

# UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

---

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL  
PROCESO CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

**ABOGADO**

**AUTOR:** Bach. Jorge Junior Hidalgo Perea

**ASESOR:** Dr. Olegario D. Florian Vigo



Trujillo – Perú

2017

# UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

---

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL  
PROCESO CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

**ABOGADO**

**AUTOR:** Bach. Jorge Junior Hidalgo Perea

**ASESOR:** Dr. Olegario D. Florian Vigo



Trujillo – Perú

2017

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

*Carnefutti.*

## **DEDICATORIA**

*Dedico este trabajo de investigación a mis señores padres, pues gracias a ellos he llegado a donde estoy en la vida, con la firme promesa de no defraudarlos en el ejercicio de mi profesión...*

## **AGRADECIMIENTO**

*A Dios, en todo momento y lugar, por bendecir cada uno de mis pasos.*

*A los distinguidos docentes de mi alma mater por las enseñanzas recibidas en los claustros universitarios y fuera de ellos, y que me han servido de mucho tanto en mi formación personal como académica.*

*A mi asesor de Tesis y maestro del Derecho, David Florian V., por cada una de sus enseñanzas a lo largo del desarrollo de la presente investigación.*

## **PRESENTACIÓN**

Señores miembros del Jurado:

De mi mayor consideración:

**Jorge Junior Hidalgo Perea**, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta casa superior de estudios, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Facultad de Derecho, tengo el grato honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación denominado: “**CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO**”, el cual ha sido desarrollado siguiendo los lineamientos metodológicos aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Agradezco la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

.....  
**Bach. Jorge Junior Hidalgo Perea**

## RESUMEN

La Tesis que hemos denominado **“Criterios para la admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Civil Peruano”**, se orienta a determinar los criterios predominantes que deben tenerse en cuenta para admitir la validez de la prueba ilícita en el proceso civil peruano.

En este sentido, la formulación de nuestro Problema fue el siguiente: **¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS PREDOMINANTES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA ADMITIR LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO?**, frente a lo cual nos planteamos los siguientes objetivos principales: Conocer la regulación de la prueba ilícita a nivel del Código Procesal Civil Peruano; Investigar las diversas teorías en torno a la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil; Analizar los aspectos jurídicos del derecho fundamental a la prueba en el contexto del proceso civil peruano; Conocer a nivel de la legislación comparada los diversos ordenamientos que regulan la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil; y Realizar entrevistas a los principales operadores jurídicos (magistrados, docentes universitarios) a fin de conocer su posición en torno a la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil.

En cuanto al enunciado de la hipótesis hemos formulado lo siguiente: ***“Los criterios predominantes que deben tenerse en cuenta para admitir la validez de la prueba ilícita en el proceso civil peruano son: la prevalencia del derecho fundamental a probar, y su contribución en la determinación de la verdad de los hechos”***.

En aplicación de los diversos métodos lógicos y jurídicos, entre ellos los métodos de interpretación, hermenéutico, deductivo y sintético, se logró concluir que tanto la prevalencia del derecho fundamental a probar como la contribución en la determinación de la verdad de los hechos deben constituir plenamente criterios predominantes a tener en cuenta para la admisión de la validez de la prueba

ilícita en el proceso civil peruano, en orden a los intereses que representan las partes en controversia y a la eficacia misma del proceso.

Asímismo se concluye que el derecho fundamental a la prueba se concibe como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico que implica una posición iusfundamental de las partes frente al juez, cuya importancia radica en la posibilidad de que todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado 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 en el marco del proceso civil en virtud de la eficacia del proceso y la consecución de la verdad de los hechos.

En esta investigación encontramos en el Capítulo I, la Realidad Problemática el Problema de investigación, los Objetivos, la Justificación y los Antecedentes o investigaciones previas.

En el Capítulo II, presentamos lo relativo al Marco Teórico, donde podemos encontrar cuestiones referidas a la Prueba en el ordenamiento civil peruano, la Prueba como derecho fundamental en el proceso civil, y Aspectos generales de la Prueba ilícita.

El Capítulo III está referido a las cuestiones metodológicas, donde encontramos específicamente la hipótesis y sus respectivas variables.

En el Capítulo IV presentamos y discutimos los resultados de la investigación, especialmente a nivel de fundamentos teóricos, resultados de las entrevistas y resultados de la legislación comparada.

En la parte final de este trabajo se presentan las Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos.

## ABSTRACT

The thesis we have called "The movement of workers between companies in the same business group and its infringement in profit sharing for workers in Peru", is aimed at determining whether the creation of these business groups, stoked by the globalization and technological breakthrough, made such shifts in order to meet their business needs and market ploys outside the labor rights of their workers.

In this sense, the formulation of our problem was as follows: MOVEMENT OF WORKERS BETWEEN COMPANIES SAME BUSINESS GROUP PROFIT-SHARING VULNERABLE WORKERS IN PERU?, against which we set the following main objectives: Analyze the principle of irrevocability of rights; Describe the position of national and foreign doctrine on the identification of a business group; Analyze foreign legislation on the posting of workers in the same corporate group; Analyze legislation and case law on profit sharing for workers in Peru, among others.

As for the statement of the hypothesis we have formulated the following: *"The movement of workers between companies in the same business group profit sharing violates workers in Peru, to refrain from applying the Principle of No Waiver of Rights"*.

In application of the various logical and legal methods, including methods of interpretation, hermeneutical, deductive and synthetic, it was possible to conclude that indeed, the movement of workers between companies in the same business group violates the profit sharing workers Peru, since the non-implementation or failure to observe the principle of inalienability of rights constitutes a manifest violation of the rights of workers, so that the movement of workers within business groups should not be a maneuver or strategy for violation of labor rights recognized in various legal instruments.

Likewise, it is concluded that the principle of inalienability of rights recognized in Art. 26 of the 1993 Constitution give a valuable tool for the worker in order to safeguard his rights against the imposition of employers groups recognized as such not only in doctrine but in the same case.

In this research we found in Chapter I, the Problematic Reality Research Problem, Objectives, Justification and background or previous investigations.

In Chapter II, we present as regards Theoretical Framework, where we can find issues related to the Principles of Labor Law, the Labor Contract and called Groups of companies as an employer of workers.

Chapter III is referred to methodological issues, specifically where we find the hypothesis and their respective variables.

In Chapter IV we present and discuss the results of research, especially at the level of theoretical foundations, results of interviews and jurisprudence.

In the final part of this work Conclusions, Legislative Proposal, bibliography and appendices we are presented.

## **TABLA DE CONTENIDO**

CARÁTULA .....	I
CONTRACARÁTULA .....	II
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
PRESENTACIÓN .....	VI
RESUMEN .....	VII
ABSTRACT .....	IX
TABLA DE CONTENIDO .....	XI

### **CAPITULO I EL PROBLEMA**

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	02
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	09
1.3. OBJETIVOS.....	09
1.3.1. GENERAL.....	09
1.3.2. ESPECÍFICO.....	09
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	10
1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	11

### **CAPITULO II MARCO TEÓRICO**

#### **SUBCAPÍTULO I**

##### **LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO.**

1.- ¿Qué es probar? .....	14
2.- Concepto de prueba.....	16
3.- Objeto de la prueba.....	19
4.- Fuente y medio de prueba.....	20
5.- La verdad en el proceso civil.....	21

5.1. Verdad material y verdad formal.....	24
5.2.- Tendencia actual en la doctrina y legislación.....	25
5.3.- La verdad jurídica objetiva.....	26
6.- Principios que regulan la admisión de la Prueba.....	28
6.1.- Principio de libertad de prueba.....	28
6.2.- Principio de pertinencia.....	28
6.3.- Principio de conducencia.....	29
6.4.- Principio de utilidad.....	29
6.5.- Principio de licitud.....	30
6.6.- Principio de necesidad.....	30
6.7.- Oportunidad o de preclusión.....	31
7.- Importancia de la prueba en el proceso.....	32

## **SUBCAPÍTULO II**

### **LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PROCESO CIVIL**

1.- Noción del derecho fundamental a la prueba.....	36
La prueba como expresión judicial.....	38
Derecho en sentido subjetivo y objetivo.....	38
2.- Importancia del derecho fundamental a la prueba en el proceso civil.....	40
3.- Titulares y objeto del derecho fundamental a la prueba.....	44
4.- La prueba en la Constitución de 1993.....	46
5.- Límites del derecho a la prueba .....	49
5.1.- El derecho a ofrecer medios de prueba.....	51
5.2.- El derecho a que los medios ofrecidos sean admitidos.....	52
5.3.- El derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos.....	52
5.4.- El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba.....	54
5.5.- El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas.....	55
6.- La sana crítica.....	56
7.- La obligación de motivar el razonamiento probatorio.....	57
8.- Manifestaciones del TC sobre el derecho fundamental a la prueba.....	58

### **SUBCAPÍTULO III**

#### **ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

1.- Concepto de prueba ilícita.....	60
a. Las concepciones amplias.....	60
b. La concepción restrictiva.....	61
2.- Prueba prohibida y prueba irregular.....	65
3.- Prueba ilícita y debido proceso.....	68
4.- Regulación de la prueba ilícita en el ordenamiento nacional.....	71
5.- Principales teorías en torno a su admisibilidad.....	78
5.1.- Posiciones a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita.....	79
5.2.- Posiciones en contra de la admisibilidad de la prueba ilícita.....	79
5.3.- Posiciones intermedias	
Teoría de la ponderación de intereses en conflicto.....	80
Teoría del ámbito jurídico.....	80
6.- Regla de exclusión de la prueba ilícita.....	81
a) Doctrina de la buena fe.....	82
b) La infracción constitucional beneficiosa para el imputado.....	83
c) Eficacia de la prueba ilícita para terceros.....	83
d) El principio de proporcionalidad.....	84
e) La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado.....	86
f) La teoría del riesgo.....	86
g) La “plan view doctrine” y los campos abiertos.....	87
a) Teoría de la fuente independiente.....	87
b) Teoría del hallazgo inevitable.....	88
c) Teoría del nexo causal atenuado.....	89
7.- La valoración judicial de la prueba ilícita.....	90

### **CAPITULO III METODOLOGÍA**

3.1. HIPÓTESIS.....	97
3.2. VARIABLES.....	97
3.3. TIPO DE ESTUDIO.....	97
3.4. DISEÑO DE ESTUDIO.....	98
3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	99
3.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	100
3.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	102
3.9. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS.....	103

### **CAPITULO IV PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

<b>SUBCAPÍTULO I: FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....</b>	<b>106</b>
<b>SUBCAPÍTULO II: RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.....</b>	<b>113</b>
<b>SUBCAPÍTULO III: RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....</b>	<b>126</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>133</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>135</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>136</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>139</b>

**Anexo 01:** Cuestionario

## **ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS**

### **CUADROS:**

<b>Cuadro Nro. 01:</b> Evaluación sobre la normatividad de la prueba.....	113
<b>Cuadro Nro. 02:</b> Criterios generales para la admisión de la prueba.....	116
<b>Cuadro Nro. 03:</b> Posición en torno a la prevalencia del derecho a probar.....	119
<b>Cuadro Nro. 04:</b> Posición en torno a la contribución de la verdad de los hechos.....	122

### **GRÁFICOS:**

<b>Gráfico Nro. 01:</b> Evaluación sobre la normatividad de la prueba .....	114
<b>Gráfico Nro. 02:</b> Criterios generales para la admisión de la prueba .....	117
<b>Gráfico Nro. 03:</b> Posición en torno a la prevalencia del derecho a probar.....	120
<b>Gráfico Nro. 04:</b> Posición en torno a la contribución de la verdad de los hechos.....	123

# CAPÍTULO I

---

## EL PROBLEMA

## 1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

El objetivo central de la presente investigación está orientado a la identificación de los criterios predominantes que los juzgadores deben tener en cuenta respecto de la admisión de la validez y eficacia de la denominada 'prueba ilícita', en el marco del proceso civil peruano, con la finalidad de ofrecer a los operadores jurisdiccionales una alternativa de solución frente a las diversas posiciones jurídicas que intentan discernir en qué casos resulta admisible la eficacia y validez de dichas pruebas en los diversos estadios procesales.

En términos generales, la doctrina más calificada reconoce al proceso como una figura jurídica que no sólo ha venido a poner un orden extraordinario en la resolución de los conflictos sociales, sino que se ha constituido –con toda justicia- en un fiel reflejo de la historia de los pueblos, pues sus mecanismos a menudo son reflejo de sus más intimidas cosmovisiones, temores y esperanzas: *“El proceso es cada vez más el producto jurídico de lo que las sociedades necesitan para solventar la vigencia de su derecho material y asegurar, por esa vía, la eficacia del Estado de Derecho”*<sup>1</sup>. Es por esta razón que consideramos que las normas tienen que adecuarse a la realidad social, y no por el contrario, la realidad social adecuarse a la norma.

El proceso, pues, importa una serie de actos que están sujetos a determinadas reglas; por ello se afirma que el proceso constituye todo un fenómeno integrado por una secuencia de actos regulados por la ley, que son llevados por magistrados competentes dentro de un plazo determinado<sup>2</sup>. Siendo así, el proceso consistirá en una ordenada sucesión

---

<sup>1</sup> **MONROY GÁLVEZ, Juan.** *Introducción al proceso civil*, Temis- De Belaunde & Monroy, Bogotá, 1996, p. 68.

<sup>2</sup> **SÁNCHEZ VELARDE, Pablo.** *Comentarios al Código Procesal Penal*, edit. IDEMSA, Lima, 1994, p. 135.

de actos en los que intervienen los autores del hecho, las autoridades competentes y los demás sujetos procesales, y todo ello dentro de un tiempo prefijado de tal manera que se garantiza una absoluta imparcialidad.

De esta suerte, el proceso constituye en el conjunto de actos o diligencias que se cumplen para la investigación de las causas, siendo un medio adecuado y procedimental para resolver un conflicto, estableciéndose un orden en cuanto a los actos procesales para que la actividad jurisdiccional se desarrolle dentro de un correcto y adecuado cauce legal<sup>3</sup>.

En cuanto a la cuestión probatoria, la doctrina la entiende como la verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso con arreglo a determinadas garantías. De ello se desprende que la prueba no consiste solo en averiguar sino en verificar; y, segundo, que el elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca del fondo de los hechos<sup>4</sup>.

El proceso civil en particular está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos, de su verdad probable, pues se reconoce la *“capacidad del proceso (civil) para producir decisiones verdaderas sobre los hechos de la causa”*<sup>5</sup>, siendo además que muchas veces la capacidad del proceso se ve limitada por los principios y reglas que le dan contenido.

---

<sup>3</sup> **ECHANDÍA, Davis.** *Compendio de pruebas judiciales.* Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, p. 79.

<sup>4</sup> **PRIETO SANCHIZ, Luis.** *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, p. 211.

<sup>5</sup> **TARUFFO, Michele.** *La prueba de los hechos.* Edit. Trotta, 2011, Madrid, p. 57.

En este contexto, nos encontramos con la denominada 'Prueba Ilícita', figura jurídica que a la fecha ha provocado interpretaciones y legislaciones de muy diverso orden, siendo un tema constantemente discutido a nivel de la doctrina procesal.

La prueba ilícita se puede definir como aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. Por tanto, la consecuencia más relevante de las mismas es la prohibición de otorgarles efecto alguno<sup>6</sup>. Nuestro concepto sobre prueba ilícita está orientada sobre aquellos medios o fuentes de prueba que han sido obtenidas mediante la vulneración de algún derecho constitucionalmente protegido; cabe precisar estas se encuentran dirigida en particular al modo antijurídico con el cual se obtuvo el medio o fuente de prueba.

A nivel constitucional, la Ley fundamental de 1993 reconoce la llamada regla de exclusión de la prueba prohibida o prueba ilícita en forma expresa en dos disposiciones: en el artículo 2°.24.h, cuando señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia –moral, psíquica o física—, y que quien las emplea incurre en responsabilidad; y, en el artículo 2°.10, al prescribir que los documentos privados obtenidos con violación del precepto constitucional –primer párrafo de la citada disposición constitucional— no tienen efecto legal.

En forma expresa, por tanto, nuestra Constitución adopta el criterio de la ineficacia probatoria o regla de exclusión de aquella fuente o medio de prueba obtenida mediante la infracción de preceptos constitucionales, y así ha quedado establecido en el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>, al resolver una demanda de habeas corpus interpuesta contra la Tercera Sala de la Corte

---

6 **PICÓ I JUNOY, J.** *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 1996, p. 167.

<sup>7</sup> *Exp. N° 1601-2013-PHC/TC.*

Superior de Justicia de Lima, por emitir una sentencia condenatoria sin verificar que los medios probatorios presentados fueron obtenidos vulnerando el derecho del acusado al secreto de las comunicaciones.

La **fuerza de prueba** es un concepto metajurídico que corresponde a una realidad ajena al proceso y anterior al mismo. Por lo mismo, la fuerza existirá aun cuando el proceso no llegue siquiera a existir, aunque en tal sentido carece de consecuencias jurídicas. **El medio de prueba**, en cambio, importa un concepto jurídico y puramente procesal, que nace junto y por el proceso: "El punto de partida de la actividad probatoria, es que las partes acuden al tribunal realizando afirmaciones de hecho, cuya prueba no podrá lograrse si no contando con algo que preexista al proceso, por ejemplo, un vecino que vio el hecho, una fotografía, una escritura pública, etc., que son las que constituyen lo que podemos denominar fuentes de prueba"<sup>8</sup>.

Según lo dicho y en una secuencia lógico-temporal entonces, lo primero será buscar la fuerza de la prueba para luego incorporarla al proceso a través de los medios que la ley establece para ello. O dicho de otra forma: una cosa son las fuentes que existen antes del proceso y que, por lo mismo, no pueden enumerarse por la ley; y otra distinta la forma en que se llevan al proceso para formar el convencimiento del juez, por los medios que la ley enumera taxativamente.

Por su parte, en el ámbito procesal penal, la prueba ilícita no ha sido definida por el nuevo Código, pero de su descripción legal se puede concluir porque se asume un criterio restringido de la noción de prueba ilícita. En efecto, el legislador ha considerado que solo se está frente a prueba ilícita cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. 159°). Tanto en el art. VIII del T.P. del nuevo Código, como

---

<sup>8</sup> **CAROLINA PÉREZ, Alex.** *Manual De Derecho Procesal*. Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 233.

en el art. 159° del mismo, se aborda el tema de la prueba ilícita. De obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, éstas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Estas pruebas no podrán ser utilizadas por el Juez directa ni indirectamente.

En ambos casos estamos frente a supuestos donde la prueba ilícita vulnera derechos fundamentales, por los cuales la doctrina y la jurisprudencia han sido enfáticas en impedir su concurrencia al proceso, en la medida que desnaturaliza sus fines y atenta contra los derecho establecidos. Es el caso, por ejemplo, de las pruebas conseguidas mediante el uso de la violencia, el secuestro o la tortura, donde la información se distorsiona y no se ajusta a la realidad.

Pues bien, no obstante estas afirmaciones, nos encontramos con el derecho fundamental a probar, entendido como un derecho fundamental autónomo, o como integrante de otro derecho fundamental de naturaleza compleja: el derecho a un proceso justo o debido proceso, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y que cobra especial relevancia en el proceso civil y en la presente investigación. **BUSTAMANTE ALARCÓN** manifiesta que *“el derecho fundamental a probar es aquel derecho subjetivo perteneciente al grupo de los llamados ‘derechos fundamentales’, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, y que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o defensa”*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo.* Ara editores, 2001, Lima, p. 67.

Agrega este autor que el derecho a probar, o también llamado derecho a la prueba, es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo, o simplemente debido proceso, pues, este es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean objetiva y materialmente justas<sup>10</sup>.

En tal propósito, ¿se podría considerar que la prueba ilícita limita el derecho fundamental a probar?, ¿cuál es la dinámica que el proceso civil ha diseñado para las relaciones entre estas dos instituciones jurídicas?, ¿se pueden admitir ciertas pruebas ilícitas en pos de la verdad de los hechos? Ilustremos con un ejemplo:

Qué pasaría si el sujeto 'X' tiene fundadas sospechas de que su esposa tiene relaciones sexuales de carácter extramatrimonial, y con el fin de poder demandar el divorcio coloca secretamente en su habitación una microcámara filmadora, logrando en última instancia registrar el encuentro indebido de su mujer con un tercero. Tiempo después, 'X' interpone la demanda fundado en la causal de divorcio por adulterio, y al momento que se corre traslado, la moción de contestación alega que dicho medio probatorio atenta su derecho a la intimidad al haber sido grabada sin su consentimiento. Frente a esta colisión de derechos, la pregunta se cae de madura: ¿qué derecho debe prevalecer, el derecho a la prueba o el derecho a la intimidad?, para lo cual ni la doctrina ni la jurisprudencia ofrece una respuesta categórica.

Como vemos, el problema de la "prueba ilícita" se presenta como uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal e incluso constitucional. Su solución depende en buena medida de lo que el ordenamiento jurídico de cada país diga al respecto.

---

<sup>10</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Op. cit. p. 69.

No obstante, como quiera que en ella se encuentran involucrados derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y teniendo en cuenta que muchas veces la problemática que representa es parte del drama humano que es llevado al proceso o procedimiento, consideramos que su solución requiere mucho más que una simple aplicación de la legislación vigente, debiendo, por ende, atenderse también a la realidad social donde el problema se presente, a los valores, principios, derechos y demás bienes jurídicos involucrados, así como a las circunstancias comprobadas de la causa<sup>11</sup>.

De lo expuesto, podemos señalar dos tesis contrapuestas. De un lado, aquella que postula que la única sanción para evitar el uso de la prueba obtenida ilícitamente es la de no darle eficacia alguna; y de otro lado, aquella que señala que permite que las pruebas ilícitas sean válidas y eficaces con el único propósito de descubrir la verdad de los hechos, tal como sostiene TARUFFO, quien afirma que *“la finalidad de la prueba es la de determinar la verdad de los hechos, por ende toda prueba relevante debe ser admitida, siempre teniendo en cuenta criterios claros que nos permitan discernir en qué casos resulte eficaz que dichas pruebas sean admitidas”*<sup>12</sup>.

Dicha postura con la que coincidimos sustantivamente, se inscribe en una concepción probatoria moderna según la cual todo elemento de prueba relevante para una decisión justa para las partes debe ser sometido a valoración por parte del Juez: Pues si hablamos de la prueba en sentido amplio, hacemos referencia a aquella que comprende cualquier tipo de dato cognoscitivo, de procedimiento o de medio que produzca información utilizable para la determinación de la verdad de los hechos, y por ende, poner fin a la incertidumbre jurídica del caso<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** Themis, N° 43. PUCP, 2001, Lima, p. 137 y ss.

<sup>12</sup> **TARUFFO, Michele.** *Simplemente la verdad*, edit. Marcial Pons, Italia, 2010, p. 160.

<sup>13</sup> *Ibidem.*

Dichos criterios serán la razón de ser del presente trabajo de investigación, en el cual precisaremos las alternativas de solución para que en determinados casos la prueba ilícita sea admitida, en atención al conflicto entre los diversos bienes jurídicos manifestados en la norma, con todo lo que ello supone para la eficacia resolutoria de un proceso de carácter civil.

## **1.2.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS PREDOMINANTES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA ADMITIR LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO?

## **1.3.- OBJETIVOS**

### **1.3.1.- GENERAL**

- Determinar los criterios predominantes que deben tenerse en cuenta para admitir la validez y eficacia de la prueba ilícita en el proceso civil peruano.

### **1.3.2.- ESPECIFICOS**

- Conocer la regulación de la prueba ilícita a nivel del Código Procesal Civil Peruano.
- Investigar las diversas teorías en torno a la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil.
- Analizar los aspectos jurídicos del derecho fundamental a la prueba.

- Conocer a nivel de la legislación comparada los diversos ordenamientos que regulan la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil.
- Realizar entrevistas a los principales operadores jurídicos (magistrados, docentes universitarios) a fin de conocer su posición en torno a la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil.

#### **1.4.- JUSTIFICACIÓN**

El presente trabajo buscará dar un aporte jurídico en lo que respecta a los diversos criterios que pueden enunciarse respecto de la prueba ilícita en el proceso civil peruano.

No olvidemos que la finalidad de prueba es lograr el convencimiento del Juez en torno a la veracidad o no de las afirmaciones realizadas por las partes, y mal se puede coadyuvar a ello si se rechazan por su origen ilícito determinadas fuentes de pruebas hechos que en ocasiones puedan resultar determinantes para la resolución en uno u otro sentido, del caso que se trate, como hemos podido apreciar en los ejemplos citados en nuestra realidad problemática.

Sin perjuicio de imponer la sanción que corresponda a quien obtuvo la prueba con vulneración de derechos fundamentales, la necesidad del esclarecimiento de los hechos de actos de forma tan cercana que sea posible a la realidad exige admitir la eficacia de dicho material probatorio, pues lo contrario equivale a prescindir voluntariamente de elementos de condición relevantes para el resultado justo del proceso. Por eso la figura del Juez es gravitante en el desarrollo del proceso civil, en tanto y en cuanto administra la admisión y dinámica de las pruebas en función de los

intereses individuales, pero también de los intereses colectivos, que soportan la fiabilidad del sistema de justicia.

### **1.5.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

En esta parte de nuestro proyecto de investigación nos referiremos a los diversos estudios anteriores con el fin de buscar los mejores aportes a nuestro tema. Los principales antecedentes que hemos encontrado sobre nuestro tema son los siguientes:

- **Betzabé Marciani Burgos. “Interceptaciones telefónicas ilícitas como pruebas ilícitas, vida privada e interés público. O las marchas y contramarchas del Tribunal Constitucional en relación con la libertad de expresión”. Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 46, cuya conclusión principal es:**

*“Que la sentencia del Tribunal Constitucional (en el caso de Alberto Quimper) introduce un criterio de determinación de lo que constituye información pública –que puede ser difundida dada su relevancia pública– vinculado a su fuente y no a su contenido.*

*El Tribunal Constitucional establece una relación de causalidad entre la ilicitud de la interceptación telefónica (en efecto, ilícita conforme a la ley penal vigente) y la ilicitud de la difusión pública de dicha información. Así pues, el Tribunal no toma en cuenta el criterio de relevancia pública de la información que, en el juicio de ponderación, introduciría un elemento muy importante en favor de la licitud de la publicación de la información”.*

- **Sandra Fanny Miñano. 2013. “Vulneración del Derecho a la Intimidad a través de la Información personal computarizada que manejan las Centrales de riesgo y material probatorio”. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad César Vallejo- Trujillo, cuya conclusión principal es:**

*“El análisis realizado del derecho de la intimidad frente al tratamiento computarizado de la información personal en los bancos de datos debe ser considerada con mucha reserva por los interesados, ya que el informar implica una gran responsabilidad para los titulares de los medios administrativos de almacenamiento, pues deben indicar hechos actuales y valederos sin mezclar con aquellos que involucren la intimidad de la persona.*

*De otro lado, este tipo de entidades debe facilitar los interesados de los respectivos mecanismos para hacer valer su derecho en las diversas instancias de la administración”.*

# CAPÍTULO II

---

## MARCO TEÓRICO

## SUBCAPÍTULO I

### LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO

#### 1.- ¿Qué es probar?

Una de las cuestiones propedéuticas que nos inquietaron en los albores de esta investigación es una pregunta tan sencilla como compleja: ¿qué significa la palabra 'probar' en un contexto jurídico adjetivo? Y agregamos: ¿cuál es su transcendencia de cara a la eficacia jurisdiccional? Y especialmente: ¿bajo qué presupuestos ha servido de base para la edificación de lo que hoy por hoy se puede concebir como la edificación jurídica del proceso?

La mayoría de autores reconocen que el vocablo "prueba" forma parte de nuestras actividades cotidianas, y así lo ejercemos en nuestra vida diaria con nuestro amigos, familiares, etc. cuando necesitamos probar o sustentar algo que afirmamos y generar convicción en el otro sujeto, para lo cual recurrimos a los mecanismos más elementales o básicos para demostrar algo. Sin embargo, este tratamiento coloquial de la prueba es ajeno completamente al interés del Derecho, donde sus presupuestos se ajustan normalmente a exigencias jurídicas de relevancia consensual, esto es, dispuestas típicamente por el legislador.

De modo que debe quedar claro que el ejercicio probatorio si bien cualquier cristiano puede aplicarlo en función a su experiencia o propósito que persiga, el Derecho ha dispuesto que la prueba tenga, en términos jurídicos, un conjunto de presupuestos que debe satisfacer para formar una convicción válida en el juzgador, de ahí la importancia de su tratamiento en el ordenamiento procesal, pues la verdad que se persiga debe ser cotejada con instrumentos eficaces que la hagan posible.

No obstante esta afirmación, no podemos oponernos a la idea de que un vivo debate en el seno de todos los sistemas judiciales reside en la búsqueda de la verdad material a través del “proceso”, pero éste, se realiza como debe ser, a través de las llamadas Formas Procesales preestablecidas por el legislador, como garantía del Debido Proceso, de la Seguridad Jurídica y del Derecho a la Defensa dentro del Estado de Derecho, lo cual justifica los diversos tratamientos que el Derecho ha previsto la prueba y las formalidades para su admisión o exclusión de un proceso.

No obstante, las formas procesales son imperfectas y ello nos plantea que pese al sistema probatorio que rige en nuestro país, donde las normas probatorias no están abocadas solo al juez sino también a las partes, pues tienen un interés directo en la búsqueda de la verdad, la cuestión probatoria resulta de suma importancia en el desarrollo mismo de un proceso, sea civil, penal o de cualquier otra naturaleza. De modo que, probar, está en función directa con los fines intrínsecos de la actividad procesal, esto es, se traduce como un imperativo para evitar un perjuicio al sistema o a cualquiera de las partes reclamantes<sup>14</sup>.

De esta suerte, la conjugación o dinámica de las pruebas no es absoluta, pues ésta, es condicionada por la ley al no permitirse la contaminación del proceso con la aportación de hechos a través de medios impertinentes, inconducentes, o lo que buen sector de la doctrina ha llamado “pruebas prohibidas” o “ilegales”.

Las leyes que nos gobiernan, ya sean sustantivas o adjetivas, deben sustentarse en el acceso al proceso, en facilitar la actividad probatoria y en evitar las dilaciones procesales, circunstancias que llevan al alejamiento de los justiciables de los tribunales.

---

<sup>14</sup> **RIVERA MONTES, Claudio.** *Las pruebas en el derecho civil argentino.* Edit. Santana Vide, 2007, p. 55.

En este contexto es que la importancia del ejercicio probatorio se cae de madura, pues tienen que ver con las potestades que deben ser ejercidas, sin ninguna discusión por los Jueces para depurar al proceso de una serie de vicios que finalmente dar lugar a nulidades que de haberse prevenido, evitarían las desconsideradas reposiciones causadas por ignorancia de los sujetos procesales, su falta de lealtad, su negligencia frente al desarrollo de la causa o por la excusa sempiterna del gran volumen de trabajo que impide el control efectivo del material probatorio y los medios utilizados para su incorporación por parte de quien en definitiva tendrá el deber de estimarlo.

## **2.- Concepto de prueba**

En términos cristianos, por prueba comprendemos el conjunto de razones o motivos proporcionados por las diversas fuentes de prueba para producir convicción en el juzgador respecto de la existencia o no un determinado hecho sometido a probanza.

En términos jurídicos recurrimos al maestro Taruffo, para quien el proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. “La prueba, sostiene, es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos”<sup>15</sup>.

En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir

---

<sup>15</sup> **TARUFFO, Michele.** *La prueba, artículos y conferencias.* Monografías jurídicas Universitas. Edit. Metropolitana. Buenos aires, 2013, p. 56.

información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean relevantes en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aun siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto profesional)<sup>16</sup>.

Montero Aroca, por su parte, convencido acerca de la imposibilidad que el proceso pueda alcanzar la verdad absoluta y reconduciendo la prueba más bien hacia la certeza respecto de las afirmaciones que las partes han esgrimido sobre los hechos, define la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes”<sup>17</sup>.

Por su lado García Valencia, intenta una definición integral afirmando que entiende por prueba “los diversos medios, allegados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que contienen los motivos o razones para llevar al funcionario judicial, el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso”<sup>18</sup>.

Finalmente, Miranda Estrampes, además de resaltar el carácter extrajurídico de la prueba, toda vez que es una actividad humana que

---

<sup>16</sup> **TARUFFO, Michele.** Ob. cit., p. 63.

<sup>17</sup> **MONTERO AROCA, Juan.** *La prueba.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 29.

<sup>18</sup> **GARCÍA VALENCIA, Jesús I.** *Las pruebas en el proceso penal.* Parte general. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Buenos Aires, 1996, p. 49.

tiene aplicación en otras áreas del conocimiento distintas del Derecho e inclusive en la vida cotidiana, ha clasificado sintéticamente las posiciones doctrinales relacionadas con la noción de prueba procesal o jurídica en tres grandes grupos, que nos ha parecido muy interesante, a saber<sup>19</sup>:

a) La prueba como actividad de las partes y del juez, cuyos defensores resaltan la noción de actividad de las partes y del órgano jurisdiccional en orden a aportar la convicción sobre la verdad de los hechos o afirmaciones del proceso.

b) La prueba como equivalente de convicción o certeza del juzgador, cuyos sostenedores destacan como elemento central de la noción de prueba a la función desplegada para lograr el convencimiento del juez.

c) La prueba como actividad de verificación, postura que relieva en la noción de prueba la actividad de verificación o comprobación de la exactitud de las afirmaciones o proposiciones sostenidas en el proceso por las partes, actividad que es realizada por el juez.

En la doctrina nacional, desde la dogmática penal también encontramos algunas firmas interesantes. Así tenemos que San Martín Castro, citando textualmente define la prueba como “la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hechos aportados”<sup>20</sup>.

Por su parte Oré Guardia, considerando los diferentes aspectos de enfoque, considera que prueba puede significar lo que se quiere probar, la actividad destinada a ello, el procedimiento legal de introducción de la

---

<sup>19</sup> **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 22-32.

<sup>20</sup> **SAN MARTÍN CASTRO, César.** *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, p. 581.

prueba en el proceso, el dato que contribuya al descubrimiento de la verdad y el resultado reflejado en la convicción del juez<sup>21</sup>.

### 3.- Objeto de la prueba

A estas alturas del desarrollo de la presente tesis, debemos enfatizar que diversos autores sostienen, cada quien a su modo, su propio concepto en torno al objeto, medio o fuente de prueba, cosa que se agudiza con mayor complejidad en la doctrina comparada, pues incluso hemos advertido que mientras unos autores llaman 'medios' otros lo denominan 'fuentes', y así por el estilo.

Para evitar estas imprecisiones, ya que hemos definido lo que se entiende por prueba, fijaremos lo que entendemos por medios de prueba y fuentes de prueba, con el ánimo de proporcionar unas definiciones básicas que nos permitan hacer comprensibles nuestras ideas y evitar el uso contradictorio de estas categorías en un mismo sistema.

En cuanto al objeto de prueba, es todo aquello que puede probarse, sea que se trate de hechos naturales o humanos, psicológicos o físicos, etc. Sin embargo, en puridad, lo que se prueba o debe probarse en el proceso no son hechos en sí, que no son verdaderos ni falsos, sino enunciados o afirmaciones. Es imposible reproducir un hecho del pasado (como es el delito, por ejemplo), pero si es posible predicar verdad o falsedad de las afirmaciones expuestas sobre éste por las partes en el proceso<sup>22</sup>. Naturalmente hay cuestiones que no pueden ser objeto de prueba, tales como las presunciones legales, los hechos notorios, las normas jurídicas nacionales, las máximas de la experiencia, etc.

---

<sup>21</sup> **ORÉ GUARDIA, Arsenio.** *Manual de derecho procesal penal.* Edit. Alternativas, Lima, 2000, p. 279.

<sup>22</sup> **CAFFERATA NORES, José I.** *La prueba en el proceso penal.* Edic. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 16.

En general, convenimos en que en el proceso solo se prueban hechos, lo que significa que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, pero hagamos la advertencia que no se trata de un hecho cualquiera sino de hechos *controvertidos*, es decir, de hechos afirmados por alguna de las partes que a su vez no es admitido por la otra, generándose una controversia de hechos que son materia de un proceso.

#### 4.- Fuente y medio de prueba

Seguimos al tío Bustamante Alarcón cuando afirma que como fuentes de prueba “significamos todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos, o de ellos mismos (como la escritura pública que acredita su propia existencia), que son objeto o materia de prueba”<sup>23</sup>.

También podemos decir que fuente de prueba es todo hecho, fenómeno, cosa, actitud, etc. que suministra al juez un conocimiento originario sobre el hecho a probar y que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio.

El maestro Carnelutti distinguía las fuentes de prueba en sentido estricto de las fuentes de presunción. Las primeras vendrían a ser los hechos que permiten la deducción del hecho a probar y que están constituidos por la representación de éste (ejemplos: la fotografía de una escena, la narración efectuada por un testigo, que son representaciones del hecho fotografiado o narrado). Las segundas serían los hechos que igualmente permitirían la deducción del hecho a probar pero que no están constituidos por la representación de éste (ejemplos: la posesión por parte del

---

<sup>23</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. una perspectiva constitucional procesal.* En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11596/12126>.

imputado del cuchillo con el que se cometió el homicidio, las manchas de sangre encontradas en la ropa del imputado). Debe destacarse que la fuente de prueba es una realidad extraprocesal pero que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, característica que ha sido destacada como esencial en la doctrina procesal<sup>24</sup>.

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

## **5.- La verdad en el proceso civil**

Otro de los temas que desvelan a los juristas, especialmente procesalistas, es la noción de verdad, en su sentido más puritano y platónico, pues se entiende que es sobre esta figura que, en primera y última instancia, giran los diversos ritos procesales que existen en nuestras legislaciones.

Afirma el maestro Taruffo, que un cierto sentido, puede decirse que la ciencia y el proceso tienen un objetivo común: la investigación de la verdad. La investigación científica está de por sí orientada hacia la búsqueda de la verdad, aunque otro problema es definir qué se entiende por verdad científica y cuáles son los métodos empleados para conseguirla. En sus propias palabras: “También el proceso judicial está orientado hacia la búsqueda de la verdad, al menos si se adopta una

---

<sup>24</sup> **GUZMÁN, Nicolás.** *La verdad en el proceso penal.* Edic. del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17 y ss.

concepción legal-racional de la justicia - como la propuesta por Jerzy Wroblewski seguida por otros teóricos de la decisión judicial- según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión<sup>25</sup>.

De modo que, en atención a la averiguación de los hechos, el proceso puede también ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad. Naturalmente, y así lo reconocen diversos procesalistas, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento judicial o del modo en que se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos, esto es, no hay porque satanizar el proceso cuando no se ha culminado en una verdad desnuda o claridad; a la postre, los ojos infinitos de la justicia suelen tener otros caminos en la propia vida<sup>26</sup>.

Como afirma Taruffo, esta concepción del proceso puede ser impugnada, y de hecho existen varias orientaciones teóricas según las cuales el proceso judicial no podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad sobre los hechos, o incluso no debería ser entendido como un método para la reconstrucción verídica de los mismos<sup>27</sup>.

En los sistemas de litigio civil, volvemos a Taruffo, la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial. La iniciativa de las partes en la presentación de prueba es también muy importante en estos sistemas, pero no puede ser considerada suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos. No hay duda de

---

<sup>25</sup> **TARUFFO, Michele.** *La prueba, artículos y conferencias.* Monografías jurídicas Universitas. Edit. Metropolitana. Buenos aires, 2013, p. 121.

<sup>26</sup> **BARDALES TOMARSO, Cecilia.** *Reflexiones procesales a media noche.* Edit. Gallerza, Caracas, 2008, p. 56.

<sup>27</sup> **TARUFFO, Michele.** Ob. cit., p. 133.

que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance, a los efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen en relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin perjuicio de ello, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes.

Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad: en realidad, practican un tipo muy diferente de juego, de sumatoria cero, con el objeto de ganar su caso a cualquier costo, y desde luego -si es necesario al costo de la verdad. En contra de una extendida opinión, nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará por sí solo que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, nadie puede, razonablemente, suponer que la verdad se encuentre, por definición, "contenida" en las aseveraciones de las partes, y que ella se verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo<sup>28</sup>.

No queremos cerrar este punto haciendo eco de la postulación de Taruffo, en cuanto a una distinción muy útil, aunque infrecuente en el discurso común, es la que se puede trazar entre verdad y certeza. Es usual que se diga que «se tiene certeza acerca de la verdad» de una afirmación, o que se afirme que una afirmación es verdadera porque alguien tiene certeza de ella, pero esta clase de discursos se funda en un equívoco bastante evidente. (...) La verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La certeza, en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de «certezas absolutas») de intensidad del convencimiento del sujeto<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> **TARUFFO**. *La prueba, artículos y conferencias*. Ob. cit, p. 116.

<sup>29</sup> **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Edit. Marcial Pons. 2010, p. 105.

## 5.1. Verdad material y verdad formal

Según diversos tratadistas, la doctrina alemana de finales del siglo XIX, junto con la doctrina y jurisprudencia europea, es la tributaria de estas dos clasificaciones de verdad.

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial<sup>30</sup>.

Siguiendo a Ferrer, la verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal, afirma el autor puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquélla la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es "la única verdad" que interesa al derecho<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba y verdad en el Derecho*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 62.

<sup>31</sup> *Idem*.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el juzgador disponga de total discrecionalidad para determinar los hechos probados, o que pueda hacerlo a su libre arbitrio. Es más, podría incluso suceder que el juez o tribunal tuviera la obligación jurídica de intentar descubrir los hechos realmente acaecidos, esto es, la verdad material.

En cualquier caso, puede haber también normas que impongan determinados resultados probatorios ante la presencia de determinados medios de prueba, etc. La violación de esas obligaciones puede ser el motivo de pertinentes recursos y de la revocación de la decisión judicial por parte de un órgano superior. No obstante, la distinción entre verdad material y verdad formal pone el acento en la autoridad que se confiere a la declaración de hechos probados realizada por el juzgador y en la irrelevancia jurídica de la verdad material una vez resuelto el caso.

## **5.2.- Tendencia actual en la doctrina y legislación**

A decir del profesor Dellepiane, hoy en día, la tendencia actual, en todas las legislaciones, es en el sentido de la libertad dejada al juez para la apreciación del valor o fuerza de la prueba. Hay quien opina que la libertad debe ser absoluta. En esto, como en todas las cosas, lo prudente y sabio es, sin duda, colocarse en un término medio razonable. Entre sofocar la conciencia del juez bajo una multitud de reglas, muchas de ellas de dudoso resultado, y dejarlo en absoluto librado a su propia inspiración y criterio, hay, evidentemente, un término medio racional: el que consiste en preceptuar ciertos principios, universalmente aceptados por su carácter de firmeza y por la posibilidad de su demostración científica, dejando, sin embargo, en definitiva al magistrado el derecho para formarse su propia convicción.

Comoquiera que sea, ya se adopte una u otra opinión, resulta de lo expuesto la incontestable importancia que tiene el estudio filosófico de la prueba a fin de ilustrar la conciencia del juez, en forma que sobre puntos

tan delicados como estos su espíritu no pueda ser presa de vacilaciones ni dudas y que su fallos revistan una exactitud rigurosa.<sup>32</sup>

### **5.3.- La verdad jurídica objetiva**

Se trata de una concepción que busca superar la vieja distinción entre la verdad formal y la verdad material que tanto daño ha causado al servicio de justicia. En efecto, corrientemente se ha señalado que el proceso penal persigue la obtención de la verdad histórica, material o real, mientras que el proceso civil –mejor el no penal– persigue la llamada verdad ficticia o formal a la que se llega mediante especiales reglas probatorias, ficciones y presunciones.

Sin embargo, esta distinción no sólo dista de lo que verdaderamente ocurre en el proceso: el establecimiento de la convicción judicial, a secas, sino que muchas veces ha “justificado”, si no tolerado, que en el proceso civil –o mejor en el no penal– se declare como verdad una simple apariencia formal, produciéndose un grosero alejamiento con la realidad y, por ende, un divorcio entre la justicia y la sentencia. En efecto, recordemos que ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> **DELLEPIANE, Antonio.** *Nueva teoría de la prueba.* Edit. Temis, Bogotá, 2011, p. 34.

<sup>33</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** *El problema de la “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos.* En: Themis, N° 43. PUCP, 2001, Lima, pp. 137-158.

Por ello, coincidimos con el profesor Bustamante cuando afirma que la búsqueda de la verdad jurídica objetiva significa, en primer lugar, que el proceso, y el procedimiento, deben estar encaminados a encontrar la verdad del caso concreto, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa (la llamada *quaestio facti*).

Pero como los hechos, —continúa este autor— en cuanto tienen trascendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva exige, además, que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica de lo jurídico (la *quaestio iuris*). Por último, significa que la verdad así obtenida debe ser objetiva, es decir, que no se base en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos verificables, que se ajuste al contenido o naturaleza real de los mismos, y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador, sino una derivación del derecho vigente, así como de las circunstancias comprobadas de la causa<sup>34</sup>.

Como no podía ser de otra manera, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva se encuentra estrechamente vinculada con la prohibición del exceso ritual manifiesto y el adecuado servicio de justicia<sup>35</sup>.

En efecto, el ritualismo impide u obstaculiza la obtención de la verdad jurídica objetiva, y por consiguiente, impide la emisión de una decisión justa perjudicando así el servicio de justicia. Dicho en otros términos: no tener en cuenta la verdad jurídica objetiva importa un manejo inadecuado de las formalidades previstas para la administración de la justicia.

---

<sup>34</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** *El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. una perspectiva constitucional procesal.* En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11596/12126>

<sup>35</sup> *Idem.*

## **6.- Principios que regulan la admisión de la Prueba:**

### **6.1.- Principio de libertad de prueba**

Se sustenta en el criterio de que todo se puede probar y por cualquier, salvo las excepciones que nacen de la Constitución y el respeto de los derechos de la persona que se consagran en su normatividad. El principio de libertad probatoria permite que las pruebas de las afirmaciones vertidas en el proceso se realicen tanto por los medios de prueba desarrollados por el código adjetivo como por cualquier otro medio técnico o científico que no afecte derechos fundamentales<sup>36</sup>. De este modo, el principio de libertad probatoria, de un lado, posibilita la aportación de un medio de prueba innovador y, de otro lado, limita su admisibilidad y utilidad a aquellos que hayan sido obtenidos y aportados respetando los derechos fundamentales. En suma, la libertad probatoria no es absoluta.

### **6.2.- Principio de pertinencia**

Es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. Prueba impertinente es la que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal.

Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario no deben ser admitidos en el proceso. La pertinencia exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios

---

<sup>36</sup> **ROSAS YATACO, Jorge.** *Derecho procesal con aplicación al nuevo proceso penal.* Jurista editores, 2009, Lima, p.732.

pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

### **6.3.- Principio de conducencia**

El principio de conducencia o idoneidad, parte de dos premisas fundamentales: En primer lugar, que el legislador puede determinar, en algunos casos, qué medios o instrumentos pueden ser utilizados como medios probatorios y cuáles no. En segundo lugar, que el legislador puede prohibir la utilización de determinados medios probatorios para un caso concreto.

La conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho.

En palabras de Echandía, “la conducencia de la prueba no es cuestión de hecho (como sí lo es su pertinencia), sino de derecho porque se trata de determinarse si legalmente puede recibirse o practicarse”<sup>37</sup>.

### **6.4.- Principio de utilidad**

La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. La prueba, además de ser pertinente, debe ser útil. Un ejemplo de prueba inútil es el siguiente: en el caso de proponerse una prueba testifical para averiguar si el agua de un determinado pozo es o no potable.

Respecto de la utilidad, el Código Procesal Penal reconoce dos supuestos especiales: la limitación de los medios de prueba cuando resulten

---

<sup>37</sup> **ROSAS YATACO, Jorge.** *Derecho procesal con aplicación al nuevo proceso penal.* Jurista editores, 2009, Lima, p.740.

manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución (art. 155°.2). Resulta sobreabundante —por ejemplo— ofrecer veinte testigos para acreditar que el acusado tiene buena conducta; en tal caso, al juez le corresponde limitar la aportación de prueba al número razonable de testigos, para lo cual deberá comunicar su decisión a la parte que propuso los testigos, con el objeto de que ésta sea quien elija los testigos que de acuerdo a su estrategia o teoría del caso le convengan más<sup>38</sup>.

### **6.5.- Principio de licitud**

Este principio se refiere al modo de obtención de la fuente de prueba que posteriormente se pretende incorporar al proceso. Se trata, en suma, de regular la actividad que conduce a la obtención de la fuente de prueba. La consecuencia procesal de la ilicitud será en unos casos la inadmisión del medio de prueba, y en otros su falta de aptitud para formar la convicción judicial o bien fijar los hechos, es decir para motivar la sentencia.

La lesión de un derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba supone una ilegalidad, como también es ilegal la proposición extemporánea de un medio de prueba. La diferencia radica en la calidad de la norma infringida. En el primer caso se trata de infracción normativa constitucional, y en el segundo de infracción de normativa ordinaria. Según este principio, no pueden admitirse al proceso aquellos medios probatorios obtenidos en violación del ordenamiento.

### **6.6.- Principio de necesidad**

Este principio implica la idea de que todo hecho que se manifiesta jurídicamente como objeto del proceso exige ser contrastado en pureza con pruebas *de jure* acercadas al proceso mismo, con prescindencia del

---

<sup>38</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La Prueba.* Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p.58 y ss.

conocimiento de que tales hechos sean de dominio del órgano jurisdiccional.

La prueba es vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella reinaría la arbitrariedad. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia (conocimiento privado)<sup>39</sup>.

Una excepción al principio de necesidad de prueba está constituida por las llamadas convenciones probatorias. El principal efecto de las convenciones probatorias es que los hechos o circunstancias acordados no serán tema de prueba en el juicio, ni las partes ni el juez podrá aportar pruebas. Serán valorados en su oportunidad como hechos notorios.

#### **6.7.- Oportunidad o de preclusión**

Este principio, conocido también como de *eventualidad*, es una de las expresiones del sistema publicístico que inspira todo el íter del proceso o procedimiento. Exige que los actos procesales sean ejecutados en las etapas procesales señaladas por el ordenamiento, pues de lo contrario se perderá el derecho a realizarlos, y en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor<sup>40</sup>.

El principio de preclusión, entonces, nos enseña que el acto, la facultad, no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; y se pierde por su no ejercicio. O ejercido, no se puede practicar o mejorar.

La preclusión, entonces, es como una compuerta, que solo admite marchar hacia adelante, pero no volver atrás. Exige que los medios probatorios sean ofrecidos o incorporados al proceso o procedimiento en el plazo o momento señalado por la norma procesal, generalmente en los

---

<sup>39</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La Prueba. Ob. cit., p. 67.*

<sup>40</sup> **MONROY GALVEZ, Juan.** *Introducción al proceso civil.* Edit. Temis- De Belaunde y Monroy. Bogotá, 1996, p. 106.

actos de postulación, extinguiéndose toda posibilidad de que se admitan al proceso o procedimiento si no han sido ofrecidos en la oportunidad debida.

Con la aplicación de este principio se busca impedir que se sorprenda al adversario con medios probatorios propuestos a último momento que no alcance a controvertir, o que se proponga cuestiones sobre las cuales no pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa. Su inobservancia implica la pérdida de oportunidad para ofrecer medios de prueba, por lo que, de conformidad con la doctrina de los actos propios, el que estuvo legitimado para proponerlos y no los ofreció será causante de su propio perjuicio<sup>41</sup>.

No obstante, como la aplicación ciega de este principio podría dar lugar a que se emitan decisiones injustas, consideramos que existen excepciones a este principio relacionado con la teoría de los hechos y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva tal como lo proponemos en la presente investigación.

## **7.- Importancia de la prueba en el proceso**

Como estamos viendo en este primer capítulo de nuestra tesis, la doctrina procesal es unánime en considerar la importancia que registra la prueba dentro del marco del proceso. Es innegable la trascendencia de la actividad probatoria como fuente de conocimiento y de certeza para el operador jurídico en general y para el juzgador en particular.

Del mismo modo que sin la utilidad del derecho de defensa estaríamos frente a una pantomima del proceso, de igual forma resulta impensable un proceso sin el ejercicio jurídico de la probanza por cualquiera de las

---

<sup>41</sup> MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Edic. De Palma, Buenos Aires, 1994, p. 6.

partes, de modo que esta actividad resulta insustituible cuando afirmamos la idea del proceso en el seno de un sistema jurídico legítimo y eficaz.

Cuando Carnelutti afirmaba, refiriéndose al conjunto de normas jurídicas de materia probatoria, que “estas normas establecen una primera y más amplia obligación del juez, de contenido negativo: obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley,” no estaba haciendo otra cosa que poniendo de relieve la innegable importancia de la prueba, que él conceptuaba como proceso de fijación de los hechos controvertidos, y su carácter de imprescindible para la definición de la cuestión materia del proceso<sup>42</sup>.

En otras palabras: sin actividad probatoria no hay proceso válido, en este sentido se habla de la necesidad de la prueba conjuntamente con otras prerrogativas instrumentales que llevan el proceso a buen puerto en los términos que estamos abordando<sup>43</sup>.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende en forma clara que la prueba deriva su importancia, en primer lugar, del hecho de ser una herramienta que sirve directamente a la aplicación de la ley sustantiva.

Además de derivar la trascendencia o importancia de la prueba de considerar que ella es la base de la administración de justicia y que permite, como ya dijimos, la aplicación de las normas jurídicas, debemos subrayar que da efectividad al ejercicio del derecho de defensa, en la medida en que la probanza de las pretensiones de las partes está directamente vinculada con el ejercicio del derecho de defensa. Así, sólo si se prueba determinada pretensión, ésta logrará prosperar en el proceso.

---

<sup>42</sup> **CARNELUTTI, Francesco.** *La prueba civil.* Edic. Arayú, Buenos Aires, 1980, p. 45.

<sup>43</sup> **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 166.

En cuanto a la importancia de la prueba en el marco del proceso civil, apunta Couture que la prueba civil no es una averiguación. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibiría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes.

En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos.

A tal punto el juez civil no es un investigador, que el reconocimiento del demandado detiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez. La regla general es que si el demandado confiesa clara y positivamente los términos de la demanda, el juicio ha terminado, debiéndose dictar sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite.

La doctrina acepta aún, en términos generales y salvo excepciones justificadas, que el reconocimiento de la demanda vale tanto como una sentencia en su contra que se diera el demandado. En poco ha variado, no obstante el tiempo transcurrido, el alcance del precepto clásico: *confessus pro judicato est, quodammodo sua sententia damnatur*<sup>44</sup>.

Agrega nuestro autor que mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> **COUTURE, Eduardo.** *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Edit. B de F. Montevideo-Uruguay. 2010, p. 179.

<sup>45</sup> **COUTURE, Eduardo.** *Fundamentos... Ob. cit.* 182.

Así, por lo menos, lo ha reconocido, con buenas razones, la doctrina más reciente.

## SUBCAPÍTULO II

### LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PROCESO CIVIL

#### 1.- Noción del derecho fundamental a la prueba

En este segundo capítulo de nuestra investigación, nos aproximaremos a una parte sustancial de nuestro tema, en la medida que la prueba — o el derecho a la prueba — no constituye hoy por hoy solamente un mecanismo para fundar los hechos relevantes de la causa, sino, en palabras de Taruffo, constituye un instrumento fundamental que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos<sup>46</sup>. Sumado a ello su categoría de derecho fundamental, como veremos a continuación, consideramos que el ejercicio de probanza en el marco de un proceso ha encontrado su cenit jurídico en los diversos ordenamientos jurídicos que consagran el Estado de Derecho.

Recordemos que la institución del debido proceso, además de ser un derecho fundamental, es un principio rector del Derecho Procesal y de la actividad jurisdiccional del Estado, abarcando — entre otros— el Derecho a la Defensa, el mismo que a su vez incluye el Derecho a la Prueba, entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos son objetos de valoración por el juzgador<sup>47</sup>.

Pues bien, efectivamente, aunque para algunos autores todavía es un concepto en construcción, se puede entender el derecho fundamental a la prueba como la posición jurídica fundamental que posee, aquel que tiene

---

<sup>46</sup> **TARUFFO, Michele.** *La prueba, artículos y conferencias.* Monografías jurídicas Universitas. Edit. Metropolitana. Buenos aires, 2013, p. 56.

<sup>47</sup> **GALINA TORRES, Diana.** *Aspectos sustantivos y procesales del debido proceso.* En: Revista Derecho y Sociedad Peruana. Nro. 03. Universidad San Pedro. Facultad de Derecho. 2004, p. 38.

el carácter de parte o de alguna forma de interviniente o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa.

Bustamante Alarcón manifiesta, en este sentido, que el derecho a probar es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a lo principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa<sup>48</sup>.

Hurtado Reyes colige que este análisis nos lleva a determinar que el derecho a probar en un proceso judicial, arbitral, procedimiento administrativo o de cualquier otra índole, no es un simple derecho o elemento del debido proceso, es por el contrario reconocido por el derecho constitucional como un derecho fundamental, teniendo la misma jerarquía y nivel del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de acción, derecho de contradicción y el mismo derecho al debido proceso<sup>49</sup>.

En este contexto, podemos desprender las siguientes características<sup>50</sup>:

---

<sup>48</sup> Citado por **HURTADO REYES, Martín**. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 60.

<sup>49</sup> **HURTADO REYES, Martín**. *Fundamentos... Ob. cit.*, p. 61.

<sup>50</sup> **RUIZ JARAMILLO, Luis**. *El derecho constitucional a la prueba*. Comité para el desarrollo de la Investigación- CODI. Universidad de Antioquía. Edit. Fabra. 2007, p. 23.

## **La prueba como expresión judicial**

El tema al cual se hace referencia con el derecho a la prueba es de la prueba judicial. Por ello, es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos<sup>51</sup>.

Efectivamente, para Ruíz Jaramillo, en este concepto se reúnen las tres acepciones como puede ser entendida la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos. La prueba como instrumento hay que entenderla como fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente la formalización legal<sup>52</sup>.

La prueba entonces como plena convicción judicial se corresponde en los hechos con la verdad de la autoridad jurisdiccional, que no es otra que la verdad que las partes asumen ante el órgano decisor para la resolución de sus conflictos.

## **Derecho en sentido subjetivo y objetivo**

Los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva.

---

<sup>51</sup> **RUIZ JARAMILLO, Luis.** *El derecho constitucional a la prueba.* Comité para el desarrollo de la Investigación- CODI. Universidad de Antioquía. Edit. Fabra. 2007.

<sup>52</sup> *Ibidem.*

Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. En este sentido los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del ordenamiento. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos<sup>53</sup>.

Como podemos colegir, la función que tiene la fase objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del ordenamiento jurídico, mediante el juicio de asequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las normas jurídicas.

Es preciso señalar, que este autor establece que esta doble perspectiva de los derechos siempre ha existido, aunada a la fundamentalidad que de por sí implica un cambio de paradigma en la práctica del derecho, a tal punto que ha variado la forma de entender la división y colaboración entre los poderes del Estado, ubicando a la Jurisdicción constitucional como la autoridad de control de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista formal —la que ha sido la forma tradicional—, como del material —que es la forma novedosa de ejercerlo— de todos los actos del Estado, teniendo como escala los derechos fundamentales.

En cualquier caso, el derecho fundamental a la prueba debe ser entendido como un derecho que asiste a los sujetos procesales, donde el juez permite que cualquiera de las partes pueda reclamar a la otra la prueba a afirma sus posiciones.

---

<sup>53</sup> **RUIZ JARAMILLO, Luis.** *El derecho constitucional a la prueba.* Comité para el desarrollo de la Investigación- CODI. Universidad de Antioquía. Edit. Fabra. 2007.

## 2.- Importancia del derecho fundamental a la prueba en el proceso civil

Una buena *noticia* para nuestra disciplina es que la elevada importancia del debido proceso para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto ha llevado a la mayor parte de constituciones del mundo jurídico occidental y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a reconocerlo como un derecho humano o fundamental, con todo lo que ello implica de cara al proceso.

La importancia de este derecho a la prueba o derecho a probar radica en la posibilidad de que todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de los hechos que configuran, o configurarán, su pretensión o su defensa

Como afirma Bustamante Alarcón, su finalidad inmediata es producir en la mente del juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba, mientras que su finalidad mediata –y no por ello menos importante– es asegurar y lograr la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto, más allá de que sea un proceso civil o de cualquier otra índole<sup>54</sup>.

La doctrina reconoce que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos<sup>55</sup>:

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

---

<sup>54</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** *El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos.* En: Themis, N° 43. PUCP, 2001, Lima, p. 167 y ss.

<sup>55</sup> *Idem.*

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

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

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

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

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

Debemos subrayar que el derecho a la prueba tal como lo estamos analizando no tiene un horizonte ilimitado, sino que como cualquier figura procesal guarda sus propios alcances y limitaciones, especialmente supeditados al interés del proceso y a la consecución de la verdad última de los hechos.

Extendiendo un poco su ámbito de aplicación, podemos sostener que el derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido.

Como afirma Ruiz Jaramillo, la fundamentalidad del derecho a la prueba está en que es un “derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela. Se encuentra entre los derechos que deberían ser regulados mediante ley y de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio”<sup>56</sup>.

Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción<sup>57</sup>.

El contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra, que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. La prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos. Las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> **RUIZ JARAMILLO, Luis.** *El derecho constitucional a la prueba.* Comité para el desarrollo de la Investigación- CODI. Universidad de Antioquía. Edit. Fabra. 2007.

<sup>57</sup> **GALDÓS RIOFRÍO, A.** *La prueba y sus valores fundamentales desde el área privatista del Derecho.* Edit. Fajardo In, Caracas, 2007, p. 177.

<sup>58</sup> **RUIZ JARAMILLO, Luis.** *El derecho constitucional a la prueba.* Ob. cit. P. 133.

La prueba entendida en su acepción de instrumento debe seguir el debido proceso en su configuración legal como derecho. El debido proceso, en general, sirve de presupuesto de validez en la obtención de la verdad de los hechos.

Con respecto al derecho a la prueba como inherente al ser humano es necesario precisar que la virtud de la verdad jurídica y fáctica que se extraiga de los procesos judiciales depende en gran medida la calidad de la adjudicación del juez sobre los bienes materiales de las personas que previamente han distribuido los derechos subjetivos de carácter sustantivo. Los derechos sustantivos distribuyen en abstracto facultades, obligaciones, sanciones, compensaciones, indemnizaciones, servicios asistenciales, etc.; pero la justicia de la adjudicación de estos bienes o sanciones dependerá de la interpretación que el juez haga del derecho, y de la conformación de su convicción sobre los hechos.

Como estamos viendo, existe una estrecha relación entre el respeto a la ley —Constitución Política y legislación— y la virtud de la verdad jurídica y fáctica. De todo esto se extrae que la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales. La calidad de la condición existencial de las personas depende en gran medida de la virtud de la verdad jurídica y la fáctica.

El derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente al ser humano. La condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez.

El carácter de fundamental del derecho a la prueba también significa que tiene un alto grado de importancia. El grado de importancia de un derecho encierra un juicio de valor en el plano deontológico, como relación fundamental.

### **3.- Titulares y objeto del derecho fundamental a la prueba**

Los titulares son todos aquellos sujetos de derecho a los cuales el ordenamiento jurídico les ha conferido una posición jurídica determinada, esto es, tanto la persona física como la jurídica, las instituciones de la vida social, etc.

Hay que advertir, que se incurre en una falacia al pensar que sólo los individuos de la especie humana son titulares del derecho a la prueba como derecho fundamental; si bien ellos son sujetos de ese derecho no lo son de manera exclusiva. De ahí que el órgano jurisdiccional deba propender porque el proceso se desarrolle en plena contradicción de los litigantes, que posean idénticas posibilidades de afirmar, pedir, probar, alegar y recurrir.

De lo contrario, resultaría negatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho. El sujeto activo de la relación jurídica procesal, son en general, las personas naturales, jurídicas y los grupos; incluso en el ámbito penal y otros órdenes jurídico-normativos, este derecho lo poseen órganos como el Ministerio Público, las ONGs, etc.

El derecho a la prueba lo puede ejercer la parte procesal o el interviniente presente o futuro, bien se trate de persona natural, moral o un órgano. La parte procesal puede ser el demandante, el demandado en un proceso civil, la Fiscalía o el imputado en un proceso penal. En general, los intervinientes en las diversas modalidades de procesos.

El objeto del derecho fundamental a la prueba es señalado por el contenido de una norma de derecho fundamental y de la obligación jurídica fundamental; el cual consiste en una acción fáctica positiva u

omisión a cargo del obligado, cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho, vale decir, para la posición jurídica del sujeto<sup>59</sup>.

En el ejercicio del derecho fundamental a la prueba el juez tiene la obligación negativa de omitir cualquier acción lesiva a la posición jurídica de los sujetos procesales, sin que para ello tenga razones debidamente justificadas. Tiene la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en forma racional; y la obligación de conceder el amparo de pobreza para el ejercicio del derecho a la prueba. Sólo puede denegar estas acciones cuando exista justificación constitucional o legal que así lo prevea.

Esta estructura del derecho subjetivo a probar tiene importancia en la protección, no sólo de este derecho sino de los demás derechos fundamentales sustantivos y procesales, tanto frente a las partes como a los terceros. Este derecho, genera una relación jurídica entre el juez y las partes en la que además de hacer valer derechos y obligaciones, permite un mutuo control entre las partes, entre éstas y el juez.

Aunque la actividad probatoria comienza con la iniciativa de la parte, debe tenerse presente que la admisión, la práctica y la valoración de la prueba no dependen del capricho de alguna de las partes, sino del juez que como tercero supraordenado decide sobre estas actividades. La parte interesada en la prueba tiene la posibilidad de ejercer un contrapeso a este tercero, bien exigiéndole una conducta positiva o de abstención, según las circunstancias; también la contraparte puede exigir otras pruebas o interponer recursos para hacer realidad sus derechos al igual que las obligaciones del juez.

Esta estructura provee una cautela contra el abuso que se pueda presentar en el ejercicio del derecho a la prueba cuando interfiere con otras posiciones iusfundamentales como la intimidad, la autonomía de la

---

<sup>59</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.** *El problema de la prueba ilícita. Ob. cit.*, p. 189.

persona o la integridad física tanto de las partes como de terceros. En este caso, el juez no sólo está obligado a proteger estas últimas posiciones iusfundamentales de las personas, sino que además existen diversos mecanismos que pueden hacer realidad este control.

#### **4.- La prueba en la Constitución de 1993**

El Art. 44 de nuestra Constitución señala que es deber primordial del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, de otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

Tal disposición no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, que para muchos autores cobra especial relevancia tratándose de un determinado proceso.

La Constitución peruana no prevé norma específica sobre la prueba. Ello no quiere decir, sin embargo, que el tema sea completamente ajeno a la regulación constitucional. Así, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia de 3 de enero de 2003, recaída en el Exp. Nro. 010-2002-AI/TC,<sup>54</sup> viene sosteniendo que el derecho a probar o el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente en el genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la propia Constitución<sup>60</sup>.

Se trata del caso Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo: “El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú”.

---

<sup>60</sup> **CASTRO TRIGOSO, Hamilton.** *Determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana.* Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal.

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala: Sobre la relatividad de los derechos fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.”

No es, pues, un derecho autónomo sino implícito en un derecho de mayor alcance como el debido proceso y la tutela procesal efectiva. En tal sentido, al lado de otros derechos como la razonabilidad de los plazos o el de defensa, el derecho a la prueba se constituye en uno de los componentes de un derecho de mayor alcance y amplitud como el que se consagra expresamente en el artículo 139.3 constitucional.

Al respecto, en efecto, Hurtado Reyes, subraya que no estamos en presencia de un derecho absoluto o ilimitado, pues no sólo cabe contemplar limitaciones intrínsecas (presupuestos o condicionantes que debe cumplir toda prueba: pertinencia, necesidad, licitud), inherentes a la propia actividad probatoria; sino también otras limitaciones de carácter extrínseco, debidas a los requisitos legales de proposición de prueba, en atención a las cuales el ejercicio del derecho a la prueba implica la

necesidad de adecuarse a una serie de cauces y formas procedimentales<sup>61</sup>.

Conviene precisar que no existe equivalencia exacta entre los conceptos de debido proceso y tutela procesal efectiva. Por debido proceso debe entenderse aquel proceso garantizado por la ley cuyo desarrollo está presidido por la vigencia y aplicación de un conjunto de principios contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, derivados históricamente de la abolición del procedimiento inquisitorial y de la tortura, respetuoso, entre otros, de los principios de oficialidad, acusatorio, legalidad, oralidad, inmediatez, libre valoración de la prueba, defensa e in dubio pro reo.

En cambio, por tutela judicial efectiva debe entenderse el derecho público y subjetivo que permite a las personas, sin distinción de ninguna clase, por el sólo hecho de serlo, a recurrir al Estado para solicitar tutela en un caso concreto.

El derecho a la prueba ha sido definido como la garantía constitucional o el derecho fundamental que asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, presentar sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional<sup>62</sup>.

En conclusión, puede hablarse apropiadamente de un derecho fundamental a la prueba que goza de protección constitucional y que se deriva de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional, consagrados en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental. Son titulares

---

<sup>61</sup> **HURTADO REYES, Martín.** *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 547.

<sup>62</sup> **CARROCCA PÉREZ, Alex.** *La prueba*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1998, p. 98 y ss.

de este derecho esencial quienes postulan una pretensión dentro del proceso, sea ésta una imputación o una defensa.

Algo más, en la definición que hace la Ley N° 28237 (CP Constitucional) de la tutela procesal efectiva, se ha señalado por primera vez que forma parte de ésta el derecho a probar, siendo la primera norma objetiva que hace mención sobre este derecho de carácter fundamental, siendo necesario mencionar que la Constitución de 1993 no hace ninguna referencia sobre el particular, pero que es motivo para propiciar su incorporación<sup>63</sup>.

## **5.- Límites del derecho a la prueba**

El contenido esencial o contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino por la doctrina nacional y la doctrina y jurisprudencia extranjeras. No obstante, se debe puntualizar que la delimitación o alcance del derecho fundamental a la prueba se ha ido perfilando en nuestro país a través de la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución<sup>64</sup>.

El derecho a la prueba, como cualquier otro derecho constitucional, y como ya hemos apuntado en el apartado anterior, tiene límites, los mismos que se encuentran previstos en la propia Constitución, en los principios y garantías de un debido proceso y en el respeto a la dignidad de la persona. En ese sentido, el principio de libertad de prueba, conforme al cual se puede probar un hecho con cualquier medio de prueba, típico o atípico. En este último supuesto, siempre que se observe en su práctica análogamente los procedimientos estatuidos para una prueba semejante,

---

<sup>63</sup> **HURTADO REYES, Martín.** *Fundamentos... Ob. cit.*, p. 569.

<sup>64</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común.* ANM. Lima, 2010, p. 144.

se ve limitado por la observancia de los derechos fundamentales de toda persona.

Por ello, coincidimos con Pellegrini cuando señala que, en materia penal, el derecho a la prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, y le reconocen límites. Ello se debe, a criterio de la autora, a que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de Derecho, tanto los derechos como sus limitaciones<sup>65</sup>.

Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba, de temas probatorios, de medios probatorios, de métodos probatorios, condicional de la prueba y de utilizar la prueba.

En conclusión, la reconstrucción de la verdad histórica, o simplemente la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal, sino que, por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. Problema que es caracterizado por la Corte Suprema Federal Alemana con la siguiente

---

<sup>65</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La prueba en el nuevo proceso penal.* Academia Nacional de la Magistratura. Ob. Cit. p. 145.

cita: “No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio”<sup>66</sup>.

### 5.1.- El derecho a ofrecer medios de prueba

*El Tribunal Constitucional afirma que una de las garantías que asiste a las partes del proceso (en general) es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva*<sup>67</sup>.

El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor [STC 6712-2005-HC/TC].

Conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley.

Subyace aquí el principio de libertad de prueba. Pueden aportarse medios de prueba típicos —los previstos expresamente en la ley— o atípicos —aquellos que no están regulados en la ley—, en cuyo caso la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos en lo posible.

---

<sup>66</sup> *Ibídem.*

<sup>67</sup> **JIMÉNEZ CORONEL, Alexander.** Protección de testigos y colaboradores como fuentes de prueba en los delitos de alta peligrosidad. En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/eiseralexanderjimenezcoronel/>

## **5.2.- El derecho a que los medios ofrecidos sean admitidos**

A juicio de Taruffo deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos [STC 6712-2005-HC/TC].

## **5.3.- El derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos**

Se entiende por actuación o práctica de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso.

Sin duda, de acuerdo al contenido esencial del derecho a la prueba, no es del caso conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. Por ello, y con razón, Taruffo sostiene que deberá maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria<sup>68</sup>.

La actuación adecuada de los medios probatorios como elemento del derecho a la prueba a que se refiere la STC 6712-2005-HC/TC exige, entre otros la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y a que

---

<sup>68</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La prueba en el nuevo proceso penal.* Academia Nacional de la Magistratura. 2009, p. 221.

éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Para que la actuación probatoria sea adecuada, deben regir los siguientes principios:

**Legalidad de la actividad probatoria:** Implica que tanto la obtención, la recepción, así como la valoración de la prueba deben desarrollarse en orden a lo establecido por la ley, sin que eso signifique adoptar el sistema de prueba legal. La legalidad se invoca de manera muy especial, cuando en la actividad probatoria se producen transgresiones del orden jurídico o violaciones de los derechos de las personas.

La legalidad del medio de prueba significa que la actividad procesal que es preciso desarrollar para incorporar la fuente al proceso, debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Así, será preciso que:

- a) Solamente se admitan los medios legalmente previstos; significa que si para un proceso concreto existe una limitación probatoria, ésta debe respetarse.
- b) Y, además, que esos medios solo se propongan y practiquen en la forma establecida en la ley, y no de cualquier otra.

**Publicidad:** En su verdadero sentido, este principio establece que la publicidad requiere que no solo las partes, sino el público, tengan oportunidad —real y efectiva— de presenciar la recepción de la prueba que los alemanes denominan “publicidad inmediata”. En los procesos sumarios solo es posible una publicidad mediata.

**Contradicción:** Implica que, para ser válida o por lo menos eficaz, la prueba debió haber sido producida con audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción, y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo.

**Inmediación:** Exige que el juzgador y las partes se encuentren en contacto personal e inmediato con las personas, hechos y cosas que sirven o servirán como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba.

**Comunidad de la prueba:** Es la ventaja o provecho que los sujetos procesales pueden sacar de un medio de prueba introducido en el proceso, independientemente de quien lo haya planteado.

#### **5.4.- El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba**

El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el derecho a la prueba comprende o está determinado —entre otros elementos— por el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios [STC 1014-2007-PHC/TC].

De poco serviría tener derecho a ofrecer medios probatorios o que los mismos sean admitidos para su actuación en el juicio, si éstos no estuvieran disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate. Debido a la duración de los procesos en nuestro país, con cierta frecuencia ocurre que por enfermedad o viaje los testigos o peritos no van a estar disponibles para su presentación en el juicio o la audiencia de actuación probatoria, o que el testigo no podrá reconocer al autor o partícipe de un hecho punible o el objeto material de un delito —denominado prueba o evidencia material— porque no estará en las mismas condiciones en las que fue hallado o incautado.

De ahí que resulte indispensable que las partes cuenten con la posibilidad de asegurar la producción y conservación de sus fuentes de prueba. Nuestro máximo intérprete de la Constitución estima que la actuación

anticipada de los medios probatorios es el instrumento idóneo para asegurar la producción y conservación de los mismos [STC 1014-2005-HC/TC].

### **5.5.- El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas**

Como ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión<sup>69</sup>.

Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso en el marco del respeto de los derechos fundamentales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso [STC 1014-2007-PHC/TC].

Conforme se señala en la STC 1934-2003-HC/TC, en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada (sana crítica). En virtud de ello, el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado (tarifa legal). El Tribunal Constitucional precisa que no le

---

<sup>69</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La prueba en el nuevo proceso penal.* Academia Nacional de la Magistratura. 2009, p. 133.

competente valorar las pruebas o revocar las sentencias emitidas en sede penal, o determinar la responsabilidad penal de los imputados, pero sí analizar si en su valoración existe una manifiesta irrazonabilidad.

Esta exigencia de valoración de las pruebas puede descomponerse en dos aspectos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida mediante el recurso a la denominada “valoración conjunta de las pruebas”. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no pueda realizarse sin esa valoración conjunta, esta última no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas.

## **6.- La sana crítica**

Hay consenso en afirmar que este principio surge para evitar que el juez en el sistema de libre valoración llegue al extremo de la arbitrariedad guiado por impulsos afectivos, sin tomar en cuenta las reglas de la lógica, la experiencia, y del mismo expediente; asimismo para combatir la rigidez del sistema de tarifa legal que evita la propia convicción del juez. Por ello, un sector de la doctrina lo considera como un sistema intermedio.

Estamos frente a un sistema de sana crítica cuando el juez le asigna el valor que considera correcto a las pruebas del proceso, para lo cual debe basarse fundamentalmente en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Ello quiere decir que la valoración debe estar enmarcada en criterios de razonabilidad, en máximas de experiencia que aporta el juez y en los conocimientos técnicos que forman parte de su formación.

En esta misma línea de pensamiento, la sana crítica implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las

leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. Por ello Couture afirma que las reglas de la sana crítica están integradas por normas del correcto entendimiento humano, contingencias y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios en que debe apoyarse la sentencia. Para ello el juez se basa en dos principios fundamentales: de acuerdo a las reglas de la lógica y aplicando reglas de la experiencia. Considera también que la sana crítica es un sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción<sup>70</sup>.

## **7.- La obligación de motivar el razonamiento probatorio**

En la medida en que el objetivo principal del proceso es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. El derecho a la prueba comprende no solo el derecho a que los medios de prueba practicados sean valorados de manera adecuada, sino también a la motivación debida. La valoración de la prueba debe estar motivada por escrito, con el fin de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado [STC 1014-2007- PHC/TC].

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la libre valoración razonada en modo alguno significa que la actividad probatoria se sustraiga del control de la jurisdicción constitucional. Aquélla debe ser realizada de acuerdo con los principios que la informan. Entre dichos principios, un lugar especial ocupa la necesidad de la debida motivación, que deberá quedar plasmada en la sentencia de manera suficiente. Evidentemente, al juez constitucional no le compete valorar las pruebas, pero sí analizar si en su valoración (razonamiento probatorio) existe una manifiesta irrazonabilidad [STC 1934-2003-HC/TC].

---

<sup>70</sup> Citado por **HURTADO REYES, Martín**. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 620.

Empero, debe entenderse que para que un juez constitucional se pronuncie sobre la motivación de la apreciación de la prueba, resulta indispensable que previamente los tribunales ordinarios hayan revisado tal motivación conforme a los recursos legalmente previstos.

La obligación de motivar expresamente las decisiones judiciales se encuentra recogida en el artículo 139°.5 de la Constitución. La exigencia de motivación no supone una exhaustiva y pormenorizada descripción del proceso intelectual que ha llevado al juez o al tribunal a resolver en un determinado sentido.

## **8.- Manifestaciones del TC sobre el derecho fundamental a la prueba**

Además de las manifestaciones directas e indirectas que ha sostenido el máximo intérprete jurisdiccional de nuestro país que hemos visto en el punto anterior, podemos señalar los siguientes.

La función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el Derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio Derecho. Por ello se ha de concluir que la función del proceso es la aplicación del Derecho . En esa línea, la idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en que se funda su pretensión procesal. Es decir, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas.

Por ello, la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades.

Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución.

En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia otutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen [STC 5068-2006-PHC/TC].

Finalmente, se ha puesto de relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos [STC 1014-2007-PHC/TC].

Siendo un derecho fundamental, el derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter. En su dimensión subjetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos. En su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. [STC 4831-2005-PHC/TC].

### SUBCAPÍTULO III

## ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA ILÍCITA

### 1.- Concepto de prueba ilícita

Este tercer capítulo de nuestro trabajo estará dedicado a conocer íntegramente las diversas concepciones legales y doctrinarias en torno a la llamada 'prueba ilícita', con el fin de advertir sus diversos matices en función a las posibilidades de ser admitidas en el proceso, con todo lo que ello comporta para los intereses de las partes y la búsqueda de la verdad.

Pues como muchas instituciones de orden procesal, la doctrina no es necesariamente pacífica a la hora de definir la llamada prueba ilícita, pero se admite dos grandes concepciones para estos fines<sup>71</sup>:

**a. Las concepciones amplias**, que se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa – materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas – como la de Silva Melero - llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina.

Dentro de dicho grupo, posiciones más moderadas establecen mayores criterios de acotación del contenido de la institución. Algunos autores señalan que la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de los derechos contenidos en normas diversas, especialmente aquellas de rango constitucional. De tal definición se desprende que tanto las

---

<sup>71</sup> **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal.* José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1999, p. 17 y ss.

violaciones a normas con rango legal ordinario como las de rango constitucional son consideradas pruebas ilícitas.

Finalmente Conso, a cuya posición nos adscribimos, señala que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, por lo que su violación implica una violación al derecho de este último a tener un proceso con las debidas garantías o debido proceso (Artículo 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú). Al respecto Pellegrini señala: “las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía”<sup>72</sup>.

**b. La concepción restrictiva** define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan<sup>73</sup>.

El año 2004, el Tribunal Constitucional ensayó una definición de prueba ilícita en los siguientes términos<sup>74</sup>:

---

<sup>72</sup> **PELLEGRINI GRINOVER, Ada.** *Pruebas Ilícitas en Ciencias Penales*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 10, San José, 2004, p. 156.

<sup>73</sup> **PISCOYA SILVA, José.** Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. En: <http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional: Exp. N° 2333-2004-HC/TC, sentencia del 12 de agosto de 2004.

*“La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”.*

En esta sentencia podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha optado por una concepción moderadamente amplia ya que considera ilícitos los medios probatorios obtenidos o actuados en violación de una norma constitucional o trasgrediendo la ley procesal. Consideramos que esta posición puede resultar demasiado amplia para los fines de la institución, por cuanto si bien dentro de las normas procesales existen normas que son garantías de un debido proceso, también dentro de ellas existen normas que son meramente formales cuya violación no importa una alteración seria al debido proceso.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita da el Nuevo Código Procesal Penal en su Título Preliminar:

*“Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba*

*Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.*

*Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.*

*La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”*

A nuestro juicio, consideramos que la mención que el inciso 2 del citado artículo hace sobre “pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con

violación del contenido esencial de los derechos fundamentales” incluye dentro del concepto de prueba ilícita a las obtenidas en violación de las normas procesales que consagren garantías para el procesado<sup>75</sup>.

A mayor abundamiento, podemos citar diversos autores y conceptos que nos ayuden a formarnos una idea respecto de este tema. Echeandía, por ejemplo, sostiene que “Pruebas ilícitas son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso por medio de una transgresión a una norma constitucional o procesal”<sup>76</sup>. También encontramos que “Es cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción”<sup>77</sup>. En esta misma línea, se señala que “es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a las formas de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”<sup>78</sup>.

La problemática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con la que concierne a los derechos fundamentales. Esto tiene que ver con el hecho de que lo que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. La primacía de la Constitución, en la que generalmente se reconocen los derechos fundamentales, es algo que actualmente casi no se discute. En tal sentido, algunos prefieren seguir refiriéndose a la existencia de un efecto irradiante

---

<sup>75</sup> **PISCOYA SILVA, José.** Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. En: <http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>

<sup>76</sup> **ECHEANDÍA, H.** *Teoría general de las pruebas*. Tomo I. 5ª edición. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, p. 122.

<sup>77</sup> **JAUCHEN, E.** *Tratado de la prueba en general*. Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 155.

<sup>78</sup> **MONTÓN REDONDO, A.** *Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*. Edit. J. & F. Salamanca, España, 1988, p. 16.

de las normas constitucionales hacia el resto del ordenamiento jurídico<sup>79</sup>. En cambio, otros sostienen que ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. De cualquier modo, la referencia a la Constitución es obligatoria cuando se trata de la prueba ilícita. La primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita y, en tal sentido, debe entenderse que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales.

Concatenando ideas podríamos decir que la prueba ilícita es aquella prueba que ha sido obtenida con la violación de algún derecho fundamental, de este modo la prueba que vulnere un derecho no constitucional probablemente pueda ser cuestionada con otras categorías procesales, en todo caso deberá verse siempre el caso concreto. Al hablar de ilicitud probatoria necesariamente tenemos que unir tanto la actividad probatoria u obtención de la prueba y el menoscabo de un derecho fundamental sin olvidar que tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos.

Finalmente, cabe mencionar que hoy en día se constata -desde una perspectiva comparada de la aplicación de la prueba prohibida- la tendencia general de la jurisprudencia de distintos países de crear reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida permitiendo con ello que, en determinados casos, ésta pueda ser admitida y valorada por el Juez. Es decir, no importa tanto que la prueba sea prohibida o no, en tanto se castigue al verdadero culpable. En ese contexto, los Tribunales han creado excepciones como la del descubrimiento inevitable, o de la buena fe, o de la conexión de antijuricidad porque consideran que los

---

<sup>79</sup> **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 255.

ciudadanos jamás entenderían que un comprobado delincuente no fuera sancionado y dejado en libertad por un “mero tecnicismo legal”.

La doctrina de la prueba prohibida ha sido aplicada tradicionalmente en el ámbito del derecho penal; sin embargo, la problemática que ésta origina excede el proceso penal y de hecho se presenta, también, en otros procesos como: el civil, el laboral, el contencioso administrativo o el de familia.

## 2.- Prueba prohibida y prueba irregular

Algunos autores precisan conceptos diferentes para prueba ilícita y prueba prohibida. Sendra, por ejemplo, considera que prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, no necesariamente la Constitución, mientras que prueba prohibida sería aquella que para su obtención se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales<sup>80</sup>.

Siendo que la prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales; a este respecto se pregunta Chavarry Vallejo: ¿qué sucede cuando lo que se ha vulnerado no son normas constitucionales sino tan sólo normas ordinarias o infraconstitucionales? Se trata de una cuestión que ha sido examinada con cierta amplitud por la doctrina, existiendo varias posiciones al respecto. En general, como bien puede deducirse de la interrogante del párrafo precedente, prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales. En estos casos generalmente lo que se infracciona son normas de procedimiento o la forma regular en la que se debe actuar determinada prueba<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> **GIMENO SENDRA, Vicente.** *Lecciones de derecho procesal.* Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 370.

<sup>81</sup> **CHAVARRY VALLEJOS, Pedro.** Concepto y fundamento de la prueba prohibida en el Nuevo Código Procesal Penal. En: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.pe/2010/06/concepto-y-fundamento-de-la-prueba.html>

La diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular es importante desde el punto de vista del resultado. En la práctica, una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o investigación. En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta<sup>82</sup>.

Para estos efectos, el Tribunal Supremo español ha establecido que “cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo<sup>83</sup>.

Resulta claro, sostiene el autor citado, que no se discute que la prueba irregular acarrea la nulidad del acto. Es decir, es innegable que la

---

<sup>82</sup> **GÁLVEZ MUÑOZ, Luis.** La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 87-88.

<sup>83</sup> **CHAVARRY VALLEJOS, Pedro.** *Concepto y fundamento de la prueba prohibida en el Nuevo Código Procesal Penal.*  
En: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.pe/2010/06/concepto-y-fundamento-de-la-prueba.html>

existencia de una prueba obtenida con vulneración del ordenamiento legal ordinario no puede resultar indiferente para el sistema en términos de un resultado. Pero, no es menos innegable que el resultado de vulnerar una norma que reconoce un derecho fundamental no puede ser equiparado al resultado de vulnerar otra que únicamente pertenece a la legalidad ordinaria. En el primer caso, el resultado es la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita y la expulsión del proceso de la prueba así obtenida, sin posibilidad de ser aprovechada ni valorada de ningún modo.

Nuestro Tribunal Constitucional al definir la prueba prohibida como aquella obtenida mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de uno de rango legal o infralegal, permite distinguir o diferenciar entre la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental de aquella que lo fue mediante vulneración de una norma de rango legal o infralegal (generalmente referida a la vulneración de la legislación ordinaria que regula la actividad probatoria en el proceso). A ésta última se le denomina prueba irregular. La diferencia entre la prueba prohibida y la prueba irregular no sólo es de orden teórico, también, lo es de orden práctico. La importancia de la distinción radica en que la prueba prohibida y la prueba derivada de ella (Teoría del Fruto del Árbol Podrido) no deben ser admitidas al proceso por el Juez o, en todo caso –si lo fueron-, deben ser excluidas y no valoradas por el Juez en la sentencia<sup>84</sup>.

En cambio, la prueba irregular queda sometida al régimen jurídico de la nulidad de los actos procesales que pueden ser susceptibles de integración, subsanación o convalidación y, por ende, puede ser admitida, actuada y valorada con prescindencia de la responsabilidad que se hubiera incurrido por vulnerar la ley o norma infralegal.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*.

### 3.- Prueba ilícita y debido proceso

En este punto nos preguntamos por la relación, en términos generales, de estas dos figuras jurídicas relacionadas con nuestro tema de estudio, donde estableceremos cuáles son sus correspondencias jurídicas de cara al proceso determinado. Veamos.

La jurisdicción desde una perspectiva dinámica es la actuación del poder, que tiene como titular al Estado, y como destinatario a los justiciables. Se ha advertido que en él se produce una tensión entre los derechos de los individuos, que serán reconocidos o incorporados a su patrimonio, o por el contrario desconocidos o sacados del mismo, si observamos lo que ocurre en el ámbito civil. Si miramos el ámbito penal, vemos que se pone en juego la libertad y el patrimonio de los justiciables. Desde otra perspectiva, el juez civil, a nombre del Estado, debe dictar sentencia de acuerdo al mérito de los argumentos fácticos y de derecho existente en la causa que hayan proporcionado las partes, generalmente particular.

El ejercicio de esta faceta del poder, al igual que las otras, debe darse dentro del marco del estado de derecho, que presupone la existencia de cortapisas a su actuación. Dicho de otro modo, los jueces no pueden ejercer la labor jurisdiccional de cualquier manera. Desde ya la propia Constitución y las normas supranacionales los obliga a actuar dentro del marco del debido proceso y la igualdad ante la ley, respetando los derechos fundamentales<sup>85</sup>.

Pues bien, en el plano supranacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la

---

<sup>85</sup> MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 42.

substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

A su vez, el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De este modo, “el derecho a un debido proceso” habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley. El derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, entre otros contenidos.

Pues bien, con lo descrito hasta aquí, el debido proceso es la noción con la que se debe fundar la aplicación de exclusión de la prueba ilícita. Es de la esencia del “racional y justo procedimiento” el resguardo de la igualdad entre los litigantes, especialmente si en el mundo extraprocesal estos no lo son, para lo cual, entre otros aspectos, proscribire el uso de la fuerza dentro del proceso, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional.

Valga mencionar que el Tribunal Constitucional peruano, a diferencia de otros como el español, no ha desarrollado con amplitud la temática concerniente a la prueba ilícita o prueba prohibida, en consonancia con su escaso desarrollo también en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, se ha pronunciado en algunos casos fundamentalmente sobre el derecho a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución.

En el “caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos”, Exp. 00010-2002-AI, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad contra la legislación antiterrorista (Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880) el alto colegiado constitucional ha precisado:

*“En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.” (Fundamento 148).*

Es de destacar que nuestro Tribunal Constitucional sitúa el derecho a la prueba en el exclusivo ámbito de los derechos fundamentales, al considerar que se trata de un derecho básico de los justiciables con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

De las definiciones precedentemente mencionadas parece desprenderse una idea bastante amplia de lo que el Tribunal Constitucional entiende por prueba ilícita, pues incluye en la conceptualización de la institución tanto a lesiones de derechos fundamentales como del ordenamiento jurídico en general y de la legalidad procesal en particular.

En este contexto, si se permitiera el uso de la violencia al interior del proceso, por ejemplo, volvería a imperar la ley del más fuerte que existe

fuera de este método de resolución de conflictos. Esto resulta trascendental, puesto que generalmente la vulneración de derechos fundamentales en materia de prueba ilícita conlleva el uso de la fuerza, la violencia o la intimidación. Si el uso de la prueba ilícita se toma como un acto de violencia o al menos de utilización de sus resultados, quebrantando la igualdad de armas entre los litigantes, es evidente que atenta contra la noción de debido proceso.

Una de las ventajas de invocar el debido proceso como el fundamento de la inutilizabilidad, a diferencia de la presunción de inocencia, es que, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, el ámbito de aplicación del debido proceso es común a la jurisdicción en la integridad de ámbitos en que alcanza su potestad.

Esto revela el amplio alcance del debido proceso, por tanto resulta natural concluir que es el debido proceso la garantía procesal de alcance constitucional que está inmediatamente detrás de la prohibición de la prueba ilícita, al recordar que la igualdad de las partes litigantes es uno de los pilares en los que se fundamenta el desconocimiento de sus efectos en sede procesal civil.

En conclusión, es viable afirmar que la proscripción de la prueba ilícita se recoge en el proceso civil principalmente por el debido proceso, y también por la igual protección en el ejercicio de los derechos que ampara la Constitución.

#### **4.- Regulación de la prueba ilícita en el ordenamiento nacional**

Es importante determinar el tratamiento que nuestro ordenamiento le da al tema bajo estudio, ya que será dentro de éstos parámetros en los que se desenvolverá el juez para la admisión y valoración de la prueba ilícita.

Constituyen fuente fundamental de regulación, tanto la Constitución Política del Estado de 1993 como el Nuevo Código Procesal Penal.

Como hemos visto en puntos anteriores, aunque la Constitución no hace referencia expresa, podemos deducir de su contenido que establece ciertos límites a la actividad probatoria.

En este sentido, primero debe citarse el artículo 1 de la norma suprema que establece el respeto de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado.

La naturaleza ejecutiva y el auto operatividad de los derechos fundamentales no requieren de una norma legal de segundo orden (ley, reglamento) para hacer ineficaz la prueba obtenida con lesión de los derechos constitucionales.

*Artículo 2º19.-Toda persona tiene derecho:*

*7.- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia.*

*Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.*

*9.- A la inviolabilidad de 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. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.*

*10.-Al secreto y la inviolabilidad de las 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 la violación de este precepto no tienen efecto legal.*

*Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativo están sujetos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.*

Claro está que la enunciación de éstos derechos está destinada a prohibir la utilización de pruebas ilícitas como la interceptación de comunicaciones telefónicas o electrónicas, así como la llamada videovigilancia.

*Art.2.24º.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

*e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.*

*f) Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.*

*Art. 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*

*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*

*5.- La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.*

La Constitución en estos artículos busca proteger al inculpado frente a detenciones arbitrarias o sin orden judicial que pueden llevar a confesiones que vulneren los derechos fundamentales del sujeto implicado.

Para finalizar con este apartado, el desconocimiento de estos límites llevará a considerar la prueba obtenida tras la afectación de los derechos protegidos por estos preceptos, como ineficaz y por lo tanto inútil al proceso.

En cuanto al NCPP, a diferencia de la Constitución, sí establece abiertamente en el Artículo VIII del Título preliminar las exigencias para la admisión de la prueba en un proceso penal; así en el primer inciso, se indica que sólo será valorada la prueba si es que ha sido obtenida e incorporada al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

De este inciso se deduce que será casi imposible la admisión de medios probatorios que han sido obtenidos fuera del procedimiento regular, sin una autorización judicial o al margen de la autoridad competente.

Por otra parte, el segundo inciso de la referida norma, niega todo efecto legal a aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; al respecto no es inútil recordar que el legislador hace mención a la prueba ilícita obtenida directamente de la lesión de un derecho fundamental y, a la prueba indirecta, reflejo de la primera o derivada de ella.

Después de saber qué establece la norma VIII del TP del NCPP, cabe hacer un análisis acerca de la posibilidad de no aplicar una interpretación literal restrictiva a este artículo y más bien considerar la opción de que en algunos casos pueda ser admisible este tipo de prueba; y por consiguiente ser valorada por el juez<sup>86</sup>.

La inutilizabilidad de este tipo de pruebas puede desplegar efectos en dos momentos procesales distintos: el primero de ellos es la etapa de la admisión del medio de prueba y el segundo, cuando la prueba por algún motivo haya sido incorporada al proceso, en el momento de su valoración o apreciación por el juez; por lo tanto, las pruebas contrarias a derechos fundamentales no deben ser admitidas en el proceso y, en el caso sean admitidas, no deben por ningún motivo ser valoradas.

La importancia de desterrar la prueba ilícita desde el momento de la admisión radica en que con ello se garantiza la exclusión de pruebas inconstitucionales que pueden influir psicológicamente en el juzgador; además de la importancia en el tema de economía procesal, ya que el dejar de lado la prueba ilícita desde la admisión evitará la realización de actos procesales basados en una prueba inconstitucional, que hará que estos actos sean declarados posteriormente nulos.

Debe entenderse que cualquiera sea el momento en el que se declare la ineficacia de una prueba debe admitirse la posibilidad de un debate contradictorio entre las partes, con la finalidad de que las partes realicen determinadas actividades que adviertan su licitud o ilicitud.

Otra referencia que el NCPP hace respecto al tema de las pruebas, está en el artículo 155 incisos 1 y 2 que claramente establecen un límite a la actividad probatoria indicando que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y

---

<sup>86</sup> **BAYONA FLORES, M.** *¿Es siempre inválida la prueba ilícita en un proceso penal?* Instituto Fons Iuris de la Universidad de Piura. Taller de ciencias penales, 2013.

ratificados por el Perú y por este Código; y además dando la posibilidad al juez de excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la ley, tal precepto también se deriva del artículo 159 del NCPP.

No cabe duda que el NCPP se pronuncia claramente en contra de la validez y eficacia de la prueba ilícita; sin embargo cabe señalar la existencia de un Pleno del Tribunal Superior de Trujillo que admite de alguna manera la existencia de excepciones en estos casos, tales como la ponderación de intereses, la buena fe entre otras con el fin de darle validez a este tipo de pruebas, recalcando siempre el respeto a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Del referido Pleno Jurisdiccional se desprende que es prueba ilícita aquella que se obtiene vulnerando algún derecho constitucional; en tanto que prueba irregular aquella que se produce vulnerando una norma procesal al momento de su incorporación al proceso<sup>87</sup>.

Posteriormente, el 04 de mayo de 2009, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el considerando 6.C de la ejecutoria dictada en el proceso signado como Recurso de Nulidad No. 05-02-2008, señaló lo siguiente con relación a la prueba prohibida:

*“C).- De la prueba prohibida. La “prueba prohibida o ilícita” es aquella prueba, cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable por lo tanto, ... carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (...).”*

---

<sup>87</sup> **VILLA GARCÍA, Javier.** La prueba prohibida en el proceso civil. En: <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2013/09/16/la-prueba-prohibida-en-el-proceso-civil/>

Como apunta Villa García, luego, el 27 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en el proceso signado con el No. 00655-2010-PHC/TC, definiendo qué es prueba prohibida, su naturaleza jurídica y los efectos que ésta produce en el proceso.

En el considerando 15 de la referida sentencia el Tribunal Constitucional define la prueba prohibida de la siguiente manera:

*“De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de los derechos de rango legal o infralegal”.*

En relación a la naturaleza jurídica de la prueba prohibida el Tribunal Constitucional en la indicada sentencia ha establecido en el considerando 7 lo siguiente:

*“En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”.*

De la cita anteriormente transcrita se desprende el efecto que la prueba prohibida debería producir en el proceso. A criterio del Tribunal, la licitud

de la prueba es un presupuesto para su admisión al proceso (como también lo son el principio de utilidad, de pertinencia, de idoneidad, etc.); en tal sentido, la prueba prohibida no debería ser admitida al proceso por el Juez y, si lo fue, debería ser excluida estando el Juez prohibido de extraer argumentos y consideraciones de prueba de la misma<sup>88</sup>.

En conclusión, según el Tribunal Constitucional la prueba prohibida es un derecho fundamental y, además, una regla de exclusión de la fuente de prueba del proceso.

Por último, el Código Procesal Civil en el Artículo 199 referido a la ineficacia de la prueba dispone lo siguiente: “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación violencia o soborno”, lo cual para muchos autores no es solo una redacción deficiente, sino que se pierde la oportunidad de dar en sede civil una regulación a la altura de la importancia en esta materia de la prueba conseguida con prescindencia de la observancia de los derechos fundamentales.

## **5.- Principales teorías en torno a su admisibilidad**

Podemos apreciar que existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas mediante infracción a una norma jurídica. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el

---

<sup>88</sup> **VILLA GARCÍA, Javier.** La prueba prohibida en el proceso civil. En: <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2013/09/16/la-prueba-prohibida-en-el-proceso-civil/>

órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.

Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos.

Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida.

### **5.1.- Posiciones a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita**

El juez norteamericano Cardozo, en el caso de *Defoe VS United State*, de 1926, consideraba que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado.

La prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso, y ser eficaz pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y a los delincuentes<sup>89</sup>.

### **5.2.- Posiciones en contra de la admisibilidad de la prueba ilícita**

De cajón la prueba ilícita no es admisible y punto; debe ser excluida (exclusionario rules). Existen “lujos” que el Estado no puede darse, como sería el hecho de violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger.

---

<sup>89</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La Prueba.* Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p.68.

En 1928, en un voto particular, el juez norteamericano Holmes señaló que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel indigno. Tampoco se puede cobijar bajo el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido.

Es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho. Y no debe olvidarse que la policía está sometida a directivas y presiones gubernamentales dirigidas a la consecución de una mejor estadística de casos resueltos. Además, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida produce una ausencia de control sobre la policía y ello, a nuestro modo de ver, no redundará en beneficios sociales.

### **5.3.- Posiciones intermedias**

#### **Teoría de la ponderación de intereses en conflicto:**

El interés público por la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se integra el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en el ordenamiento en tanto derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder contra la persona responsable de ello.

#### **Teoría del ámbito jurídico:**

Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), conforme a la cual en aquellos casos en los que se

transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de “si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación”<sup>90</sup>.

La teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmaciones clandestinas y otros.

## **6.- Regla de exclusión de la prueba ilícita**

Queda dicho que en una generalidad, toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración<sup>91</sup>.

La vulneración de derechos fundamentales produce la prohibición de toda clase de valoración, es decir, es ineficaz, teniendo como consecuencia que la inutilización de la prueba prohibida se extienda a las demás evidencias que deriven de ella, es decir, se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad existente entre ellas.

Como admite la mayoría de la doctrina, lo que se produce es la inutilizabilidad de aquella prueba, es decir, no se admitirá en el proceso y en caso de ser admitida no podrá valorarse posteriormente en la sentencia.

---

<sup>90</sup> **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La Prueba.* Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p.71.

<sup>91</sup> **CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAZ, Yolanda.** *El Nuevo Proceso Penal,* Palestra editores, Lima, 2005, p.81.

Es decir, en el primer caso lo que se busca es la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió violando derechos fundamentales, por ello la mejor forma de conseguir que esas "pruebas" no surtan efecto es impidiendo que ingresen a la causa y si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir procediendo a su exclusión material.

El segundo caso, es la valoración de la prueba prohibida en la sentencia, para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán en irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia"<sup>92</sup>.

En cuanto a las excepciones a las exclusiones probatorias en materia de prueba directa tenemos son las siguientes:

#### **a) Doctrina de la buena fe**

La doctrina de la buena fe consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, José María Bosch editor, Barcelona, 1999, p.99.

<sup>93</sup> **CASTRO TRIGOSO, Hamilton.** *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Jurista editores, Lima, 2009, p.140.

Se admite la posibilidad de valorar prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia. Aquí no se da la fuerza disociadora de la exclusión contra los funcionarios que obtuvieron la prueba de buena fe. En materia penal, se da cuando los agentes policiales han actuado de buena fe en la creencia razonable de que su actuación se ajustaba al ordenamiento jurídico y no implicaba una violación constitucional<sup>94</sup>.

### **b) La infracción constitucional beneficiosa para el imputado**

Se ha reconocido que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por ejemplo, en un allanamiento ilegal (sin autorización judicial) se encuentra documentación que acredita la inocencia del imputado o aporta elementos de descargo, dicha evidencia no podría ser excluida debido a su origen ilícito porque la inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional establecida en favor del procesado.

Del mismo modo, una declaración en la que no se reconoce responsabilidad y más bien aporta elementos que acreditan su inocencia o sirven de descargo, no podrá ser invalidada con el argumento de no haber contado con la asistencia de un abogado defensor, puesto que el derecho de defensa técnica es una garantía en favor del procesado, por lo que su inobservancia de ninguna manera podría jugar en su contra o serle desfavorable.

### **c) Eficacia de la prueba ilícita para terceros**

Esta doctrina reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas

---

<sup>94</sup> **BURGOS MARIÑOS, Víctor**. Los nuevos principios rectores del nuevo proceso penal peruano. En:

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8e16188046e1338ea1a0a144013c2be7/Lecturas+Part  
e+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8e16188046e1338ea1a0a144013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8e16188046e1338ea1a0a144013c2be7/Lecturas+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8e16188046e1338ea1a0a144013c2be7)

útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena<sup>95</sup>.

Sólo tiene legitimación para pedir la exclusión de la prueba ilícita, aquella persona que ha sido víctima de la violación constitucional y en cuyo perjuicio se intenta utilizar la evidencia. Se puede emplear prueba inconstitucional en contra de otros acusados distintos de aquel que fue perjudicado por la infracción legal, o que también pueda utilizarse en otros procesos. Al amparo de esta teoría sería posible valorar una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental de “A” para condenar a “B” puesto que la lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos de este último.

#### **d) El principio de proporcionalidad**

Los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en colisión entre sí. Al ejercerse un derecho fundamental, este se puede encontrar en frente, en postura disconforme al ejercicio titular de otro derecho fundamental que en igualdad pretende ejercerlo. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. El principio de proporcionalidad exige examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si,

---

<sup>95</sup> **BURGA CORONEL, Angélica María.** *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Gaceta Constitucional, tomo 47, Lima, 2011, p.254.

efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental<sup>96</sup>.

El juicio de necesidad significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es propiamente lo que se conoce como ponderación que está contenida en dos enunciados: 1) valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro; y 2) cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

El principio de proporcionalidad de gran influencia en el derecho europeo, supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. La prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones.

Cuando la lesión constitucional es mínima y el daño evitado es considerable, el principio de proporcionalidad aparece, en teoría, razonable y en casos extremos nadie en su sano juicio dudaría en aplicarlo, por ejemplo, utilizar una conversación grabada informalmente para frustrar una explosión nuclear o usar una grabación telefónica entre familiares de un secuestrado y los captores para encontrar a la víctima.

---

<sup>96</sup> **BURGA CORONEL, Angélica María.** *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Gaceta Constitucional, tomo 47, Lima, 2011.

### **e) La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado**

Esta doctrina consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. La prueba inconstitucional sólo puede usarse para descalificar la veracidad del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad. Por ejemplo, una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la participación de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desacreditar la versión exculpatoria del imputado en este último escenario y probar que está mintiendo.

### **f) La teoría del riesgo**

La teoría que nos ocupa, permite incorporar al proceso la información obtenida por las técnicas arriba mencionadas sin que se considere mellado el ámbito de la intimidad de las personas ni el secreto de las comunicaciones. Esto es así, primero porque en la manifestación o expresión de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga a ello; y segundo – núcleo esencial de esta teoría- quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume el riesgo de ser denunciado o delatado<sup>97</sup>.

Diferente debe ser el tratamiento de aquellas conversaciones que son grabadas o filmadas clandestinamente por terceros en un lugar privado, sin el consentimiento de los contertulios. En estos casos, si bien lo que se haya podido afirmar durante la conversación lo ha sido voluntariamente,

---

<sup>97</sup> **ORILLO CAROAJULCA, Juana.** Algunos apunte sobre la prueba ilícita. En: <http://myslide.es/documents/prueba-ilicita-juana-orrillo-carhuajulca.html>

es innegable su ilicitud debido a la ausencia de conocimiento y consentimiento por parte de al menos uno de los interlocutores<sup>98</sup>.

#### **g) La “plain view doctrine” y los campos abiertos**

La jurisprudencia estadounidense ha elaborado la “plain view doctrine”, que traducida significa la “doctrina de la vista directa” o de “la simple vista” que es aplicada para validar secuestros de objetos o efectos que no están expresamente previstos en la orden judicial librada para el caso pero que los funcionarios autorizados encuentran de manera circunstancial en el lugar materia del allanamiento y que pueden ser apreciados a “simple vista”. Una variante de esta doctrina es la excepción de los “campos abiertos”, también de origen estadounidense, referida a incautaciones de drogas sin orden judicial en campos abiertos o al aire libre, verbigracia, una plantación de marihuana o amapola en plena selva.

Distinto es el caso, si la policía ya logró el secuestro de los efectos materia del mandato judicial, pero no obstante ello continúa en la búsqueda, inclusive ingresando en ámbitos privados, dicha actuación excesiva ya no es razonable y, por tanto, puede dar lugar a la ilicitud de las pruebas obtenidas en tales circunstancias.

En cuanto a las excepciones a la exclusión de la prueba derivada tenemos:

#### **a) Teoría de la fuente independiente**

Esta teoría sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Se presenta una

---

<sup>98</sup> **CASTRO TRIGOSO, Hamilton.** *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Jurista editores, Lima, 2009, p.140.

situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas, es decir, no están conectadas unas con otras.

Esta excepción funciona cuando al acto ilegal o sus consecuencias se pueden llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (confesión bajo tormentos, que indica el lugar donde se escondió el arma homicida), se puede igualmente arribar a sus consecuencias (secuestro del arma) por vías legales independientes (testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar).

Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada.

Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada.

## **b) Teoría del hallazgo inevitable**

La doctrina del “hallazgo inevitable” pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa “inevitabilidad” justifica su admisión. Tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión.

En virtud a esta teoría los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos – inevitablemente –

pudo ser obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente.

Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito. La Corte Suprema estadounidense concibió esa doctrina en el caso *Nix vs. William* (1984), que está referida a una confesión obtenida ilegalmente que a su vez reveló el paradero de la víctima del asesinato, cuando un grupo de 200 voluntarios estaba ya buscando el cuerpo según un plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver<sup>99</sup>.

### **c) Teoría del nexa causal atenuado**

La teoría del nexa causal atenuado se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente. Se exige que el hecho por el que se reputa la culpabilidad nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo, bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen y la prueba derivada, bien la intervención de un tercero, bien la confesión espontánea<sup>100</sup>.

A través de dicha doctrina se llega a la convicción de que una prueba no se habría obtenido de no haberse producido la lesión al derecho, pero se estima –para no excluirla– que debe haber una diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada. En el caso *Wong Sun vs. USA* (1963), la Corte Suprema estadounidense tuvo en cuenta

---

<sup>99</sup> **CASTRO TRIGOSO, Hamilton.** *Determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana.* Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal.

<sup>100</sup> *Ibidem.*

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 fue consecuentemente detenido fruto de la ilegalidad inicial; que, varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C llevó a cabo una confesión voluntaria ante los agente que lo interrogaron. La Corte rechazó todas las pruebas salvo la última confesión.

## **7.- La valoración judicial de la prueba ilícita**

Aunque no es el objetivo de este trabajo el desarrollo de la prueba ilícita en sede procesal penal, por ser la primera regulación existente y existir abundante jurisprudencia y doctrina en la materia, será referencia obligada durante las próximas páginas. No podemos olvidar que ha sido la punta de lanza de esta institución.

### **A) Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal penal**

No por la antigüedad, sino más bien debido a la frecuencia con que se presenta el problema en el proceso penal -a causa del curso frecuente de los actos de investigación en los límites de los derechos fundamentales-, es que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita ha sido desarrollado con más prolijidad aquí que en otros ámbitos.

Un primer argumento dado es la integridad judicial: en la persecución penal el Estado debe emplear medios lícitos, preservando la ética judicial. Al Estado y por ende, a la Administración de justicia en tanto función estatal, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, en el proceso penal el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comportaría una actitud inmoral. La justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental, desde que

el valor justicia se vería seriamente resentido si quienes deben velar por que las leyes sean cumplidas son los primeros en violarla<sup>101</sup>.

Las normas que regulan la actividad estatal de injerencia en los derechos de las personas “no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente constituyen autolimitaciones para el Estado. El Estado de Derecho se halla, por ello, obligado a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria. De allí que el incumplimiento de estas reglas conlleva un contrasentido jurídico, pero además y al mismo tiempo, representa una infracción ética.

El segundo argumento a favor de la privación de efectos a la prueba ilícita se denomina de la confiabilidad de la evidencia, y aparece asociado a un criterio de verdad material. Más que un disvalor de la conducta con la cual se obtuvo la prueba, lo que se sanciona es su falta de confiabilidad.

Un tercer argumento a favor de la inadmisión apunta a la igualdad de las partes en el litigio penal. El Estado ejerce el ius puniendi enmarcado en un régimen de límites y controles, debido a que en el proceso penal no existe una igualdad material y de recursos entre el Estado persecutor y el imputado. Esa igualdad busca ser reestablecida mediante la presunción o principio de inocencia y la proscripción de la prueba ilícita.

De este modo, la prohibición reconoce su origen en la desigualdad de armas existente en el proceso penal entre el Estado y el individuo, dado que el primero es el titular activo de la fuerza legítima e institucionalizada, que es puesta a disposición de los órganos encargados de la persecución penal, para el adecuado logro de los fines del proceso penal<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> **MIDÓN, Marcelo.** *Pruebas Ilícitas*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 40 y ss.

<sup>102</sup> **BOFILL G., Jorge.** Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. *Informes en Derecho Doctrina Procesal Penal*. Defensoría Penal Pública, 2006, p. 9.

En el mismo sentido, sin embargo, ese panorama resulta aplicable en mejor medida al proceso civil. La desigualdad en el proceso penal se manifiesta en un ámbito distinto, esto es, en el casi inconmensurable despliegue de recursos económicos y probatorios que el Estado puede hacer, en comparación con las posibilidades reales que tiene el ciudadano de a pie, cuyos recursos económicos y probatorios aparecen, en la comparación, como odiosamente franciscanos. Por ello, hablar de la igualdad como finalidad u objetivo a alcanzar con la inadmisión en el proceso penal, parece discutible, dado que su logro total es una quimera.

## **B. Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal civil**

Hemos visto precedentemente que hoy en día es plenamente exigible a los particulares el respeto a los derechos fundamentales. Con ello, se parte de la base lógica que está en condiciones de vulnerarlos, no siendo ya patrimonio exclusivo del Estado ser el sujeto activo de esa infracción, como podría suceder en sede procesal penal.

En el ámbito procesal civil nos encontramos con un conflicto en que no necesariamente el Estado será parte en él, limitándose a su rol de adjudicador, de manera que el procedimiento normalmente se desarrollará entre particulares, quienes serán los que desplegarán la actividad al interior del proceso.

Si partimos de la base que un particular puede obtener un medio de prueba valiéndose de una actividad que podemos catalogar de vulneración de derechos fundamentales, es pertinente que nos preguntemos acerca de los fundamentos de la inutilizabilidad, dado que el proceso civil no puede quedar indiferente ante esa situación. De lo contrario se pondría en entredicho la propia efectividad de la Constitución, de los tratados internacionales vigentes, y de toda otra norma que consagre derechos fundamentales, dejando prevalecer la fuerza dentro de un medio pacífico de resolución de controversias de relevancia jurídica.

Un argumento central tiene que ver en el principio de probidad o lealtad procesal, que es general en el procedimiento y aplicable a la prueba judicial, por lo que la mala fe del litigante debe traer aparejada la ineficacia del acto, la imposibilidad de que el elemento de prueba pueda conformar la opinión del juzgador. La probidad o lealtad procesal, en tanto principio general del procedimiento, se vería conculcada por la mala fe de los litigantes.

Sin duda se trata de un argumento al que nos adherimos. Pero se trata del mismo entregado para la espera procesal penal, no hay diferencias.

En tercer lugar, se señala el principio general del derecho de que los actos ilícitos no pueden aprovechar a su autor, nadie puede aprovecharse de su propio dolo, cuya matriz también lo tenemos en nuestro ordenamiento procesal civil.

En cuarto lugar, el efecto disuasorio de la ineficacia de la prueba ilícita, que conlleva y garantiza la eficacia de la norma vulnerada. Con él se pretende desincentivar a los potenciales infractores, mediante el rechazo de lo logrado con la actuación cuestionada, si ha vulnerado derechos fundamentales.

Si bien se comparte este argumento, fuera de no ser original y propio de esta rama adjetiva, no escapa al hecho de que el desincentivo resulta eficaz respecto de aquel que permanentemente desarrolla labores de investigación, léase la policía y el ministerio público. En el proceso civil, en cambio, la presencia de las partes en él resulta circunstancial, y por ende es posible que ni siquiera conozcan la norma que sanciona la ilicitud.

Taruffo advierte que a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión

en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra<sup>103</sup>.

En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.

La desigualdad, que no puede menos que reconocerse su existencia, no puede ser tolerada pasivamente cuando conlleva irregularidades en la producción de prueba, que traen aparejada necesariamente un resultado injusto o una duda creciente acerca de la legitimidad del mismo. La desigualdad que se produce entre los litigantes al intentar uno de ellos obtener provecho de un medio de prueba obtenido de manera ilegal, justifica la exclusión o no valoración de la prueba.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce constitucionalmente esta igualdad en términos de igualdad ante la ley y la tutela jurisdiccional efectiva. En su faceta de igualdad de armas, es que los litigantes del proceso civil pueden excluir la prueba ilícita. De lo contrario, quedarían en posiciones distintas, permitiendo que prime la fuerza en el debate. Adicionalmente, a si todos los litigantes del proceso civil se encuentran en igualdad de condiciones y facultades jurídicas, no hay ninguna razón para sostener que a uno de ellos no se le debe aplicar la prohibición de la prueba ilícita, pero al otro sí.

---

<sup>103</sup> **Investigación Judicial y Producción de Prueba por las Partes.** *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 210.

No hay un mejor derecho de un litigante a que su postura sea oída con preferencia a la de otro litigante. Entonces, sería igual de reprobable la prueba ilícita usada para acreditar los fundamentos fácticos de la pretensión, como la esgrimida para intentar su desconocimiento; el efecto perverso dentro del proceso civil será idéntico, sea para ponderar la prueba de uno u otro lado. Esta es la mejor demostración de que la igualdad de armas es el mejor fundamento de la inadmisión en sede procesal civil.

# CAPÍTULO III

---

## METODOLOGÍA

### 3.1. Hipótesis

***“Los criterios predominantes que deben tenerse en cuenta para admitir la validez y eficacia de la prueba ilícita en el proceso civil peruano son: la prevalencia del derecho fundamental a probar, y su contribución en la determinación de la verdad de los hechos”.***

### 3.2. Variables

#### 3.2.1. Variable Independiente:

- Criterios predominantes para admitir la validez y eficacia de la prueba ilícita en el proceso civil peruano.

#### 3.2.2. Variable Dependiente:

- La prevalencia del derecho fundamental a probar.
- Contribución en la determinación de la verdad de los hechos.

### 3.3. Tipo de estudio

#### ➤ **Por su Profundidad: Descriptiva – Explicativa**

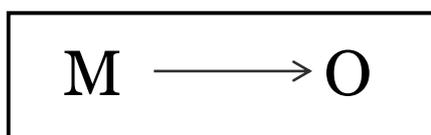
Esta investigación responde a una calificación de naturaleza **descriptiva**, por cuanto está orientada a describir los criterios predominantes para la admisión de la validez y eficacia de la prueba ilícita en el proceso civil peruano. Asimismo, este trabajo responde a una calificación **explicativa**, en la medida que nos abocamos no solo a explicar la problemática en torno a los diversos criterios que admite nuestra legislación, sino que además fundamentamos cuáles deben ser, desde nuestro punto de vista, aquellos criterios de predominantes de cara a la eficacia del proceso civil.

➤ **Por su Finalidad: Básica**

Consideramos que dada la metodología que hemos dispuesto para el desarrollo de nuestro tema, esta investigación resulta ser de naturaleza **básica**, pues nuestros objetivos persiguen identificar y fundamentar las razones por las que consideramos que determinados criterios de calificación de la prueba ilícita deben tener calidad de predominantes.

### 3.4. Diseño de estudio

Para el diseño de nuestra hipótesis emplearemos el método cuasi experimental de **una sola casilla**, cuya representación gráfica es la siguiente:



**Donde:**

**M:**

- Criterios predominantes para admitir la validez y eficacia de la prueba ilícita en el proceso civil peruano.

**O:**

- La prevalencia del derecho fundamental a probar.
- Contribución en la determinación de la verdad de los hechos.

### 3.5. Población y Muestra

#### Población:

Nuestra población o universo lo constituyen la totalidad de operadores jurídicos (magistrados y docentes universitarios) vinculados al área procesal civil de Trujillo- La Libertad, así como toda la bibliografía especializada en la materia.

#### Muestra:

Nuestra muestra estuvo conformada por **20 operadores jurídicos** (magistrados- docentes universitarios) de la ciudad de Trujillo, de acuerdo a la siguiente delimitación, así como la bibliografía especializada correspondiente a los últimos diez años de antigüedad.

#### A) Delimitación

TÉCNICAS	UNIDADES DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA
ENTREVISTA	Magistrados en materia civil	10	10
	Docentes universitarios de la especialidad: UNT- UPAO- UCV	10	10
TOTAL		20	20

#### B) Características de la muestra

- Representativa
- Confiable
- Válida

### **3.6. Métodos de investigación**

#### **A) MÉTODOS LÓGICOS**

##### **➤ Método Deductivo**

Según los autores más calificados, este método se identifica en la medida que sus premisas van de lo general a lo particular, es decir que se llega a una conclusión directa sin intermediarios. El método fundamentalmente fue aplicado a nuestra investigación con la finalidad de llegar a un conjunto de criterios uniformes sobre la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil.

##### **➤ Método Inductivo**

A contrario del método anterior, este método se caracteriza porque sus inferencias van de lo particular a lo general, o de los hechos a la teoría. Su uso resultó especialmente relevante para nuestro caso por ejemplo en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al en lo referente a los diversos tópicos de la prueba y la prueba ilícita en el ordenamiento procesal civil.

##### **➤ Método Analítico**

Como es sabido en el mundo académico, este método se apoya en que para conocer un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes, pues el término 'análisis' tiene una raíz griega que significa 'descomposición'. En nuestro tema resultó fundamental para el estudio y fundamentación de los criterios asumidos en la presente investigación respecto de la prueba ilícita, su validez, eficacia y admisión al proceso civil.

### ➤ **Método Sintético**

Este método consiste en la reunión de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, de modo que nos fue especialmente útil al momento de trabajar los componentes de la hipótesis, la formulación del problema, las conclusiones y recomendaciones.

### ➤ **Método Estadístico**

El método estadístico consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Particularmente, este método fue empleado para el procesamiento de las entrevistas que logramos con diversos operadores jurídicos, quienes respondieron las interrogantes planteadas, las mismas que fueron vaciadas en los resultados respectivos, sistematizadas en cuadros, así como en la interpretación y análisis de los mismos.

## **B) MÉTODOS JURÍDICOS**

### ➤ **Método Doctrinario**

Este método es uno de los más recurrentes en la investigación del Derecho, en tanto que es utilizado para discutir y analizar con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales. La información obtenida de diversas fuentes en diversas bibliotecas de la ciudad de Trujillo, sirvió para la elaboración nuestro marco teórico.

### ➤ **Método Exegético**

Este método propio de las ciencias jurídicas consiste básicamente en hacer una paráfrasis directa del texto jurídico, es decir, extraer el

significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas que nos permitan ampliar los fundamentos de nuestra investigación en torno a la prueba ilícita.

➤ **Método comparativo**

Este método se refiere al análisis comparativo a nivel de la normativa y doctrina de diferentes países, y en nuestro caso fue fundamental para conocer realidades de diversos ordenamientos, con la finalidad de contrastar las normas nacionales y las extranjeras.

### **3.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

Las técnicas y los instrumentos utilizados en el desarrollo de la presente investigación son:

#### **Entrevista**

Con la finalidad de obtener mayor precisión y elementos objetivos que nos ayuden a comprobar nuestra hipótesis investigación, así como las conclusiones y acciones a recomendar. La técnica de la entrevista fue aplicada a nuestra muestra seleccionada de operadores jurídicos en esta jurisdicción.

El instrumento empleado en dicha técnica fue el **diálogo**, constituido por preguntas básicas, del tipo de preguntas abiertas especialmente, y de esta manera poder conocer su tendencia de opinión sobre la materia de nuestro estudio.

### **Del Fotocopiado**

Técnica que mediante el instrumento fotocopia, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que sirvan de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procesamiento de la información relacionada a ello, con el fin de analizarlas hasta poder entenderlas y comprenderlas en su verdadera dimensión.

El instrumento empleado las **Fotocopias**.

### **Del Internet**

Técnica por la cual logramos acceder a páginas webs para complementar nuestro marco teórico, especialmente al momento de cotejarlas fuentes para el desarrollo de nuestra investigación.

El instrumento empleado: **Páginas web**.

## **3.8. Métodos de análisis de datos**

### **- Depuración de los datos obtenidos en las entrevistas y documentos**

Las entrevistas que lograremos en el presente trabajo, de parte de los magistrados y docentes de la especialidad, fueron vaciadas en los resultados respectivos, sistematizadas en cuadros y gráficos, así como en la interpretación y análisis de los mismos.

### **- Interpretación de la información**

La información obtenida de diversas fuentes será sometida al análisis para determinar las conclusiones que nos permitan fundamentar nuestra hipótesis, así como para elaborar nuestro marco teórico.

### **- Tabulación de la información**

La elaboración de cuadros se realizó con el objeto de tener un mayor entendimiento del tema; pues a través de los gráficos podremos apreciar las distintas tendencias de opinión sobre nuestra propuesta.

### **- Arribo de las conclusiones**

Después de haber leído, analizado y comprendido toda la información recopilada, se procedió a realizar las respectivas conclusiones de la investigación.

# CAPÍTULO IV

---

## PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

## **SUBCAPÍTULO I**

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN TORNO A LOS CRITERIOS PREDOMINANTES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL**

#### **1.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA DEBE CONSIDERARSE UN CRITERIO PREDOMINANTE EN FUNCIÓN AL RECONOCIMIENTO SUBJETIVO DE LAS PARTES.**

Como hemos visto puntualmente en el desarrollo de nuestro marco teórico, el derecho a probar hoy en día no se entiende solo como un derecho en el contexto adjetivo o procesal, sino que se ha consagrado como un derecho fundamental que asiste a las partes, es decir, como un derecho humano basado en la dignidad de las personas y estrechamente relacionado con el debido proceso.

Efectivamente, el derecho a la prueba, derecho de probanza, o derecho fundamental a la prueba, como también se denomina en la doctrina, se reconoce como aquel derecho que pertenece al grupo de los llamados derechos fundamentales inherentes a todo sujeto por el simple hecho de serlo, el cual le faculta poder presentar cualquier medio de prueba en el proceso o procedimiento del que forma parte, con el único fin de acreditar los hechos y poder hacer de su demanda técnica la más sólida posible, siendo este el instrumento por excelencia que permitirá introducir los hechos hacia el mundo procesal, buscando con ello crear convicción en el juez de la causa.

Valga mencionar en este punto que ya el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias hizo referencia a este derecho fundamental, el cual hace mención que toda persona tiene derecho a ofrecer todo medio de prueba que crea conveniente para acreditar los hechos que sustentan su pretensión, los mismos que estarán sujetos a calificación de parte de la

autoridad jurisdiccional; estos se ajustarán a los principios y reglas que le dan contenido, para que después de observar cada uno de los requisitos sean eventualmente admitidas. Con posterioridad, las mismas serán actuadas dentro del proceso en la cual se viene ventilando la controversia; por último, el juez estará en la obligación de valorar las pruebas que fueron ofrecidas por las partes. Además, cabe precisar que otro de los presupuestos que forman parte del derecho a la prueba es que los mismos sean asegurados, tal cual es el caso de la prueba anticipada.

La importancia de este derecho a la prueba, por tanto, radica en la posibilidad de que todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de los hechos que configuran, o configurarán, su pretensión o su defensa.

Su finalidad inmediata es producir en la mente del juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba, mientras que su finalidad mediata –y no por ello menos importante– es asegurar y lograr la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto, más allá de que sea un proceso civil o de cualquier otra índole.

La fundamentalidad del derecho a la prueba radica en que es un derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela. Se encuentra entre los derechos que deberían ser regulados mediante ley y de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio.

Por estos fundamentos, participamos de la posición de que el derecho a la prueba debe ser con toda justicia considerada como un criterio para

admitir la prueba ilícita en el proceso civil, pues en algunos casos dentro del proceso suele existir una confrontación de derechos fundamentales, por ejemplo qué derecho tiene mayor relevancia, el derecho a la prueba, el derecho a la inviolabilidad de domicilio o el derecho a la intimidad, razón por la cual la prevalencia del derecho a la prueba ofrecería mejores instrumentos para la resolución de las causas, pues un conflicto de esta naturaleza amerita más que una simple interpretación de la norma, siendo necesario usar la ponderación de derechos teniendo en cuenta el caso concreto, la circunstancia de los hechos y la relevancia social de los derechos discutidos.

Dicha ponderación de derechos fundamentales, además, será posible dado que ningún derecho es absoluto, más aun teniendo en consideración que la ilicitud de la prueba se trata de un principio más no de una regla, el cual nos deja campo abierto para poder ponderar derechos, todo ello con el único fin de buscar el derecho con mayor relevancia jurídica y social para la solución del caso concreto.

## **2.- LA CONTRIBUCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD DE LOS HECHOS DEBE CONSIDERARSE UN CRITERIO PREDOMINANTE EN FUNCIÓN A LOS INTERESES TELEOLÓGICOS DEL PROCESO.**

Se trata de uno de los elementos medulares de nuestra investigación, dado que la arquitectura del proceso, sea este de naturaleza civil, penal o de cualquier otra índole, orienta sus fines a la consecución de la verdad de los hechos, más allá de cualquier formulismo o exigencia legal.

La verdad es un asunto complejo para el proceso, pero debe procurarse su obtención dado que los artificios legales muchas veces tienden a entrapar o desviar la atención de la causa a intereses menores o subalternos.

Como hemos afirmado anteriormente, en atención a la averiguación de los hechos, el proceso puede también ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad. Naturalmente, y así lo reconocen diversos procesalistas, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento judicial o del modo en que se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos.

Lo deseable en el proceso es la búsqueda de la verdad jurídica objetiva lo cual significa, en primer lugar, que el proceso, y el procedimiento, deben estar encaminados a encontrar la verdad del caso concreto, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la , pero como los hechos, en cuanto tienen trascendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva exige, además, que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica de lo jurídico.

Por último, significa que la verdad así obtenida debe ser objetiva, es decir, que no se base en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos verificables, que se ajuste al contenido o naturaleza real de los mismos, y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador, sino una derivación del derecho vigente, así como de las circunstancias comprobadas de la causa. Apréciase que no estamos diciendo que siempre se tiene que llegar a la verdad histórica o real, pues quizá ella nunca llegue a alcanzarse –recordemos que el ser humano es falible por naturaleza–, sino que jamás se debe renunciar a alcanzarla.

Resulta necesario también hacer mención que el objeto de la prueba son los hechos y su acreditación, entonces partiendo de esta premisa resulta evidente que lo que las partes buscan dentro del proceso es hacer prevalecer sus pretensiones, y el instrumento por antonomasia para

acreditar las mismas es la prueba, pues estas ayudarán a introducir los hechos del mundo material hacia el proceso.

Tomando en cuenta estas consideraciones, llegamos a la conclusión que la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil contribuiría en la determinación de la verdad de los hechos, pues si nos encontramos ante un dilema de que una de las partes procesales solo cuenta con un medio probatorio para acreditar sus hechos, el mismo que se trata de una prueba obtenida ilícitamente, resultaría atentatorio al derecho de defensa que este medio de prueba se deje sin efecto y pase a ser excluida, ante el cual creemos que toda prueba relevante tiene que ser inevitablemente admitida y en consecuencia poner fin a la incertidumbre jurídica.

Finalmente, atendiendo a un concepto moderno sobre la finalidad de la prueba, esta sería la del descubrimiento de la verdad de los hechos dejando de lado así las antiguas concepciones que hacen referencia a que la finalidad de la prueba es la fijación de los hechos tal cual lo conceptualiza Carnelutti y el lograr la convicción del juez tal cual lo postula Echeandía.

### **3.- LA LABOR DEL JUEZ EN LA RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EXIGE UN EJERCICIO PROACTIVO Y NO SOLO UNA MERA APLICACIÓN DE LA LEY.**

Partiremos señalando que nuestro proceso civil es de carácter publicístico, en el cual nos encontramos ante un juez director del proceso, el cual tiene como función el hacer efectiva la finalidad del proceso dirigiendo y encaminando cada etapa procesal desde la calificación de la demanda y terminando en la resolución que ponga fin al conflicto de intereses suscitado entre las partes intervinientes; así lo ha estipulado nuestro ordenamiento procesal civil y así se ha consagrado en la praxis jurídica.

A nuestro juicio, el juez como persona encargada de administrar justicia, debería ser más que un simple aplicador de la norma e ir más allá, tomando criterios propios para hacer efectiva la verdadera finalidad del proceso, el cual es lograr la paz social en justicia, como sostienen algunos juristas; esto podría contribuir en la misma al admitir la prueba ilícita en el proceso civil peruano, teniendo algo más que los propios principios y reglas que le dan contenido, tomando concepciones nuevas y modernas como el de la prevalencia del derecho fundamental a probar o la contribución en la determinación de la verdad de los hechos.

No olvidemos, además, que hoy en día, la tendencia actual, en todas las legislaciones, es en el sentido de la libertad dejada al juez para la apreciación del valor o fuerza de la prueba; para algunos la libertad debe ser absoluta. Empero, en esto, como en todas las cosas, lo prudente y sabio es, sin duda, colocarse en un término medio razonable. Entre sofocar la conciencia del juez bajo una multitud de reglas, muchas de ellas de dudoso resultado, y dejarlo en absoluto librado a su propia inspiración y criterio, hay, evidentemente, un término medio racional: el que consiste en preceptuar ciertos principios, universalmente aceptados por su carácter de fijeza y por la posibilidad de su demostración científica, dejando, sin embargo, en definitiva al magistrado el derecho para formarse su propia convicción.

Comoquiera que sea, ya se adopte una u otra opinión, resulta de lo expuesto la incontestable importancia que tiene el estudio de la prueba a fin de ilustrar la conciencia del juez, en forma que sobre puntos tan delicados como estos su espíritu no pueda ser presa de vacilaciones ni dudas y que sus fallos revistan una exactitud rigurosa, razón la cual enunciamos este fundamento en el presente trabajo de investigación.

#### **4.- EL PROCESO CIVIL DEBE RENOVARSE Y ARMONIZAR SUS NORMAS A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL, EN LA BÚSQUEDA DE LA PAZ SOCIAL EN JUSTICIA.**

El proceso es aquél instrumento por el cual todo sujeto puede introducir sus pretensiones por intermedio de su derecho de acción con la finalidad de que a través del mismo se pueda dar solución a sus conflictos de intereses; es por ello que se suele decir que el proceso es el medio más no el fin para la solución de los conflictos, todo ello con sus reglas más o menos rígidas que le dan contenido, es de allí que prohibición de usar pruebas ilícitas en el proceso civil patrio.

Son dichas reglas rígidas las cuales nos parecen que no se ajustan a la realidad social, dado que nuestro ordenamiento procesal civil data del año 1993, año desde el cual nuestra realidad social ha dado múltiples cambios.

Por estas razones consideramos que el Estado, como único agente capaz de aplicar el derecho por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, está en la necesidad y obligación de adecuar sus normas a la realidad social y no que la sociedad se adecue a la norma, para poder así hacer más efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

## SUBCAPÍTULO II

### RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

#### PREGUNTA N° 01:

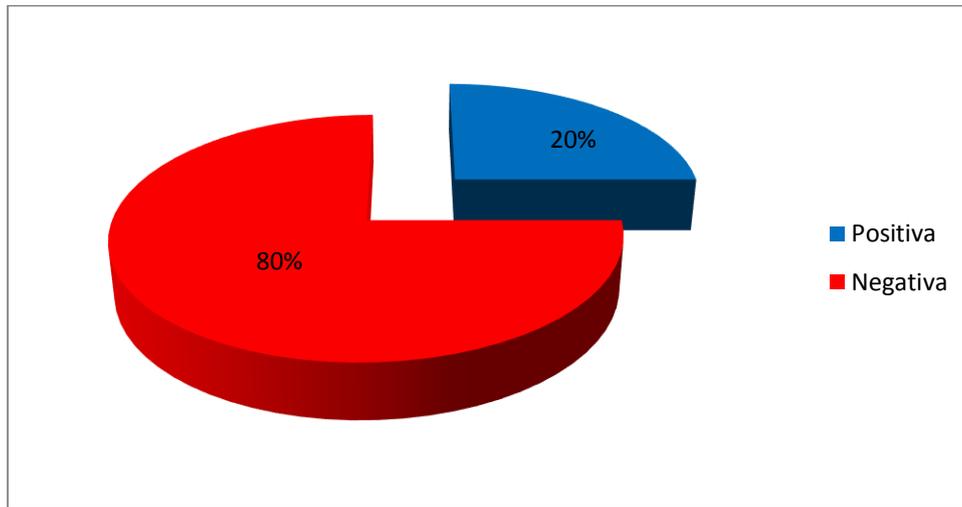
¿EN TÉRMINOS GENERALES, QUÉ EVALUACIÓN TIENE USTED SOBRE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PRUEBA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL?

#### CUADRO Nro. 01

<b>EVALUACIÓN SOBRE LA NORMATIVIDAD DE LA PRUEBA</b>					
<b>RPTA.</b>	<b>SUMATORIA</b>	<b>%</b>	<b>RAZONES</b>	<b>SUMATORIA</b>	<b>%</b>
<b>POSITIVA</b>	04	20%	Porque nuestro ordenamiento regula indistintamente las pruebas típicas y atípicas	01	20%
			Detalla los indicios y presunciones relativas y absolutas, las cuales sirven de apoyo en la convicción del juez	01	20%
<b>NEGATIVA</b>	16	80%	Porque no reconoce plenamente la consagración del derecho a la prueba	08	40%
			No se encuentra a tono con las nuevas tendencias en materia probatoria	08	40%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>	-----	-----	-----

## GRÁFICO N° 01

### **EVALUACIÓN SOBRE LA NORMATIVIDAD DE LA PRUEBA**



### ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La formulación de esta primera interrogante nos pareció un buen punto de partida para el desarrollo de este capítulo referido a las entrevistas, en la medida que nos proporciona un primer acercamiento a la posición jurídica de nuestros entrevistados en torno a su evaluación general sobre la normatividad de la prueba en nuestro ordenamiento procesal civil, arrojando un claro 80% de calificación negativa versus un restante 20% que opinó lo contrario.

La muestra nos indica claramente una insatisfacción general respecto de la actual regulación de la prueba en nuestro ordenamiento procesal civil por una serie de razones fácticas y jurídicas en cuestiones de forma y fondo. Entre las respuestas más ilustrativas podemos citar que “la actual regulación procesal no reconoce expresamente la consagración del derecho a la prueba, lo cual supondría un auxilio importante al trabajo del juez en la solución del conflicto”.

Asimismo, se afirmó que la normatividad de la prueba, en la medida que ya tiene varios años de vigencia “no se condice con las modernas regulaciones en esta materia, presentando no pocos vacíos o deficiencias que deben ser mejorados por el legislador”.

En este sentido, buena parte de nuestros entrevistados confirmó que se hace necesario una revisión de la legislación probatoria que incluya la consagración del derecho fundamental a la prueba, a la vez que se modernizan los diversos supuestos referidos a la actividad probatoria, de cara a una mayor eficacia del proceso.

A su vez, por el contrario, quienes tuvieron una evaluación positiva de la regulación de la prueba en nuestro ordenamiento adjetivo civil señalaron que “la regulación de las pruebas típicas y atípicas son un punto a favor de la actual regulación”, y que “la mecánica de indicios y presunciones contribuyen en lograr la convicción del juez”, por lo que la normatividad actual en materia de prueba ofrece a los operadores jurídicos las herramientas suficientes para demostrar sus posiciones.

De modo que estas respuestas brindadas por magistrados y especialistas en materia procesal civil, nos reflejan sin mayores dudas que se hace necesario una revisión de la actual legislación respecto de la prueba y su mejoramiento tanto en su aplicación como en sus principales concepciones.

**PREGUNTA Nº 02:**

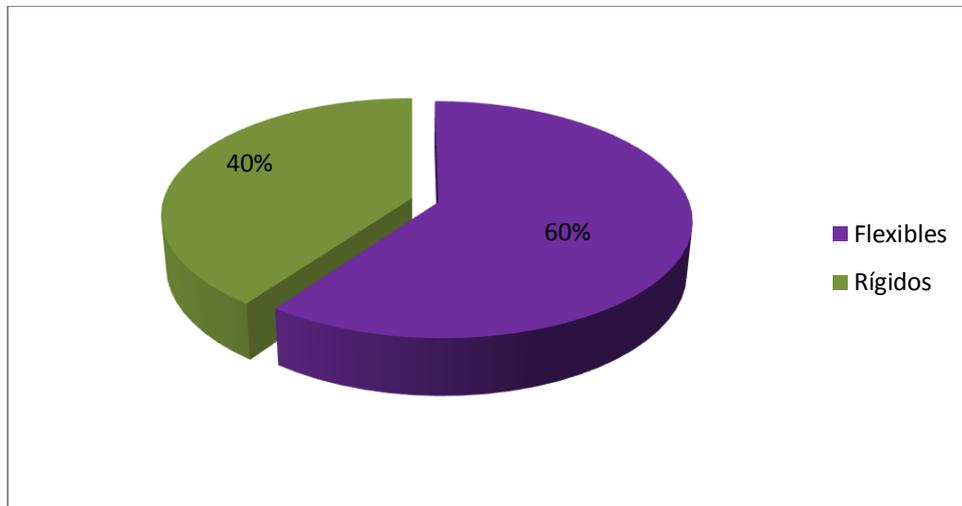
**¿CONSIDERA USTED QUE LOS CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL DEBERÍAN SER RÍGIDOS O FLEXIBLES?**

**CUADRO Nro. 02**

<b>CRITERIOS GENERALES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA</b>					
<b>RPTA.</b>	<b>SUMAT ORIA</b>	<b>%</b>	<b>RAZONES</b>	<b>SUMAT ORIA</b>	<b>%</b>
<b>RÍGIDOS</b>	08	40%	Porque el proceso debe garantizar limitadamente la ocasión y pertinencia de la probanza	04	20%
			Porque se corre el riesgo de afectar derecho conexos de las partes	04	20%
<b>FLEXIBLES</b>	12	60%	Porque el juez debería tener mayor apertura en la admisión probatoria	06	30%
			Porque debe concederse a las partes mayores instrumentos para demostrar sus aseveraciones	06	30%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>	-----	-----	-----

## GRÁFICO N° 02

### **CRITERIOS GENERALES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA**



### ANÁLISIS Y COMENTARIO:

Esta segunda interrogante apunta a determinar si nuestros entrevistados consideran que los criterios para la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil deben ser rígidos o flexibles, en la medida que nos permitirá conocer el enfoque de nuestra muestra relacionado con el propósito que perseguimos en la presente investigación.

Para nuestra satisfacción, el 60% de nuestra muestra manifestó estar a favor de los criterios flexibles, lo cual constituye 12 entrevistados; mientras que el restante 40%, es decir 08 personas entrevistadas, señaló estar a favor de posiciones duras o rígidas.

Entre los que opinaron estar a favor de las posiciones flexibles encontramos que “el juzgador debe contar con una mayor apertura en la admisión probatoria, pues no debe ser prisionero de las fórmulas legales en la solución

de la controversia, en atención a la amplitud y confianza que debe guardarse con la figura del juzgador”.

Asimismo, se nos refirió que “las concepciones flexibles en materia probatoria, ofrecerían a las partes mejores instrumentos para asentar y demostrar sus aseveraciones”, contribuyendo al verdadero logro del proceso: la búsqueda de la verdad más allá de meros formalismos.

También vale mencionar que sobre este punto se nos indicó que “se debe realizar un juicio de ponderación, el mismo de debe ser dirigido a evaluar cuál es el derecho que debe prevalecer”, y que “el juez es un llamado a recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para resolver la controversia, para lo cual es menester un sistema flexible de valoraciones”.

Finalmente, entre quienes postularon una regulación rígida de la prueba ilícita podemos indicar que “la regulación estricta de la prueba evitaría un manejo malicioso de las pruebas en el proceso”, y que además “de esta forma se evitaría conculcar o disminuir derechos ganados por las partes”, y que en todo caso “la ley como fuente del Derecho debe asignar anticipadamente los presupuestos y roles en el proceso, con el fin de edificar una justicia previsible y justa en base a determinadas reglas de juego”.

**PREGUNTA N° 03:**

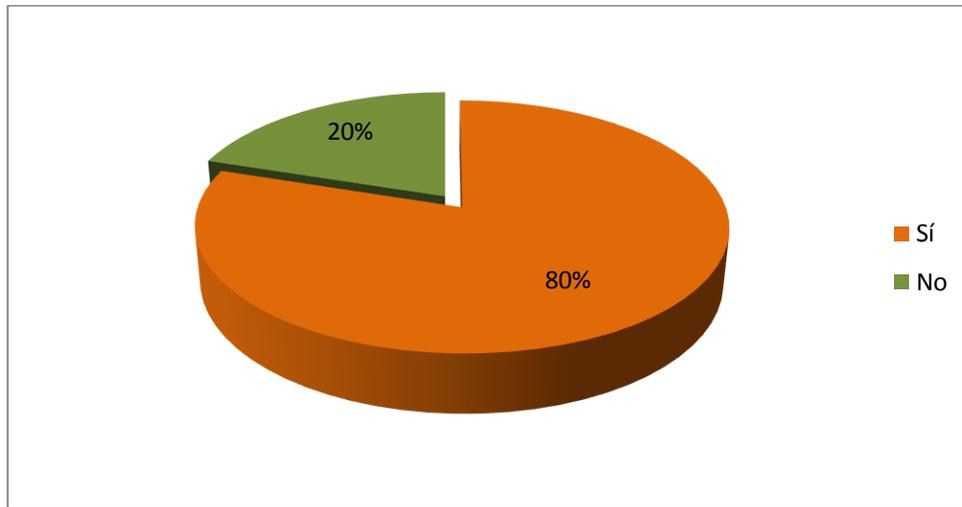
**¿CONSIDERA USTED QUE UNO DE LOS CRITERIOS PREDOMINANTES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO DEBE SER LA PREVALENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A PROBAR?**

**CUADRO Nro. 03**

<b>POSICIÓN EN TORNO A LA PREVALENCIA DEL DERECHO A PROBAR</b>					
<b>RPTA.</b>	<b>SUMAT ORIA</b>	<b>%</b>	<b>RAZONES</b>	<b>SUMAT ORIA</b>	<b>%</b>
<b>SÍ</b>	16	80%	Porque se trata de un derecho fundamental subjetivo y como tal no puede ser desconocido	08	40%
			Porque de esta forma se contribuye a la búsqueda de la verdad y a la eficacia del proceso	08	40%
<b>NO</b>	04	20%	Porque no todos los ordenamientos lo han reconocido como derecho fundamental	02	10%
			Porque se corre el riesgo de la vulneración de otros derechos	02	10%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>	-----	-----	-----

### GRÁFICO N° 03

#### **POSICIÓN EN TORNO A LA PREVALENCIA DEL DERECHO A PROBAR**



#### **ANÁLISIS Y COMENTARIO:**

En verdad no esperábamos una respuesta menos contundente en este apartado, en atención a la especialidad de nuestros especialistas entrevistados. Es así que el 80% de ellos, equivalente a 16 personas de nuestra muestra, manifestó estar a favor de que uno de los criterios predominantes para la admisión de la prueba ilícita sea la prevalencia del derecho fundamental a probar; por el contrario, un restante 20% se decantó en contra de esta postura.

Entre los que respondieron afirmativamente podemos señalar que “de esta forma se consagraría el derecho a probar como un derecho fundamental, tal como ya ocurre en numerosas legislaciones, con el fin de proteger la posición de las partes y la viabilidad del proceso”; asimismo se nos manifestó que “la categoría de derecho fundamental le ofrecería al juez una herramienta valiosa para la consecución de la búsqueda de la verdad y la eficacia en el proceso civil”.

Otra respuesta valiosa sobre este punto refirió que “el mecanismo procesal se edifica sobre el respeto de los derecho de las partes y la búsqueda de la verdad, y no puede ser menoscabado por cualquier elemento que prive o deslegitime a las mismas de su derecho a la probanza”, lo cual nos da una idea de que la consagración del derecho a la prueba como derecho fundamental es un acierto en mérito al respeto de las partes y los intereses que persigue el proceso”.

Por el contrario, entre quienes señalaron su posición en contra de la prevalencia del derecho a probar, tenemos que “se trata de un derecho aún por discutirse, y que no ha sido consagrado positivamente en el ordenamiento procesal, y que en todo caso debería operar una reforma sustantiva”.

En este mismo sentido, también entre los que opinaron en contra, se nos indicó que “se corre el riesgo de que se vulnere derechos correlativos o similares que no ha sido objeto del proceso, por lo que habría que tener mucho cuidado a la hora de discutirlos”, lo cual a nuestro juicio no compartimos dado que la primeridad de los derechos empiezan por los derechos fundamentales.

**PREGUNTA N° 04:**

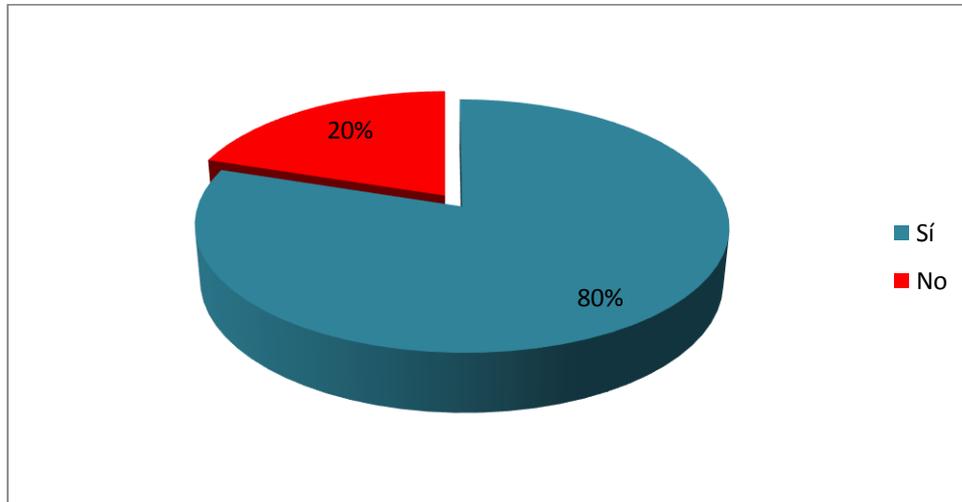
**¿CONSIDERA USTED QUE UNO DE LOS CRITERIOS PREDOMINANTES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO DEBE SER LA CONTRIBUCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD DE LOS HECHOS?**

**CUADRO Nro. 04**

<b>POSICIÓN EN TORNO A LA CONTRIBUCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD DE LOS HECHOS</b>					
<b>RPTA.</b>	<b>SUMATORIA</b>	<b>%</b>	<b>RAZONES</b>	<b>SUMATORIA</b>	<b>%</b>
<b>SÍ</b>	16	80%	Porque se evita en lo posible que hechos falsos sean tomados como ciertos	08	40%
			Se contribuye notablemente en la eficacia del proceso y la paz social en justicia	08	40%
<b>NO</b>	04	20%	Porque el ordenamiento del proceso civil se orienta a la consecución de la verdad formal o judicial	02	10%
			Porque además es imposible llegar a la verdad real de los hechos	02	10%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>	-----	-----	-----

#### GRÁFICO N° 04

### **POSICIÓN EN TORNO A LA CONTRIBUCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD DE LOS HECHOS**



#### ANÁLISIS Y COMENTARIO:

Esta nueva pregunta y sus resultados confirman la posición de nuestra Tesis, en la medida que un sobrado porcentaje de entrevistados aprueba que uno de los criterios predominantes para la admisión de la prueba ilícita debe ser la contribución en la determinación de la verdad de los hechos, es decir un 80%, mientras que el restante 20% de nuestros entrevistados señaló lo contrario.

Entre las principales respuestas que podemos rescatar contamos que “lo que en verdad se busca en el proceso es dilucidar la verdad de los hechos al margen de la prueba objetiva que se aporte en el desarrollo del mismo, pero hay que cuidar que en ese interín no se afecten derechos fundamentales”.

En similar sentido, se nos afirmó que “se trata de un nuevo elemento que descansa en los hombros de la figura del juez, pero que resulta fundamental a la hora de esclarecer los hechos reales de los que puedan exhibirse en los

instrumentos procesales”, lo cual significa que nuestros especialistas ponderan especialmente la determinación de la verdad de los hechos por sobre otra fórmula legal que empañe la búsqueda de la verdad y la solución definitiva de la controversia.

También se nos refirió en las entrevistas que “esta valoración evita en lo posible que hechos falsos sean tomados como ciertos, contaminando el normal discurrir del proceso en la búsqueda de la verdad y la eficacia de la paz social en justicia”.

Por el contrario, entre quienes mantuvieron una posición adversa frente a esta interrogante, podemos citar que “si bien es cierto el Art. 188 del CPC tiene por finalidad la acreditación de los hechos expuestos por las partes, ello debe ser dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales”; también se nos indicó en este sentido que “siendo imposible el logro de una verdad absoluta, el proceso civil debe ser orientado a la búsqueda de la verdad judicial o formal, por lo que los operadores jurídico deben limitarse a lo que disponga la ley, por más limitada que esta fuere”, posición que respetamos pero no compartimos, tal como lo venimos señalando en el capítulo precedente de los resultados.

**PREGUNTA N° 05:**

**FINALMENTE, QUÉ OTRAS RECOMENDACIONES SUGERIRÍA USTED PARA UN ADECUADO TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL.**

**ANÁLISIS Y COMENTARIO:**

Dejamos esta última pregunta abierta con el fin de ofrecer a nuestros especialistas entrevistados una tribuna libre que les permita plantear sus sugerencias o mejoras al tema que estamos desarrollando, muchas de las cuales compartimos a plenitud. A continuación consignamos las recomendaciones más importantes.

Se estimó que debe precisarse el respeto a la oportunidad de la prueba ilícita para no caer en un desorden procesal, de igual forma se recomienda que debe resolverse su legalidad antes de la actuación de la Audiencia de pruebas.

En igual sentido se afirmó que se deben dar nuevas pautas a fin de admitir la prueba ilícita y evitar la colisión con otros derechos fundamentales.

Igualmente, nos reportaron que la regulación debe ser minuciosa, incluyendo la descripción correspondiente a fin de que el juzgador lo sopesa para contar con herramientas suficientes para resolver.

### **SUBCAPÍTULO III**

#### **RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

En este último capítulo de los resultados de nuestra investigación, repasaremos el tratamiento que dispensa la normatividad internacional en lo que a la admisión de la prueba ilícita se refiere, encontrando diversas posiciones y criterios, la mayoría de ellas orientadas a su admisibilidad bajo determinados presupuestos procesales. Veamos.

##### **1.- En los EE. UU.**

Se reconoce que es en los Estados Unidos de Norteamérica donde surgió, primero, la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita y, posteriormente, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La paternidad de la doctrina sobre la materia debe ser asignada, pues, a la jurisprudencia del gran país del norte.

Desde su aparición en *Boyd vs. US* (1886), sin embargo, ha corrido mucha agua bajo el puente. La evolución jurisprudencial ha transcurrido por una etapa inicial en la que la regla de exclusión se aplicaba de manera absoluta, pasando por la elaboración de la doctrina de los frutos del árbol envenenado por la cual los efectos de la ilicitud se hicieron extensivos a la prueba refleja o derivada, hasta su mediatización paulatina a través de la introducción de una serie de excepciones que permiten valorar la prueba ilícitamente obtenida.

En el derecho estadounidense, como en cualquier otro ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es de gran importancia, al punto que rigen las llamadas Federal Rules of Evidence, FRE (Reglas Federales de Evidencia) que son de alcance general. Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en la resolución de los casos sometidos a su consideración, elaboración a la que, precisamente, se

debe la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita directa y derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

Puede afirmarse por tanto que la primera etapa de aplicación absoluta de la regla de exclusión comprende como hitos reconocibles lo resuelto en los casos *Boyd vs. US* (1886), pasando por *Weeks vs. US* (1914), hasta los años sesenta del siglo XX en que *Mapp vs. Ohio* (1961) terminó ratificando lo decidido en *Rochin vs. California* (1952) en el sentido que la regla de exclusión debía aplicarse generalizadamente en todos los Estados, sobre la base de la decimocuarta enmienda.

De allí en adelante se ha producido lo que algunos autores denominan el desmantelamiento de la regla de exclusión. En *US vs. Ceccolini* (1978) la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que el testigo había sido obtenido a través de un registro ilícito, bajo el argumento de la voluntariedad de la cooperación del testigo.

En *US vs. Payner* (1980) se hizo valer prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado. En *US vs. León* (1984) se introdujo la excepción de la buena fe (*good faith exception*) para otorgar validez a prueba obtenida durante un registro con autorización inválida pero aparentemente correcta, es decir, cuando los agentes policiales actuaron en la creencia que la autorización era válida (de buena fe).

Según nuestras investigaciones, desde los atentados del 11- S se ha producido una mayor flexibilización en materia probatoria, so pretexto de la lucha contra el terrorismo internacional, lo que algunos han llamado el repliegue hacia la *freedom of proof* (libertad de prueba), “que está muy vinculado al reconocimiento el *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación, pero que está en abierta

contradicción con un modelo de proceso respetuoso de los derechos fundamentales.

## **2.- En España.**

El artículo 11.1 de la LOPJ española señala: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Esta es la regla de exclusión de prueba ilícita positivizada en el país ibérico. Sin embargo, la elaboración fue primeramente jurisprudencial, a través de la sentencia STC 114/1984 de 29 de noviembre, dictada por el Tribunal Constitucional español en un recurso de amparo interpuesto en un caso de origen laboral. La acción había sido presentada por un redactor de un periódico de Alicante que fue despedido, en vista que en el proceso laboral que se siguiera a su instancia se consideró como prueba de la causal de despido una grabación fonográfica de una conversación por él mantenida con un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación había sido efectuada por su interlocutor, sin conocimiento del accionante.

Éste alegó que se había vulnerado su derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. El Tribunal Constitucional ibérico denegó el amparo solicitado pero estableció las líneas iniciales básicas de la doctrina sobre la prueba ilícita en dicho país. En la sentencia el Tribunal Constitucional español estableció por primera vez que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su inviolabilidad, aun cuando también señaló la inexistencia de un derecho fundamental autónomo a la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida.

Es interesante anotar que meses antes, el mismo Tribunal, en la sentencia 289/1984 de 16 de mayo, había denegado por completo la aplicación de la teoría de la prueba ilícita argumentando que no existía regulación alguna al respecto en la Constitución ni en la legislación ordinaria y que en ese momento se trataba únicamente de una aspiración de lege ferenda, por lo que se estableció como criterio que nada impedía a los jueces admitir y valorar pruebas cualesquiera que fuese su origen.

De allí que el caso español sea también una muestra de evolución paulatina a partir de la propia realidad y no como consecuencia absoluta de una importación irreflexiva.

Después de la inicial STC 114/1984, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha ido recogiendo las mismas excepciones de la jurisprudencia estadounidense en materia de pruebas derivadas. Así, la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado no han estado ausentes de las sentencias tanto del Alto Tribunal en materia constitucional como de las del Tribunal Supremo.

Pero es a partir de la STC 81/98 de 2 de abril que se produce un cambio fundamental en la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre las pruebas ilícitas. En ella el Alto Tribunal elabora el concepto de conexión de antijuridicidad para permitir la admisión y valoración de prueba derivada de otra de origen ilícito.

En el Fundamento Nro. 4, la sentencia dice:

“En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible...” conexión de

antijuridicidad entre el resultado de la violación y la prueba obtenida quedaría roto si es que a partir de una perspectiva interna y una perspectiva externa resultara que la prueba refleja es jurídicamente ajena a la vulneración del derecho (perspectiva interna) y, adicionalmente, que la tutela del derecho no viene exigida por necesidades esenciales relacionadas con su realidad y efectividad (perspectiva externa).

En realidad lo que el Tribunal Constitucional español ha hecho es establecer que, a pesar del origen de ciertas pruebas en la lesión de un derecho fundamental (causalidad natural), excepcionalmente pueden ser valoradas en el proceso debido a una presunta independencia o desconexión jurídica.

En virtud a este fallo se ha restringido la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida y se ha debilitado el efecto reflejo, coincidiendo doctrina autorizada en la artificiosidad de la diferenciación entre independencia natural e independencia jurídica.

### **3.- En Alemania.**

Alemania tiene una tradición bastante antigua en lo que se refiere a la prueba ilícita pues ya en 1903 Ernst Beling había escrito su *Die Beweisverbote* en el que consideraba que los supuestos de “prohibiciones probatorias” son límites al principio de averiguación de la verdad.

En la doctrina alemana se distingue entre prohibiciones de producción de la prueba y prohibiciones de valoración. Las primeras, a su vez, se subdividen en prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de medios probatorios, prohibiciones de métodos probatorios y prohibiciones probatorias relativas.

Las segundas pueden ser prohibiciones de valoración probatoria dependientes y prohibiciones de valoración independientes. Las

dependientes prohíben la valoración de prueba obtenida mediante infracción de reglas referidas a los presupuestos y al modo en que ella debe ser adquirida. Las independientes, en cambio, suponen la adquisición regular de prueba a través de injerencias estatales en la esfera de derechos fundamentales de una persona pero que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración vulneraría otros derechos también protegidos constitucionalmente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal no ha sido menos importante en el desarrollo de la cuestión, sobre todo al establecer que “no es un principio de la Ordenanza Procesal que la verdad debe ser averiguada a cualquier precio”. Asimismo, dicho Tribunal ha elaborado la “teoría del ámbito de derechos” o también llamada “teoría del entorno jurídico” que a pesar de ser duramente criticada también tiene sus adeptos.

Mención aparte merece el principio de proporcionalidad que también es de origen alemán, bajo cuya cobertura nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto innumerables casos, aun cuando no referidos a la problemática de la prueba ilícita.

#### **4.- En Chile.**

En el país del sur no hace mucho que se ha terminado de poner en vigencia en todo su territorio el nuevo Código Procesal que introduce el proceso acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del Código de Procedimiento de 1907.

En general se aprecia que el nuevo ordenamiento no desarrolla de una manera explícita y sistemática la cuestión de la prueba ilícita; sin embargo, el tercer párrafo del artículo 276 reza: “Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

Como ha sido expresado en la doctrina chilena, la carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el cuerpo procesal no significa que la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas iusfundamentales dentro del ordenamiento constitucional.

En tal sentido, el cuarto párrafo del artículo 1° de la Constitución Política establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

## CONCLUSIONES

1.- En esta investigación se ha logrado concluir y fundamentar que tanto la prevalencia del derecho fundamental a probar como la contribución en la determinación de la verdad de los hechos deben constituir plenamente criterios predominantes a tener en cuenta para la admisión de la validez de la prueba ilícita en el proceso civil peruano, en orden a los intereses que representan las partes en controversia y a la eficacia misma del proceso.

2.- La regulación de la prueba ilícita a nivel de nuestro ordenamiento procesal civil es sucinta, en la medida que no desarrolla una regulación a la altura de la importancia en esta materia más allá del tenor del Art. 199, referido a la ineficacia de la prueba, cosa que sí determina expresamente el texto constitucional, la doctrina de la especialidad y la propia jurisprudencia.

3.- La admisión de la prueba ilícita en sede civil gira en torno a un conjunto de teorías calificadas que intentan proponer la mejor solución para la resolución de la controversia sin afectar mayormente los derechos fundamentales, siendo que debe prevalecer el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no debe quitarle a la prueba el valor que representa como elemento útil para formar el convencimiento del juez.

4.- El derecho fundamental a la prueba se concibe como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico que implica una posición iusfundamental de las partes frente al juez, cuya importancia radica en la posibilidad de que todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado 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 en el marco del proceso civil en virtud de la eficacia del proceso y la consecución de la verdad de los hechos.

**5.-** Se constata que a nivel de la legislación comparada los diversos ordenamientos que regulan la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil se encuentran en franco proceso de evolución, registrándose progresivamente un marco regulatorio con cierta flexibilidad, en atención a la consecución de la verdad jurídica objetiva y el respeto de los derechos de las partes involucradas.

**6.-** Las entrevistas realizadas en esta investigación arrojan resultados que confirman la posición de nuestra hipótesis, en el sentido de considerar la prevalencia del derecho fundamental a probar y la contribución en la determinación de la verdad de los hechos criterios predominantes en el desarrollo del proceso civil; así lo manifestó el 80% de la muestra seleccionada.

## RECOMENDACIONES

1.- Se recomienda la revisión de los presupuestos normativos en torno a la prueba ilícita en atención no solo al reconocimiento del proceso como un mecanismo para hallar la verdad dispuesta por las fórmulas legales, sino teniendo presente que muchas veces el desarrollo del proceso se enfoca desde un prisma de la relatividad, siendo necesario la prevalencia de determinados criterios que orienten al juzgador en su camino a la verdad de los hechos.

2.- Se recomienda la celebración de eventos o conferencias en torno a la prueba ilícita que involucre no solo el área penal, sino también el área civil, donde viene desarrollándose una serie de casos que involucran afectación de derechos de primer orden, y donde las diversas teorías de solución no se encuentran suficientemente difundidas.

3.- Finalmente, se recomienda que este modesto estudio sirva como motivación para nuevas investigaciones en torno a otros criterios de similar importancia, en aras de ofrecer no solo a la parte académica sino a los operadores jurisdiccionales las mejores herramientas para la solución de las controversias.

## BIBLIOGRAFÍA

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- **BARDALES TOMARSO, Cecilia.** *Reflexiones procesales a media noche.* Edit. Gallerza, Caracas, 2008.
- **BAYONA FLORES, M.** *¿Es siempre inválida la prueba ilícita en un proceso penal?* Instituto Fons Iuris de la Universidad de Piura. Taller de ciencias penales, 2013.
- **BOFILL G., Jorge.** Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. *Informes en Derecho Doctrina Procesal Penal.* Defensoría Penal Pública, 2006.
- **BURGA CORONEL, Angélica María.** *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Gaceta Constitucional, tomo 47, Lima, 2011.
- **BUSTAMENTE ALARCÓN, Reynaldo.** El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara editores, 2001, Lima.
- **CAFFERATA NORES, José I.** *La prueba en el proceso penal.* Edic. Depalma, Buenos Aires, 2001.
- **CARNELUTTI, Francesco.** *La prueba civil.* Edic. Arayú, Buenos Aires, 1980.
- **CASTRO TRIGOSO, Hamilton.** *Determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana.* Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal.
- **CAROCCA PÉREZ, Alex.** *Manual De Derecho Procesal.* Edit. LexisNexis, Santiago, 2005.
- **COUTURE, Eduardo.** *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Edit. B de F. Montevideo- Uruguay. 2010.
- **DELLEPIANE, Antonio.** *Nueva teoría de la prueba.* Edit. Temis, Bogotá, 2011.
- **ECHEANDÍA, Davis.** *Compendio de pruebas judiciales.* Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.

- **ECHEANDÍA, H.** *Teoría general de las pruebas*. Tomo I. 5ª edición. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires.
- **FERRER BELTRÁN, Jordi.** *La prueba y verdad en el Derecho*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- **GALINA TORRES, Diana.** Aspectos sustantivos y procesales del debido proceso. En: Revista Derecho y Sociedad Peruana. Nro. 03. Universidad San Pedro. Facultad de Derecho. 2004.
- **GALDÓS RIOFRÍO, A.** *La prueba y sus valores fundamentales desde el área privatista del Derecho*. Edit. Fajardo In, Caracas, 2007.
- **GÁLVEZ MUÑOZ, Luis.** La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- **GARCÍA VALENCIA, Jesús I.** *Las pruebas en el proceso penal*. Parte general. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Buenos Aires, 1996.
- **GIMENO SENDRA, Vicente.** *Lecciones de derecho procesal*. Editorial Colex, Madrid, 2001.
- **GUZMÁN, Nicolás.** *La verdad en el proceso penal*. Edic. del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- **HURTADO REYES, Martín.** *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edit. Idemsa, Lima, 2009.
- **JAUCHEN, E.** *Tratado de la prueba en general*. Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- **MAIER, Julio.** *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- **MAIRAL, Héctor A.** *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Edic. De Palma, Buenos Aires, 1994.
- **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- **MIDÓN, Marcelo.** *Pruebas Ilícitas*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
- **MONROY GÁLVEZ, Juan.** Introducción al proceso civil, Temis- De Belaunde & Monroy, Bogotá, 1996.
- **MONTERO AROCA, Juan.** *La prueba*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- **MONTÓN REDONDO, A.** *Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso.* Edit. J. & F. Salamanca, España, 1988.
- **ORÉ GUARDIA, Arsenio.** *Manual de derecho procesal penal.* Edit. Alternativas, Lima, 2000.
- **PELLEGRINI GRINOVER, Ada.** *Pruebas Ilícitas en Ciencias Penales.* En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 10, San José, 2007.
- **PICÓ I JUNOY, J.** *El derecho a la prueba en el proceso civil,* edit. J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 1996.
- **PRIETO SANCHIZ, Luis.** *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009.
- **RIVERA MONTES, Claudio.** *Las pruebas en el derecho civil argentino.* Edit. Santana Vide, 2007.
- **ROSAS YATACO, Jorge.** *Derecho procesal con aplicación al nuevo proceso penal.* Jurista editores, 2009, Lima.
- **RUIZ JARAMILLO, Luis.** *El derecho constitucional a la prueba.* Comité para el desarrollo de la Investigación- CODI. Universidad de Antioquía. Edit. Fabra. 2007.
- **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** *La Prueba.* Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
- **TARUFFO, Michele.** *Simplemente la verdad,* edit. Marcial Pons, Italia, 2010.
- **TARUFFO, Michele.** *La prueba, artículos y conferencias.* Monografías jurídicas Universitas. Edit. Metropolitana. Buenos aires, 2013.
- **TARUFFO, Michele.** *La prueba de los hechos.* Edit. Trotta, 2011, Madrid.
- **SÁNCHEZ VELARDE, Pablo.** *Comentarios al Código Procesal Penal,* edit. IDEMSA, Lima, 1994.
- **SAN MARTÍN CASTRO, César.** *Derecho procesal penal,* Grijley, Lima, 2001.

# **ANEXOS**

**CUESTIONARIO- TEMA DE TESIS:**  
**“CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL  
PROCESO CIVIL PERUANO”**

**Nombre:**.....**Cargo:**.....

*El presente cuestionario nos servirá para desarrollar que nuestro tema de Tesis, referido a determinar los criterios predominantes que deben tenerse en cuenta para admitir la validez y eficacia de la prueba ilícita en el Proceso Civil Peruano. Por favor, sírvase Usted responder las siguientes preguntas:*

**1.- En términos generales, ¿Cuál es su opinión sobre la regulación normativa de la prueba en nuestro ordenamiento Procesal Civil?**

Positiva

Negativa

**¿Por qué?**

---

---

---

**2.- ¿Considera Usted que los criterios para la admisión de la prueba ilícita en el proceso civil deberían ser rígidos o flexibles?**

Rígidos

Flexibles

**¿Por qué?**

---

---

---

**3.- ¿Considera usted que uno de los criterios predominantes para la admisión de la prueba ilícita en el Proceso Civil Peruano debe ser la prevalencia del derecho fundamental a probar?**

Sí

No

**¿Por qué?**

---

---

---

**4.- ¿Considera usted que uno de los criterios predominantes para la admisión de la prueba ilícita en el Proceso Civil Peruano debe ser la contribución en la determinación de la verdad de los hechos?**

Sí

No

**¿Por qué?**

---

---

---

**5. Finalmente, qué otras recomendaciones sugeriría usted para un adecuado tratamiento jurídico de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento procesal civil.**

---

---

---

Muchas gracias por su tiempo.