención telefónica? ¿El correspondiente Órgano Jurisdiccional valoraría como medios probatorios aquellos documentos audiovisuales en el hipotético caso que la policía hubiese filmado en documentos audiovisuales (videos) el operativo policial realizado en el lugar de la citada reunión donde se pretendía comercializar una determinada cantidad de droga y que produjo la captura de los respectivos narcotraficantes así como la incautación de la respectiva droga?. Para responder a las acotadas interrogantes debemos tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- Sostenemos que es perfectamente válido argumentar el criterio jurídico de la ponderación de derechos en conflicto así como la excepción del descubrimiento inevitable. En lo concerniente a la excepción del hallazgo inevitable se

aplicarían los criterios adoptados por el acotado Tribunal Español (sentencia 974/1997 de 4 de Julio, expedida por la Sala Penal Española), en el sentido que “inevitablemente” y por métodos regulares ya habían cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos legítimos en el descubrimiento y entrega de la droga, de acuerdo a la vigilancia de los grupos de agentes policiales que procedían al seguimiento de la acusada. En lo que respecta a la ponderación de derechos en conflicto, el Órgano Jurisdiccional sopesará, por un lado, el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en el que se expida una resolución judicial objetiva y materialmente justa, evitándose de esta manera la impunidad en delitos graves; por otro lado, los narcotraficantes alegarían que el citado operativo policial es una prueba ilícita por derivación ya que se origina en una ilícita intervención telefónica. Mediante la ponderación de derechos el Órgano Jurisdiccional, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional en aras de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Consideramos que el Órgano Jurisdiccional debe valorar el hallazgo de la droga por la policía ya que se debe dar mayor predominio constitucional al derecho que tiene la sociedad a que haya un proceso justo en el que se expidan resoluciones judiciales material y objetivamente justas, evitándose la impunidad de los narcotraficantes.

- De acuerdo a lo expuesto precedentemente, el Órgano Jurisdiccional también debe visualizar los videos donde constan el aludido operativo policial que condujo a la captura

de los narcotraficantes y a la incautación de la droga. Esos videos podrán ser de gran utilidad para identificar a los correspondientes comercializadores de la droga, sus modus operandi y sus consecuencias jurídicas.

### **3.2.3.1.3. La buena fe ( good faith exception )**

En el año 1984 la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó jurisprudencialmente la excepción de la buena fe (good faith exception) en el caso León vs. USA. Mediante esta excepción, se permite emplear en un proceso fuentes de prueba obtenidas ilícitamente siempre y cuando los policías que habían recabado dichas pruebas ilícitas contaban con una orden de cateo y creían haber actuado en forma legal, para luego descubrir que por una falla “técnica “ el registro había sido ilegítimo.<sup>120</sup>

En el caso León vs. USA (1984) la Corte Suprema norteamericana admitió la prueba ilícita obtenida a través de un allanamiento realizado por la policía con una autorización aparentemente válida pero defectuosa. La citada Corte Suprema consideró que los agentes policiales actuaron de buena fe, bajo la creencia que la orden era perfectamente válida.<sup>121</sup>

Posteriormente la jurisprudencia norteamericana ha extendido los supuestos en que procede la excepción de la buena fe, tal como se constata en los siguientes casos:

---

<sup>120</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 113

HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit. Página 80

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Página 108

<sup>121</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Página 108

- I) Illinois vs. Krull ( 1987 ) : En este caso se aplicó la excepción de la buena fe a un registro efectuado por la policía bajo el amparo de una ley que luego fue declarada inconstitucional<sup>122</sup>
  
- II) Arizona vs. Evans ( 1995): En el presente caso la policía intervino a una persona debido a una errónea orden de detención, pero al esposarlo se le cayó un cigarrillo que despedía un fuerte olor a marihuana. En esos momentos, la policía procedió a registrar su automóvil en el que logró encontrar una bolsa llena de marihuana.<sup>123</sup>

La excepción de la buena fe ( good faith exception ) propone que se valore la prueba ilícita directa – obtenida con vulneración de derechos fundamentales - puesto que se considera que la obtención de dicha prueba ilícita por los policías se consiguió bajo la creencia de que dichos funcionarios policiales actuaban bajo la cobertura de validez y legitimidad, es decir, convencidos de que obraban de manera correcta y , por tanto, de buena fe.

Se ha advertido acerca de los peligros de la aplicación genérica de la excepción de la buena fe ya que ella podría permitir que la validez de una actividad probatoria ilícita dependiera de las creencias subjetivas del funcionario policial en lo que atañe a la buena fe. Ello podría generar que los agentes de la persecución penal aleguen buena fe inclusive en actuaciones dolosas que vulneren derechos fundamentales; actuaciones dolosas que no se condicen con la buena fe.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 113

<sup>123</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 113-114

GASCON ABELLAN, Marina. Ob. cit. Páginas 80-81

HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit. Páginas 80-81

<sup>124</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 114

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, también es cierto que la excepción de la buena fe ( good faith exception ) se enfrenta a casos en que rechazar una prueba ilícita puede resultar excesivo. Por ejemplo, la policía escucha unos gritos provenientes de una casa y decide entrar en ella, sin la autorización judicial. En la creencia de que los gritos eran de auxilio, la policía se da con la sorpresa que está ante una fiesta en la que se está comercializando drogas. En el ejemplo citado nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cómo excluir la droga que estaba comercializándose pues si bien el allanamiento policial se efectuó sin la correspondiente orden judicial, también es cierto que los policías obraron de buena fe al creer que dichos gritos eran voces de auxilio?<sup>125</sup> La buena fe es difícil de probar en la realidad, de allí que la solución a esta interrogante la podemos encontrar en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional realizado en Trujillo en Diciembre de 2004 en el que los vocales superiores de todo el Perú acordaron por mayoría admitir la excepción de la buena fe para los supuestos de flagrancia en los que los funcionarios policiales deberán justificar debidamente acerca de la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita por haberse alegado actuación de buena fe por los acotados policías<sup>126</sup>. Cabe precisar que el mencionado Pleno no tiene carácter vinculante, no obstante, ello nos permite conocer cuál es la postura de un importante sector de la judicatura peruana.

---

DIAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES Ricardo. “ La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”. Editorial Civitas. Madrid. 2001. Página 78

DIAZ GARCIA, L. Iván. Ob. cit. Página 154

HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit. Página 84.

<sup>125</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob.cit. Páginas 115-116.

DIAZ GARCIA, L. Iván. Ob.cit. Página 154

HAIRABEDIAN; Maximiliano. “ Prueba ilícita obtenida de buena fe “. En Novedades sobre la prueba judicial. Editorial Mediterránea. Córdoba. 2002. Página 22.-24

<sup>126</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 116

Otros sectores de la doctrina sostienen que es de difícil probanza la actuación de buena fe por parte de los policías y, por tanto, no debería admitirse la excepción de buena fe sino más bien se debería proponer la teoría del equilibrio o ponderación de derechos en conflicto en la que se sacrifique el derecho de menor trascendencia constitucional en aras de la prevalencia del derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias que concurren en el caso concreto.<sup>127</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Imaginemos - hipotéticamente – que en los casos jurisprudenciales antes señalados ( León vs. USA, Illinois vs. Krull, Arizona vs. Evans ) los agentes policiales - en la creencia de que estaban actuando de buena fe en los correspondientes allanamientos de domicilio e intervenciones a personas sospechosas - hubieran filmado en documentos audiovisuales (videos) dichos operativos policiales. Al respecto cabe formularnos las siguientes preguntas : ¿Cómo acreditamos la buena fe de los agentes policiales ? ¿Qué otros criterios jurídicos son importantes a tomar en cuenta cuando no se puede acreditar la buena fe de los agentes policiales? ¿ El Órgano Jurisdiccional valoraría los acotados videos en un proceso judicial? Para responder a las interrogantes antes señaladas sostenemos lo siguiente: La buena fe de los policías es de difícil probanza e, incluso, en determinados casos la aplicación genérica de la excepción de buena fe podría permitir que la validez de una actividad probatoria ilícita dependiera de las creencias subjetivas del funcionario policial

---

<sup>127</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 116  
DIAZ CABIALE, L. Iván . Ob. cit. Página 154

en lo que atañe a la buena fe ; motivo por el cual aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad proponemos la aplicación de la teoría del equilibrio o ponderación de derechos en conflicto en la que el Juzgador sacrifique el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Con respecto a la valoración probatoria de los videos, hay que tomar en cuenta los fundamentos jurídicos de la acotada teoría del equilibrio o ponderación de derechos en conflicto.

#### **3.2.3.1.4. El Principio de Proporcionalidad o Teoría del Equilibrio**

Ninguno de los derechos fundamentales ( y por lo tanto los elementos que lo constituyen ) se encuentran aislados en el ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales concurren conjuntamente ocasionando una influencia recíproca que contribuye a delimitar sus respectivos contenidos.<sup>128</sup>

Es posible que al momento de concurrir los derechos fundamentales en un caso concreto éstos presenten entre sí situaciones de conflicto.

En lo que atañe a la problemática de la prueba ilícita, los derechos en colisión son básicamente los siguientes:

---

<sup>128</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 149

- I) Por un lado, el derecho a la prueba y la verdad jurídica objetiva, ambos como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo
  
- II) Por el otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados

La situación de conflicto en la prueba ilícita se basa en lo siguiente: Mientras el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva parecen propugnar la admisión y valoración probatorias, sin perjuicio de la sanción civil, penal o administrativa que corresponda al agente; los derechos fundamentales que han sido afectados exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria<sup>129</sup>

La solución a esa situación de conflicto puede ser abordada dependiendo de la postura doctrinaria que se adopte. Al respecto existen tres posiciones que a continuación reseñaremos:

1. Teoría de los límites internos o del contenido propio de los derechos fundamentales
  
2. Teoría de la preferred position ( o preferred freedoms)
  
3. Teoría del equilibrio o proporcionalidad

---

<sup>129</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 149-150

## **Postura Nº 1: Teoría de los límites internos o del contenido propio de los derechos fundamentales**

Esta teoría ha sido sostenida en España por Ignacio De Otto y Pardo, señalando que no existe la posibilidad de conflicto entre derechos fundamentales sino que estamos ante un problema de delimitación conceptual del contenido mismo de cada derecho y cómo debe ejercitarse legítimamente cada derecho.<sup>130</sup> Es importante resaltar que el hombre tiene derechos fundamentales que deben ser respetados pero también tiene deberes que debe cumplir. Si transgrede sus deberes – no respetando los derechos de los demás - entonces debe asumir las responsabilidades que correspondan.

De allí la importancia de la delimitación conceptual del contenido de cada derecho fundamental y de cómo se debe ejercitar legítimamente.

Ignacio De Otto y Pardo plantea la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución para delimitar adecuadamente los contornos de cada derecho con la finalidad de excluir la posibilidad de contraposición o conflicto, es decir, se debe realizar la exégesis de los preceptos constitucionales, determinando el objeto propio y el contenido del derecho fundamental.<sup>131</sup>

De Otto y Pardo señala algunos ejemplos para sustentar su teoría, entre ellos los siguientes:

- I) Para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión, no hace falta argumentar

---

<sup>130</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 150-153.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo. “Derechos Fundamentales y Constitución”. Editorial Civitas. Madrid. 1992. Página 137.

<sup>131</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 151

DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETOTILLO, Lorenzo. Ob. cit. Páginas 143-144

con los límites del derecho a reunirse porque 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 dicha coacción no forma parte del contenido del derecho de reunión<sup>132</sup>

- II) Para justificar por qué no se puede admitir al proceso las declaraciones o confesiones obtenidas mediante violencia física o psicológica, no se requiere argumentar con la limitación del derecho a probar. A nadie se le ocurriría considerar que las normas que prohíben el uso de la violencia para obtener tales declaraciones son normas limitativas del derecho a probar ya que tal situación no forma parte de la delimitación del contenido propio del derecho a probar.<sup>133</sup>

La posición doctrinaria precedente ( Postura Nº 1 ) ha recibido algunas observaciones - por parte de un sector de la doctrina - en el sentido de que en los casos complejos pueden darse situaciones de verdaderos conflictos de derechos que no pueden solucionarse mediante una simple delimitación conceptual de los derechos fundamentales.

Para las situaciones de conflicto de derechos se han planteado 2 teorías:

- I) Teoría de la preferred position ( o preferred freedoms)
- II) Teoría del equilibrio o proporcionalidad

---

<sup>132</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETOTILLO, Lorenzo. Ob. cit. Páginas 138-139

<sup>133</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETOTILLO, Lorenzo. Ob. cit. Páginas 138-139

A continuación procederemos a reseñar ambas teorías

**Postura Nº 2: Teoría de la “ preferred position ( o preferred freedoms)**

Esta teoría ha sido esbozada y desarrollada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Según la acotada teoría, en los Estados Unidos los derechos contenidos en la Primera Enmienda tienen una posición superior respecto de los otros derechos con los que podrían concurrir en una relación de conflicto en un caso concreto.<sup>134</sup>

Esta influencia norteamericana puede servir de base para que en otros países se considere la existencia de determinados derechos fundamentales que tienen mayor jerarquía en relación a otros derechos fundamentales. Por ejemplo, el derecho a la vida de un ser humano tiene un mayor nivel jerárquico que el derecho a la intimidad y , por lo tanto, dicho derecho a la vida goza de una posición preferente sobre la intimidad

La teoría de la preferred position ( o preferred freedoms) permite jerarquizar los derechos fundamentales ( incluyendo los elementos que integran su contenido) ubicando a alguno de ellos en una posición preferente frente a los demás, al considerar que tienen una importancia mayor por ser el presupuesto básico para el mantenimiento de determinados valores. Tal jerarquización permite resolver las diversas situaciones de conflicto que se presenten entre los derechos que gozan

---

<sup>134</sup> WITT, Elder. Ob. cit. Página 28

de posición preferente y los que no gozan de ella al concurrir en un caso concreto, con el predominio de los primeros sobre los últimos.<sup>135</sup>

En lo que atañe a la prueba ilícita, habría que preguntarnos:

¿Cuál es la posición preferente que ocupan el derecho a probar y la búsqueda de la verdad objetiva respecto a otros elementos del ordenamiento jurídico, en la medida que sus respectivos contenidos parecen propugnar la eficacia o admisión al proceso de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente ; ello sin perjuicio de la sanción civil, penal o administrativa que correspondería al agente ?<sup>136</sup>

La respuesta a la citada interrogante la debemos hallar en las normas constitucionales o de mayor jerarquía de cada país. Asimismo, podemos encontrar dicha respuesta en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, en especial la justicia constitucional, en la medida que el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva son elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso.<sup>137</sup>

Asumiendo la teoría de la preferred position y las ideas antes señaladas, es necesario tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- I) Si el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva no ocupase la misma posición preferente que otro derecho fundamental (derecho " A ") entonces el conflicto que pudiera surgir entre ellos debería resolverse en términos de subordinación o jerarquía a favor del derecho "A"

---

<sup>135</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página153-154

<sup>136</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 153-154.

<sup>137</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 153-154.

- II) Si un derecho “ X” no ocupase la misma posición preferente que el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva entonces el conflicto que pudiera surgir entre ellos debería resolverse en términos de jerarquía o subordinación a favor del derecho a probar y la verdad jurídica objetiva. ”

La teoría de la preferred position se refiere a los casos de eventuales conflictos entre derechos fundamentales que se encuentran en distintos niveles jerárquicos. Los mencionados conflictos se resuelven en términos de jerarquía o subordinación a favor del derecho que ocupa la posición preferente.<sup>138</sup>

Sin embargo, la teoría de la preferred position no brinda una solución ante eventuales conflictos entre derechos fundamentales que gozan de una misma posición preferente o igual nivel jerárquico. Al respecto, la solución a este conflicto la vamos a encontrar en términos de ponderación o equilibrio<sup>139</sup>, tal como a continuación expondremos.

**Postura 3: La teoría del equilibrio o proporcionalidad (basado en la ponderación de derechos en conflicto)**

Según la Teoría del Equilibrio o Proporcionalidad, ni los derechos fundamentales ni el orden axiológico en el que se fundan se encuentran organizados jerárquicamente. Para la mencionada teoría, los derechos

---

<sup>138</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 154.

<sup>139</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 154.

fundamentales guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico.<sup>140</sup>

En la teoría del equilibrio los derechos se integran recíprocamente formando un sistema unitario, de tal forma que existe un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio de alguno sobre los demás. Para el logro de este objetivo es necesario acudir a la ponderación, que consiste en sopesar los derechos en juego sobre la base de que todos los derechos son iguales y equivalentes entre sí, tomando en consideración, asimismo, que la teoría de la ponderación de derechos en conflicto no se basa en la arbitrariedad sino en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser plasmados en resoluciones justas debidamente motivadas.<sup>141</sup>

La teoría del equilibrio exige que la decisión que involucre al proceso justo ( y por ende a los elementos que integran su contenido ) así como los demás derechos fundamentales, debe obedecer a un fin lícito. Asimismo, los medios utilizados para conseguir dicho fin deben ser proporcionales. La exigencia del fin lícito significa que cualquier medida que involucre la ponderación de derechos debe obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y justicia. En lo que atañe a la proporcionalidad de los medios tenemos que considerar que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido deben ser adecuados, necesarios y proporcionados.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 154  
SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales “. En: Revista de Estudios Políticos Nueva Época -, N° 71, Enero- Marzo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Página 98

<sup>141</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154-155  
CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 117-125  
GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 17

<sup>142</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154-157  
Sentencia del Tribunal Constitucional español 37/1989, de 15 de Febrero, fundamento jurídico 7. En: Boletín de Jurisprudencia Constitucional -BJC-95,. Cortes Generales de España. Madrid. Marzo de 1989. Página 463.

Aplicando la teoría del equilibrio en lo que atañe a la prueba ilícita, los conflictos de derechos en juego no se pueden solucionar en términos de jerarquía o subordinación sino más bien la solución debe ser en términos de equilibrio teniendo en cuenta la justicia del caso concreto.<sup>143</sup>

En un caso concreto, la prueba ilícita es un problema de derechos fundamentales en conflicto. Dichos derechos en colisión son básicamente los siguientes:

- Por un lado, el derecho a la prueba y la verdad jurídica objetiva, ambos como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo
- Por el otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados

En ese conflicto de derechos, el Juzgador deberá evaluar en cada caso concreto si decide sobre la eficacia probatoria de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente o si, por el contrario, decide sobre su rechazo o exclusión probatoria

El Tribunal Supremo Federal alemán para asuntos civiles y penales (BGH) ha desarrollado la tesis de la Proporcionalidad (llamada también del Equilibrio) como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Según esta excepción, es posible admitir, en determinados casos, fuentes de prueba obtenidas ilícitamente, luego de confrontar los derechos en conflicto con el propósito de hallar un equilibrio entre ellos.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154-156.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob.cit. Páginas 117-125.

<sup>144</sup> GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob.cit. Páginas 21-22

Respecto a la Tesis de la Proporcionalidad o Equilibrio, ésta se sustenta en la siguiente argumentación jurídica:

- a) Si bien es cierto que el individuo tiene sus derechos inherentes, también se puede afirmar que el individuo no se encuentra aislado en la sociedad, por lo que sus derechos pueden verse limitados por otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos
- b) En lo que atañe a la prueba ilícita, convergen 2 intereses contrapuestos: Por un lado, el interés por descubrir la verdad, la misma que constituye el pilar importante del servicio de la justicia; por el otro lado, el interés por impedir la producción de pruebas ilícitas, las cuales vulneran derechos fundamentales. Ambos derechos contrapuestos deben ser ponderados dentro del marco tolerable exigido por el punto de equilibrio.<sup>145</sup>
- c) El conflicto de derechos se resuelve a través del llamado Test de Proporcionalidad, el cual a su vez consta de 3 subtests: Adecuación (o idoneidad), Necesidad ( o Indispensabilidad ) y Proporcionalidad en sentido estricto ( o Ponderación ). Estos 3 subtests deben cumplirse en forma concurrente pues si faltase tan solo uno de ellos entonces nos encontraríamos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada.<sup>146</sup>
- d) Respecto al Subtest de Adecuación ( o Idoneidad ), el Juzgador en el caso concreto debe examinar el fin perseguido por la injerencia

---

<sup>145</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 149-150, 154-156

<sup>146</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 118

ESCALANTE, Mijail. “ Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor”. Palestra Editores. Lima. 2007. Páginas 87-103

CASTILLO CORDOVA, Luis. “ Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2008. Páginas 113-136.

en el ámbito del derecho fundamental , debiendo establecer si aquella injerencia es adecuada o pertinente para lograr dicho fin. Si la respuesta es positiva entonces se habrá cumplido el requisito de idoneidad o adecuación. Podemos apreciar que la idoneidad consiste en una relación de medio a fin, es decir entre el medio adoptado ( la injerencia del derecho fundamental ) y el fin que se pretende perseguir con esa injerencia.<sup>147</sup>

e) Una vez que se determina que la injerencia adoptada es adecuada o idónea, se debe analizar si ésta es necesaria o indispensable. En esta etapa la acotada injerencia se somete al Subtest de Necesidad o Indispensabilidad. Mediante este subtest ha de analizarse si existen otros medios alternativos a la injerencia adoptada que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad que la medida adoptada. Ello supone que si el fin puede ser logrado a través de otros medios alternativos que impliquen un menor menoscabo del derecho en conflicto entonces la medida será innecesaria pero – contrario sensu – si no hay otros medios alternativos menos gravosos se tratará de una injerencia necesaria. De acuerdo a lo expuesto, en el Subtest de Necesidad hay una relación de medio a medio, es decir, se analizan el medio adoptado ( injerencia en el derecho fundamental ) y los diversos medios alternativos .<sup>148</sup>

f) Una vez sometida la acotada injerencia a los Subtests de Adecuación y Necesidad, el Juzgador procederá a efectuar el Subtest de Ponderación o Proporcionalidad en sentido estricto. Mediante el Subtest de Ponderación se examina si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, realizando un ejercicio de ponderación y valoración

---

<sup>147</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 123-124.

<sup>148</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 124-126

para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable a la luz del derecho que se trate de salvaguardar. Ante una colisión de derechos del mismo nivel jerárquico se pondera dichos derechos con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional en aras del predominio del derecho de mayor peso constitucional en el caso concreto a fin de dar la mejor solución justa al mencionado conflicto.<sup>149</sup>

g) El Subtest de Proporcionalidad en sentido estricto se fundamenta en la denominada “Ley de Ponderación “ cuyo enunciado es el siguiente : “Cuanto mayor es el grado de afectación de un derecho ( derecho “A”) entonces tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro derecho ( derecho “B”)“ . Dicho de otro modo, la Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor sea el sacrificio en la restricción de un derecho fundamental ( derecho “A”), tanto mayor debe ser el beneficio en el otro derecho fundamental ( derecho “B”). Ello es posible mediante relaciones de prevalencia condicionada de acuerdo a las circunstancias concurrentes del caso concreto.<sup>150</sup>

h) La acotada Ley de Ponderación exige la realización de tres pasos:

- Determinación del grado de afectación o no satisfacción del derecho “A”.
- Precisar cuál es la importancia de la satisfacción o cumplimiento del derecho contrapuesto ( derecho “B”)

---

<sup>149</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 126-128

<sup>150</sup> ESCALANTE, Mijail. Ob. cit. Páginas 88-96.

- Establecer si la importancia de la satisfacción del derecho contrapuesto (derecho “B”) justifica la afectación o no satisfacción del derecho “A”.<sup>151</sup>

Sostuvimos que en un determinado caso concreto, la prueba ilícita es un problema de derechos fundamentales en conflicto<sup>152</sup>. Dichos derechos en colisión son básicamente los siguientes:

1. Por un lado, el derecho a la prueba y la verdad jurídica objetiva, ambos como elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo
2. Por el otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados

En ese conflicto de derechos, el Juzgador deberá evaluar, de acuerdo a las circunstancias concurrentes de cada caso concreto, si decide sobre la eficacia probatoria de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente o si, por el contrario, decide sobre su rechazo o exclusión probatoria.<sup>153</sup>

Para poder entender mejor la Tesis de la Proporcionalidad ( o también denominada Teoría del Equilibrio) procederemos a analizar algunos ejemplos que servirán de ilustración

---

<sup>151</sup> ESCALANTE, Mijail. Ob. cit. Páginas 88-96.

<sup>152</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 149-156

<sup>153</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 149-156

HÄBERLE, Peter. “ La libertad fundamental en el Estado Constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997 .Página 86

## EJEMPLO Nº 1

Claus Roxin nos relata el caso de un niño alemán que fue secuestrado en septiembre del año 2002, cuyo paradero fue descubierto por la policía luego que los agentes policiales amenazaron con torturar al autor en el caso que no revelara el lugar en el que se encontraba el menor. La policía buscaba en todo momento salvar la vida del menor. El autor confesó donde estaba la víctima, razón por la cual el niño fue encontrado pero muerto.<sup>154</sup>

En el ejemplo propuesto por Roxin estamos ante dos derechos en conflicto:

1. Derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no inculparse
2. Deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal grave y la preservación de la vida de la víctima.<sup>155</sup>

Ante este conflicto cabe formularnos las siguientes interrogantes:

¿Es aprovechable desde el punto de vista probatorio la declaración del autor obtenida después de la amenaza de tortura con la finalidad de condenarlo ?

¿La amenaza de tortura invalida la declaración del imputado?

---

<sup>154</sup> ROXIN, Claus. “ ¿ Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” En: El Derecho penal contemporáneo, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II., Ara Editores. Lima. 2006. Página 413

<sup>155</sup> ROXIN, Claus. Ob. cit. Página 413

¿Está justificada la acción ilícita de los policías al obtener la declaración del autor mediante amenazas de torturas.?

Estas interrogantes deberán resolverse de acuerdo al Test de Balancing en el sentido de analizar si las medidas adoptadas fueron idóneas y necesarias para luego ponderar los derechos en conflicto. En dicha ponderación se sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de que prevalezca el derecho de mayor peso constitucional tomando en consideración las circunstancias que concurrieron en el caso concreto. De acuerdo al Test de Balancing y con la finalidad de expedir la mejor solución justa a dicho caso se debe dar predominio al deber del Estado de descubrir la verdad sobre el hecho criminal del secuestro y la preservación de la vida del niño alemán.

### EJEMPLO N° 2

El jurista Schönke cita como ejemplo una sentencia dictada en el año 1952 por el Tribunal de Basel- Land, que admitió como prueba, en una demanda de divorcio basada en el adulterio del cónyuge demandado, unas comprometedoras cartas dirigidas a la esposa supuestamente infiel que su marido había conseguido subrepticamente. En opinión del citado tribunal, se contraponen dos intereses de la colectividad: a) el de la comprobación de la verdad y b) el de la protección contra la obtención ilegal de pruebas. Al respecto el acotado tribunal sostuvo que debería darse prioridad al primero de ellos, es decir, el interés a la comprobación de la verdad, de acuerdo a la tesis de la proporcionalidad.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Pagina 52

### EJEMPLO N° 3

Un señor “A” graba las conversaciones telefónicas de su cónyuge “B” y el amante de ésta. En dichas grabaciones ambos dan detalles de haber sostenido relaciones adulterinas.

La citada grabación telefónica – como es lógico – fue hecha sin la autorización judicial y sin el consentimiento de “B” y su amante. Del ejemplo mencionado cabe formularnos las siguientes preguntas:

¿En un proceso de divorcio en el que se alegue adulterio o conducta deshonrosa puede admitirse y actuarse esta prueba documental (grabaciones telefónicas)?

¿O el Juez debe preferir el respeto del derecho a las comunicaciones privadas entre “B” y su amante y, por tanto, no admitir en el proceso de divorcio las acotadas grabaciones telefónicas ofrecidas como medios de prueba por el demandante?

¿O el Juez prefiere admitir, actuar y valorar la grabación telefónica tomando en consideración la conducta de la cónyuge “B” que violó el deber de fidelidad en el matrimonio?

Imaginemos, además, que el cónyuge “A” con las acotadas grabaciones telefónicas acude a contratar los servicios de un detective privado con la finalidad de que filme en documentos audiovisuales las reuniones entre el cónyuge infiel “B” y su amante. Resulta que el citado detective privado logró filmar en un video una relación sexual adulterina entre “B” y su amante. El cónyuge inocente “A” interpone contra “B” la demanda de divorcio por la causal de adulterio. Como medios probatorios ofrece las citadas grabaciones telefónicas y el acotado documento audiovisual. Al

respecto nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿Son pruebas lícitas o ilícitas las mencionadas grabaciones telefónicas y el documento audiovisual para efectos de acreditar la causal de adulterio en la citada demanda de divorcio? ¿Cuáles serían los adecuados fundamentos jurídicos para que el Órgano Jurisdiccional declare si los citados medios probatorios son lícitos o ilícitos? ¿De considerarse medios probatorios ilícitos, pueden éstos ser valorados por el Juez para efectos de declararse fundada la referida demanda de divorcio?

Para responder a las interrogantes antes mencionadas, tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Es preciso señalar que la prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria puesto que se pretende la privación de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente. En lo que atañe al derecho a probar, éste es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, motivo por el cual la delimitación conceptual de prueba ilícita debe ser lo más restrictiva posible con la finalidad que el derecho a probar pueda desplegar toda su eficacia.<sup>157</sup>
- La definición de prueba ilícita debe estar vinculada al modo antijurídico en el que se obtiene la fuente de prueba con vulneración de algún derecho fundamental. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la

---

<sup>157</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 143-144  
PICO I. JUNOY, Joan. Ob. cit. Páginas 285-286.

trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>158</sup>

- Es menester realizar una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento así como a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>159</sup>
- En los ejemplos citados, nos encontramos ante un conflicto de derechos: Por un lado, el derecho del cónyuge inocente “A” a tener un proceso justo en que el Órgano Jurisdiccional resuelva el caso con justicia de acuerdo a los hechos acreditados en el proceso. Por otro lado, tenemos el derecho de la cónyuge infiel “B” que alegará en el proceso la vulneración de su derecho al secreto de sus comunicaciones privadas en lo que atañe a la obtención de las citadas grabaciones telefónicas, asimismo la cónyuge “B” alegaría vulneración de su derecho a la intimidad en lo concerniente a la obtención del documento audiovisual por el detective privado. Sostuvimos que debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración en el proceso, lo cual exige ponderar los derechos en conflicto en cumplimiento del Principio de Proporcionalidad. Mediante dicho principio se sacrificará el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. La ponderación de derechos en conflicto, por parte del Órgano Jurisdiccional, no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Consideramos que se debe tomar en cuenta que el rol inherente del Poder Judicial es la

---

<sup>158</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>159</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 340  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

adecuada administración de justicia y que, en el caso concreto, en estricto cumplimiento del Principio de Proporcionalidad se debe declarar fundada la acotada demanda de divorcio en el que se dé mayor prevalencia al derecho a un proceso justo mediante una resolución judicial objetiva y materialmente justa.<sup>160</sup>

#### EJEMPLO Nº 4: Caso PIERRE SCHENK

El caso ocurre en Suiza cuando el señor Pierre Schenk quería matar a su esposa Joseff Schenk. Para ello Pierre Schenk contrató al señor Pauty para que diera muerte a 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 ilegal grabación telefónica donde se utilizó como agente provocador al mismo señor Pauty, quien supuestamente fue contratado por Pierre Schenk.<sup>161</sup>

Cabe destacar que en el Derecho Suizo se requiere la autorización judicial para que una interceptación telefónica sea legal. En el caso “Pierre Schenk”, no se consiguió la respectiva autorización judicial, sin embargo la policía actuó sin esa autorización. Posteriormente, el caso fue llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>162</sup>

En el caso Pierre Schenk, las posturas adoptadas por el gobierno de Suiza, así como por los tribunales de dicho país, fueron las siguientes:

---

<sup>160</sup> BARBOSA MOREYRA, José Carlos. “Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña”. En: Revista de processo, Nº 82. Año 21. Abril- Junio de 1996. Sao Paulo. Página 154. (BARBOSA MOREIRA sostiene que en esa evaluación el Juzgador debe atender las particulares cuestiones del caso 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)

<sup>161</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 147-149

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 56-60

PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas ilícitas”. En: Ius et Veritas, Nº14, Año VIII. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Página 58

<sup>162</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 147-149

Primera: El gobierno y tribunales suizos plantearon la necesidad de ponderar los intereses en debate. Estamos ante un conflicto de derechos: Por un lado, el interés privado del señor Pierre Schenk al secreto de una conversación telefónica; por el otro lado, tenemos el interés público en el descubrimiento del culpable de un delito grave.

Al respecto, tanto el gobierno y tribunales suizos sostuvieron que debía prevalecer el interés general en el descubrimiento del culpable de un crimen grave frente al interés del señor Pierre Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conlleva de ninguna manera a un ataque a su esfera íntima<sup>163</sup>

Segunda: No obstante lo expuesto precedentemente, el gobierno y tribunales suizos reconocieron que la citada grabación telefónica era ilegal pero constituía un medio utilizado en los límites de lo tolerable con la finalidad de luchar eficazmente contra el crimen. Asimismo, el gobierno y tribunales suizos argumentaron que la condena del señor Pierre Schenk no estuvo basada únicamente en dicha grabación telefónica sino que existían otros medios de prueba que sustentaron la acotada condena.<sup>164</sup>

Por su parte el señor Pierre Schenk sostuvo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el proceso penal seguido en su contra se había violado los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por cuanto el proceso no había sido justo o equitativo al haberse utilizado dicha grabación telefónica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos expidió su sentencia el 12 de Julio de 1988 en el que desestimó el pedido del señor Schenk al sostener que no se había violado el acotado

---

<sup>163</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 148.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 56-60.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 64-65.

<sup>164</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 148.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Páginas 64-65.

Convenio y que la condena de Pierre Schenk se dio en un proceso justo.<sup>165</sup>

#### EJEMPLO N° 5: Caso VLADIVIDEOS

Existen documentos audiovisuales en el que se acreditan que diversas personas vinculadas a los medios de comunicación, la política, las fuerzas armadas, entre otras, acudieron a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) con la finalidad de reunirse con el exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y cometer delitos graves que fueron filmados sin que las personas que acudieron al SIN hayan brindado su consentimiento para que se efectúen dichas filmaciones. Al respecto, cabe formularnos las siguientes interrogantes:

¿ O los vladvideos son pruebas lícitas ya que las personas filmadas en los vladvideos podrían presumir razonablemente que podían ser filmados si tomamos en cuenta que las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) podían contar con cámaras de video vigilancia puesto que el SIN es una entidad estatal encargada de asuntos de inteligencia nacional en el Perú ?

¿O los vladvideos son pruebas lícitas ya que no se vulnera el derecho a la intimidad puesto que este derecho no comprende como ámbito de protección jurídica aquellas acciones privadas que dañan a terceros ( los delitos al resquebrajar el orden social y dañar a la sociedad en su conjunto no pueden estar comprendidos dentro de la esfera jurídica del derecho a la intimidad ) ?

---

<sup>165</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 148.  
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 57-58

¿O los vlavideos son pruebas ilícitas y por lo tanto carecen de valor probatorio por vulnerarse el derecho a la intimidad puesto que las personas filmadas no brindaron su consentimiento para que se efectúe dichas filmaciones?

¿O los vlavideos son pruebas ilícitas por vulnerarse el derecho a la intimidad pero que a pesar de esa ilicitud se deben valorar esos documentos audiovisuales de acuerdo al Test de Balancing o Ponderación de derechos en conflicto en el que se sacrificaría el derecho a la intimidad por ser de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al Jus Punendi del Estado (investigar, juzgar y sancionar penalmente a los responsables de delitos graves) por tener mayor peso constitucional, tomando en consideración las circunstancias concurrentes del caso?

Respecto a los vlavideos:

- No hay problema si se asume la postura de que los vlavideos son pruebas lícitas, en cuyo caso dichos videos se admiten y valoran en los procesos penales. Para esta postura, los vlavideos son pruebas lícitas porque las personas filmadas en dichos documentos audiovisuales podrían presumir razonablemente que podían ser filmados si tomamos en cuenta que las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) podían contar con cámaras de video vigilancia puesto que el SIN es una entidad estatal encargada de asuntos de inteligencia nacional en el Perú. Asimismo, es preciso destacar que el jurista Carlos Santiago Nino<sup>166</sup> sostiene que la intimidad – para otros privacidad – comprende aquellas acciones privadas que no dañan a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás. Las

---

<sup>166</sup> NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional” Astrea. Buenos Aires. 1992. Página 327

personas filmadas en los vladivideos no sostuvieron conversaciones vinculadas a la esfera de su intimidad o privacidad ya que el contenido de dichas comunicaciones eran delictivas y, por tanto, los delitos dañan a la sociedad en su conjunto y producen el resquebrajamiento del orden social. Los derechos fundamentales deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica, ya que si bien los hombres tienen derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar derecho a la intimidad cuando los actos filmados en los vladivideos son de carácter delictivo. El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran a que no haya impunidad frente a delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.

- En cambio, si se adopta la posición de que dichos documentos audiovisuales son pruebas ilícitas por vulnerar derechos fundamentales entonces existe un problema en cuanto a otorgarles o no eficacia probatoria. Nuestro ordenamiento jurídico no pretende que haya impunidad por lo que cuando hay conflicto entre 2 ó más derechos el Juzgador ponderará dichos derechos en colisión, debiendo sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar preferencia al derecho de mayor peso constitucional mediante el Test de Balancing; test que no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De acuerdo a lo expuesto, debe prevalecer el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en el que el Órgano Jurisdiccional expida resoluciones material y objetivamente

justas, evitándose la impunidad de aquéllos que cometen delitos graves

#### EJEMPLO N° 5: Caso PETROAUDIOS

En el segundo gobierno del presidente Alan García se propalaron en los diversos canales de televisión aquellas grabaciones de audio en el que Rómulo León Alegría y Alberto Quimper sostuvieron privadas conversaciones telefónicas de contenido delictivo. Dichas conversaciones se referían a graves actos de corrupción en amañadas licitaciones petroleras por parte del Estado Peruano. Estas grabaciones de audio fueron conocidas por la opinión pública peruana como los “petroaudios”.

En los citados petroaudios estamos ante una colisión de derechos que debe ponderarse según la Teoría del Equilibrio. Los derechos en conflicto serían: Por un lado, el derecho al secreto a las comunicaciones privadas entre Alberto Quimper y Rómulo León Alegría. Por otro lado, tenemos el derecho que tiene la sociedad de que el Estado – de acuerdo a su *ius Puniendi* - investigue, juzgue y sancione a los responsables de la comisión de los delitos graves involucrados en las amañadas licitaciones estatales de acuerdo a las informaciones de los petroaudios. En este caso nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuál derecho prima?. De acuerdo a los delitos graves involucrados en los petroaudios consideramos que debe primar el *ius Puniendi* del Estado en investigar, juzgar y sancionar a Rómulo León Alegría y Alberto Quimper por cuanto las conversaciones entre ellos no tienen nada que ver con aspectos de su esfera íntima sino por el contrario estas conversaciones versan sobre la concertación de graves delitos que ameritan una profunda investigación y una sanción justa.

Es preciso destacar que el jurista Carlos Santiago Nino sostiene que la intimidad – para otros privacidad – comprende aquellas acciones privadas que no dañan a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás.<sup>167</sup> Rómulo León Alegría y Alberto Quimper no sostuvieron conversaciones vinculadas a la esfera de su intimidad o privacidad ya que el contenido de dichas comunicaciones eran delictivas y, por tanto, los delitos dañan a la sociedad en su conjunto y producen el resquebrajamiento del orden social. Los derechos fundamentales – entre ellos, el secreto de las comunicaciones - deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica , ya que si bien los hombres tienen esos derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar derecho al secreto de las comunicaciones privadas cuando esas comunicaciones son de carácter delictivo.

El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran a que no haya impunidad frente a delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.<sup>168</sup>

### **3.2.3.1.5. La doctrina del nexo causal atenuado ( purged taint doctrine )**

La excepción del “purged taint” ( “ tinte diluido “ ) o también conocida como excepción del nexo causal atenuado<sup>169</sup> sostiene que los efectos de

---

<sup>167</sup> NINO, Carlos Santiago. .Ob. cit.Página 327.

<sup>168</sup> CARBONE, Carlos Alberto. “ Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba”. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005. Página 305.

<sup>169</sup> MARTINEZ GARCIA, Elena. “ Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”. Tirant lo Blanch . Valencia. 2003. Página 93

ineficacia probatoria de la prueba ilícita directa se han atenuado con respecto a la prueba derivada debido a cualquiera de los siguientes factores:

- a) El transcurso del tiempo entre la prueba ilícita inicial ( prueba ilícita directa) y la cuestionada prueba derivada
- b) La intensidad de la ilicitud primigenia.
- c) La cantidad de factores lícitos que intervienen en la cadena causal
- d) La voluntariedad proveniente de una confesión espontánea especialmente en los casos de detenciones ilegales.

La excepción del nexo causal atenuado considera casi inexistente la ilicitud en la prueba derivada y, por tanto, ésta ( prueba derivada ) puede ser admitida, actuada y valorada en un proceso<sup>170</sup>

Existe una diferencia importante entre la excepción de la fuente independiente y la denominada excepción del nexo causal atenuado. En la primera de ellas (excepción de la fuente independiente) nos encontramos ante la concurrencia de fuentes ilícitas y lícitas siendo éstas últimas ( pruebas lícitas ) independientes de aquellas pruebas ilícitas, es decir , existe desconexión causal entre las pruebas ilícitas y las pruebas independientes. En cambio, en la excepción del nexo causal atenuado, por más atenuado que se considere el nexo causal siempre existirá dicho nexo.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> MARTINEZ GARCIA, Elena. Ob. cit. Página 93.

<sup>171</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 125- 126

La excepción del nexo causal atenuado es una relativización o flexibilización de la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado por cuanto se trata de dar eficacia probatoria a la prueba indirecta o derivada.

La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica empleó la excepción del purged taint en el caso Wong Sun vs. USA (1963). En el mencionado caso, la Corte Suprema Federal decidió valorar una confesión realizada luego del ilegal arresto de una persona y a su puesta en libertad. La citada Corte Suprema consideró que la voluntariedad de la declaración y la advertencia que se le hizo al declarante respecto de sus derechos generaba la atenuación o debilitamiento de la relación causal entre la prueba ilícita inicial (el arresto ilegal) y la espontánea confesión posterior al mencionado arresto.<sup>172</sup>

En el acotado caso Wong Sun vs USA, la Suprema Corte estadounidense tuvo en cuenta que se produjo un allanamiento ilegal que implicó la detención de "A", quien acusó a "B" de haberle vendido droga; que luego se encontró la droga a "B", quien a su vez implicó a "C", quien consecuentemente fue detenido. "C" después de varios días fue puesto en libertad bajo fianza. "C" posteriormente regresó en forma voluntaria ante la autoridad policial y confesó haber cometido el delito de tráfico de drogas. Sobre los datos antes referidos, la Corte Suprema rechazó todas las pruebas salvo la última confesión ( la confesión de "C" ), recalcando que la voluntariedad del confesante, al que inclusive se le advirtió de sus derechos al declarar, introducían un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la lesión inicial. En este caso la lesión inicial era el allanamiento ilegal que implicó la detención de "A".<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano. "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal". Ad Hoc. Buenos Aires. 2002. Página 86.

<sup>173</sup> SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 70

En España también se ha empleado la excepción del nexo causal atenuado, tal como se aprecia en la sentencia del 25 de Enero de 1997, expedida por el Tribunal Supremo Español, la cual comentamos a continuación.

Una persona fue detenida debido a unas ilegales escuchas telefónicas. En el momento de la detención, a la persona no se le encontró droga alguna en su poder. Sin embargo, posteriormente el taxista, en cuyo automóvil la detenida fue transportada a la Comisaría, encontró entre el asiento y la puerta un paquete de droga que había sido dejado por la persona detenida.

El Tribunal Supremo Español consideró el hallazgo de la droga por el taxista como un elemento probatorio para condenar a la persona detenida.

Vemos pues que el Tribunal Supremo Español utilizó la excepción del nexo causal atenuado en la medida que sí había conexión causal entre las iniciales escuchas telefónicas ilícitas y el hallazgo de la droga por el taxista puesto que no se hubiera podido encontrar la mencionada droga si antes no se hubieran realizado las ilícitas escuchas telefónicas que originaron la detención.<sup>174</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Imaginemos – hipotéticamente – que en el aludido caso Wong Sun vs USA el allanamiento ilegal y las referidas confesiones de “A”, “B” y “C” hubieran sido filmados en documentos audiovisuales (videos) y que además el hallazgo de droga hubiera sido igualmente filmado. Al respecto nos formulamos la siguiente interrogante: ¿ Se valoran o no las acotadas filmaciones de video si

---

<sup>174</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Páginas 118-119  
CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 126

estas se introducen en el respectivo proceso penal ? Para responder a la mencionada pregunta tomemos en cuenta las siguientes consideraciones: El allanamiento ilegal es la prueba ilícita directa de la cual derivan las confesiones de “A”, “B” y “C” por lo que dichas confesiones podrían ser consideradas pruebas ilícitas por derivación. Consideramos que para valorar los acotados videos es más adecuado tomar en cuenta la teoría del equilibrio o proporcionalidad en el que el Juzgador debe ponderar los derechos en conflicto, sacrificando el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional. En el ejemplo citado tenemos los siguientes derechos en conflicto: Por un lado, el derecho de la sociedad a que se investigue, juzgue y sancione a los responsables del delito de narcotráfico, evitándose la impunidad de este delito grave; por otro lado, tenemos el derecho que alegarían los narcotraficantes a que el referido allanamiento no cumple con los correspondientes requisitos procesales. Al respecto consideramos que el Órgano Jurisdiccional, en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, debe valorar los aludidos videos dando mayor prevalencia al derecho que tiene la sociedad a que se investigue, juzgue y sancione a los responsables del referido tráfico de drogas.

- Asimismo, supongamos que en el caso que dio origen a la comentada sentencia del 25 de Enero de 1997, expedida por el Tribunal Supremo Español, la policía hubiera filmado el hallazgo de droga que se produjo luego de una intervención telefónica ilegal. Sostuvimos que de acuerdo a la doctrina del nexo causal atenuado dicho tribunal valoró dicho hallazgo de sustancias estupefacientes, por lo que se valoraría esos videos en caso que hipotéticamente se hubiera filmado dicho hallazgo en documentos audiovisuales.

También es menester señalar que los aludidos videos también pueden valorarse de acuerdo a la teoría del equilibrio o proporcionalidad en el que el Juzgador debe ponderar los derechos en conflicto con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional en aras de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. En el citado ejemplo, los derechos en conflicto son: Por un lado, el derecho del detenido al secreto de sus comunicaciones telefónicas privadas y, por otro lado, el derecho de la sociedad a que el Estado – de acuerdo a su *Ius Puniendi* - investigue, juzgue y sancione a los responsables del delito de narcotráfico, evitándose la impunidad. El Juzgador, en el caso concreto, debe dar mayor prevalencia al *Ius Puniendi* del Estado para investigar, juzgar y sancionar a los responsables del delito de tráfico de drogas

#### **3.2.3.1. 6. Excepción de la prueba ilícita in bonam partem ( o infracción constitucional beneficiosa para el imputado )**

Esta excepción considera que una prueba ilícita debe admitirse y valorarse en el proceso cuando es beneficiosa para el imputado debido a que ningún inocente debe ser condenado.<sup>175</sup>

La excepción de la prueba ilícita in bonam partem debe estar destinada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso. Ello supone que nada impediría que aquellos datos claramente exculpativos

---

<sup>175</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 128-129

obtenidos en la práctica de una prueba ilícita pudieran ser utilizados para acreditar la inocencia de un acusado.<sup>176</sup>

En el Perú, el artículo VIII. 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 establece que “ la observancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”, lo cual indica que el citado precepto ha introducido la excepción de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado ( o también llamada excepción de la prueba ilícita in bonam partem ).<sup>177</sup> Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en Diciembre de 2004 los vocales superiores del Perú aprobaron por unanimidad la admisión de esta excepción pues “ las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra “

Es menester precisar que si el fundamento de la regla de exclusión probatoria es la prevalencia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico entonces en nombre de dicha regla no se puede condenar a un inocente.<sup>178</sup>

Miranda Estrampes está a favor de la acotada excepción y toma como ejemplo el siguiente:

Supongamos que existe una eventual ilicitud de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. Sin embargo, ello no impide en absoluto que ésta (ilícita diligencia de entrada y registro) despliegue plenos efectos

---

<sup>176</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 128-129

DIAZ CABIALE , José Antonio y MARTIN MORALES, Ricardo. “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”. Civitas. Madrid. 2001. Página 198.

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel y MARCHENA GOMEZ, Manuel. “ La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal”. Editorial Comares. Granada. 1996. Páginas 148-150

MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. Página 109

<sup>177</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 128

<sup>178</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 128

probatorios a favor del reo si, por ejemplo, en el registro se descubrieron elementos que apoyan una coartada o, en general, cualquier dato de significado exculpatario. Ello supone – verbigracia – que si en el allanamiento ilegal se encuentra documentación que acredita la inocencia del imputado o aporta elementos de descargo entonces dicha evidencia no podrá ser excluida debido a su origen ilícito.<sup>179</sup>

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Pongamos el siguiente ejemplo que podría servir de ilustración: Imaginemos que la declaración del imputado está siendo filmada en un documento audiovisual sin la asistencia de su abogado defensor y en la acotada declaración no reconoce responsabilidad alguna sino más bien aporta elementos que acreditan su inocencia o sirven de descargo. En este ejemplo no podrá ser invalidada la mencionada declaración con el argumento de no haber contado con la asistencia de su abogado defensor. Es importante destacar que el derecho de defensa técnica es una garantía a favor del procesado, por lo que su inobservancia no debería jugar en su contra.<sup>180</sup>
- Lozano - Higuero Pinto se muestra favorable a esta excepción y para ello sustenta su posición con el siguiente ejemplo: Supongamos que mediante una ilegal interceptación telefónica se descubre que el interceptado “A” es el autor del delito por el que se encuentra inculpada otra persona ( “B “). Aplicando la excepción de la prueba ilícita in bonam partem podría liberarse del proceso al

---

<sup>179</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Página 102

<sup>180</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 128

erróneamente inculpado ( persona “B”), pero esa sola prueba ilícita – la ilegal interceptación telefónica - no podría ser utilizada para condenar a la persona “A”.<sup>181</sup>

### **3.2.3.1.7. La excepción de la destrucción de la mentira del imputado.**

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado consiste en que se podrá admitir y utilizar la prueba ilícita por la parte acusadora en el proceso únicamente cuando dicha prueba sirva para destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio. Sin embargo, la citada prueba ilícita no podrá ser empleada para acreditar la culpabilidad de dicho imputado.<sup>182</sup>

A manera de ilustración, mencionemos el siguiente ejemplo:

El imputado “A” efectúa una declaración antes del Juicio Oral, sin la participación de su abogado defensor, en la que admitió ser culpable de todos los cargos imputados. Luego, en el Juicio Oral el citado acusado declaró que es inocente de dichos cargos. Al respecto, el fiscal –parte acusadora – pretende que se desacredite la versión exculpatoria del imputado debido a sus declaraciones contradictorias ya que en su anterior declaración – previa al Juicio Oral – manifestó que era culpable de todos los cargos imputados, mientras que en el juicio oral sostuvo que era inocente de dichos cargos. Por lo tanto, el fiscal buscará probar que el

---

<sup>181</sup> LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel. “ Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español”. Revista Universitaria de Derecho Procesal. U.N.E.D., número 4 especial. Madrid. 1990. Página 458.

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel. “ Introducción al Derecho Procesal”. Ministerio de Justicia de España, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid. 1990. Página 106.

<sup>182</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 130.

HAIRABEDIAN, Maximiliano. “ Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal” Ad Hoc. Buenos Aires. Página 100

imputado está mintiendo y para ello pretenderá que se admita y utilice la acotada prueba ilícita solamente para acreditar que el imputado está mintiendo pero no para probar su culpabilidad.

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado ha sido empleada en diversos casos por la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica , entre ellos:

1. Walder vs. USA ( 1954 ): En este caso, el acusado había negado rotundamente haberse dedicado a la venta de estupefacientes, además de afirmar que nunca había estado en posesión de drogas. Sin embargo, al acusado se le llegó a encontrar heroína en un hallazgo anterior, que provino de un allanamiento ilegítimo. La Corte admitió que el fiscal introduzca en el debate lo relacionado a dicho hallazgo anterior de heroína en poder del acusado con la finalidad que el fiscal probara que el acusado estaba mintiendo.<sup>183</sup>

En lo que atañe al Perú – aunque de modo no vinculante - en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en Diciembre de 2004, los vocales superiores del Perú aprobaron por mayoría la excepción de la destrucción de la mentira del imputado, siempre y cuando la prueba ilícita no se use para probar la culpabilidad del imputado sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado. Ello supone que se pueda valorar aquella prueba ilícita si únicamente sirve para desacreditar la credibilidad de las afirmaciones efectuadas en juicio por el acusado.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit. Página 100

<sup>184</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 130-131.

Para un sector de la doctrina, el imputado tiene el derecho a mentir y no autoincriminarse. Sin embargo, también es cierto que el fiscal tiene todo el derecho de probar que el imputado miente. Según Castro Trigos<sup>185</sup>, la cuestión es distinta en los Estados Unidos de Norteamérica donde el imputado, cuando decide declarar, lo hace bajo juramento, lo cual significa que no le está permitido mentir puesto que, de hacerlo, incurre en delito de perjurio.

En lo que atañe a los documentos audiovisuales tomemos en cuenta las siguientes consideraciones:

- Imaginemos que antes del Juicio Oral el imputado “A” efectuó su declaración sin la participación de su abogado defensor. En dicha declaración manifestó que era culpable de todos los cargos. La acotada declaración fue filmada en un documento audiovisual en presencia del Ministerio Público. Posteriormente en el Juicio Oral el aludido imputado declaró ser inocente de todos los cargos. Al respecto cabe formularnos la siguiente interrogante: ¿Qué valor probatorio damos a dicho documento audiovisual? De acuerdo a la excepción de la destrucción de la mentira del imputado, dicho documento audiovisual podrá ser utilizado por la parte acusadora (Ministerio Público) únicamente para desvirtuar la declaración del imputado en el Juicio Oral. Sostuvimos que para un sector de la doctrina, el imputado tiene el derecho a mentir y no autoincriminarse, sin embargo, también es cierto que el Ministerio Público tiene todo el derecho de probar que el imputado miente. Ese documento audiovisual debería ser valorado por el Órgano Jurisdiccional de acuerdo a las consideraciones expuestas.

---

<sup>185</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 131.

### **3.2.3.1.8. La teoría del riesgo**

La excepción de la Teoría del Riesgo sostiene que se debe admitir y valorar aquellas grabaciones o filmaciones que hayan sido consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación telefónica propia. Ello supone que cuando una determinada persona de manera voluntaria se reúne con otra con la finalidad de revelar sus actividades delictivas entonces está asumiendo el riesgo de ser delatado.<sup>186</sup>

El profesor Asencio Mellado <sup>187</sup> nos cuenta sobre una sentencia del Tribunal Supremo Español, expedida el 1 de Marzo de 1996, en la que en su parte considerativa declaró que:

- a) En el caso lo cuestionado era una grabación de una conversación entre 4 personas realizada subrepticamente por una de ellas.
- b) El citado Tribunal asume el argumento de la teoría del riesgo al sostener que “ es evidente que quien libremente comunica a otro una cosa entonces corre el riesgo cierto de que éste último la revele “

---

<sup>186</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 131-132

<sup>187</sup> ASCENCIO MELLADO, José María. “ Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones de audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000” en José María Asencio ( Director), “Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los vladivideos”. Grijley. Lima. 2008. Página 66

Torquato Avolio <sup>188</sup> sostiene que la prueba obtenida a través de grabaciones clandestinas sería perfectamente admisible porque cualquiera puede grabar su propia conversación.

Cabe precisar que la teoría del riesgo se aplica en el campo de acción en el que la fuente de prueba es obtenida y aportada por los particulares. Ello supone que cuando son los particulares quienes aportan las grabaciones o filmaciones entonces estamos refiriéndonos a una situación extraprocesal. <sup>189</sup>

Lo antes expuesto permite determinar que la Teoría del Riesgo incorpora al proceso información obtenida por los particulares sin que exista vulneración de los derechos a la intimidad y el secreto de las comunicaciones de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- a) Existe voluntariedad por parte de los interlocutores o contertulios pues nadie los obliga a manifestar o expresar sus pensamientos. <sup>190</sup>
  
- b) El núcleo central de la Teoría del Riesgo consiste en lo siguiente: Quien revela a su interlocutor situaciones que lo puedan comprometer entonces asume el riesgo de ser denunciado o delatado y - por tanto - que dicha conversación trascienda de su ámbito inicial <sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. Editora Revista Dos Tribunais. Sao. Paulo. 1995. Páginas 101-102

<sup>189</sup> CARBONE, Carlos Alberto. “ Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba” Rubinzal- Culzoni Editores. Santa Fe. 2005. Páginas 273-274

<sup>190</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 134

MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas. Madrid. 1993. Páginas 127-135.

<sup>191</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 134

MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 127-135

- c) El secreto de las comunicaciones está referido a la garantía contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación. No existe secreto de las comunicaciones entre los intervinientes de dichas conversaciones.<sup>192</sup>
- d) No se aplica la Teoría del Riesgo para las declaraciones efectuadas ante interlocutores que están obligados a guardar reserva de lo escuchado debido al secreto profesional tales como sacerdotes, abogados defensores, psicólogos entre otros<sup>193</sup>
- e) En los casos en que la víctima de un delito - como por ejemplo cohecho o extorsión – graba o filma su propia conversación con el delincuente, dicha grabación o material fílmico puede aportarse en un proceso sin que se exija que la víctima tenga que obtener previamente una orden judicial para reconocer validez a dicha grabación o filmación.<sup>194</sup>
- f) La Teoría del Riesgo no es propiamente una excepción a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita por cuanto la obtención y aprovechamiento de la información lograda no supone vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Ello supone que por aplicación de la Teoría del Riesgo se realiza un aporte legítimo de elementos probatorios por parte de los particulares que intervienen en la comunicación.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 134  
MARTINEZ DE PISON CAVERO, Ob. cit. José. Páginas 127-135

<sup>193</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 134  
MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Páginas 127-135

<sup>194</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 134

<sup>195</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 134-135  
MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Páginas 127-135

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional realizado en la ciudad de Trujillo, en Diciembre de 2004, se sostuvo que el criterio de la Teoría del Riesgo admite la validez de la información probatoria lograda a través de cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente y uno de los hablantes es el autor de la conversación, pudiendo ser válida la grabación o filmación, asimismo tendrá validez el testimonio realizado de manera posterior a dicha filmación o grabación.

En lo que atañe al agente encubierto, se sostiene que si bien los Jueces Superiores en lo Penal del Perú reconocen que existe una fuerte oposición para dar validez a la información obtenida por la vía del agente encubierto, también es cierto que en el Acta del 11 de Diciembre de 2004 correspondiente a aquel Pleno en Trujillo, los acotados magistrados sostuvieron que debido a la popularidad de dicha metodología en la investigación de delitos se admite la validez de la misma pues “ los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita puede ser infiltrada por agentes encubiertos y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello personas no tan confiables, ni medios de comunicación fiables “<sup>196</sup>

En la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional Español ha expedido la sentencia 114/ 1984, de 29 de noviembre en que se esmera en un punto importante en la delimitación del secreto de las comunicaciones al declarar lo siguiente:

“Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación. La presencia de un elemento ajeno a aquellos

---

<sup>196</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 132

entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito inconstitucional aquí perfilado “.<sup>197</sup>

La acotada sentencia del Tribunal Constitucional Español considera que no puede oponerse el secreto de las comunicaciones frente a quien tomó parte en la comunicación misma, es decir, sólo los terceros ajenos a la comunicación no deben vulnerar el secreto a la comunicación. Sin embargo, cabe señalar que si el receptor de la comunicación revela a otro lo comunicado no vulnerará el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio que lo transmitido puede versar sobre algo íntimo de su interlocutor en cuyo caso puede debatirse si ha habido un atentado al derecho a la intimidad del interlocutor. De acuerdo a la citada sentencia, el secreto a la comunicación debe entenderse como “ secreto “ en sentido “ formal “ frente a personas ajenas a la comunicación ya que no se puede hablar de secreto en sentido formal entre personas que participan en la conversación.<sup>198</sup>

Caso distinto son aquellas conversaciones que son grabadas o filmadas clandestinamente por terceros ( ajenos a dichas conversaciones ) en un lugar privado (como por ejemplo una oficina o un domicilio) sin que en dichas conversaciones los contertulios o interlocutores hayan brindado su consentimiento. En este caso la ilicitud consiste en la ausencia de conocimiento y consentimiento por parte de al menos uno de los interlocutores. En este supuesto de hecho no se aplica la Teoría del Riesgo puesto que la grabación o filmación no fue realizada por uno de los interlocutores o contertulios sino que la acotada filmación o grabación fue efectuada por terceros ajenos a dicha comunicación. Por ejemplo: En el segundo gobierno del presidente Alan García se propalaron en los diversos canales de televisión aquellas grabaciones de audio en el que Rómulo León Alegría y Alberto Quimper sostuvieron privadas

---

<sup>197</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 130.

<sup>198</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 130-135.

conversaciones telefónicas de contenido delictivo. Dichas conversaciones se referían a graves actos de corrupción en amañadas licitaciones petroleras por parte del Estado Peruano. Estas grabaciones de audio fueron conocidas por la opinión pública peruana como los “petroaudios “. Sostuvimos - cuando sustentamos la teoría del equilibrio o proporcionalidad - que en los citados petroaudios estamos ante una colisión de derechos que debe ponderarse . Los derechos en conflicto serían: Por un lado, el derecho al secreto a las comunicaciones privadas entre Alberto Quimper y Rómulo León Alegría. Por otro lado, tenemos el derecho de la sociedad de que el Estado – de acuerdo a su *ius Puniendi* - investigue, juzgue y sancione a los responsables de la comisión de los delitos graves involucrados en las amañadas licitaciones estatales de acuerdo a las informaciones de los petroaudios. En este caso nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuál derecho prima?. De acuerdo a los delitos graves involucrados en los petroaudios consideramos que debe primar el *ius Puniendi* del Estado en investigar, juzgar y sancionar a Rómulo León Alegría y Alberto Quimper por cuanto las conversaciones entre ellos no tienen nada que ver con aspectos de su esfera íntima sino por el contrario estas conversaciones versan sobre la concertación de graves delitos que ameritan una profunda investigación y una sanción justa. Es preciso destacar que el jurista Carlos Santiago Nino<sup>199</sup> sostiene que la intimidad – para otros privacidad – comprende aquellas acciones privadas que no dañan a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás. Rómulo León Alegría y Alberto Quimper no sostuvieron conversaciones vinculadas a la esfera de su intimidad o privacidad ya que el contenido de dichas comunicaciones eran delictivas y, por tanto, los delitos dañan a la sociedad en su conjunto y producen el resquebrajamiento del orden social. Los derechos fundamentales – entre ellos, el secreto de las comunicaciones - deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica , ya que si bien los hombres tienen

---

<sup>199</sup>NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Astrea. Buenos Aires.1992. Página 327.

esos derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar derecho al secreto de las comunicaciones privadas cuando esas comunicaciones son de carácter delictivo. El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran a que no haya impunidad frente a delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.

#### **3.2.3.1.9. La renuncia del interesado**

Esta excepción está referida a que el interesado efectúa la renuncia a la protección de sus derechos fundamentales en lo que atañe a la inviolabilidad del domicilio y a no inculparse.

En lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio, el asunto central radica en determinar si el consentimiento convalida o no el allanamiento y registro cuando son efectuados sin orden judicial, fuera de los casos de flagrancia.<sup>200</sup>

Al respecto hay dos posturas:

- a) Una posición doctrinaria sostiene que la inviolabilidad del domicilio es irrenunciable y por ende el allanamiento consentido está viciado de ilicitud en lo que atañe a la obtención de dicha fuente de prueba.
- b) La otra postura postula la validez de la prueba obtenida puesto que al existir consentimiento por parte del interesado entonces ya no se puede hablar de allanamiento. En el Perú se ha adoptado esta postura tal como lo preceptúa el artículo 2 inciso 9 de la Constitución Política al establecer que entre las formas válidas de ingreso y registro de un domicilio tenemos cuando éste proviene de mandato judicial o cuando ha habido autorización del interesado

---

<sup>200</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 135-136

( se debe entender por interesado a aquella persona que habita en el inmueble )

De acuerdo con la última postura surgen una serie de interrogantes, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

- ¿ Qué sucedería si el propietario de un predio alquilado es quien otorga el consentimiento? Al respecto, dicho consentimiento es inválido debido a que la única persona legitimada para otorgar dicho consentimiento es el arrendatario o inquilino, es decir, el habitante de dicho predio<sup>201</sup>
- ¿Es suficiente la falta de oposición del interesado para que se constituya el consentimiento? La doctrina mayoritaria sostiene que la falta de oposición no constituye consentimiento ya que es necesario que el consentimiento se otorgue con anterioridad a la entrada en el domicilio. Además es menester precisar que la ausencia de reparos puede deberse, entre otros factores, a la falta de comprensión del habitante del inmueble sobre los alcances jurídicos del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o cuando los moradores están dormidos en el momento en que se realiza el allanamiento y registro.<sup>202</sup>
- ¿Es suficiente el consentimiento tácito?. Es difícil admitir como regla general el consentimiento tácito ya que no existe una exteriorización expresa de la manifestación del interesado dirigida a consentir el ingreso. El consentimiento tácito para la autorización de entrada debe ser deducida a partir de ciertos actos o el

---

<sup>201</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 136-137

<sup>202</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 137

RODRIGUEZ SOL, Luis. “ Registro domiciliario y prueba ilícita”. Editorial Comares. Granada. 1998. Página 94.

comportamiento anterior, coetáneo y posterior del legitimado.<sup>203</sup> Un ejemplo de consentimiento tácito sería el caso de un acusado que después del registro domiciliario nada diga sobre dicho registro no consentido en sus declaraciones posteriores ante la policía, el fiscal y luego ante el juez a pesar que dichas declaraciones fueron manifestadas con la intervención de su abogado . ¿ Qué hubiera ocurrido si dichas declaraciones hubieran sido grabadas o filmadas en documentos audiovisuales por los diversos medios de comunicación? La doctrina mayoritaria sostiene que en caso de duda sobre el otorgamiento de consentimiento debemos considerar que la entrada no ha sido autorizada.

Sostuvimos que la excepción materia de análisis está referida a que el interesado efectúa la renuncia a la protección de sus derechos fundamentales en lo concerniente a la inviolabilidad del domicilio y a no inculparse.

En lo que atañe a que el interesado no debe autoincriminarse, la doctrina postula que no se deben emplear métodos como el narcoanálisis, la hipnosis, el suero de la verdad, entre otros, con la finalidad de ser aplicados para obtener declaraciones ya que dichos métodos vulneran el derecho a la no inculcación.<sup>204</sup>

De acuerdo con el párrafo precedente surge una interrogante: ¿Qué ocurriría si el interesado consiente la práctica de dichos métodos y el resultado no le favorece sino todo lo contrario, es decir, lo desfavorece? ¿Qué sucede si el interesado declara luego de la práctica de alguno de esos métodos y su declaración es filmada o grabada en medios

---

<sup>203</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 137

RODRIGUEZ SOL, Luis. Ob. cit.. Página 94.

<sup>204</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 137-138.

audiovisuales? Podría ser discutible validar este tipo de métodos orientados a la búsqueda de elementos incriminatorios puesto que atentan contra el principio de dignidad humana y el derecho de no autoincriminación.

¿Pero qué sucedería si la declaración manifestada es de tal importancia debido a que se relata la existencia de un delito muy grave como por ejemplo secuestro, homicidio, narcotráfico, entre otros? Algunos sostienen que lo más razonable sería la aplicación de la teoría del equilibrio como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Dicha teoría se sustenta en el principio de proporcionalidad o Test de Balancing, en el que se pondera los derechos en conflicto. Dicha ponderación tendrá por finalidad sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, tomándose en cuenta las circunstancias concurrentes del caso concreto.<sup>205</sup>

#### **3.2.3.1.10. La “plain view doctrine “ y los campos abiertos**

No hay problema alguno cuando el mandato judicial autoriza de manera expresa el allanamiento con una finalidad determinada. Sin embargo, la situación varía cuando la autorización judicial ha sido librada para la incautación de mercadería de contrabando y resulta que la policía encuentra en el lugar, de manera circunstancial, una cantidad de drogas.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob.cit. Páginas 117-118, 124-125

GONZALES- CUELLAR SERRANO. Ob. cit. Página 17

<sup>206</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 138

La jurisprudencia estadounidense ha elaborado la llamada “plain view doctrine “ ( doctrina de la “vista directa “ o de la “ simple vista “ ). La acotada doctrina se aplica para dar validez a aquellos secuestros de objetos y efectos que no están expresamente `previstos en la orden judicial librada para el caso pero que los funcionarios autorizados encuentran circunstancialmente en el lugar materia de allanamiento y que pueden ser apreciados a simple vista.<sup>207</sup>

Con el avance de la tecnología, se suelen filmar o grabar en medios audiovisuales estos allanamientos por parte de los funcionarios policiales. Incluso, en algunas oportunidades la acotada filmación o grabación puede ser efectuada por los medios de comunicación o incluso por particulares que emplean sus celulares con cámaras de video y/o audio, quienes se encuentran en las inmediaciones donde se realizan estos allanamientos. Esas grabaciones o filmaciones pueden ser aportadas al proceso de acuerdo a la doctrina de la “simple vista “ ( o “plain view “ doctrine ).

Una variante de la acotada doctrina de la “simple vista “ es la denominada excepción de los “campos abiertos “, también de origen estadounidense.

La excepción de los campos abiertos se refiere a las incautaciones de drogas sin orden judicial debido a que estas drogas están ubicadas en campos abiertos o al aire libre<sup>208</sup>, como por ejemplo, las plantaciones de amapola, marihuana y coca en la selva. Hoy en día, los medios de comunicación a través de sus investigaciones periodísticas - mediante el uso de sofisticadas cámaras de audio y video - han detectado plantaciones de droga a nivel mundial. Esas investigaciones periodísticas han contribuido para que se realicen allanamientos en campos abiertos y se otorgue valor probatorio a dichas grabaciones audiovisuales

---

<sup>207</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 138

<sup>208</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 138

asumiendo la postura jurisprudencial estadounidense de la doctrina de los campos abiertos, la cual contribuye sustantivamente en la lucha contra el narcotráfico.

**3.2.3.1.11. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros ( o infracción constitucional ajena )**

Según esta excepción se ha postulado la posibilidad de utilizar válidamente una prueba obtenida directamente con vulneración de derechos fundamentales con la finalidad de condenar a imputados que no hayan sufrido dicha vulneración,

El fundamento de la excepción materia de análisis se sustenta en la siguiente consideración :

- a) La inexistencia de identidad entre el titular del derecho fundamental y el tercero contra quien se hace valer la prueba así obtenida<sup>209</sup>

Ello implica la existencia de una desconexión entre la vulneración del derecho y la condena.

En los Estados Unidos de Norteamérica se le conoce como excepción del “standing”, mientras que en Alemania se le denomina “Rechtskreistheorie” (o “teoría del ámbito de los derechos”).<sup>210</sup>

La acotada teoría del ámbito de los derechos establece que la validez de la prueba ilícita depende de si la vulneración afecta esencialmente el

---

<sup>209</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 139

<sup>210</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Página 139

ámbito de derechos del interesado o solamente es de una importancia secundaria o sin importancia alguna en la realidad. Al amparo de la mencionada teoría sería posible valorar una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental de “A” con la finalidad de condenar a “B” puesto que dicha lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos de “B”.<sup>211</sup>

La “Rechtskreistheorie” (o “teoría del ámbito de los derechos”) ha sido duramente criticada por Claus Roxin <sup>212</sup>debido a las siguientes razones:

- Resulta irrelevante para la valoración de la prueba ilícita que el derecho lesionado corresponda a un tercero.
- Todas las personas tienen derecho a un proceso con todas las garantías. El proceso quedaría debilitado si se admitiera la validez de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sólo porque en el caso concreto tales derechos pertenecen a un tercero.

Por su parte Fabricio Guariglia<sup>213</sup> también critica dicha teoría , afirmando que se pueden llegar a situaciones absurdas. Para ello cita el siguiente ejemplo: Se abre un proceso penal contra “A” y “B”. Ambos son interrogados por el juez sin la previa y obligatoria advertencia de su derecho a no declarar. En dicha diligencia “A” y “B” aceptan los cargos. Posteriormente, el juez se da cuenta del error y vuelve a interrogarlos pero esta vez “A” y “B” se retractan y se niegan a declarar nuevamente.

---

<sup>211</sup> DANNECKER, Gerhard. “ Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán”. En Autores Varios. “ La prueba en el proceso penal oral.” Coloma Correa, Rodrigo (Editor) Lexis Nexis. Santiago. 2003. Página 195

ROXIN, Claus. “ Derecho procesal penal “. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Página 192.

<sup>212</sup> ROXIN, Claus. Ob. cit. Página 193.

<sup>213</sup> GUARIGLIA, Fabricio. “ Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”. Editores del Puerto. Buenos aires. 2005. Página 175.

El juez condena a ambos ( “A” y “B”) aplicando la teoría del ámbito de derechos por la cual:

- No puede valorar la declaración de “A” en su contra , pero sí en contra de “B”
- Viceversa, no puede valorar la declaración de “B” en su contra, pero si para condenar a “A”.

Algún sector de la doctrina sostiene que las declaraciones de “A” y “B” se podrían valorar dependiendo de la trascendencia de las manifestaciones expresadas. Por ejemplo si “A” ha declarado que “A” y “B” son autores de un delito grave – por ejemplo, homicidio - y por su parte “B” también ha declarado que “A” y “B” son culpables de dicho homicidio, entonces si bien es cierto que el juez al interrogar a ambos no les hizo la previa y obligatoria advertencia de su derecho a no declarar también es cierto que ambas declaraciones vertidas versan sobre un delito grave. Por tanto, de acuerdo a la teoría del equilibrio o ponderación de derechos en conflicto se sacrificaría el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias que concurren en el caso concreto.

Consideramos que de acuerdo a las circunstancias concurrentes, debe prevalecer las declaraciones inculpativas de “A” y “B”.

En lo que atañe a los documentos audiovisuales, en relación a la excepción de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, nos formulamos las siguientes interrogantes:

- ¿Qué hubiera sucedido si las declaraciones de “A” y “B” hubieran sido filmadas previas al Juicio Oral a través de medios audiovisuales?

- ¿Podemos privar de eficacia probatoria a esas declaraciones filmadas simplemente por el hecho de que fueron manifestadas sin la previa advertencia de su derecho a no declarar?

Consideramos que el Poder Judicial debe administrar justicia con rectitud y que si bien las declaraciones de “A” y “B” fueron dadas sin la acotada advertencia también es cierto afirmar que éstas fueron manifestadas delante del Juez y sin que exista coacción física o psicológica; por lo que aplicando la “Teoría de la Ponderación de Derechos en Conflicto” no se debe privar de eficacia probatoria a esas declaraciones inculcatorias de “A” y “B” que fueron filmadas ante el Juez.

En lo que atañe a la judicatura peruana, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros - o también conocida como la infracción constitucional ajena, basada en la “Rechtskreisstheorie” (o “teoría del ámbito de los derechos”) - ha sido adoptada por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004. Para este sector de la judicatura peruana, es posible utilizar válidamente aquella prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales para condenar a imputados que no hayan sufrido dicha vulneración.

### **3.2.3.2 La legislación peruana en lo que atañe a las excepciones de exclusión probatoria de la prueba ilícita y su relación con los documentos audiovisuales**

Diera la impresión que la legislación peruana no permite que se establezcan excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita tal como está redactado el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 cuyo tenor es el siguiente:

“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal ( ... ) “

El citado artículo 2 inciso 10 de la Constitución Peruana de 1993 al establecer que carecen de efecto legal aquellas comunicaciones y documentos privados que hayan sido obtenidos con violación del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pueden generar diversos problemas tal como a continuación reseñaremos:

- Si al vulnerarse el secreto y/o inviolabilidad de las comunicaciones privadas se descubre la comisión de delitos de gravedad: ¿ Qué respuesta da el Derecho para evitar los casos de impunidad si interpretamos literalmente el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Peruana de 1993 ? ¿Cómo se protegen los derechos de la sociedad ante los casos de comisión de delitos graves que podrían quedar impunes si los magistrados aplicaran literalmente el artículo 2 inciso 10

de la Constitución? ¿Los magistrados podrían aplicar el Test de Balancing para ponderar los derechos constitucionales en conflicto y lograr, así, la expedición de resoluciones judiciales justas? Para responder a las acotadas interrogantes debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones: Los jueces están con la “Espada de Damocles” pues si aplican literalmente el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 entonces sus resoluciones pueden generar la impunidad de muchos delincuentes. Por otro lado, si los jueces en sus resoluciones aplican las correspondientes excepciones a la regla de exclusión probatoria podrían ser acusados de prevaricato. Ante esta “Espada de Damocles” proponemos que el acotado dispositivo constitucional sea modificado con la finalidad que se tomen en consideración las apropiadas excepciones a la regla de exclusión probatoria entre ellas la teoría del equilibrio o proporcionalidad - y de esta manera los magistrados puedan administrar justicia de manera adecuada.

La aludida propuesta de modificación del artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 sería la siguiente:

“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Como regla general se establece que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal salvo las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria:

1. Principio de Proporcionalidad: Mediante este principio, el Órgano jurisdiccional competente efectuará una ponderación de los derechos en conflicto sacrificando el derecho o derechos de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto
2. Excepción de la prueba ilícita in bonam partem
3. La destrucción de la mentira del imputado
4. La excepción de la plain view doctrine y los campos abiertos

Cabe precisar que la valoración de las acotadas pruebas también tienen su sustento en el sistema de la “sana crítica racional”.<sup>214</sup> Las características fundamentales de este sistema son:

- A diferencia del sistema de la prueba tasada - en el que la ley predetermina de antemano el valor que se asigna a determinadas pruebas -<sup>215</sup>, en el sistema de la sana crítica racional se da la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el Juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> JAUCHEN, Eduardo. “ Tratado de la prueba en materia penal”. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005. Páginas 48-50

<sup>215</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob.cit. Página 47

<sup>216</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit Página 48

- La sana crítica racional no implica, de ninguna manera, arbitrariedad del Juzgador ya que éste debe valorar las pruebas fundando su decisión no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común, las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. En la decisión adoptada el magistrado debe imperativamente - según las reglas de la lógica - argumentar cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión en su resolución.<sup>217</sup>

---

<sup>217</sup> JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit. Páginas 48-49

## **CAPÍTULO 4**

### **LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS EN LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTOS AUDIOVISUALES Y SU INTERRELACIÓN CON LA VALORACIÓN PROBATORIA DE DICHOS DOCUMENTOS**

#### **4.1. Concepto de garantías constitucionales**

Para entender el concepto de garantías constitucionales debemos tomar en cuenta las siguientes consideraciones que han surgido en la historia :

- En el siglo XVIII los textos constitucionales de Estados Unidos y Francia tienen su fuente de inspiración jurídico – filosófica en el iusnaturalismo racionalista ya que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración Francesa de 1789 contienen referencias expresas a los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Al respecto como sostiene Peces-Barba<sup>218</sup>, la expresión “ derechos naturales “ supone : a) unos derechos previos al poder y al derecho positivo, es decir, los derechos naturales son preexistentes al Estado b) que como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica c) se descubren por la razón en la naturaleza humana d) se imponen a todas las normas del derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción
- 
- En el siglo XIX surgió la corriente positivista como una reacción al iusnaturalismo. El positivismo empleó la expresión “libertades públicas” (libertés publiques ) en vez de derechos naturales. La expresión “libertades públicas” se utilizó para significar unos derechos públicos subjetivos reconocidos en un sistema jurídico positivo y que eran eficaces según lo dispuesto en las normas positivas de ese sistema jurídico.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> PECES-BARBA, Gregorio. “ Curso de derechos fundamentales”. Teoría general”. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999. Página 26.

<sup>219</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “ Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general “. Palestra Editores. 2005. Páginas 37-38.

- Las expresiones antes aludidas referidas a derechos naturales (propia del iusnaturalismo), derechos públicos subjetivos o libertades públicas (correspondiente a la corriente positivista) tienen en común que son términos más bien históricos cuya formulación se liga a una determinada ideología sobre los derechos del hombre.<sup>220</sup> Sin embargo, éste no es el único grupo de términos que se suelen emplear para hacer referencia a los derechos de la persona. Existen otras expresiones que ni a priori ni tan claramente suponen una alusión directa a una determinada ideología filosófica. En efecto, expresiones como Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales, Garantías Constitucionales están vinculadas a la práctica jurídica y judicial antes que al discurso empleado en debates filosóficos.<sup>221</sup>
- Derechos Humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos.<sup>222</sup> El origen histórico del término derechos humanos lo tenemos en el año 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial. Asimismo tenemos importantes Declaraciones y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, entre otros.
- Derechos Fundamentales son los derechos humanos positivados dentro de un concreto ordenamiento jurídico. No todos los

---

<sup>220</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 37- 38

<sup>221</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 37- 38

<sup>222</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Página 40

ordenamientos jurídicos tienen todos los mismos derechos fundamentales ya que es importante precisar que los derechos fundamentales tienen que ser determinados positivamente. Al respecto Pérez Luño<sup>223</sup> realiza el siguiente ejemplo didáctico para entender las expresiones de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales: “ Mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplo de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi (...) carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales ya que el ordenamiento jurídico alemán nazi no reconocía positivamente tales derechos “.

- Derechos Constitucionales son el conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional. <sup>224</sup> En países como el Perú, los derechos fundamentales están reconocidos en la Constitución Política por lo que se podría inferir: a) que los derechos fundamentales son derechos constitucionales b) pero que no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales puesto que no todos los derechos contenidos en la Constitución tienen como sustento un derecho humano reconocido en las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos
- El principal problema que afrontan los Derechos Humanos y, con ellos, los Derechos Fundamentales es el concerniente a su eficacia o realización y, consecuentemente, al sistema de garantías que constitucionalmente se haya previsto para alcanzar su efectividad. De esta manera, se ha hecho supeditar la vigencia de los derechos fundamentales a la vigencia de sus garantías; e incluso, se ha predicado su inexistencia jurídica cuando no se le ha dotado de

---

<sup>223</sup> PEREZ LUÑO, Antonio. “Los derechos fundamentales”. Tecnos. Madrid. 1998. Páginas 47-48

<sup>224</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Páginas 49-50

garantía alguna. <sup>225</sup>Con respecto a las garantías constitucionales , el Tribunal Constitucional Peruano (Expediente 1230-2002-HC/TC, de 20 de Junio de 2002, fundamento jurídico 4) sostiene que “la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos (...) pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo” . De allí que las garantías constitucionales se refieren a la existencia de un adecuado y eficaz sistema de protección y aseguramiento de los derechos constitucionales; imprescindible para la eficacia de éstos

En lo que atañen a la obtención de los documentos audiovisuales como fuentes de prueba, la doctrina ha logrado determinar que en los acotados documentos pueden estar involucradas las siguientes garantías constitucionales:

1. Derecho a un proceso justo
2. Libertad de expresión y derecho a la información
3. Derecho a la intimidad
4. Derecho al honor
5. Derecho a la propia imagen y/o voz

---

<sup>225</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. cit. Página 228  
LOPEZ CALERA, Nicolás María. “Naturaleza dialéctica de los derechos fundamentales”. ADH 6. Madrid. 1990. Página 71

#### **4.2. Derecho a un proceso justo**

Sostuvimos en el Capítulo 3 de la presente investigación que el derecho a la prueba, como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, tiene las siguientes finalidades:

- Producir en la mente del Juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba (finalidad inmediata del derecho a la prueba).
- Lograr y asegurar la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto ( finalidad mediata del derecho a la prueba )<sup>226</sup>

Asimismo, postulamos que el derecho a la prueba no es absoluto, es decir, tiene límites pero si dicho derecho se limita irrazonablemente entonces no habrá proceso justo. De allí que los límites del derecho a la prueba exigen que se haga desde la perspectiva del proceso justo, es decir, aquella concepción que lo vincula a la satisfacción del valor “justicia”. Dicho valor privilegia la búsqueda de la verdad objetiva, la flexibilización de las formalidades procesales, la eliminación del excesivo rigor formal y la prohibición del absurdo y la arbitrariedad en aras de una decisión objetiva y materialmente justa <sup>227</sup>

Tampoco se trata de que el derecho a la prueba se base en la obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales de trascendencia. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. No habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen

---

<sup>226</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 141-142.

PICO JUNOY, Joan. Ob. cit. páginas 18-19

<sup>227</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142.

trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad. No basta que la fuente de prueba haya sido obtenida en contravención de una norma legal para tildarla 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, asimismo se considerará la forma como se obtuvo la fuente de prueba para determinar si se ha afectado el citado elemento esencial.<sup>228</sup> Al respecto es preciso señalar que un derecho fundamental contiene:

- a) Elemento esencial ( núcleo duro del derecho fundamental)
- b) Elemento secundario ( no esencial )

Toda la actividad probatoria debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, privilegiándose y potenciándose el valor de lo real en el proceso, es decir, que la convicción del Juzgador debe estar orientada no a una mera certeza subjetiva sino - por el contrario – en una certeza objetiva basada en la realidad de los hechos y el derecho con el fin de asegurar una correcta y justa solución del conflicto.<sup>229</sup>

Para la búsqueda de la denominada verdad jurídica objetiva se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El proceso debe estar encaminado a encontrar la verdad del caso concreto, dilucidando la existencia o inexistencia de las

---

<sup>228</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142.  
GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 130.  
SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67.

<sup>229</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 139-140.

circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas de la causa.<sup>230</sup>

2. La verdad obtenida debe ser objetiva, esto es, que no debe basarse en hechos o datos aparentes sino en hechos o datos verificables de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, generando una adecuada convicción en el Juzgador.<sup>231</sup>
  
3. La búsqueda de la verdad se encuentra relacionada con la prohibición del excesivo rigor formal, ya que ello puede dificultar un adecuado servicio de justicia. El proceso no puede sustentarse en ritos inapropiados sino - por el contrario - debe encaminarse al desarrollo de adecuados procedimientos que busquen el establecimiento de la verdad jurídica objetiva, compatible con un correcto servicio de justicia. El ritualismo ( o excesivo rigor formal) puede obstaculizar o impedir la obtención de la verdad jurídica objetiva y ello conlleva –como es lógico – a la emisión de decisiones injustas que no se condicen con un adecuado servicio de justicia. No considerar a la verdad jurídica objetiva implica un inadecuado manejo de las formalidades previstas para la correcta administración de justicia.<sup>232</sup>
  
4. La verdad jurídica objetiva es un elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso porque en el proceso se busca dicha verdad con la finalidad que el órgano jurisdiccional expida decisiones justas basadas en hechos probados adecuadamente. Ello implica que el derecho a la prueba

---

<sup>230</sup> BERTOLINO, Pedro J. Ob.cit. Páginas 19-20.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 139

<sup>231</sup> BERTOLINO, Pedro J. Ob.cit. Páginas 19-20.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Página 139

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. cit. Páginas 33-34.

<sup>232</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142

es un elemento esencial de un proceso justo o debido proceso cuya finalidad inmediata es generar en el Juzgador la debida convicción respecto a la existencia o inexistencia de los hechos que son materia de prueba, mientras que su finalidad mediata es lograr la obtención de la verdad jurídica en cada caso concreto.<sup>233</sup>

Los documentos audiovisuales pueden aportar valiosos elementos probatorios a fin de que el Juzgador tenga convicción sobre la inexistencia o existencia de determinados hechos relevantes referidos al proceso; de esta manera se podrá llegar a la verdad jurídica objetiva y resolver el caso concreto dentro de la lógica de un proceso justo. Sin embargo, el derecho a la prueba – en lo que atañe a los documentos audiovisuales - no es absoluto, es decir, tiene límites pero si dicho derecho se limita irrazonablemente entonces no habrá proceso justo. De allí que los límites del derecho a la prueba exigen que se haga desde la perspectiva del proceso justo, es decir, aquella concepción que lo vincula a la satisfacción del valor “justicia “. Dicho valor privilegia la búsqueda de la verdad objetiva, la flexibilización de las formalidades procesales, la eliminación del excesivo rigor formal y la prohibición del absurdo y la arbitrariedad en aras de una decisión objetiva y materialmente justa.<sup>234</sup> Ello no implica que los documentos audiovisuales se obtengan con vulneración de derechos fundamentales de trascendencia. Debe analizarse la trascendencia de dicha vulneración, de allí que resulte indispensable determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas. En lo que atañe a los documentos audiovisuales, no habrá lesión relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la

---

<sup>233</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 141-142

PICO JUNOY, Joan. Ob. cit. Páginas 18-19

<sup>234</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142.

trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>235</sup>

Es menester destacar que para determinar si un documento audiovisual fue obtenido con vulneración del contenido esencial de uno o más derechos fundamentales se debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Los derechos fundamentales no están de manera aislada en el ordenamiento jurídico sino que estos derechos guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad a fin que puedan ser ejercidos de manera armónica y legítima por los titulares de estos derechos.<sup>236</sup> Ello supone que los derechos fundamentales deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica, ya que si bien los hombres tienen derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes – al no respetar los derechos de los demás- entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar, por ejemplo, la vulneración de la intimidad de una persona que ha sido filmada en la calle cometiendo un delito por el simple hecho que dicho delincuente no otorgó su consentimiento para la realización de esta filmación. Es importante hacer una delimitación conceptual de cada derecho fundamental involucrado en la obtención de cada documento audiovisual. En el ejemplo citado es menester determinar qué entendemos por intimidad, cuáles son los requisitos jurídicos para ejercer legítimamente este derecho y cuáles son las responsabilidades de las personas que no ejercen legítimamente el

---

<sup>235</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 142.

GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 130.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Ob. cit. Página 67

<sup>236</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 149, 154  
SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan J. Ob. cit. Página 98

derecho a la intimidad.<sup>237</sup> El Estado debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran a que no haya impunidad frente a aquellos delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.

- Además de la consideración precedentemente expuesta, es importante precisar que el ordenamiento jurídico no permite el abuso del derecho; motivo por el cual existe una tríada implícita conformada por: derechos, deberes y responsabilidades. Una persona tiene derechos pero también deberes. Si incumple sus deberes entonces debe asumir las respectivas responsabilidades legales. Esta consideración es importante para precisar cuándo estamos ante el ejercicio legítimo del derecho a la prueba como elemento esencial del proceso justo o debido proceso.
- Si luego de hacer una delimitación conceptual de los derechos fundamentales involucrados en la obtención de documentos audiovisuales se determina que dichos documentos vulneran el contenido esencial de derechos fundamentales entonces tendremos que resolver el conflicto de derechos mediante la ponderación de aquellos derechos en colisión, de acuerdo a la “Teoría del Equilibrio” o Test de Balancing. Mediante este test se sopesa los intereses en conflicto, sacrificándose aquel derecho de menor prevalencia constitucional para dar preferencia al derecho de mayor peso constitucional. Dicho test no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 150-153.  
DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETORTILLO Lorenzo. Ob. cit. Páginas 137, 143-144.

<sup>238</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154-157.  
CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 117-125  
GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 17

### **4.3. Libertad de expresión y derecho de información**

El Tribunal Constitucional Español en su sentencia 107/1988, de 8 de Junio declara que existen diferencias entre la libertad de expresión y el denominado derecho de información.

Según el Fundamento Jurídico N° 2 de la acotada sentencia del Tribunal Constitucional Español, la libertad de expresión tiene por objeto la expresión de ideas, pensamientos, opiniones en el que deben incluirse las creencias y juicios de valor, por lo que dichas expresiones no son susceptibles de prueba. En cambio, el derecho de información tiene por objeto comunicar y recibir libremente información sobre hechos que pueden ser noticiables, motivo por el cual dichos hechos son susceptibles de prueba y por lo tanto dichos hechos están sometidos al requisito de la veracidad.<sup>239</sup>

De acuerdo a la distinción esbozada en el párrafo precedente se puede colegir que la libertad de expresión tiene una naturaleza abstracta debido a la expresión de pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor; asimismo, debido a esta naturaleza abstracta, dichas expresiones no son susceptibles de ser contrastadas para poder comprobar su veracidad. En cambio el derecho de información tiene una naturaleza material en relación a los hechos noticiables que se informan y por tanto quien ejercita la libertad de información debe tener la carga de la prueba de la verdad de dichos hechos.<sup>240</sup>

Asimismo, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español existen las sentencias de dicho Colegiado en las que también

---

<sup>239</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 138-139

<sup>240</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 143-144

se refieren a la libertad de expresión y el derecho de información, entre ellas las sentencias 107/ 1988 de 8 de Junio, 105/1990 de 6 de Junio, 214/1991 de 11 de Noviembre, 20/1992 de 14 de Febrero cuyas consideraciones más importantes son las siguientes:

1. En lo que atañe a la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción amplio. Sin embargo, la libertad de expresión tiene como límite el no manifestar expresiones injuriosas en relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias ya que no contribuyen para la formación de una opinión pública libre.<sup>241</sup>
2. El derecho de información persigue suministrar sobre hechos que se pretenden ciertos. La protección constitucional en la libertad de información se extiende a la información veraz. Ello implica que el derecho a la información tiene su particular límite al pasar por el tamiz de la veracidad de los hechos que informan especialmente cuando está referida a asuntos públicos o sobre personas de relevancia pública pues así contribuye a la formación de una opinión pública libre.<sup>242</sup>
3. El interés general ( para otros interés público) de lo divulgado justifica la eficacia de las libertades de expresión e información debido a la función formadora de la opinión pública libre y plural.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 143-144

<sup>242</sup> Fundamento Jurídico N° 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/ 1990, de 6 de Junio .

<sup>243</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 144

4. El interés general de lo divulgado se refiere a los asuntos de : personas públicas o aquéllas que ejercen funciones públicas o en los casos de personas que resulten implicadas en asuntos de relevancia pública. Estos elementos de valoración deben tomarse en cuenta para determinar cuando una noticia es de interés público.<sup>244</sup>
  
5. El derecho a la información se ejerce cuando lo difundido por su objeto y su valor pertenecen al ámbito público. Al respecto el interés público ( o ámbito público ) de dicho derecho no coincide con aquello que pudiera suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. Ello implica que la difusión innecesaria de conductas privadas carentes de interés público no contribuyen a la formación de una opinión pública libre y plural.<sup>245</sup>

En lo que atañe a los conflictos que pueden surgir entre los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen y/o voz) y las denominadas libertades de expresión e información, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuál derecho prima?

Para responder a la pregunta anterior consideramos pertinente esbozar los sustentos jurídico doctrinarios de las siguientes posturas :

- Teoría de los límites internos o del contenido propio de los derechos fundamentales ,
- Teoría de la preferred position ( o preferred freedoms ).
- Teoría del equilibrio ( o la ponderación de derechos en conflicto).

---

<sup>244</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 145

<sup>245</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 145  
Fundamento Jurídico N° 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 20/1992, de 14 de febrero

En lo concerniente a la Teoría de los límites internos o del contenido propio de los derechos fundamentales, ésta postula que no existe la posibilidad de conflicto entre derechos fundamentales sino que estamos ante un problema de delimitación conceptual del contenido mismo de cada derecho y cómo debe ejercitarse legítimamente cada derecho.<sup>246</sup> Es importante resaltar que el hombre tiene derechos fundamentales que deben ser respetados pero también tiene deberes que debe cumplir. Si transgrede sus deberes – no respetando los derechos de los demás – entonces debe asumir las responsabilidades que correspondan. De allí la importancia de la delimitación conceptual de cada derecho fundamental y cómo debe ejercitarse legítimamente. Para ello se debe realizar la exégesis de los preceptos constitucionales de acuerdo a una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución para determinar adecuadamente el objeto propio y contenido del derecho fundamental.<sup>247</sup> Según esta teoría debemos determinar cuál es la delimitación conceptual del contenido mismo de los siguientes derechos: libertad de expresión, derecho de información y cada uno de los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen y / voz ). Delimitándose conceptualmente el contenido de cada uno de esos derechos podremos determinar como se debe ejercer legítimamente cada uno de los acotados derechos fundamentales.

La Teoría de los límites internos o del contenido propio de los derechos fundamentales ha recibido algunas observaciones - por parte de un sector de la doctrina – en el sentido de que en los casos complejos pueden darse situaciones de verdaderos conflictos de derechos que no

---

<sup>246</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 150-153  
DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETORTILLO, Lorenzo. Ob. cit. Páginas 137, 143-144

<sup>247</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 151  
DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN RETORTILLO, Lorenzo. Ob. cit. Páginas 143-144

pueden solucionarse mediante una simple delimitación conceptual de los derechos fundamentales involucrados.

En lo que respecta a la teoría de la preferred position ( o preferred freedoms) , ésta considera que existen ciertos derechos fundamentales que tienen mayor jerarquía en relación a otros derechos fundamentales.<sup>248</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en el Fundamento Jurídico Nº 2 de la sentencia 107/1988, de 8 de Junio declaró que las libertades de expresión e información tienen un valor preferente o prevalente sobre los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen y/ voz). Este mayor nivel jerárquico se justifica debido a que las libertades de expresión e información tienen un carácter supraindividual, social y público cuya eficacia irradiante se justifica para la formación de una opinión pública libre y democrática. Esa eficacia justificadora se sustenta en el carácter “público” de la noticia. En la misma línea jurisprudencial el Fundamento Jurídico Nº 5 de la Sentencia 171/1990 de 5 de Noviembre, expedida por el Tribunal Constitucional Español, declara que ante el carácter público de la noticia, el derecho a transmitir información adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor. Sin embargo, el acotado Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 107/1988, de 8 de Junio que dicha eficacia justificadora de las libertades de expresión e información pierde su razón de ser en el supuesto que estas libertades se ejerciten abusivamente en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios para la formación de una opinión pública libre y plural.

Consideramos que las libertades de expresión e información no deberían tener un mayor nivel jerárquico que los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen y/o voz) . Lo que debemos tomar en

---

<sup>248</sup> WITT, Elder. Ob. cit. Página 28

cuenta es que los acotados derechos fundamentales no se encuentran de manera aislada en la Constitución sino que éstos guardan entre sí relaciones de coordinación a fin de que puedan ejercerse legítimamente y, por tanto, gocen de la debida protección jurídica

Respecto a la teoría del equilibrio (o ponderación de derechos en conflicto), ésta postula que los derechos fundamentales no se encuentran jerárquicamente organizados sino que se integran recíprocamente formando un sistema unitario, de tal forma que existe un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio de alguno sobre los demás. Para el logro de este objetivo es necesario que el Juzgador pondere los derechos constitucionales en conflicto mediante el Test de Balancing , debiendo sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar preferencia al derecho de mayor peso constitucional . El acotado Test de Balancing no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben estar plasmados en resoluciones justas que estén debidamente motivadas.<sup>249</sup>

La Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor es el grado de afectación de un derecho ( derecho "A") entonces tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro derecho ( derecho "B"). Dicho de otro modo, la Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor sea el sacrificio en la restricción de un derecho fundamental ( derecho "A" ), tanto mayor debe ser el beneficio en el otro derecho fundamental (derecho "B"). Ello es posible mediante las relaciones de prevalencia condicionada de acuerdo a las circunstancias concurrentes del caso concreto.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Páginas 154-155  
CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 117-125  
GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit. Página 17

<sup>250</sup> ESCALANTE , Mijail. Ob. cit. Páginas 88-96

En lo que atañe a las libertades de expresión e información, en relación con la obtención de documentos audiovisuales, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

PRIMERA: En muchas oportunidades hemos constatado que diversos canales de televisión tienen programas de espectáculos y farándula en el que los llamados paparazzis acosan a artistas, deportistas y otros personajes públicos con la finalidad de filmar aspectos de su vida privada y obtener una noticia sensacionalista con el único propósito de satisfacer una mera curiosidad del público. En esos casos, la obtención de esas filmaciones audiovisuales constituyen abusivas intromisiones a la vida privada de dichos artistas, deportistas y personajes públicos ya que la noticia que se pretende difundir no es de interés público. Sostuvimos que una noticia no es de interés público cuando coincide con aquello que pudiera suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. Ello implica que la difusión innecesaria de conductas privadas carentes de interés público no contribuyen a la formación de una opinión pública libre y plural

SEGUNDA: En diversas ocasiones, los respectivos medios de comunicación - entre ellos la televisión – han efectuado reportajes en los que con cámaras ocultas se han logrado filmar en documentos audiovisuales la comisión de delitos. Dichos documentos audiovisuales han servido de gran utilidad al Ministerio Público para iniciar las correspondientes investigaciones; asimismo en el Juicio Oral se han visualizado los acotados documentos audiovisuales, constituyendo importantes medios probatorios para identificar a los delincuentes, sus modus operandi y determinar las respectivas consecuencias penales.

En estos casos el interés general de lo divulgado por el medio de comunicación justifica la eficacia de las libertades de expresión e información debido a su función formadora de la opinión pública libre y

plural. Asimismo la noticia es de interés público ya que la sociedad tiene el derecho de ser verazmente informado por los medios de comunicación respecto a la comisión de delitos que producen el resquebrajamiento del orden social.

TERCERA: Gracias a serias investigaciones periodísticas sobre casos concretos de inseguridad ciudadana en diversos puntos críticos del país, la opinión pública ha sido debidamente informada y el Estado ha tomado la decisión de brindar una mejor seguridad ciudadana tendiente a la prevención del delito. Debido a esas investigaciones periodísticas de los medios de comunicación, los diversos Estados cuentan con cámaras de video vigilancia colocadas en diversos puntos críticos del ámbito público con la finalidad de que las filmaciones efectuadas ayuden al control de la criminalidad ya que al producirse la comisión de uno o más delitos, éstos serán registrados en esas filmaciones; pudiendo identificarse a las personas que intervinieron, sus modus operandi y las respectivas consecuencias. Por otro lado, como un complemento de la seguridad ciudadana, las acotadas cámaras de video vigilancia son útiles para ubicar donde se han realizado catástrofes como incendios o inundaciones; además de ser un medio de control del tránsito ya que dichas filmaciones registran transgresiones de tránsito y accidentes automovilísticos, entre otros.

Asimismo, gracias a la difusión de esas investigaciones periodísticas, los particulares también suelen colocar cámaras de video vigilancia en ámbitos abiertos al público tales como bancos, compañías de seguro, estaciones de expendio de combustibles, supermercados, bodegas, farmacias, restaurantes y demás centros comerciales. Dichas cámaras de video registran los hechos ocurridos en dichos ámbitos; pudiendo filmarse la comisión de uno o más delitos o faltas.

#### **4.4. Derecho a la intimidad**

El derecho a la intimidad puede ser materia de estudio tomando en consideración los siguientes sistemas jurídicos:

1. El right of privacy norteamericano ( derecho a la privacidad en los Estados Unidos )
2. El derecho a la intimidad en el sistema romano germano

A continuación reseñaremos los acotados derechos en los mencionados sistemas jurídicos, para luego encontrar las interrelaciones existentes con la valoración probatoria de los documentos audiovisuales.

##### **4.4.1 Right of Privacy norteamericano**

En los Estados Unidos de Norteamérica surgió el denominado “Right of Privacy” ( Derecho a la vida privada ) como derecho autónomo en el año 1890 cuando Samuel D. Warren y Louis Brandeis escribieron el ensayo titulado “The Right of Privacy “. <sup>251</sup>

El origen de este ensayo se debió a que Samuel D Warren estaba casado con la hija del Senador estadounidense de apellido Bayard. Debido a la vida azarosa que llevaba Samuel Warren , éste fue objeto de comentarios

---

<sup>251</sup> MORALES GODÓ, Juan. “ El derecho a la intimidad ( Estudio comparado con el right of privacy del Derecho norteamericano). “ Palestra Editores. Lima. 2002. Páginas 45-46.

de su vida privada. Estos comentarios de los medios de comunicación incomodaron al abogado Samuel Warren, quien tomó la decisión de asociarse con Louis Brandeis para escribir el mencionado ensayo que desarrolla el tema de la vida privada y la necesidad de protegerla frente a la intromisión de la "prensa amarilla" que está más preocupada por obtener noticias sensacionalistas que generan lucro mercantil, en vez de que dicha prensa respetara la dignidad del ser humano.<sup>252</sup> Warren y Brandeis desarrollaron el concepto de "to be let alone" ( es decir el derecho a la soledad, a vivir en paz y a no sufrir interferencias ni del Estado ni de terceras personas en asuntos que sólo corresponden a la esfera de la privacidad ).<sup>253</sup>

Cabe precisar que el origen de "The right of privacy " norteamericano está relacionado con el desarrollo vertiginoso de la información y, fundamentalmente, con los medios de comunicación masiva representados por los diarios.<sup>254</sup> Es menester señalar que en el año 1890 no se había inventado la televisión, ni la Internet, ni las estaciones de radio.

Warren y Brandeis en el citado ensayo rechazaron las extralimitaciones que incurrían los medios de comunicación (representados por los diarios), en el tratamiento de ciertas noticias que no obedecían a un interés general y que, por el contrario, sólo constituían invasión a la esfera de la privacidad.<sup>255</sup>

Posterior a la publicación del ensayo "The right of privacy ", la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos declararon la autonomía del derecho a la vida privada como base de un gran derecho de la personalidad.

---

<sup>252</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Páginas 46-47.

<sup>253</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Páginas 46-47.

<sup>254</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Páginas 46-47.

<sup>255</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Páginas 46-47.

William Prosser<sup>256</sup>, basado en casos de la jurisprudencia estadounidense, sostiene que el right of privacy norteamericano protege 4 valores o bienes diferentes:

1. Actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo (the right to be alone)
2. Divulgación de hechos privados embarazosos sobre el individuo
3. Publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público
4. Apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio.

A continuación reseñaremos estos 4 valores o bienes protegidos del right of privacy norteamericano, desde la postura de Prosser; estableciéndose, luego, las relaciones existentes con los documentos audiovisuales

### **1. Actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo (the right to be alone)**

Según Prosser, “the right to be alone” se puede encontrar en los siguientes supuestos, a manera de ilustración:

- Fisgoneo ( conocido en el derecho norteamericano como “peeping tom”): Este método consiste en atisbar a través de una ventana u

---

<sup>256</sup> Citado por MORALES GODOL, Juan. “ El derecho a la intimidad ( Estudio comparado con el right of privacy del Derecho norteamericano). “ Palestra Editores. Lima. 2002. Páginas 63-96.

otros lugares análogos con el propósito de espiar o invadir la vida privada de las personas, así como la realización de actos similares. El peeping tom o fisgoneo también puede consistir en una abierta, pública y persistente persecución de una persona a otra, sin ninguna discreción ni secreto, de manera de hacer evidente al público que es perseguido y observado. El fisgoneo puede ser efectuado por diversas personas, como por ejemplo detectives privados y periodistas.<sup>257</sup> En el caso de los periodistas, se ha podido constatar que en diversas oportunidades los respectivos medios de comunicación han realizado actos de fisgoneo contra determinadas personas públicas con la finalidad de obtener una noticia, la cual se pretende difundirla a la opinión pública. En lo que atañe a los documentos audiovisuales difundidos a la opinión pública nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿Se pueden valorar en un proceso judicial los documentos audiovisuales que constituyen métodos de fisgoneo en caso de que la persona afectada en su vida privada acuda al Poder Judicial para evitar el constante acoso de los medios de comunicación que realicen el fisgoneo? ¿Esos documentos audiovisuales pueden ser valorados por el Juez en un proceso judicial en el que la persona afectada por el fisgoneo interponga la respectiva demanda de indemnización? Para responder a las acotadas preguntas tomemos en cuenta las siguientes consideraciones: PRIMERA: En determinadas ocasiones, la obtención de diversas filmaciones audiovisuales puede constituir una inadecuada invasión a la privacidad de la persona afectada si es que tomamos en cuenta que el medio de comunicación sólo busca una noticia sensacionalista para satisfacer la mera curiosidad del público ; tales son – por ejemplo - los casos de los programas de televisión que se dedican a la

---

<sup>257</sup> BALLON- LANDA. Alfredo.” El Derecho a la Intimidad en el Perú”. Tesis de Bachiller. Universidad Católica Santa María de Arequipa. 1981. Página 134.  
MORALES GODO, Juan. Ob.cit. Páginas 64-65

farándula. Si la información del documento audiovisual propalado ha generado daños y perjuicios en esta persona pública, ésta puede acudir al Poder Judicial solicitando la indemnización correspondiente y presentando como medios probatorios una copia del citado documento audiovisual así como los fundamentos fácticos y jurídicos de por qué ese documento audiovisual difundido a la opinión pública – como consecuencia del fisgoneo - le ha generado daños y perjuicios. En este caso el Juzgador valorará el documento audiovisual y las circunstancias concurrentes del caso concreto y puede declarar fundada la acotada demanda de indemnización de acuerdo a los daños acreditados en ese proceso judicial. SEGUNDA: En otras oportunidades existen programas televisivos muy serios en el que se está investigando la comisión de delitos graves tales como violaciones sexuales, actos de corrupción por parte de funcionarios públicos – por citar algunos ejemplos ilustrativos. En esos casos hay un conflicto de derechos: Por un lado, el derecho a la privacidad o intimidad de la persona que está siendo investigada por los medios de comunicación; por el otro lado, tenemos el derecho de información que tiene la opinión pública con respecto a noticias periodísticas que son de interés público. En estos casos el Juzgador ponderará los derechos en conflicto con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Si el programa televisivo involucró inadecuadamente a la persona “X”, mediante información falsa que generó un perjuicio a dicha persona, el Juez debería declarar fundada la demanda de indemnización de “X” de acuerdo a la magnitud de los daños acreditados en el proceso judicial. Si el programa televisivo propaló información veraz sobre la comisión de un delito grave realizado por la persona “Y” entonces el Juez

debe preferir el interés público que tiene sociedad en ser verazmente informado por los medios de comunicación respecto a la comisión de delitos graves.

- Operación bedcheck ( California): Dicho operativo consistía en ingresar a los hogares de los indigentes que recibían ayuda del Estado. Ese ingreso iba a ser un domingo en las primeras horas de la mañana con la finalidad de buscar si habían “varones sin permiso”. La operación bedcheck sería realizada por dos personas; una estaría en la puerta de entrada y la otra en la puerta trasera, evitando que pudiera salir persona alguna sin ser vista. Los tribunales de California declararon inconstitucional la operación bedcheck ( operación de chequeo de camas ) puesto que ofendía la dignidad humana de las personas investigadas además de violar la tranquilidad de las mismas debido a esa intromisión abusiva en la vida de dichas personas investigadas.<sup>258</sup> En lo que atañe a los documentos audiovisuales nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Si se hubiese efectuado el operativo bedcheck en diversas viviendas y estos operativos hubieran sido filmados en documentos audiovisuales por parte de los moradores de las viviendas , podrían ofrecerse, admitirse, actuarse y valorarse dichos documentos audiovisuales en un proceso judicial de indemnización? En los Estados Unidos es común la realización de operativos semejantes al “bedcheck” ya que dicho país pretende erradicar los casos de inmigrantes que están indocumentados y que son calificados de “ilegales”. Esos operativos no deberían dañar la dignidad de las personas inmigrantes ni generar situaciones de abusivas intromisiones en la vida privada de dichas personas. Con respecto a las acotados procesos de indemnización en el que se ofrecen los aludidos documentos

---

<sup>258</sup> BALLON\_LANDA, Alfredo. Ob.cit. Página 128  
MORALES GODO, Juan. Páginas 65-66

audiovisuales debemos tomar en cuenta las siguientes consideraciones: PRIMERA: Esos documentos audiovisuales podrían servir para acreditar que los respectivos funcionarios invadieron la privacidad de sus moradores, tal como se acreditarían con las imágenes de los respectivos videos. SEGUNDA : Es importante analizar las circunstancias que concurren en cada caso concreto y ponderar cuáles son los derechos en conflicto con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar predominio al derecho de mayor peso constitucional. TERCERA: Si en el operativo referido al caso concreto “A” se encontraron a “ilegales” e incluso a delincuentes de alta peligrosidad - como por ejemplo narcotraficantes – sin lugar a dudas , en el caso concreto “A”, el Juez dará mayor prevalencia al derecho de que los ciudadanos cumplan con la ley ( no ser ilegales) así como el derecho que tiene el Estado – en aplicación de su *Ius Puniendi* - de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos graves tales como narcotráfico, evitándose la impunidad de dichos delincuentes. Por esta consideración, los acotados videos acreditarían los hechos del operativo y el acto de intromisión a la vida privada por parte de los funcionarios estatales pero, por aplicación del principio de proporcionalidad o ponderación de derechos en conflicto, se declararía infundada la demanda de indemnización. CUARTA : Si en el operativo referido al caso concreto “B” no se encontraron a “ilegales” ni a delincuentes de alta peligrosidad; además en el referido caso los funcionarios policiales cometieron actos de violencia física contra los moradores, sin lugar a dudas, el Juez dará mayor prevalencia a la vulneración del derecho a la privacidad de los referidos moradores para efectos de evaluar la pretensión de indemnización solicitada. Los referidos documentos audiovisuales podrían servir para acreditar la vulneración del derecho a la intimidad de los moradores así como

las agresiones físicas de los funcionarios policiales contra los referidos moradores. Dichos documentos audiovisuales serían de gran utilidad para que el Juez declare fundada la demanda de indemnización en el caso concreto “B” de acuerdo a los daños y perjuicios acreditados en el proceso.

## **2. Divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo**

Según Prosser, la divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo, en lo que atañe a documentos audiovisuales, se puede encontrar en el siguiente caso de la jurisprudencia estadounidense:

- Melvin vs Reid (1931)<sup>259</sup> : Se plantea el problema de una película cuyo tema es la biografía de la demandante, quien en su vida pasada fue prostituta y fue juzgada en un caso de asesinato. La demandante al momento de la exhibición de la película ya estaba rehabilitada, casada y ama de casa dedicada a los quehaceres domésticos. La intérprete de la cinta llevaba el mismo nombre y apellido de la demandante, siendo fácilmente identificada, llegando a conocimiento de los vecinos y amistades de la demandante en lo que respecta a los sucesos de su vida pasada. La Corte del Estado de California declaró que el derecho a la felicidad está garantizado en la Constitución de dicho Estado, el cual incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad y reputación. La citada Corte sostuvo que cualquier persona que vive

---

<sup>259</sup> BALLON- LANDA, Alfredo. Ob cit. Página 146.

MORALES GODOL, Juan. Ob. cit. Páginas 73-75

ZAVALA DE GONZALES, Matilde. “ Derecho a la intimidad” Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1982. Página 43

una vida recta tiene derecho a la felicidad, lo cual implica estar libre de ataques innecesarios al carácter, al status social o reputación. Uno de los jueces de la Corte de California catalogó el uso del nombre y de la biografía de la demandante en la película como “una falta de caridad y delicadeza”. En el mencionado caso, la Corte de California estableció algunos supuestos en que no procede el right of privacy, entre ellos: Cuando la persona se ha hecho prominente en la vida pública y ha renunciado a su vida privada (se renuncia a la vida privada cuando la propia persona ventila públicamente actos que corresponden a su vida privada); cuando existe interés legítimo del público en lo que atañe a la difusión de noticias e informaciones de trascendencia social, cuando la información es de beneficio público y no responda únicamente a una injustificada e intrascendente curiosidad de terceros; cuando se trate de candidaturas para cargos públicos a fin de que la opinión pública conozca a dichos personajes (no todas las personas públicas alcanzan las mismas dimensiones frente al desarrollo de la sociedad, de tal suerte que aquellos cuyos actos tienen gran repercusión en la marcha de la sociedad – como, por ejemplo, los políticos - tendrán menos espacio privado que aquéllos que están en contacto con el pueblo pero que no alcanzan las dimensiones de los primeros – por ejemplo los artistas y deportistas tienen mayor espacio de privacidad que los políticos ).

### **3. Publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público**

Este elemento se perfila en el Derecho estadounidense en los siguientes supuestos :

1. Se atribuye en forma pública y falsa una supuesta opinión o afirmación de una persona.<sup>260</sup>
2. Se utiliza una foto para sugerir en forma falsa que la persona está relacionada con el contenido.<sup>261</sup>
3. Se usa la foto de una persona inocente para ilustrar un artículo sobre un delito ( por ejemplo, narcotráfico).<sup>262</sup>

Según Prosser, este aspecto (publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público) se puede encontrar en los siguientes supuestos, en lo que atañe a documentos audiovisuales:

- Pinkerton National Detective Agency vs James A Stevens ( 1964)<sup>263</sup>: Una señora presentó una reclamación a una compañía de seguros por diversas lesiones sufridas. La acotada reclamación trajo como consecuencia que varios detectives estuvieron espíandola en el vecindario. Este fisgoneo a manera de seguimiento ocasionó que los vecinos creyeran que la señora había cometido un delito. Esos actos de fisgoneo provocados por la compañía de seguros perjudicó la reputación de la señora ante los vecinos. La señora logró filmar en documentos audiovisuales el acotado fisgoneo y acudió al Poder Judicial para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que la aseguradora había causado por ese fisgoneo. El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó a la compañía de seguros que le pague una suma de dinero por concepto de indemnización debido a que los métodos

---

<sup>260</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Página 84

<sup>261</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Página 84

<sup>262</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Página 84

<sup>263</sup> BALLON- LANDA, Alfredo. Ob. cit. Página 127.

MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Página 85-86

empleados por la compañía de seguros resultaban ser atentatorios al derecho a la intimidad.

- Lyman vs New England Newspaper ( 1934 ) <sup>264</sup>: En un proceso judicial tramitado ante los Tribunales de Massachussets en el año 1934, el diario demandado ( New England Newspaper) había publicado en una de sus columnas que los actores ( marido y mujer) no eran felices en sus relaciones conyugales. La defensa del diario demandado se sustentaba en que las informaciones y fotografías publicadas son noticias de legítimo interés público puesto que se trataba de una pareja de artistas los cuales no eran desconocidos por nadie. El Tribunal de Massachussets declaró fundada la demanda de los artistas reconociendo que el periódico había violado el derecho a la privacidad debido a una afirmación difundida que ha colocado a los artistas “ bajo una luz falsa ante el público “. En lo que atañe a los documentos audiovisuales, hoy en día el caso Lyman vs New England Newspaper puede servir de ilustración cuando los magistrados tengan que ver casos de programas de televisión que vulneren la privacidad de los artistas y personajes públicos mediante informaciones no veraces que los colocan bajo una falsa luz ante la opinión pública

#### **4. Apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio**

Según Prosser, este aspecto (apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio), con respecto a los documentos

---

<sup>264</sup> BALLON- LANDA, Alfredo. Ob. cit. Página 137.  
MORALES GODO, Juan. Ob. cit. Página 86-88

audiovisuales, se puede encontrar en los siguientes casos de la jurisprudencia estadounidense:

- *Donohue vs Warner Brothers Pictures Inc* ( 1970) <sup>265</sup>: El juez supremo Bratton al fallar en el caso Donohue declaró que toda persona común tiene el derecho de gozar de la existencia sin que su nombre o su vida sean explotados para fines comerciales o por la publicación de su retrato. En el caso citado la compañía Warner Brothers Pictures Inc. había utilizado la imagen de Donohue en la pantalla de los cines. La Corte de Florida declaró que esos actos de la empresa demandada debían estar prohibidos ya que no se habían obtenido previamente con el consentimiento de Donohue.
- *Daily Times Democrat vs. Graham* (1963) <sup>266</sup>: Una joven fue fotografiada en un parque de diversiones en el preciso instante que una corriente de aire levantó su vestido. Posteriormente esa foto fue publicada por el diario Times Democrat. La joven interpone una demanda contra dicho diario debido a que se había vulnerado su derecho a la intimidad . El Tribunal de Colorado declaró fundada la demanda al considerar que “ aun en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas”. En el acotado caso se utilizó la imagen de la joven que estaba colocada en una situación embarazosa; asimismo dicha joven no brindó su consentimiento para que se utilice dicha imagen en la publicación realizada por el diario demandado. En lo que atañe a los documentos audiovisuales, hoy en día el caso *Daily Times Democrat vs Graham* puede servir de ilustración cuando los magistrados tengan que decidir sobre casos análogos, sobre todo en aquellos programas de televisión sensacionalistas

---

<sup>265</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Página 89

<sup>266</sup> MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit. Páginas 89-90

que utilizan las imágenes de personas colocadas en situaciones embarazosas , vulnerándose la intimidad de dichas personas.

Algunos autores, entre ellos Ruth Gavison, sostienen que Prosser hizo un análisis reduccionista del right of privacy, basado únicamente en los casos judiciales. Gavison sostiene que el right of privacy tiene un contenido muy amplio, siendo prácticamente imposible encerrar todas sus posibilidades en una definición, con mayor razón si queremos darle un alcance universal.<sup>267</sup> Al respecto, no hay unanimidad en la doctrina respecto a todos los elementos conceptuales del right of privacy, sin embargo no se puede negar los aportes de Prosser en el derecho norteamericano. Los jueces tendrán que analizar los diversos casos concretos que se presenten en la realidad a fin de poder determinar si hay nuevos elementos conceptuales del right of privacy que deben ser tutelados jurídicamente.

#### **4.4.2. El derecho a la intimidad en el sistema romano – germano**

##### **4.3.2.1 Delimitación conceptual**

Países europeos como España y naciones latinoamericanas – entre ellas el Perú – pertenecen a la familia romano – germana. En esos países se suele llamar derecho a la intimidad a lo que el derecho norteamericano denomina right of privacy (derecho a la vida privada )

---

<sup>267</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 72-77

No existe unanimidad en lo que respecta a la definición y a todos los elementos conceptuales del derecho a la intimidad en el sistema romano-germano. Sin embargo, consideramos importante citar la definición de Carlos Santiago Nino respecto al derecho a la intimidad:

*“ El derecho a la intimidad – para otros privacidad – importa la posibilidad de realizar acciones privadas o sea acciones que no dañen a terceros (...) y que esté exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás (...) ”.*<sup>268</sup>

Ello quiere decir que el ejercicio legítimo del derecho a la intimidad no debe dañar a terceros. Por ejemplo, si una persona comete un delito grave y esas acciones delictivas son filmadas en documentos audiovisuales, ello implicaría que no se estaría vulnerando el derecho a la intimidad puesto que las acotadas acciones delictivas dañan a terceros ( la sociedad ) y no estarían dentro del ámbito de protección jurídica del derecho a la intimidad; además es menester señalar que ningún ordenamiento jurídico puede fomentar la impunidad.

La definición de Carlos Santiago Nino, referida al derecho de privacidad (para otros, el derecho a la intimidad ) , tiene su sustento iusfilosófico en la postura del filósofo Kant. Al respecto la postura kantiana sostiene que si una persona comete un delito entonces esas acciones delictivas dañan a terceros y no responden al hombre moralmente autónomo que actúa a partir de principios racionales (“autonomía con racionalidad “). Asimismo esas acciones delictivas no logran el perfeccionamiento moral de los individuos y generan el resquebrajamiento del orden social.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> NINO, Carlos Santiago. Ob.cit. Página 327.

<sup>269</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 54, 60.

Como sostienen F Madrid Conesa y G Duby, es importante determinar los elementos útiles para construir un concepto válido de intimidad , de tal manera que encontremos un área particular netamente delimitada, asignada a nuestra existencia, que pertenece a nuestra vida privada (para algunos, intimidad ).<sup>270</sup>

La intimidad es un componente básico de cualquier noción que se esboce sobre la dignidad humana. Al respecto, Pérez Luño sostiene que la dignidad humana es el principio legitimador de los “derechos de la personalidad “en el se garantice que el ser humano no va a ser objeto de arbitrarias intromisiones en su privacidad.<sup>271</sup>

Sostenemos que el right of privacy norteamericano tutela una amplia comprensión de los derechos de la personalidad, incluyendo el honor, la propia imagen y voz. En cambio, en el sistema romano –germano el derecho a la intimidad no considera todos los derechos de la personalidad contemplados en el right of privacy estadounidense. Por ejemplo, en España y Perú los derechos al honor, propia imagen y voz son autónomos respecto al derecho a la intimidad.. Ello implica que el right of privacy norteamericano comprende más elementos conceptuales que el derecho a la intimidad propio del sistema romano - germano

El artículo 18 de la Constitución Española de 1978 no define expresamente lo que debe entenderse por derecho a la intimidad ni contiene los elementos conceptuales de este derecho constitucional. Sin embargo, el citado artículo 18 debe interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido ratificados por España tal como lo establece el artículo 10.2 de la referida Constitución española en el sentido que las normas relativas a los

---

<sup>270</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 36-37.

<sup>271</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 57-58

derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

Después de la Segunda Guerra Mundial aparece el derecho a la intimidad en los textos internacionales, como por ejemplo el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (año 1948), el artículo 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (año 1966) y el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (año 1950). Estos textos internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico interno de España ya que aquéllos fueron ratificados por este país.<sup>272</sup>

Los dispositivos internacionales a los que alude el párrafo precedente, en síntesis son los siguientes:

Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (año 1966): Además de lo dispuesto en el acotado artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del citado Pacto establece el término “injerencias ilegales” a la vida privada, por lo que las injerencias arbitrarias o ilegales pueden implicar injerencias del poder político en la reserva de la intimidad.

---

<sup>272</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 87-89

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (año 1950): Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino únicamente cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria en toda sociedad democrática

En el año 1982 en España se promulgó la Ley Orgánica N° 1/1982 del 5 de Mayo <sup>273</sup> en la que en su artículo 7 establece las siguientes intromisiones relativas a violaciones a la intimidad, al honor y a la propia imagen:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio, para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo

---

<sup>273</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 86-91.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.
6. La utilización del nombre, de la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

La regulación del artículo 7 de la citada Ley Orgánica 1/1982 del 5 de Mayo hace hincapié en el empleo de los distintos medios tecnológicos para entrometerse en la vida íntima de los demás. El citado dispositivo se refiere especialmente a aparatos de captación, registro o reproducción de la voz o de la imagen a través de escuchas, fotografías, videos y revelación o publicación de hechos concernientes a la vida privada y la utilización de alguna señal de identidad del individuo.<sup>274</sup>

La lista del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de Mayo es bastante completa pero es importante dilucidar lo siguiente:

- ¿Estamos ante 3 derechos distintos independientes: intimidad, honor y propia imagen?

---

<sup>274</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 90

- ¿O - por el contrario - intimidad, honor y propia imagen son manifestaciones de un complejo derecho a la intimidad?

La respuesta a las interrogantes mencionadas en el párrafo precedente la debemos encontrar luego de deslindar el contenido de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen que en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 aparecen unidos bajo una misma referencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha ido poco a poco perfilando el significado y alcance del conjunto de derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española. Dicho Tribunal ha sido proclive a realizar grandes declaraciones de principios con la finalidad de indagar el sustrato teórico de dichos derechos<sup>275</sup>, tal como a continuación expondremos.

- El Fundamento Jurídico N° 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 170/1987 de 30 de Octubre declaró que los derechos a la intimidad y a la propia imagen son parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada: Derechos a la intimidad y a la propia imagen salvaguardan un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. En este ámbito de la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al crecimiento y desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la imagen y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 92-93

<sup>276</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 93

- .El Fundamento Jurídico Nº 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 231/1988 de 2 de diciembre declaró que los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados de la dignidad humana y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así estos derechos como derechos personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. El citado Tribunal alude a dos derechos autónomos ( intimidad y propia imagen ) pero que serían una emanación, una extensión de la dignidad humana como bienes de la personalidad.<sup>277</sup>
- Cuando el Tribunal Constitucional Español ha tenido que declarar sobre el derecho a la propia imagen siempre lo ha hecho conjuntamente con el derecho a la intimidad, citando a ambos. Mientras que ello no ocurre cuando tiene que decidir sobre el derecho a la intimidad en el que no tiene necesariamente que citar el derecho a la propia imagen. Sólo se ha empezado a hablar de un derecho a la propia imagen una vez que se ha extendido el uso de la fotografía. Hasta antes del uso de la fotografía era imposible que surgiera un conflicto jurídico relacionado con la propia imagen. Pero en la actualidad es extremadamente fácil captar y reproducir la imagen de una persona en contra de la propia voluntad de la persona afectada.<sup>278</sup>
- Una persona famosa o noticiable es objeto de la atención y persecución por parte de los reporteros o de cierto sector de la

---

<sup>277</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 93-94

<sup>278</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 95-96

prensa. En ocasiones, la realización de una fotografía y su reproducción puede ser una verdadera injerencia abusiva en la intimidad cuando se utilizan objetivos “ zooms “ u otros procedimientos de captación de la imagen. Por ejemplo, existen los llamados “paparazzis” o periodistas sensacionalistas que por conseguir una fotografía o un video son capaces de producir una injerencia abusiva en la intimidad de una persona famosa o noticiable. En estos casos la intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen guarda relación con un ataque a la intimidad de la persona.

- En lo que atañe al derecho al honor el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en diversas sentencias, entre ellas las números 30/ 1986 del 20 de Febrero, 107/ 1988 del 8 de Junio, 171/ 1990 del 5 de Noviembre. En dichas sentencias el acotado Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho al honor es diferente al derecho a la intimidad. Con la violación de la intimidad y de la vida privada queda afectada aquella parcela de la personalidad que su titular quiere ocultar al conocimiento y a la mirada muchas veces indiscreta de los demás mediante el establecimiento de una reserva que le libre de su injerencia.<sup>279</sup> En cambio, con el derecho al honor se pretende evitar que la personalidad del sujeto sea objeto de desprecio o vea mermado su prestigio, aprecio o buen nombre. Por tanto, la estima o valoración ético-social ocupa el lugar medular en la definición del concepto de honor.<sup>280</sup>
- Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español en lo que atañe a la diferencia entre intimidad y honor,

---

<sup>279</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página100-102

<sup>280</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página101-102

Novoa Monreal sostiene que el atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien ejecute dicho atentado formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de su víctima. La vulneración contra la vida privada se realizará cuando a raíz de la injerencia arbitraria en el ámbito íntimo de otro, conozca aspectos y datos privados que el titular quiere reservar precisamente de ese conocimiento de un extraño. Para Novoa Monreal, para que se configure el “atentado en contra de la vida privada” no es un elemento necesario el gesto o expresión agravante ni el daño a la reputación personal. En lo que atañe a la lesión al derecho al honor basta el agravio intencionado a la estimación propia de la persona afectada, de allí que el derecho al honor busca resguardar el buen nombre, el prestigio y el autorrespeto, evitando cualquier agravio hacia la persona.<sup>281</sup>

Hemos esbozado una reseña de las diferencias sustantivas entre los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen en la jurisprudencia constitucional española. El Tribunal Constitucional Español ha realizado importantes declaraciones de principios con la finalidad de indagar el sustrato teórico de dichos derechos. El referido esbozo nos permite determinar que el right of privacy norteamericano ( derecho a la privacidad en Estados Unidos ) comprende más elementos conceptuales que el derecho a la intimidad del sistema romano-germano ya que en los Estados Unidos el right of privacy tutela una amplia comprensión de los derechos de la personalidad incluyendo el honor, la propia imagen y voz.

Por su parte, en el Perú el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política del año 1993 no define lo que entendemos por intimidad. Sin embargo, se puede colegir la existencia de diferencias entre los derechos a la

---

<sup>281</sup> Citado por MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 102-103.

intimidad, al honor, a la propia imagen y voz. Dicho dispositivo constitucional peruano preceptúa textualmente “ Toda persona tiene derecho al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (...)”. Ello quiere decir que el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 influyó notablemente en la redacción del artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política del Perú

Asimismo el Tribunal Constitucional Español ha aportado al Perú importantes sustentos teóricos en lo que atañe a la diferenciación entre intimidad, honor y propia imagen y voz; si consideramos el sustrato teórico de las siguientes sentencias del acotado Tribunal Constitucional europeo, sentencias que ya fueron materia de comentario en la presente investigación:

- Fundamento Jurídico Nº 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 170/1987 de 30 de Octubre
- Fundamento Jurídico Nº 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 231/1988 de 2 de diciembre
- Sentencia 30/ 1986 del 20 de Febrero,
- Sentencia 107/ 1988 del 8 de Junio,
- Sentencia 171/ 1990 del 5 de Noviembre.

Por otro lado, el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 establece algunas manifestaciones del derecho a la intimidad, entre ellas:

- La inviolabilidad del domicilio
- Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Estas manifestaciones de la intimidad también están establecidas en los siguientes dispositivos de la Constitución Política del Perú, promulgada en el año 1993:

- Artículo 2 inciso 9 : Inviolabilidad del domicilio
- Artículo 2 inciso 10: Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas

#### **4.4.2.2. Inviolabilidad del domicilio**

El Fundamento Jurídico Nº 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 22/1984 del 17 de Febrero declara que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución Española no coincide plenamente con la idea de domicilio que se utiliza en materia de derecho privado. Al respecto, el artículo 40 del Código Civil Español establece que el domicilio es el punto de localización de la persona o lugar de ejercicio de ésta de sus obligaciones y derechos. En el Fundamento Jurídico Nº 4 de la acotada sentencia, el Tribunal Constitucional Español declaró que la tutela constitucional del domicilio es una protección que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada. Esta protección constitucional de domicilio obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico – privado o jurídico – administrativo. Ello implica que el concepto de domicilio se entiende como el “espacio limitado” elegido por la propia persona para vivir y ejercer su libertad íntima, debiendo dicho domicilio quedar exento o inmune a las abusivas invasiones o agresiones exteriores

Existe un nexo entre la norma que prohíbe la entrada y registro de domicilio (artículo 18.2 de la Constitución Española ) y la norma que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad ( artículo 18.1 de la referida Constitución).<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> Fundamento Jurídico Nº 2 de la Sentencia Nº 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 22/1984 del 17 de Febrero

Asimismo, cabe señalar que existen excepciones a la inviolabilidad del domicilio establecidas en el artículo 18.2 de la Constitución Española de 1978 tales como el consentimiento del titular, la resolución judicial debidamente fundamentada que autorice y la producción de un delito flagrante. También es lógico suponer como excepción a la inviolabilidad del domicilio los supuestos de causas de justificación y estado de necesidad tal es el caso , por ejemplo, de que en la calle viene un perro que desea morderme y para evitar esa mordida ingreso en una casa cuya puerta o ventana está abierta.<sup>283</sup>

La doctrina española está planteando que se incorpore en la Constitución Española como nueva causal de excepción a la inviolabilidad del domicilio: el “conocimiento fundado “ que se está cometiendo un delito. Ello implica que dicho conocimiento no debe basarse en meras especulaciones sin sustento sino en fundados motivos. De este modo se podría mejorar la lucha eficaz contra la delincuencia. Este aporte de la doctrina se concretó en España mediante el artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que establece como nueva excepción a la inviolabilidad de domicilio la existencia de conocimiento fundado de que se está cometiendo un delito. La coyuntura social y política en que se produjo en España la promulgación del artículo 21 de la referida Ley Orgánica, era que el grupo terrorista ETA estaba cometiendo muchos delitos que tenían en zozobra a la población española, asimismo la delincuencia en España se había incrementado.<sup>284</sup>

En Alemania, el artículo 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn acepta la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia.<sup>285</sup> Al respecto, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Qué debemos entender por urgencia? ¿Qué

---

<sup>283</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 124.

<sup>284</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 120

<sup>285</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Página 126

parámetros constitucionales debe contener el concepto de urgencia con la finalidad de evitar abusos en las entradas a domicilio por los órganos no judiciales? La jurisprudencia alemana analizará los casos concretos a fin de determinar si se ha producido o no la “urgencia” que justifique jurídicamente entrar en un domicilio sin la existencia de una resolución judicial debidamente fundamentada que autorice dicho ingreso.

Es menester señalar que el citado concepto de urgencia debe ser adecuadamente delimitado, conceptualmente hablando, con la finalidad de que las autoridades no se extralimitan en sus funciones y no cometan graves vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas.

En lo que atañe a la Constitución Política del Perú, promulgada en el año 1993, el artículo 2 inciso 9 establece textualmente:

“ Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio . Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)”

El acotado artículo 2 inciso 9 de la citada Constitución Peruana tiene notables semejanzas con lo que dispone el artículo 18 de la Constitución Española ya que la Carta Magna peruana contempla como excepciones a la inviolabilidad de domicilio los siguientes supuestos:

- Consentimiento por parte del que habita el domicilio
- Resolución judicial debidamente motivada
- Flagrante delito

- Muy grave peligro de perpetración de delito: Si bien es cierto no estamos ante un caso de flagrancia, se plantea la necesidad de que ante un caso de “conocimiento fundado” de que se va a cometer un delito entonces se puede contemplar una nueva causal de excepción a la inviolabilidad del domicilio. Es importante precisar que esta causal está contemplada en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana Española debido al incremento de la delincuencia tal como ha sido esbozado en la presente investigación.

En lo que atañe a los documentos audiovisuales, tomemos en cuenta el siguiente caso concreto ocurrido en España:

- La sentencia 974/1997 de 4 de Julio, expedida por la Sala Penal Española, hace referencia al caso de una acusada que era objeto de un proceso de seguimiento y vigilancia policial, anterior a una inconstitucional intervención telefónica. Cabe precisar que dicha intervención telefónica permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se entregaría un alijo de droga. Esa información telefónica permitió la captura de los comercializadores de droga en el lugar y hora de la reunión acordada por los narcotraficantes. Tomando en cuenta que la referida intervención telefónica fue declarada inconstitucional, nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿El allanamiento de domicilio que permitió el hallazgo de la droga y la captura de los narcotraficantes constituye una prueba ilícita? ¿ Si el allanamiento de domicilio hubiese sido filmado en documentos audiovisuales, dichas filmaciones podrían ser valoradas por el Órgano Jurisdiccional en el respectivo proceso penal? Para responder a las acotadas preguntas tomemos en cuenta las siguientes

consideraciones: PRIMERA: De acuerdo a la “ teoría del descubrimiento inevitable”, la acusada era objeto de vigilancia y seguimiento policial, anterior a la inconstitucional intervención telefónica, motivos por los cuales de manera inevitable y por métodos regulares - debido a los legítimos cauces de la vigilancia y seguimiento policiales – se habría desembocado al inevitable descubrimiento y entrega de la droga. De acuerdo a la teoría del descubrimiento inevitable, el citado allanamiento de domicilio no sería una prueba ilícita y sería lícito el hallazgo de la droga y la captura de los narcotraficantes. Por tanto, los acotados documentos audiovisuales se obtuvieron de manera lícita, pudiendo ser valorados por el Juzgador. SEGUNDA: Otras posturas doctrinarias sostienen que la excepción del descubrimiento inevitable se basa en la alta probabilidad de que por medios regulares ya habían cauces en marcha que hubieran desembocado al descubrimiento y entrega de la droga. Para estas posturas, la alta probabilidad no es sinónimo de inevitable ya que siempre hay la probabilidad de que por esos cauces regulares no se llegue al citado descubrimiento inevitable; por lo tanto el citado allanamiento sería una prueba ilícita por derivación ya que se origina en la aludida intervención telefónica ilícita. De adoptarse la tesis de que el mencionado allanamiento es prueba ilícita por derivación entonces el Órgano Jurisdiccional debe ponderar los derechos en conflicto con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto. De acuerdo a los hechos expuestos en el caso , el Órgano Jurisdiccional sopesará, por un lado, el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en el que se expida una resolución judicial objetiva y materialmente justa, evitándose la impunidad en delitos graves como el

narcotráfico; por otro lado, los narcotraficantes alegarían que el citado allanamiento es una prueba ilícita por derivación ya que se origina en una ilícita intervención telefónica. Mediante la ponderación de derechos en conflicto, el Órgano Jurisdiccional con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, debe valorar el hallazgo de la droga y la captura de los narcotraficantes ya que se debe dar mayor predominio constitucional al derecho que tiene la sociedad a que haya un proceso justo en el que se expida resoluciones judiciales material y objetivamente justa, evitándose la impunidad de los narcotraficantes. Asimismo, los acotados documentos audiovisuales acreditan el hallazgo de la droga así como los hechos que dieron origen a la captura de los narcotraficantes, razones por las cuales dichos documentos audiovisuales deberían ser visualizados y valorados por el Órgano Jurisdiccional.

#### **4.4.2.3 Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas**

Las personas consideran necesario resguardar determinados datos privados que no sean materia de información o conocimiento público motivo por el cual el ordenamiento jurídico debe brindar la adecuada tutela a esos datos mediante el secreto de las comunicaciones privadas.

El Fundamento Jurídico N° 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 114/ 1984 de 29 de Noviembre declara que en el secreto de las comunicaciones, este derecho fundamental puede ser violado o conculcado tanto en la interceptación de las comunicaciones a través de la aprehensión física del soporte del mensaje o a través de otros procedimientos distintos a la aprehensión física como por ejemplo el

simple conocimiento antijurídico de lo comunicado. La acotada sentencia declara que el concepto de secreto no sólo cubre el contenido de la comunicación sino también, en su caso, otros aspectos de la comunicación como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores.

Cabe precisar que en la sentencia, referida en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional Español se esmera en un punto importante en la delimitación conceptual del secreto de las comunicaciones, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- “ Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación” <sup>286</sup>
- Estos terceros ajenos a la comunicación pueden ser públicos o privados.
- La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional; es decir dicho ilícito se produce cuando hay una injerencia extraña a la comunicación.
- El derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma. Ello implica que el secreto es de carácter “ formal “ y sólo puede ser impuesto a los terceros ajenos a la comunicación pero no a los que participaron en la comunicación. <sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob.cit. Página 130

<sup>287</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob.cit. Página 130-135

- Si una de las personas que participó en la comunicación revela total o parcialmente lo comunicado no estamos ante una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ya que el concepto “ formal “ de secreto sólo garantiza la impenetrabilidad del proceso de comunicación por quien no participó de dicha comunicación, es decir, la referida impenetrabilidad es frente a terceros ajenos a dicho proceso de comunicación.<sup>288</sup>
- No obstante lo expuesto precedentemente, pueden darse casos en que los que participaron en la comunicación al revelar el contenido de lo comunicado pueden vulnerar otros derechos distintos al secreto de las comunicaciones y pueden responder civilmente. Ejemplo: Una de las personas que participaron en una conversación vulnera el secreto industrial con respecto a una fórmula química de un producto comercial, en cuyo caso puede ser demandado para que indemnice por los daños y perjuicios causados. En el ejemplo citado no estamos formalmente ante un supuesto de vulneración constitucional del secreto de las comunicaciones pero sí ante un caso de violación de reserva de un secreto industrial que tiene distinta naturaleza al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. Reiteramos que la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones no se produce entre los que participaron en el proceso de comunicación ya que no se puede hablar de secreto en sentido formal entre los contertulios o los que participan en la conversación o comunicación. La afectación al secreto de las comunicaciones se produce cuando terceros ajenos al proceso de comunicación penetran parcial o totalmente en el contenido de lo comunicado.

---

<sup>288</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob.cit. Página 130-35

De acuerdo a las bases doctrinarias expuestas por el Tribunal Constitucional Español respecto al ámbito conceptual del secreto de las comunicaciones privadas, es menester señalar dos casos ocurridos en el Perú conocidos por la opinión pública como los “vladivideos” y los “petroaudios”, los cuales expondremos a continuación

### Caso “VLADIVIDEOS”

Existen documentos audiovisuales en el que se acreditan que diversas personas vinculadas a los medios de comunicación, la política, las fuerzas armadas, entre otras, acudieron a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) con la finalidad de reunirse con el exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y cometer delitos graves que fueron filmados sin que las personas que acudieron al SIN hayan brindado su consentimiento para que se efectúen dichas filmaciones. Al respecto, cabe formularnos las siguientes interrogantes:

¿ O los vladivideos son pruebas lícitas ya que las personas filmadas en los vladivideos podrían presumir razonablemente que podían ser filmados si tomamos en cuenta que las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) podían contar con cámaras de video vigilancia puesto que el SIN es una entidad estatal encargada de asuntos de inteligencia nacional en el Perú ?

¿O los vladivideos son pruebas lícitas ya que no se vulnera el derecho a la intimidad – para ser más preciso, el derecho al secreto de las comunicaciones privadas - puesto que este derecho no comprende como ámbito de protección jurídica aquellas acciones privadas que dañan a terceros ( los delitos al resquebrajar el orden social y dañar a la sociedad

en su conjunto no pueden estar comprendidos dentro de la esfera jurídica del derecho a la intimidad ) ?

¿O los vladivideos son pruebas ilícitas y por lo tanto carecen de valor probatorio por vulnerarse el derecho a la intimidad puesto que las personas filmadas no brindaron su consentimiento para que se efectúe dichas filmaciones?

¿O los vladivideos son pruebas ilícitas por vulnerarse el derecho a la intimidad pero que a pesar de esa ilicitud se deben valorar esos documentos audiovisuales de acuerdo al Test de Balancing o Ponderación de derechos en conflicto en el que se sacrificaría el derecho a la intimidad por ser de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al Ius Punendi del Estado (investigar, juzgar y sancionar penalmente a los responsables de delitos graves) por tener mayor peso constitucional, tomando en consideración las circunstancias concurrentes del caso?

Respecto a los vladivideos:

- No hay problema si se asume la postura de que los vladivideos son pruebas lícitas, en cuyo caso dichos videos se admiten y valoran en los procesos penales. Para esta postura, los vladivideos son pruebas lícitas porque las personas filmadas en dichos documentos audiovisuales podrían presumir razonablemente que podían ser filmados si tomamos en cuenta que las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) podían contar con cámaras de video vigilancia puesto que el SIN es una entidad estatal encargada de asuntos de inteligencia nacional en el Perú. Asimismo, es preciso destacar que el jurista

Carlos Santiago Nino<sup>289</sup> sostiene que la intimidad – para otros privacidad – comprende aquellas acciones privadas que no dañan a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás. Las personas filmadas en los vladivideos no sostuvieron conversaciones vinculadas a la esfera de su intimidad o privacidad ya que el contenido de dichas comunicaciones eran delictivas y, por tanto, los delitos dañan a la sociedad en su conjunto y producen el resquebrajamiento del orden social. Los derechos fundamentales deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica, ya que si bien los hombres tienen derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar derecho a la intimidad cuando los actos filmados en los vladivideos son de carácter delictivo. El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran que no haya impunidad frente a delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.

- En cambio, si se adopta la posición de que dichos documentos audiovisuales son pruebas ilícitas por vulnerar derechos fundamentales entonces existe un problema en cuanto a otorgarles o no eficacia probatoria. Nuestro ordenamiento jurídico no pretende que haya impunidad por lo que cuando hay conflicto entre 2 ó más derechos el Juzgador ponderará dichos derechos en colisión, debiendo sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar preferencia al derecho de mayor peso constitucional mediante el Test de Balancing; test que no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y

---

<sup>289</sup> NINO, Carlos Santiago. Ob. cit. Página 327

proporcionalidad. De acuerdo a lo expuesto, debe prevalecer el derecho de la sociedad a que haya un proceso justo en el que el Órgano Jurisdiccional expida resoluciones material y objetivamente justas, evitándose la impunidad de aquéllos que cometen delitos graves

### Caso “ PETROAUDIOS”

En el segundo gobierno del presidente Alan García se propalaron en los diversos canales de televisión aquellas grabaciones de audio en el que Rómulo León Alegría y Alberto Quimper sostuvieron privadas conversaciones telefónicas de contenido delictivo. Dichas conversaciones se referían a graves actos de corrupción en amañadas licitaciones petroleras por parte del Estado Peruano. Estas grabaciones de audio fueron conocidas por la opinión pública peruana como los “petroaudios “.

En los citados petroaudios estamos ante una colisión de derechos que debe ponderarse según la Teoría del Equilibrio. Los derechos en conflicto serían: Por un lado, el derecho al secreto a las comunicaciones privadas entre Alberto Quimper y Rómulo León Alegría. Por otro lado, tenemos el derecho que tiene la sociedad de que el Estado – de acuerdo a su *Ius Puniendi* - investigue, juzgue y sancione a los responsables de la comisión de los delitos graves involucrados en las amañadas licitaciones estatales de acuerdo a las informaciones de los petroaudios. En este caso nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuál derecho prima?. De acuerdo a los delitos graves involucrados en los petroaudios consideramos que debe primar el *Ius Puniendi* del Estado en investigar, juzgar y sancionar a Rómulo León Alegría y Alberto Quimper por cuanto las conversaciones entre ellos no tienen nada que ver con aspectos de su esfera íntima sino por el contrario estas conversaciones versan sobre la

concertación de graves delitos que ameritan una profunda investigación y una sanción justa.

Es preciso destacar que el jurista Carlos Santiago Nino sostiene que la intimidad – para otros privacidad – comprende aquellas acciones privadas que no dañan a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás. Rómulo León Alegría y Alberto Quimper no sostuvieron conversaciones vinculadas a la esfera de su intimidad o privacidad ya que el contenido de dichas comunicaciones eran delictivas y, por tanto, los delitos dañan a la sociedad en su conjunto y producen el resquebrajamiento del orden social. Los derechos fundamentales – entre ellos, el secreto de las comunicaciones - deben ejercerse legítimamente para que gocen de protección jurídica , ya que si bien los hombres tienen esos derechos también es cierto que tienen deberes que cumplir y que en caso que incumplan sus deberes entonces deben asumir las responsabilidades legales que correspondan. No se puede alegar derecho al secreto de las comunicaciones privadas cuando esas comunicaciones son de carácter delictivo. El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales que aspiran que no haya impunidad frente a delitos que generan el resquebrajamiento del orden social.

En lo que atañe al ordenamiento jurídico peruano, es preciso tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

Diera la impresión que la legislación peruana no permite que se establezcan excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita tal como está redactado el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 cuyo tenor es el siguiente:

“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal ( ... ) “

El citado artículo 2 inciso 10 de la Constitución Peruana de 1993 al establecer que carecen de efecto legal aquellas comunicaciones y documentos privados que hayan sido obtenidos con violación del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pueden generar diversos problemas tal como a continuación reseñaremos:

- Si al vulnerarse el secreto y/o inviolabilidad de las comunicaciones privadas se descubre la comisión de delitos de gravedad: ¿ Qué respuesta da el Derecho para evitar los casos de impunidad si interpretamos literalmente el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Peruana de 1993 ? ¿Cómo se protegen los derechos de la sociedad ante los casos de comisión de delitos graves que podrían quedar impunes si los magistrados aplicaran literalmente el artículo 2 inciso 10 de la Constitución ? ¿Los magistrados podrían aplicar el Test de Balancing para ponderar los derechos constitucionales en conflicto y lograr, así, la expedición de resoluciones judiciales justas ? Para responder a las acotadas interrogantes debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones: Los jueces están con la “Espada de Damocles” pues si aplican literalmente el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 entonces sus resoluciones pueden generar la impunidad de muchos delincuentes. Por otro lado, si los jueces en sus resoluciones aplican las correspondientes excepciones

a la regla de exclusión probatoria podrían ser acusados de prevaricato. Ante esta “Espada de Damocles” proponemos que el acotado dispositivo constitucional sea modificado con la finalidad que se tomen en consideración las apropiadas excepciones a la regla de exclusión probatoria - entre ellas la “ Teoría del Equilibrio” o “Principio de Proporcionalidad” - y de esta manera los magistrados puedan administrar justicia de manera adecuada.

La aludida propuesta de modificación del artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 sería la siguiente:

“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Como regla general se establece que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal salvo las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria:

1. Principio de Proporcionalidad: Mediante este principio, el Órgano jurisdiccional competente efectuará una ponderación de los derechos en conflicto sacrificando el derecho o derechos de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto
2. Excepción de la prueba ilícita in bonam partem

### 3. La destrucción de la mentira del imputado

#### 4.5. Derecho al honor

Sostuvimos que en lo que atañe al derecho al honor el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en diversas sentencias, entre ellas las números 30/ 1986 del 20 de Febrero, 107/ 1988 del 8 de Junio, 171/ 1990 del 5 de Noviembre. En dichas sentencias el acotado Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho al honor es diferente al derecho a la intimidad. Con la violación de la intimidad y de la vida privada queda afectada aquella parcela de la personalidad que su titular quiere ocultar al conocimiento y a la mirada muchas veces indiscreta de los demás mediante el establecimiento de una reserva que le libre de su injerencia.<sup>290</sup> En cambio, con el derecho al honor se pretende evitar que la personalidad del sujeto sea objeto de desprecio o vea mermado su prestigio, aprecio o buen nombre. Por tanto, la estima o valoración ético-social ocupa el lugar medular en la definición del concepto de honor.<sup>291</sup>

Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español en lo que respecta a la diferencia entre intimidad y honor, Novoa Monreal sostiene que el atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien ejecute dicho atentado formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de su víctima. La vulneración contra la vida privada se realizará cuando a raíz de la injerencia arbitraria en el ámbito íntimo de otro, conozca aspectos y datos privados que el titular quiere reservar precisamente de ese conocimiento de un extraño. Para Novoa Monreal,

---

<sup>290</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 100-102

<sup>291</sup> MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 101-102

para que se configure el “atentado en contra de la vida privada “ no es un elemento necesario el gesto o expresión agravante ni el daño a la reputación personal. En lo que atañe a la lesión al derecho al honor basta el agravio intencionado a la estimación propia de la persona afectada, de allí que el derecho al honor busca resguardar el buen nombre, el prestigio y el autorrespeto, evitando cualquier agravio hacia la persona.<sup>292</sup>

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, resulta notorio que en el derecho al honor el ámbito de protección es la reputación personal y el buen nombre, mientras que en el derecho a la intimidad su ámbito de protección es la reserva de datos de la vida privada.

Sin embargo, si bien es cierto que el derecho al honor y el derecho a la intimidad tienen ámbitos diferenciados de protección delimitados, pueden darse casos, en ocasiones, que la violación de la intimidad se realiza con la finalidad de luego desprestigiar e injuriar a su titular. Ello significa que en algunas oportunidades – no en todos los casos – la violación de la intimidad se usa como medio para llegar a la consumación de un ataque al honor.

En lo que atañe a conflictos que pueden surgir entre los derechos de la personalidad ( entre ellos el derecho al honor ) y las denominadas libertades de expresión e información por parte de los medios de comunicación, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuál derecho prima ?

Para responder a la interrogante precedente, consideramos que las libertades de expresión e información no deberían tener un mayor nivel jerárquico que los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia

---

<sup>292</sup> Citado por MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 102-103

imagen y/o voz). Lo que debemos tomar en cuenta es que los acotados derechos fundamentales no se encuentran de manera aislada en la Constitución sino que éstos guardan entre sí relaciones de coordinación a fin de que puedan ejercerse legítimamente y, por tanto, gocen de la debida protección jurídica.<sup>293</sup>

En caso de conflicto de derechos ( honor versus derecho de información ) lo más adecuado es acudir a la teoría del equilibrio (o ponderación de derechos en conflicto). Dicha teoría postula que los derechos fundamentales no se encuentran jerárquicamente organizados sino que se integran recíprocamente formando un sistema unitario, de tal forma que existe un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio de alguno sobre los demás.<sup>294</sup> Para el logro de este objetivo es necesario que el Juzgador pondere los derechos constitucionales en conflicto mediante el Test de Balancing , debiendo sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional para dar preferencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto. El acotado Test de Balancing no responde a la arbitrariedad sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben estar plasmados en resoluciones justas que estén debidamente motivadas.<sup>295</sup>

La Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor es el grado de afectación de un derecho ( derecho "A") entonces tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro derecho ( derecho "B"). Dicho de otro modo, la Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor sea el sacrificio en la restricción de un derecho fundamental ( derecho "A" ), tanto mayor debe ser el beneficio en el otro derecho fundamental (derecho "B"). Ello es posible mediante las relaciones de prevalencia

---

<sup>293</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 154

<sup>294</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. cit. Página 154

HABERLE, Peter. "La libertad fundamental en el Estado Constitucional ". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Página 86

<sup>295</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob.cit. Páginas 154-156.

condicionada de acuerdo a las circunstancias concurrentes del caso concreto.<sup>296</sup>

En lo que atañe a los conflictos entre honor y las libertades de expresión e información, en relación con la obtención de documentos audiovisuales, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

PRIMERA: En muchas oportunidades hemos constatado que diversos canales de televisión tienen programas de espectáculos y farándula en el que los llamados paparazzis acosan a artistas, deportistas y otros personajes públicos con la finalidad de filmar aspectos de su vida privada y obtener una noticia sensacionalista con el único propósito de satisfacer una mera curiosidad del público. En esos casos, la obtención de esas filmaciones audiovisuales constituyen abusivas intromisiones a la vida privada de dichos artistas, deportistas y personajes públicos ya que la noticia que se pretende difundir no es de interés público. Sostuvimos que una noticia no es de interés público cuando coincide con aquello que pudiera suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. Ello implica que la difusión innecesaria de conductas privadas carentes de interés público no contribuyen a la formación de una opinión pública libre y plural. Esta abusiva intromisión puede constituir una agresión al honor cuando el medio de comunicación difunde noticias carentes de interés público y que pueden ser agraviantes pues pretenden mermar el prestigio, aprecio o buen nombre de la persona filmada, generándose una desvaloración ético-social de dicha persona.

SEGUNDA: En diversas ocasiones, los correspondientes medios de comunicación - entre ellos la televisión – han efectuado reportajes en el que con cámaras ocultas se ha logrado filmar en documentos audiovisuales la comisión de delitos. Dichos documentos audiovisuales

---

<sup>296</sup> CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. Páginas 124-125.  
ESCALANTE, Mijail. Ob.cit. Páginas 88-96.

han servido de gran utilidad al Ministerio Público para iniciar las correspondientes investigaciones; asimismo en el Juicio Oral se han visualizado los acotados documentos audiovisuales, constituyendo importantes medios probatorios para identificar a los delincuentes, sus modus operandi y determinar las respectivas consecuencias penales.

En estos casos el interés general de lo divulgado por el medio de comunicación justifica la eficacia de las libertades de expresión e información debido a su función formadora de la opinión pública libre y plural. Asimismo la noticia es de interés público ya que la sociedad tiene el derecho de ser verazmente informado por los medios de comunicación respecto a la comisión de delitos que producen el resquebrajamiento del orden social. En estos casos, la información difundida por el medio de comunicación es veraz - y por ser de interés público – debe primar sobre el derecho al honor del delincuente que fue filmado cuando cometía el respectivo ilícito penal.

TERCERA: Gracias a serias investigaciones periodísticas sobre casos concretos de inseguridad ciudadana en diversos puntos críticos del país, la opinión pública ha sido debidamente informada y el Estado ha tomado la decisión de brindar una mejor seguridad ciudadana tendiente a la prevención del delito. Debido a esas investigaciones periodísticas de los medios de comunicación, los diversos Estados cuentan con cámaras de video vigilancia colocadas en diversos puntos críticos del ámbito público con la finalidad de que las filmaciones efectuadas ayuden al control de la criminalidad ya que al producirse la comisión de uno o más delitos, éstos serán registrados en esas filmaciones; pudiendo identificarse a las personas que intervinieron, sus modus operandi y las respectivas consecuencias. Por otro lado, como un complemento de la seguridad ciudadana, las acotadas cámaras de video vigilancia son útiles para ubicar donde se han realizado catástrofes como incendios o inundaciones; además de ser un medio de control del tránsito ya que

dichas filmaciones registran transgresiones de tránsito y accidentes automovilísticos, entre otros.

Asimismo, gracias a la difusión de esas investigaciones periodísticas, los particulares también suelen colocar cámaras de video vigilancia en ámbitos abiertos al público tales como bancos, compañías de seguro, estaciones de expendio de combustibles, supermercados, bodegas, farmacias, restaurantes y demás centros comerciales. Dichas cámaras de video registran los hechos ocurridos en dichos ámbitos; pudiendo filmarse la comisión de uno o más delitos o faltas.

#### **4.6. Derecho a la propia imagen y voz**

Sostuvimos que cuando el Tribunal Constitucional Español ha tenido que declarar sobre el derecho a la propia imagen siempre lo ha hecho conjuntamente con el derecho a la intimidad, citando a ambos. Mientras que ello no ocurre cuando tiene que decidir sobre el derecho a la intimidad en el que no tiene necesariamente que citar el derecho a la propia imagen. Sólo se ha empezado a hablar de un derecho a la propia imagen una vez que se ha extendido el uso de la fotografía. Hasta antes del uso de la fotografía era imposible que surgiera un conflicto jurídico relacionado con la propia imagen. Pero en la actualidad es extremadamente fácil captar y reproducir la imagen de una persona en contra de la propia voluntad de la persona afectada.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> MARTINEZ PISON CAVERO, José. Ob. cit. Páginas 95-96.

Una persona famosa o noticiable es objeto de la atención y persecución por parte de los reporteros o de cierto sector de la prensa. En ocasiones, la realización de una fotografía y su reproducción puede ser una verdadera injerencia abusiva en la intimidad cuando se utilizan objetivos “zooms “ u otros procedimientos de captación de la imagen. Por ejemplo, existen los llamados “paparazzis” o periodistas sensacionalistas que por conseguir una fotografía o un video son capaces de producir una injerencia abusiva en la intimidad de una persona famosa o noticiable. En estos casos la intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen guarda relación con un ataque a la intimidad de la persona.

Por otro lado, sólo se ha empezado a hablar de un derecho a la propia voz una vez que se ha extendido el uso de aparatos que captan la voz, tales como cintas de audio y documentos audiovisuales. Hasta antes del uso de esos aparatos era imposible que surgiera un conflicto jurídico relacionado con la propia voz. Hoy en día es extremadamente fácil captar y reproducir la imagen y voz de una persona en contra de la propia voluntad de la persona afectada, de allí que el Derecho debe dar una adecuada respuesta a esta problemática. Consideramos que en caso de conflicto entre el derecho a la propia imagen y/o voz y las libertades de expresión e información se deben ponderar los derechos en colisión sacrificando el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto

En la actualidad uno de los hechos que suelen ser materia de análisis en los respectivos procesos es el referido al cuestionamiento de la autenticidad de las imágenes y voces humanas contenidas en los documentos audiovisuales. Al respecto, sostenemos que el cuestionamiento de la autenticidad de documentos audiovisuales se solucionaría a través de la pericia. En el caso de los videos, los peritos

evaluarán si efectivamente son auténticos los contenidos de audio e imagen de esos videos a fin de que puedan ser considerados auténticos documentos no escritos con significancia probatoria, pudiendo ser aportados en un proceso.

Desde un punto de vista científico, la voz humana puede ser reconocida e identificada más allá de toda duda. La voz humana es reconocida por su timbre que es un atributo personalísimo y único. Ese timbre peculiar y único está determinado por los inimitables elementos de resonancia que son propios de cada persona. La ciencia y técnicas modernas han ido ideando algunos aparatos que permiten la identificación de la voz de manera indubitable. Dichos aparatos son el oscilógrafo y el espectógrafo. Con ellos se puede medir la modulación u ondulación de la voz y comparar esta medición con una grabación. La ondulación es única e inimitable en cada persona, precisamente por el timbre, que es el elemento peculiar.<sup>298</sup>

En caso que se alegue que las imágenes del documento audiovisual han sido manipuladas, editadas o trucadas entonces lo recomendable es que el acotado documento se someta a una pericia. Al respecto cabe señalar que el montaje en video (EDICIÓN), a diferencia del montaje cinematográfico, no se realiza por el corte físico y la reordenación de los planos a montar. La cinta magnética no se puede cortar y volver a pegar con los planos ordenadores ya que en cada empalme, amén de otras consideraciones del propio sistema de grabación, se producirá un salto de imagen. La EDICIÓN se realizará mediante la grabación, en una nueva cinta, de los planos previamente grabados que son seleccionados en un magnetoscopio ( en función de reproducción) y enviados a otro

---

<sup>298</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “ La prueba documental en el proceso civil”. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Página 240.

magnetoscopio ( en función de grabación), donde se realiza el montaje.<sup>299</sup> En video se ofrece a nivel del concepto de montaje dos posibilidades: Montaje de Continuidad (Assemble) y Montaje en Inserto (Insert). En el Montaje de Continuidad,<sup>300</sup> el inicio de un plano se “ensambla” con el final del anterior y así sucesivamente se van empalmando electrónicamente en el magnetoscopio “grabador” los planos seleccionados en el “reproductor”, uno a continuación del otro. En el Montaje en Inserto <sup>301</sup> se debe tomar en consideración que si una vez realizado el Montaje en Continuidad se quiere sustituir un plano ya montado por otro distinto, esta operación se llama “insertar”. En el Montaje en Inserto es preciso señalar que dado que la cinta no se puede cortar, la duración del plano que se inserta ha de ser igual a la del plano o planos que se quiere sustituir.<sup>302</sup>

---

<sup>299</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. “ Valor probatorio de las grabaciones de audio y video en los procesos anticorrupción “ Gráfica Universo. Lima.2005. Página 183.

<sup>300</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob cit. Página 183.

<sup>301</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob cit. Página 183.

<sup>302</sup> BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. Ob. cit. Página 183

## **APORTES DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN**

Consideramos que la presente tesis ha brindado los siguientes aportes, luego del análisis de la problemática investigada:

**PRIMERO:** El tema de tesis titulado “ Valoración probatoria de los documentos audiovisuales “ reviste trascendencia en la teoría de la prueba; máxime cuando por el desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, los mecanismos de seguridad o reserva de los mensajes se tornan cada vez más vulnerables. Sostuvimos en la presente tesis que el derecho procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales.

Consideramos que en la obtención de documentos audiovisuales puede haber un conflicto de derechos fundamentales; surgiendo, así, el problema de la llamada “prueba ilícita”. Dicha problemática debe ser resuelta aplicando diversos principios basados en la proporcionalidad y la razonabilidad; de allí que la doctrina alemana ha planteado la “Teoría del Equilibrio” o “Principio de Proporcionalidad”. Dicha teoría establece que ante una colisión de derechos fundamentales que se presenten en un caso concreto, el Órgano Jurisdiccional ponderará los derechos en conflicto mediante el Test de Balancing, sacrificando el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto. La acotada Teoría del Equilibrio permite la expedición de resoluciones justas.

**SEGUNDO:** A diferencia del sistema de la prueba tasada - en el que la ley predetermina de antemano el valor que se asigna a determinadas pruebas -, en el sistema de la sana crítica racional se da la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el Juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

La sana crítica racional no implica, de ninguna manera, arbitrariedad del Juzgador ya que éste debe valorar las pruebas fundando su decisión no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común, las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. En la decisión adoptada el magistrado debe imperativamente - según las reglas de la lógica - argumentar cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión en su resolución.

La valoración probatoria de los documentos audiovisuales, efectuada por los magistrados, debe basarse en el sistema de la sana crítica racional con la finalidad de que la decisión adoptada tenga una sólida y coherente argumentación jurídica en aras de que se expidan resoluciones justas.

**TERCERO:** La presente tesis ha efectuado un análisis de las respectivas posturas doctrinarias referidas a la valoración probatoria de los documentos audiovisuales con el objetivo principal de delinear las bases teórico procesales de una utilización racional de los documentos audiovisuales con fines probatorios, que compatibilice el respeto de las garantías constitucionales involucradas con la eficacia que requiere una adecuada administración de justicia.

**CUARTO:** El sustento teórico dogmático de la presente investigación ayudará a determinar las deficiencias legislativas sobre la valoración probatoria de los documentos audiovisuales con la finalidad que dichas deficiencias sean corregidas a través de la incorporación de los respectivos dispositivos en la Constitución Política si tomamos en consideración que el derecho procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales.

Actualmente no existe un dispositivo constitucional expreso en la Carta Magna peruana que establezca taxativamente la aplicación de la acotada “Teoría del Equilibrio” ( o Principio de Proporcionalidad) ante casos de conflicto de derechos fundamentales relacionados en la obtención y divulgación de documentos audiovisuales, motivo por el cual esta tesis propone que nuestros legisladores incorporen en la Constitución Política el citado Principio de Proporcionalidad con la finalidad de que los diversos Órganos Jurisdiccionales expidan resoluciones justas.

**QUINTO:** La presente investigación tesis brindará aportes a la jurisprudencia ya que los magistrados podrán tener acceso al sustento teórico dogmático de esta tesis, la cual contiene el análisis de resoluciones judiciales de tribunales extranjeros así como posturas doctrinarias de diversos juristas en lo que atañe a la valoración probatoria de documentos audiovisuales. Ello contribuirá a que los magistrados puedan motivar debidamente sus resoluciones cuando tengan que

argumentar jurídicamente sobre la valoración probatoria de los acotados documentos.

Sostuvimos que en caso de conflicto de derechos fundamentales en el que está involucrado la obtención y/o divulgación de documentos audiovisuales, el Juzgador resolverá dicha colisión de derechos de acuerdo a la aplicación de la Teoría del Equilibrio o Principio de Proporcionalidad, cuyo sustento lo encontramos en la doctrina alemana.

La Teoría del Equilibrio será de gran utilidad a la jurisprudencia, en lo que atañe a la valoración probatoria de los documentos audiovisuales, ya que los magistrados tomarán en cuenta los siguientes fundamentos jurídico doctrinarios de la acotada teoría:

- Si bien es cierto que el individuo tiene sus derechos inherentes, también se puede afirmar que el individuo no se encuentra aislado en la sociedad, por lo que sus derechos pueden verse limitados por otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos
- En lo que atañe a la prueba ilícita, convergen 2 intereses contrapuestos: Por un lado, el interés por descubrir la verdad, la misma que constituye el pilar importante del servicio de la justicia; por el otro lado, el interés por impedir la producción de pruebas ilícitas, las cuales vulneran derechos fundamentales. Ambos derechos contrapuestos deben ser ponderados dentro del marco tolerable exigido por el punto de equilibrio.
- El conflicto de derechos - en lo que atañe a la valoración probatoria de los documentos audiovisuales - se resuelve a través del llamado Test de Proporcionalidad, el cual a su vez consta de 3 subtests: Adecuación (o idoneidad), Necesidad ( o Indispensabilidad ) y

Proporcionalidad en sentido estricto ( o Ponderación ). Estos 3 subtests deben cumplirse en forma concurrente pues si faltase tan solo uno de ellos entonces nos encontraríamos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada.

- Respecto al Subtest de Adecuación ( o Idoneidad ), el Juzgador en el caso concreto debe examinar el fin perseguido por la injerencia en el ámbito del derecho fundamental, en lo concerniente a la obtención del documento audiovisual, debiendo establecer si aquella injerencia es adecuada o pertinente para lograr dicho fin. Si la respuesta es positiva entonces se habrá cumplido el requisito de idoneidad o adecuación. Podemos apreciar que la idoneidad consiste en una relación de medio a fin, es decir entre el medio adoptado ( la injerencia del derecho fundamental en lo que concierne a la obtención de dicho documento audiovisual ) y el fin que se pretende perseguir con esa injerencia.
- Una vez que se determina que la injerencia adoptada es adecuada o idónea, respecto a la obtención de dicho documento audiovisual, se debe analizar si esta injerencia es necesaria o indispensable. En esta etapa la acotada injerencia se somete al Subtest de Necesidad o Indispensabilidad. Mediante este subtest ha de analizarse si existen otros medios alternativos a la injerencia adoptada que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad que la medida adoptada. Ello supone que si el fin puede ser logrado a través de otros medios alternativos que impliquen un menor menoscabo del derecho en conflicto entonces la medida será innecesaria pero – contrario sensu – si no hay otros medios alternativos menos gravosos se tratará de una injerencia necesaria. De acuerdo a lo expuesto, en el Subtest de Necesidad hay una relación de medio a medio, es decir, se analizan el medio

adoptado ( injerencia en el derecho fundamental ) y los diversos medios alternativos .

- Una vez sometida la acotada injerencia a los Subtests de Adecuación y Necesidad, el Juzgador procederá a efectuar el Subtest de Ponderación o Proporcionalidad en sentido estricto. Mediante el Subtest de Ponderación se examina si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, en lo que atañe a la obtención del documento audiovisual, realizando un ejercicio de ponderación y valoración para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable a la luz del derecho que se trate de salvaguardar. Ante una colisión de derechos del mismo nivel jerárquico se pondera dichos derechos con la finalidad de sacrificar el derecho de menor trascendencia constitucional en aras del predominio del derecho de mayor peso constitucional en el caso concreto a fin de dar la mejor solución justa al mencionado conflicto.
- El Subtest de Proporcionalidad en sentido estricto se fundamenta en la denominada “Ley de Ponderación “ cuyo enunciado es el siguiente : “Cuanto mayor es el grado de afectación de un derecho ( derecho “A”) entonces tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro derecho ( derecho “B”)“ . Dicho de otro modo, la Ley de Ponderación sostiene que cuanto mayor sea el sacrificio en la restricción de un derecho fundamental ( derecho “A”), tanto mayor debe ser el beneficio en el otro derecho fundamental ( derecho “B”). Ello es posible mediante relaciones de prevalencia condicionada de acuerdo a las circunstancias concurrentes del caso concreto.

## **CONCLUSIONES**

Las conclusiones a las que arribamos en la presente tesis, luego del análisis de la problemática investigada, son:

**PRIMERA:** En la actualidad todavía existe, por algún sector, la reticencia a dar valor probatorio a los documentos audiovisuales. Dicha reticencia se basa en aquel apego a una concepción de los viejos textos legales donde se da mayor importancia al soporte de papel, sin considerar que la prueba documental puede referirse tanto a la documentación escrita (instrumentos) así como a la no escrita (ejemplo documentos audiovisuales). Ese apego se debe a cuestionamientos sobre la autenticidad de los documentos audiovisuales ya que algunos sostienen que se puede editar el video o imitar la voz. Al respecto, nos parece que ese argumento es poco sólido ya que también se puede imitar la firma de alguien en un instrumento o escribir con letras o rasgos parecidos al autor del documento escrito , falsificándose o alterándose instrumentos.

Consideramos que el cuestionamiento de la autenticidad de documentos escritos o no escritos se solucionaría a través de la pericia.

En el caso de los documentos audiovisuales, si se alega que la voz ha sido manipulada entonces la pericia deberá tomar en consideración que la voz humana puede ser analizada a través de los siguientes aparatos: el oscilógrafo y el espectógrafo. Dichos aparatos pueden medir la modulación y ondulación de la voz y comparar esta medición con una grabación. La ondulación de la voz es única e inimitable, precisamente por el timbre que es el elemento peculiar y único de cada ser humano.

En caso que se alegue que las imágenes del documento audiovisual han sido manipuladas, editadas o trucadas entonces la pericia tomará en cuenta los resultados de los magnetoscopios, aparatos de suma utilidad para determinar la existencia o no de montaje de imágenes en videos.

**SEGUNDA:** Los documentos audiovisuales como medios de prueba ofrecidos para que sean admitidos, actuados y valorados por el Juez deben regirse a determinados principios procesales que rigen a la prueba judicial. Entre dichos principios tenemos: Pertinencia, Utilidad, Inmediación, Contradicción y Licitud

**TERCERA:** La problemática que encierra el Principio de Licitud en materia probatoria en lo que atañe a los documentos audiovisuales, no se genera cuando dichos documentos son pruebas lícitas ya que éstos sí podrán ofrecerse como medio probatorio en un proceso y el Órgano Jurisdiccional los admitiría, actuaría y valoraría siempre y cuando se cumplieran los principios de pertinencia, utilidad, inmediación y contradicción.

El meollo del problema es cuando los documentos audiovisuales son cuestionados en lo referente a su licitud probatoria; surgiendo, así, el tema de la denominada prueba ilícita y su tratamiento jurídico procesal que atañe a los documentos audiovisuales.

Si las grabaciones contenidas en un documento audiovisual fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales entonces estos documentos pueden ser considerados pruebas ilícitas atendiendo a la trascendencia de dicha vulneración. No habrá trascendencia relevante de derechos fundamentales en conductas que no tienen trascendencia en el proceso, lo cual exige ponderar la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los derechos en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

En la prueba ilícita tenemos un conflicto de derechos:1) Por un lado, el derecho a probar como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, que busca desplegar toda su eficacia en aras de que se administre una adecuada justicia 2) Por otro lado, la gran gama de derechos fundamentales que esperan no ser vulnerados.

**CUARTA:** En esa colisión de derechos a la que hace referencia la conclusión precedente, los juristas se preguntan : ¿ Cuál derecho prima? Al respecto, hay tres posturas que responden a esta interrogante:

- La primera de ellas sostiene que todas las pruebas ilícitas ofrecidas en el proceso judicial deben ser admitidas, actuadas y valoradas por el Juez en aras de la verdad
- Una segunda posición sostiene que la prueba ilícita no debe admitirse en el proceso ya que en caso que dicha prueba se haya admitido, ésta no debe ser actuada ni valorada: privándose a la misma de toda eficacia probatoria. Estamos ante casos de la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita.
- Una tercera postura - de carácter intermedia – sostiene que la prueba ilícita puede ser ofrecida, actuada y valorada en el proceso de acuerdo a excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita. Ello quiere decir que para esta tercera postura se plantea la atenuación de la ineficacia probatoria respecto a las pruebas ilícitas. Consideramos que esta postura es la más adecuada para analizar los casos de valoración probatoria de los documentos audiovisuales en el que los acotados documentos son considerados pruebas ilícitas.

**QUINTA:** La doctrina ha enumerado las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita, en el que se plantean la atenuación de la ineficacia probatoria respecto a las pruebas ilícitas: La Fuente Independiente (Independent Source Doctrine), el Descubrimiento Inevitable (Inevitable Discovery), la Buena Fe ( Good Faith Exception), el Principio de Proporcionalidad o Teoría del Equilibrio, la Doctrina del Nexo

Causal Atenuado ( Purged Taint Doctrine ), Prueba Ilícita in Bonam Partem ( o infracción constitucional beneficiosa para el imputado ), la Destrucción de la Mentira del Imputado, La Teoría del Riesgo, la Renuncia del Interesado, La Plain View Doctrine , los Campos Abiertos y la Doctrina de la Eficacia de la Prueba Ilícita para Terceros ( o la infracción constitucional ajena ) .

De las excepciones referidas en el párrafo precedente las de mayor aceptación en la doctrina son:

- Prueba ilícita in bonam partem: Esta excepción considera que una prueba ilícita debe admitirse, actuarse y valorarse en el proceso cuando es beneficiosa para el imputado debido a que ningún inocente puede ser condenado. La acotada excepción debe estar destinada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso.
- Teoría del Equilibrio o Principio de Proporcionalidad: En caso de un conflicto entre dos o más derechos fundamentales, esta colisión se resuelve de acuerdo al Principio de Proporcionalidad, el que a su vez consta de tres subprincipios o subtests: 1) Adecuación (el Juzgador en el caso concreto debe examinar el fin perseguido por la injerencia en el ámbito del derecho fundamental, debiendo establecer si aquella injerencia es adecuada o pertinente para lograr dicho fin), 2) Necesidad ( Mediante este subtest ha de analizarse si existen otros medios alternativos a la injerencia adoptada que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad que la medida adoptada), 3) Ponderación ( ello significará que ante dos o más derechos en conflicto, el Órgano Jurisdiccional mediante el Test de Balancing ponderará dichos

derechos en colisión, sacrificando el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor preferencia al derecho de mayor peso constitucional tomando en consideración las circunstancias concurrentes del caso concreto ).

**SEXTA:** Las garantías constitucionales que pueden estar involucradas en los contenidos de las grabaciones o filmaciones de los documentos audiovisuales, son las siguientes:

- Derecho a un proceso justo
- Libertad de expresión y derecho a la información
- Derecho a la intimidad
- Derecho al honor
- Derecho a la propia imagen y/o voz.

En caso de conflicto entre dos ó mas de estos derechos ( por ejemplo: intimidad versus derecho a la información de la Opinión Pública ), la solución más adecuada es la aplicación del Principio de Proporcionalidad, el cual consta de 3 subprincipios ( Adecuación, Necesidad y Ponderación ). Mediante el Principio de Proporcionalidad, los documentos audiovisuales cuya fuente de grabación y/o filmación se obtuvo con vulneración de garantías constitucionales, serán sometidos por el Juez al Test de Balancing con la finalidad de que se sacrifique el derecho constitucional de menor trascendencia constitucional para dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional. El Test de Balancing no responde a la arbitrariedad del Juzgador sino a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

**SÉTIMA:** Cuando el derecho a la información de los medios de comunicación entre en conflicto con los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen y voz), el Juzgador ponderará dicho conflicto de acuerdo al Principio de Proporcionalidad tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

- Si la información del medio de comunicación es veraz y de interés público, contribuyendo a la formación de una opinión pública libre y plural, entonces prevalecerá las libertades de expresión e información. Al respecto una información es de interés público cuando se refiere a los siguientes asuntos: personas públicas o aquéllas que ejercen funciones públicas o en los casos de personas que resulten implicadas en asuntos de relevancia pública.
- Si la información del medio de comunicación no es de interés público y sólo satisface una mera curiosidad ajena entonces la información propalada en los documentos audiovisuales atentaría arbitrariamente contra los derechos de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen, voz), razón por la cual el medio de comunicación tendría que asumir las consecuencias jurídicas de dicha arbitrariedad.

**OCTAVA:** En caso que se filme en documentos audiovisuales la comisión de un delito entonces no se habrá vulnerado el derecho a la intimidad ya que, de acuerdo a lo expuesto por el jurista Carlos Santiago Nino, el derecho a la intimidad comprende aquellas acciones privadas que no dañen a terceros y que deben estar exentas del conocimiento de los demás. Los delitos dañan a la sociedad – es decir a terceros – y producen el resquebrajamiento del orden social. Por lo tanto, dichos

documentos audiovisuales son medios probatorios útiles y pertinentes para acreditar dichos actos delictivos en el correspondiente proceso.

**NOVENA:** Si uno de los contertulios graba o filma su conversación y luego divulga o presenta en un proceso dicha grabación o material fílmico entonces no habrá habido vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ya que dicho derecho fundamental sólo puede ser vulnerado por terceras personas ajenas a la conversación.

Ello implica que si uno de los que participaron en una conversación manifiesta a otro determinados hechos entonces asume el riesgo de ser delatado, tal como lo sustenta la llamada Teoría del Riesgo.

## **RECOMENDACIONES**

Las recomendaciones a las que hemos llegado en esta investigación, luego del análisis de la problemática investigada son:

**PRIMERA:** La mayoría de las fuentes doctrinarias en lo que atañe a la valoración probatoria de los documentos se enfocan en la valoración de los instrumentos. Al respecto es menester precisar que los documentos se clasifican en: instrumentos ( documentos escritos) y documentos no instrumentales (cassets, CDs, cintas audiovisuales, entre otras).

Por lo tanto recomendamos que en el futuro los nuevos estudios doctrinarios sobre la valoración probatoria de los documentos no sólo se enfoquen en los instrumentos sino en toda la gama de documentos no instrumentales si tomamos en consideración que el Derecho debe dar respuestas adecuadas ante casos relacionados con el desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías de las comunicaciones en los que los hechos no sólo se registran en actas u otros instrumentos sino también existen documentos no instrumentales como – por ejemplo – los soportes de audio y video en los que pueden registrarse dichos hechos.

**SEGUNDA:** Recomendamos que los magistrados sean capacitados respecto al uso de los modernos aparatos tecnológicos que permiten determinar si un documento audiovisual ha sido o no manipulado, adulterado o editado en cuanto a las imágenes y voces humanas, ya que en la actualidad existen el oscilógrafo y el espectógrafo para medir la modulación u ondulación de la voz humana, rasgos inimitables de cada persona; asimismo existen los magnetoscopios de reproducción y grabación que permiten identificar si un documento audiovisual ha sido manipulado o editado en lo que respecta a las imágenes de los acotados documentos

**TERCERA:** El tema de tesis titulado “ Valoración probatoria de los documentos audiovisuales “ reviste trascendencia en la teoría de la prueba; máxime cuando por el desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, los mecanismos de seguridad o reserva de los mensajes se tornan cada vez más vulnerables.

El derecho procesal, bajo el tamiz constitucional, es el llamado a otorgar los instrumentos normativos que garanticen el debido proceso a los justiciables frente a la actuación y valoración adecuada de los contenidos aportados a través de documentos audiovisuales.

Sostuvimos que en la obtención de documentos audiovisuales puede haber un conflicto de derechos fundamentales; surgiendo, así, el problema de la llamada “prueba ilícita”. Dicha problemática debe ser resuelta aplicando diversos principios basados en la proporcionalidad y razonabilidad; de allí que la doctrina alemana ha planteado la “Teoría del Equilibrio” o “Principio de Proporcionalidad”. Dicha teoría establece que ante una colisión de derechos fundamentales que se presenten en un caso concreto, el Órgano Jurisdiccional ponderará los derechos en conflicto mediante el Test de Balancing, sacrificando el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar mayor prevalencia al derecho de mayor peso constitucional tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Recomendamos que los magistrados argumenten sus resoluciones considerando la acotada “Teoría del Equilibrio” cuando deban resolver sobre casos en los que existan conflictos de derechos fundamentales involucrados en la obtención y/o divulgación de documentos audiovisuales ya que ello permitirá la expedición de resoluciones justas.

**CUARTA:** Al no existir un dispositivo expreso en la Constitución Política del Perú que subsuma los fundamentos jurídico doctrinarios del Principio de Proporcionalidad o Teoría del Equilibrio, recomendamos que los legisladores debatan en el Congreso de la República sobre la necesidad de que nuestra Carta Magna establezca expresamente una norma constitucional que permita al magistrado que ante un conflicto de dos o más derechos fundamentales, el Juez acuda al Principio de Proporcionalidad (el cual a su vez consta de 3 subprincipios: Adecuación, Necesidad y Ponderación ), sacrificándose el derecho de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional de acuerdo a las circunstancias del caso concreto; contribuyendo dicho futuro dispositivo constitucional a una mejor administración de justicia.

**QUINTA:** El artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 tiene el siguiente tenor:

“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

**Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal ( ... ) “**

Proponemos que el acotado dispositivo constitucional sea modificado tomándose en cuenta las apropiadas excepciones a la regla de exclusión probatoria, entre ellas la Teoría del Equilibrio o Principio de

Proporcionalidad - y de esta manera los magistrados puedan administrar justicia de manera adecuada.

La aludida propuesta de modificación del artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política de 1993 sería la siguiente:

*“ Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.*

*Como **regla general** se establece que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.*

*Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal **salvo las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria:***

- 1. **Principio de Proporcionalidad:** En caso de conflicto entre derechos, mediante este principio, el Órgano jurisdiccional competente efectuará una ponderación de los derechos en colisión sacrificando el derecho o derechos de menor trascendencia constitucional con la finalidad de dar prevalencia al derecho de mayor peso constitucional, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto..*
- 2. Excepción de la **prueba ilícita in bonam partem***

## **BIBLIOGRAFÍA**

ASCENCIO MELLADO, José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones de audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000” . En José María Asencio ( Director), “Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los vladivideos”. Grijley. Lima. 2008.

BALLON LANDA. Alfredo.” El Derecho a la Intimidad en el Perú”. Tesis de Bachiller. Universidad Católica Santa María de Arequipa. 1981

BARBOSA MOREYRA, José Carlos. “Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña”. En: Revista de processo, N° 82. Año 21. Abril - Junio de 1996. Sao Paulo.

BAZUL TORERO, Alejandro y QUINTANILLA LOAIZA, Julio. “ Valor probatorio de las grabaciones de audio y video en los procesos anticorrupción” . Gráfica Universo. Lima. 2005.

BERTOLINO, Pedro J. “ La Verdad Jurídica Objetiva”, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “ El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. Revista Themis. N° 43. Lima. 2001

CAFFERATA NORES, José I. “La prueba en el proceso penal” Editorial Depalma. Buenos Aires. 1986.

CARBONE, Carlos Alberto. “ Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medio de prueba”. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005..

CARRIÓ, Alejandro D. “ Garantías constitucionales en el proceso penal.”. Hammurabi ediciones. Buenos Aires. 2000.

CARRIÓN LUGO, Jorge. “ Tratado de Derecho Procesal Civil.” Volumen II. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2000.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “ Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2008.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “ Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general “. Palestra Editores. Lima. 2005.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “ La prueba ilícita en el proceso penal peruano”. Jurista Editores E. I .R .L. Lima. 2009.

DANNECKER, Gerhard. “ Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán”. En Autores Varios. “ La prueba en el proceso penal oral.” Coloma Correa,Rodrigo (Editor) Lexis . Santiago. 2003

DE OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo. “Derechos Fundamentales y Constitución”. Editorial Civitas. Madrid. 1992.

DE SANTO, Víctor. “ Diccionario de Derecho Procesal “. Editorial Universidad SRL. Buenos Aires. 1995.

DEL VALLE RÁNDRICH, Luis. “ Derecho Procesal Penal. La Prueba”. Materiales de enseñanza de Luis Del Valle Rándrich, Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1964.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Quinta edición" Víctor P. de Zavallia editor. Buenos Aires. 1981.

DIAZ CABIALE, José Antonio. " La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal". Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1993.

DIAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES Ricardo. " La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida". Editorial Civitas. Madrid. 2001.

DIAZ GARCIA, L. Iván. " Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno". En autores varios. " La prueba en el nuevo proceso penal oral". Rodrigo Coloma Correa ( Editor). Santiago, 2003.

DÍAZ URIBE, Hugo. " De la prueba documental en los procesos civil y penal chileno". Librotec Ltda- Editores. Concepción, Chile. 1999.

EISNER, Isidoro. " La prueba en el proceso civil " Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992.

ESCALANTE, Mijail. " Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor". Palestra Editores. Lima. 2007.

FABREGA, Jorge. "Teoría general de la prueba" Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1997.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio. " La prueba en el proceso penal". Ediciones Legales Iberoamericana EIRL. Lima. 2002.

GASCON ABELLAN, Marina. “ Freedom of Prof.? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. En Autores varios. ” Estudios sobre la prueba”. Universidad Autónoma de México. 2006.

GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, Nicolás. “ Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal “. Cóllex. Madrid. 1990.

GOZAINI, Osvaldo. “La prueba en el proceso civil peruano”. Editora Normas Legales. Trujillo. 1997.

GUARIGLIA, Fabricio. “ Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2005.

GUASP DELGADO, J. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil . Tomo II, Volumen 1“. Editorial Aguilar. Madrid. 1947.

HÄBERLE, Peter. “ La libertad fundamental en el Estado Constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997 .

HAIRABEDIAN, Maximiliano. “ Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal “ Ad – Hoc ediciones. Buenos Aires. 2002.

HAIRABEDIAN; Maximiliano. “ Prueba ilícita obtenida de buena fe “. En: Novedades sobre la prueba judicial. Editorial Mediterránea. Córdoba. 2002.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “ La prueba documental en el proceso civil”. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

HURTADO REYES, Martín. “ Tutela jurisdiccional diferenciada”. Palestra Editores. Lima. 2006.

JÄGER, Christian. “El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba.” En autores varios: “ Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin”. La Lectura-Marcos Lerner . Córdoba. 2001.

JAUCHEN, Eduardo. “ Tratado de la prueba en materia penal”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005.

LOPEZ CALERA, Nicolás María. “Naturaleza dialéctica de los derechos fundamentales”. ADH 6. Madrid. 1990.

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel. “ Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español”. Revista Universitaria de Derecho Procesal. U.N.E.D., número 4 especial. Madrid. 1990

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel. “ Introducción al Derecho Procesal”. Ministerio de Justicia de España, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid. 1990.

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel y MARCHENA GOMEZ, Manuel. “La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal”. Editorial Comares. Granada. 1996.

MAIER, Julio” Derecho procesal penal. Tomo I. “ Editores Del Puerto. Buenos Aires. 1996.

MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. "El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional ". Editorial Civitas. Madrid. 1993.

MARTINEZ GARCIA, Elena. "Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal ". Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. " El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal". José María Bosch Editor. Barcelona. 1999.

MIXAN MASS, Florencio. "Cuestiones epistemológicas de la investigación de la prueba". Ediciones BLG . Trujillo-Perú. 2005.

MORALES GODO, Juan. " El derecho a la intimidad ( Estudio comparado con el right of privacy del Derecho norteamericano). " Palestra Editores. Lima. 2002.

MORELLO, Augusto M. " La prueba- Tendencias modernas" Librería Editora Platense Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1991.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. "Técnica probatoria ". Temis. Bogotá. 1997.

NINO, Carlos Santiago. " Fundamentos de Derecho Constitucional". Astrea. Buenos Aires. 1992.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Pruebas Ilícitas". En: Ius et Veritas N°14. Año VIII". Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997.

PECES-BARBA, Gregorio. “Curso de derechos fundamentales”. Teoría general”. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio. “Los derechos fundamentales”. Tecnos. Madrid. 1998

PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en el proceso civil” José María Bosch Editor. Barcelona. 1996.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. “La prueba en el proceso penal”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996.

RODRIGUEZ SOL, Luis. “Registro domiciliario y prueba ilícita”. Editorial Comares. Granada. 1998.

ROXIN, Claus. “Derecho procesal penal” Editores Del Puerto. Buenos Aires. 2000.

ROXIN, Claus. “¿ Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” En: El Derecho penal contemporáneo, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II,. Ara Editores. Lima. 2006.

RUIZ PEREZ, Joaquín. “Juez y Sociedad”. Temis. Bogotá. 1987.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el Proceso Penal “. Revista Proceso y Justicia N° 4. Lima. 2003.

TIEDEMANN, Klaus. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal “. Editorial Ariel. Barcelona. 1989.

TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. “ Provas ilicitas. Interceptacoes telefonicas e gravacoes clandestinas”. Editora Revista Dos Tribunais. Sao. Paulo. 1995.

VARELA, Casimiro. “Valoración de la prueba” Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999.

WITT Elder. “ La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales”. Traducción de Ana Isabel Stellino. Ediciones Gernika. México D.F. 1995.

ZAVALA DE GONZALES, Matilde. “ Derecho a la intimidad” Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1982.