



José Leandro Reaño Peschiera<sup>(\*)</sup>

# Las pruebas obtenidas con **vulneración de derechos fundamentales** y su validez en el proceso penal

## 1. Prolegómenos

La referencia al proceso expansivo en el que se encuentra inmersa la legislación penal de los países latinoamericanos y de Europa continental se ha convertido en *lugar común* de los estudios contemporáneos de política criminal, cuyo diagnóstico fundamental, en el plano meramente descriptivo, gira en torno a la constatación de la actual flexibilización que experimentan las reglas de imputación, los principios políticos criminales y las garantías procesales<sup>(1)</sup>. Muestra de la tendencia expansiva que experimenta nuestra legislación penal es la amplificación de la situación de *flagrancia delictiva*, en la que, de acuerdo de acuerdo al artículo 2.24.f) de la Constitución Política, una persona puede ser detenida sin necesidad de mandato judicial previo. Comprobémoslo rápidamente. El artículo 259 del Código Procesal Penal autoriza a la policía a detener, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito, y en su versión original de 2004 el citado precepto normativo definía la flagrancia delictiva en su acepción ortodoxa, como aquella situación en la que el autor es descubierto en fase de ejecución del hecho punible, o inmediatamente después de haberlo perpetrado y es sorprendido mientras huía o con objetos o huellas que revelaran que acababa de ejecutarlo. Durante la escasa vigencia del Código Procesal Penal el dispositivo que define la flagrancia ha sufrido diversas modificaciones, tendentes a la amplificación del concepto, siendo la noción vigente la introducida por la Ley 29569, publicada el 25 de agosto de 2010, según la cual se encuentra en situación de flagrante delito, y por lo tanto puede ser detenido por la policía sin necesidad de orden judicial previa, quien (i) es descubierto en la realización del hecho punible; (ii) acaba de cometer el hecho punible y es inmediatamente descubierto; (iii) ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universitat Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Penal Económico en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(1) Sobre las causas de tal proceso expansivo, *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. edición Madrid: Civitas, 2001; pp. 25-79; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, *passim*.

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; y, (iv) es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Pero este fenómeno expansivo no solamente alcanza a la legislación, sino que se extiende a la aplicación judicial del derecho penal, lo que se constata en las diversas construcciones jurisprudenciales en materia de admisibilidad de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como las escuchas realizadas sin orden judicial previa y sin autorización del interlocutor contra quien serán utilizadas.

Los mecanismos propios de un Derecho Penal expandido ofrecen mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad, a costa de las garantías del imputado. Este enunciado, irrefutable en el plano descriptivo, afronta diversos cuestionamientos, en términos de legitimidad, por quienes añoran el paradigma liberal e ilustrado que caracterizó los albores del Derecho penal moderno hacia finales del siglo XVIII, pero también tiene defensores. Simplificando quizás en exceso, puede decirse que el debate sobre la legitimidad de la expansión del derecho penal discurre entre dos polos.

En un extremo, los autores de la escuela de Frankfurt<sup>(2)</sup> proponen el regreso a un Derecho Penal estrictamente

respetuoso de las garantías liberales que tutele exclusivamente bienes altamente personales y el patrimonio, devolviendo al derecho administrativo sancionador la gestión de las denominadas “nuevas formas de criminalidad” (en verdad, ya no tan nuevas), o en todo caso abogando por la creación de un “derecho de la intervención” (*Interventionsrecht*), a caballo entre el derecho penal y el derecho administrativo<sup>(3)</sup>.

En otra orilla se sitúan los autores que legitiman la recepción del fenómeno expansivo por parte del derecho penal, siendo posible distinguir a su vez, por un lado, propuestas que avalan la recepción de las demandas sociales de criminalización, aunque ello implique la mencionada flexibilización de las reglas, principios y garantías tradicionalmente vinculadas al derecho penal<sup>(4)</sup>; y, por otro lado, la propuesta de un “derecho penal de dos velocidades” defendida por el profesor Silva Sánchez. Este autor propone mantener la exigencia de máximas y rígidas garantías para aquellos comportamientos que se decidan conminar con pena privativa de libertad, y proceder a una flexibilización de las mismas en el ámbito del derecho penal que prevé sanciones no privativas de libertad<sup>(5)</sup>. El atractivo fundamental de esta propuesta reside en no desplazar del Derecho Penal aquellos comportamientos cuya lesividad es socialmente intolerable, pero

(2) Ciertamente, conforme advierte GARCÍA CAVERO. *Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana*. En: Revista de Derecho, Universidad de Piura. Volumen 2. 2001; pp. 185-190, la llamada “escuela de Frankfurt” agrupa autores de claras diferencias ideológicas y metodológicas, distinguiendo entre quienes se adscriben al liberalismo racionalista (Köhler, Zackzyk, Kahlo) y quienes defienden la orientación del derecho penal a las ciencias sociales (Hassemer, Naucke, Prittwitz), pero que en todo caso tienen como denominador común el rechazo a la expansión del derecho penal.

(3) Sobre estos postulados, véase los trabajos publicados en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (edición alemana) y Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (edición española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.

(4) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales*. (Especial referencia al ámbito económico). En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002; pp. 395 y siguientes; GRACIA MARTÍN. *¿Qué es modernización del derecho penal? La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*; pp. 349-394.

(5) SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*; pp. 159-162.



José Leandro Reaño Peschiera

cuya efectiva sanción requiere la utilización de técnicas de imputación y estrategias procesales que afrontan importantes cuestionamientos si se ponen en referencia con la libertad personal de los ciudadanos. El prescindirse de la pena privativa de la libertad (acudiéndose por ejemplo a la pena de multa) tiene un doble efecto. Por un lado, los cuestionamientos respecto a la máxima intensidad intrusiva que supone el Derecho Penal se relativizan y, por otro lado, la represión de tales comportamientos a través del Derecho Penal mantiene el importante valor expresivo y comunicativo consustancial a todo juicio de culpabilidad. Sin embargo, este planteamiento afronta una importante crítica en el ámbito de la criminalidad clásica (no económica), respecto a la capacidad disuasiva de una sanción (aunque penal) no privativa de la libertad personal. Ciertamente, no puede afirmarse que las personas son absolutamente ajenas a un cálculo racional de tipo coste-beneficio. Por el contrario, una variable importante en dicho cálculo viene dada por la *probabilidad* de ser descubierto, efectivamente procesado y sancionado, antes que la magnitud de la sanción abstractamente conminada en la ley penal.

El tema materia de esta contribución presenta contornos propios del derecho constitucional y del derecho procesal penal, y quizás sea por ello que puedan encontrarse soluciones distintas para casos estructuralmente similares, en función a la especialización del órgano que resuelve la controversia. Sin duda, la divergencia de criterios pergeñados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema en materia de admisibilidad de pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales, es sintomática respecto del calado de las cuestiones subyacentes a este tema. En lo que sigue, se evidenciará la discrepancia anotada al hilo de dos sentencias muy conocidas. Por un lado, se analizan los fundamentos de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo instaurado por un trabajador cesado de sus centro de labores, a quien se le imputó la causal de falta grave luego de constatarse su vinculación con el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica de la empresa, a cuya cuenta de correo electrónico se accedió sin su autorización, resultado determinante la forma en que se obtuvo los elementos incriminatorios para declararse fundada la demanda

y ordenarse la reposición del trabajador, al considerarse que dichos documentos carecían de valor legal<sup>(6)</sup>. Por otro lado, se exponen los fundamentos de la sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el proceso seguido contra los presuntos autores de un atentado terrorista acaecido el 20 de marzo de 2002 en el Centro Comercial *El Polo*, en la que se aprecian como válidos los documentos obtenidos en una diligencia de allanamiento, registro e incautación llevada a cabo en el domicilio de uno de los imputados, sin contar con autorización judicial<sup>(7)</sup>.

Pero antes, debe abordarse una cuestión previa fundamental. En los casos de obtención de documentos y/o registro de conversaciones sin que medie orden judicial ni consentimiento, ¿cuándo debe considerarse vulnerados los derechos al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y al derecho a la no autoincriminación? Veámoslo a continuación.

## **2. La relatividad de los derechos fundamentales al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y a la no autoinculpación**

Bajo una comprensión absoluta del derecho fundamental a la intimidad o a la privacidad de las comunicaciones, se niega el valor probatorio de las grabaciones que registran conversaciones sostenidas en el ámbito privado, cuando tal registro no ha sido autorizado por todos los interlocutores. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia Muñoz Conde, al sostener que las grabaciones realizadas entre particulares, cuando uno de los interlocutores que interviene en el diálogo

(6) Sentencia de 18 de agosto de 2004, recaída en el Expediente No. 1058-2004-AA/TC (Asunto: Rafael Francisco García Mendoza).

(7) Ejecutoria de 19 de julio de 2007, recaída en el R.N. No. 4826-2005-Lima.

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

ignora que sus palabras están siendo registradas en audio o vídeo, son inválidas desde la perspectiva probatoria porque se vulnera el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas<sup>(8)</sup>, señalando que de legitimarse esta práctica se limitaría el derecho a comunicarse libremente por la existencia del riesgo de la difusión posterior<sup>(9)</sup>, al punto que la inutilidad de esta clase de grabaciones en un proceso penal residiría (siempre según Muñoz Conde) en su carácter ínsitivamente delictivo, constitutivo del tipo previsto en el artículo 162 de nuestro Código Penal<sup>(10)</sup>.

No obstante, las cosas son distintas si se parte de la premisa de que no existe ninguna presunción general de confidencialidad que venga impuesta por la mera interacción interpersonal en un contexto comunicativo privado<sup>(11)</sup>. De acuerdo a esta perspectiva, sólo existirá un deber de guardar reserva de lo escuchado en la medida en que el interlocutor haya asumido una posición de garantía respecto de la información que le es comunicada, sea porque se halle vinculado por un deber legal o deontológico (secreto profesional) asociado al *status* que ocupa en el contexto concreto en el que se produce la interacción. Quien comunica aspectos de su intimidad, sin que a su interlocutor le sea normativamente exigible un deber de reserva, actúa por su cuenta y riesgo, y ello aunque se sienta inducido a hablar<sup>(12)</sup>.

En este sentido, la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los

derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: (i) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y, (ii) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo del interlocutor grabado, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución es asunto público.

Cuando concurren cumulativamente ambos requisitos no puede afirmarse el carácter delictivo de la grabación ni de su posterior difusión, por cuanto no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escucha, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor. La Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de mayo de 1994 se incardina en esta línea, al afirmar:

“Si partimos del dato trascendental de que las conversaciones grabadas al procesado corresponden a unas charlas que mantuvo con la denunciante Esther, difícilmente puede afirmarse que se éste

(8) Consagrado en el artículo 2.10) de la Constitución en los siguientes términos: *Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.*

(9) Así, MUÑOZ CONDE. *Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos*. En: *Revista Penal*. No. 13. Madrid, 2004; pp. 105-116, especialmente sobre esta materia; pp. 107-108.

(10) *Ibidem*. El artículo 162 del Código Penal señala: *El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido (...).*

(11) PAWLIK. *Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración. En torno a los límites de aplicación de los párrafos 136 I 2 y 136 a del Ordenamiento Procesal Penal alemán*. Traducción de Teresa Manso Porto. En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penales*. No. 4, 2003; p. 327.

(12) *Ídem.*; p. 332



## José Leandro Reaño Peschiera

vulnerando el derecho fundamental a la intimidad de la persona que emitió las manifestaciones recogidas en la cinta. Y es que si el propio interesado fue el que confidenció voluntariamente con la denunciante y le relató una serie de datos y le hizo algunas propuestas, parece evidente que no hubo una captación fraudulenta de sus declaraciones personales, sino que la destinataria de las confidencias del procesado se limitó a constatar magnetofónicamente lo que voluntariamente su interlocutor le comentaba y proponía. (...) no existe vulneración al derecho a la intimidad cuando el propio imputado es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie; (...) pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto a comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad”.

Definidos así los contornos del derecho al secreto e inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, resta determinar si el registro subrepticio de una manifestación autoinculpatoria, realizada sin habersele advertido al

interlocutor que dicha declaración sería usada posteriormente en su contra ante los órganos de persecución penal, transgrede o no la garantía de no autoinculpación.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho norteamericano, la garantía de no autoincriminación no se encuentra consagrada a nivel constitucional en el ordenamiento peruano, sino que su vigencia se deduce del artículo 8.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>(13)</sup>. Por su parte, a nivel infra constitucional, la obligación de instruir al interrogado sobre el derecho a no declarar respecto a los hechos objeto de imputación encuentra previsión explícita en el artículo 71.2. d) del Código Procesal Penal, la cual rige desde el inicio de las primeras diligencias de investigación<sup>(14)</sup>. La infracción por parte de los órganos encargados de la persecución penal del deber de informarle al imputado sobre su derecho a no declarar acarrea la inutilidad probatoria de las manifestaciones contenidas

- (13) *Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.* Según la redacción actual del artículo 127 del Código de Procedimientos Penales: *Si el inculcado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez penal las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, continuará con la diligencia dejando constancia de tal hecho.* Antes de la modificatoria operada por Ley No. 27834, de 21 de septiembre de 2002, el citado precepto establecía que: *modificado por Ley N° 27834, de 21 de septiembre de 2002: El juez le manifestará (al inculcado) que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad.* Por su parte, en el artículo 24º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1 de la Ley No. 28117, de 10 de octubre de 2003, se establece que: *Si el acusado se niega a declarar, el Presidente podrá, en la fase procesal correspondiente, disponer la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción, si las hubiera, las que de esa forma se incorporan al debate y en su oportunidad serán valoradas conforme al artículo 283. En el curso de la audiencia el acusado podrá solicitar ser examinado, momento en que puede ser interrogado de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 244 y 247. Cuando el acusado que está declarando guarda silencio frente a una pregunta, se dejará constancia de tal situación y se continuará con el interrogatorio.*
- (14) *Artículo 71.- Derechos del imputado.- 1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso. 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.* Al respecto, KIRSCH. *¿Derecho a no autoinculpación?, La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (edición alemana) y Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (edición española). Granada: Comares, 2000; pp. 248 (nota 5), precisa que la situación de imputación se inicia en el momento en el que los órganos encargados de la persecución penal adoptan medidas que se dirigen de modo reconocible a proceder penalmente contra un sujeto.

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

en la declaración<sup>(15)</sup>. Finalmente, respecto a las garantías previstas para el imputado, se prohíbe la utilización de medios o técnicas que induzcan o alteren su libre voluntad<sup>(16)</sup>.

No hay duda que la garantía de no autoincriminación ha experimentado un importante desarrollo en el sistema legal norteamericano, al punto de haber sido expresamente consagrada a nivel constitucional. Específicamente, la referencia a esta garantía se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y se expresa en los siguientes términos:

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

En el ámbito norteamericano la garantía de no autoinculpación rige expresamente a partir del comienzo de las investigaciones en sede policial, y se expresa en la conocida regla Miranda, según la cual “(a)ntes de cualquier interrogatorio, la persona debe ser advertida que tiene el derecho a permanecer callada, que cualquier declaración que haga puede ser usada

como evidencia en su contra, y que tiene el derecho a la presencia de un abogado, ya sea contratado o designado gratuitamente”, que precisamente debe su nombre al caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)<sup>(17)</sup>, y cuya *ratio* es procurar que toda confesión extrajudicial de quien opta por declarar en perjuicio propio sea fruto de una decisión voluntaria e informada.

Según la formulación habitual del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, el imputado sólo está obligado a tolerar medidas coercitivas e intromisiones en sus derechos, mas no está obligado a contribuir positivamente a la prueba de su culpabilidad. Sin embargo, durante la fase aplicativa o de realización procesal del Derecho sustantivo, la eficacia garantista del principio de no autoinculpación sufre una importante restricción, fundamentalmente en lo referente a la prueba de la vertiente externa del hecho punible<sup>(18)</sup>.

Ello se explica por la forma en que se configuran las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública en el actual modelo del Estado Regulador, siendo aquéllos esencialmente concebidos como colaboradores en el ejercicio de las funciones públicas, incluso en perjuicio de sí mismos<sup>(19)</sup>.

- (15) Cfr. *Ídem.*; p. 249. Por su parte, el artículo 7.4) del Código Procesal Penal dispone que en caso de inobservancia de cualesquiera garantías del imputado durante las diligencias preliminares o durante en la investigación preparatoria, éste puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponden. En tanto en cuenta la infracción del deber de informar sobre el derecho a no declarar no es subsanable, el Juez de la Investigación Preparatoria tendría que ordenar se practique una nueva declaración, declarando la nulidad de la diligencia viciada.
- (16) Artículo 71 del Código Procesal Penal.- 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.
- (17) Referencias del caso en: <http://laws.findlaw.com/us/384/436.html>. La sentencia data del 13 de junio de 1966, y fue el Juez Earl Warren quien, en el voto de mayoría, estableció por primera vez guías inequívocas sobre qué es y qué no es permisible en una sala de interrogatorios, destacando el siguiente párrafo en su ponencia: *Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed.*
- (18) Cfr. VOLK, *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*. Traducción de R. Ragués i Vallès, En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. No. 2. Lima, 2001; pp. 411-414.





## José Leandro Reaño Peschiera

En efecto, en tal modelo no es infrecuente que la legislación sustantiva imponga, junto a los tradicionales deberes de tolerancia (colaboración pasiva que se limita a soportar la injerencia en la propia esfera organizativa), obligaciones de colaboración activa, tales como el suministro de información o entrega de documentación necesaria para los procesos de inspección que lleva a cabo la Administración<sup>(20)</sup>, al extremo que el quebrantamiento de tales deberes positivos de colaboración activa fundamentan a menudo la imposición de sanciones penales<sup>(21)</sup>. Ello ha sido recientemente puesto de manifiesto por el profesor Silva Sánchez en los siguientes términos:

“La figura clave de este modelo (de vigilancia e inspección) es la de un ciudadano al que se le transfieren funciones públicas, integrándolo en una institución sin que él haya realizado ni siquiera el acto limitado de organización consistente en la incorporación a la misma, siendo así que el incumpliendo de tales funciones le acarrea sanciones penales (...). Así, se le obliga a *colaborar contra sí mismo*, por un lado, mediante el cumplimiento de deberes de tolerancia: soportar la actuación supervisora; y, por otro lado, mediante el cumplimiento de deberes de acción: contribuir positivamente al tal actuación”<sup>(22)</sup>.

En términos jurídico-procesales estos deberes de colaboración imponen la obligación de acumular pruebas contra uno mismo y de entregarlas cuando fueran requeridas por los órganos de inspección, legitimados para instar posteriormente una eventual acción penal a partir de la información a ellos proporcionada. Por su parte, la negativa

de suministrar la información autoinculpatoria es sancionada penalmente y además puede ser obtenida legalmente por los órganos de inspección administrativa y de persecución penal vía sustitutivos, como por ejemplo a través de una diligencia de entrada, registro e incautación. En este escenario, los derechos al silencio y a no colaborar contra uno mismo (frecuentemente invocados en los procesos judiciales) pierden su teórica operatividad garantista en sede procesal, pues el Derecho sustantivo se encarga de coaccionar indirectamente al ciudadano, constituyéndolo en una especie de proveedor de material auto-incriminatorio<sup>(23)</sup>.

Ejemplo de la ineficacia garantista que en materia de prueba de hechos externos adolece el principio de no autoinculpación lo encontramos en el ámbito penal tributario. Efectivamente, si ante el requerimiento del órgano administrador del tributo un contribuyente se negara a proporcionar sus registros contables y estados financieros por cuanto con ellos se acreditaría la comisión de una defraudación impositiva, sería sancionado penalmente por el delito de ocultamiento total o parcial de documentación relacionada a la tributación, previsto en el artículo 5º.d) de la Ley Penal Tributaria, y adicionalmente la Administración estaría

(19) *Un derecho a no colaborar sólo puede resultar constructivamente como la excepción a un deber general de colaborar*, PAWLIK. *Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración*; p. 322 (cursivas en el original).

(20) Ello es destacado por SILVA SÁNCHEZ. *Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal, ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid/Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2003; pp. 307-330.

(21) Piénsese en el delito contable tributario o en el de omisión de suministro de información a entidades supervisoras.

(22) SILVA SÁNCHEZ. *Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención*; p.323 (cursivas en el original). La evolución del paradigma del delito como lesión de derechos subjetivos ajenos al delito como infracción de un deber positivo fundamentado en la vinculación a una institución, consustancial a este modelo del Estado vigilante o regulador, es explicado por GÜNTHER, *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?* Traducción de Jesús-María Silva Sánchez. *La insostenible situación del Derecho penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt* (edición alemana) y Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (edición española). Granada: Comares, 2000; pp. 489-505.

(23) Véase, VOLK. *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*; p. 412.

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

facultada para recabar una orden judicial de entrada, registro e incautación de dicho material probatorio. Y ello no sólo ocurre en el sistema legal peruano, sino también, aunque matizadamente, en el ordenamiento alemán, cuyo § 393.II.1 de la Ordenanza Tributaria (*Abgabenordnung*) sólo prohíbe la utilización de las pruebas entregadas por contribuyente, en cumplimiento de sus deberes fiscales, respecto a la persecución de otro hecho que no constituya delito tributario. Inclusive, esta prohibición de valoración no rige si éste nuevo hecho se trata de un delito en cuya persecución concurra un *interés público inexcusable*<sup>(24)</sup>.

Asimismo, los efectos garantistas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* son neutralizados en caso de que el imputado haya eliminado las pruebas que lo incriminan; y, por tanto, no exista posibilidad de obtener coercitivamente el material incriminatorio vía incautación. Estos supuestos de destrucción de material probatorio autoinculpatario son entendidos como maniobras obstaculizadoras, de modo que las dudas que surgen a consecuencia del quebrantamiento de deberes de colaboración por parte del imputado no son interpretadas a su favor. Rige al respecto la idea de que nadie puede alegar a su favor las dudas que surgen de sus propias maniobras obstaculizadoras, es decir, del incumplimiento de sus obligaciones<sup>(25)</sup>. Ello afianza la conclusión expuesta: la garantía fundamental a no contribuir en la demostración de la propia culpabilidad no opera respecto al proceso de valoración de la prueba hechos externos, debido básicamente a tres motivos: (i) El derecho sustantivo se encarga de gravar a los particulares con deberes positivos de colaboración, inclusive previendo la imposición de sanciones penales por su simple incumplimiento; (ii) El Derecho Procesal autoriza el recurso a medios sustitutivos (vía coerción) en caso de negativa de entrega; y, (iii) a nivel judicial, el ocultamiento o destrucción del material autoinculpatario es valorado como maniobra obstaculizadora, y por tanto no resulta aplicable el principio *indubio pro reo* en tales casos.

Así las cosas, el verdadero ámbito de operatividad del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* se circunscribe a la prueba de hechos internos, puesto que las confesiones

no pueden ser obtenidas de modo coercitivo, ni existen sustitutivos para los supuestos de negativa a declarar, ya que nadie sabe lo que el sujeto realmente hubiese manifestado y su declaración no puede ser inventada. Sin embargo, de la declaración del imputado tampoco es posible inferir inequívocamente si lo manifestado guarda relación fidedigna con lo acaecido. Por ello, el contenido de tal declaración, sea abundante o nulo (en caso de negativa) no es susceptible de valoración *per se*, sino únicamente en la medida que a través de ella se aporten indicios conducentes a inferir la culpabilidad o inocencia del imputado. Los indicios que aporte el imputado a través de su declaración deberán ser valorados conforme a las reglas de apreciación de la prueba, sin que pueda afirmarse la validez atemporal del derecho a guardar silencio, ni menos aún postularse la vigencia de un “derecho natural” a mentir<sup>(26)</sup>.

Más aún, a menudo, el imputado se encontrará en situaciones en las que necesitará declarar para aportar contra-indicios que enerven la prueba de cargo existente en su contra; de suerte que si permanece callado dicho silencio puede acarrearle perjuicios, pero no porque su silencio (*per se*) sea valorado negativamente, sino porque el juzgador no contará con contra-indicios al momento de realizar el juicio de inferencia. Ello ha sido convincentemente destacado por Volk en los siguientes términos:

“Como es sabido, un tribunal sólo incumple su deber de investigación cuando no entra a analizar indicios concretos y tangibles, siendo así que, casi siempre, la única persona que puede aportar tales indicios es el acusado y, si éste no lo hace, no puede luego quejarse de que el tribunal no

(24) Cfr. KIRSCH. *Óp. Cit.*; p. 250.

(25) VOLK. *Óp. Cit.*; p. 413 (nota 6).

(26) PAWLIK. *Óp. Cit.*; p. 323.





José Leandro Reaño Peschiera

haya continuado indagando. *Aunque nadie está obligado a inculparse, hará bien en tratar de exculparse*<sup>(27)</sup>.

### **3. La aplicación extensiva de la Regla de Exclusión por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vs. la aplicación restrictiva propugnada por la jurisprudencia de la Corte Suprema**

En su importante sentencia de 18 de agosto de 2004, recaída en el Exp. N° 1058-2004-AA, el Tribunal Constitucional adopta una posición favorable a la exclusión probatoria de los documentos incriminatorios obtenidos a través de la violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En el caso ya reseñado en el epígrafe 1 del presente trabajo, se niega valor probatorio al acta notarial en la que se documentó el contenido de la cuenta de correo electrónico de un trabajador que no había autorizado tal injerencia, argumentándose en el fundamento jurídico 22 de la sentencia que:

“La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, *no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos*. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que *por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico*, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de

la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio” (énfasis añadido).

La posición asumida por el Alto Tribunal es estricta, al punto no admitir excepción alguna a la denominada “garantía de judicialidad”, exigida para aquellas intromisiones que supongan injerencias en la esfera privada de los ciudadanos. Sobre el particular, el fundamento jurídico No. 21 es especialmente claro:

“(…) si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, *la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial*, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley” (énfasis añadido).

A primera vista, esta posición pareciera consecuente con la normatividad constitucional (artículo 2, inciso 10) de la Constitución<sup>(28)</sup> y procesal (artículo VII del Título Preliminar del

(27) VOLK. *Concepto y prueba de los elementos subjetivos*; p. 425

(28) Artículo 2.- *Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen*. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (énfasis añadido).

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

Código Procesal Penal)<sup>(29)</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema mantiene una posición más bien restrictiva respecto de la aplicación de la Regla de Exclusión de elementos probatorios obtenidos sin la garantía de judicialidad. En efecto, adscribiéndose a la *teoría de la ponderación de los intereses en conflicto* y a la doctrina anglosajona del *caso probable*, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (en la Ejecutoria recaída en el R.N. No. 4826-2005-Lima) fundamenta un fallo condenatorio en documentos obtenidos como consecuencia de un allanamiento realizado por la Policía Nacional sin orden judicial y sin mediar un supuesto de flagrancia delictiva. En lo que interesa, el razonamiento se expresa en el considerando décimo de la citada Ejecutoria Suprema, en los siguientes términos:

“(…) que de autos aparece que miembros de la DIRCOTE venían efectuando un sigiloso seguimiento a los acusados M.M. y a su conviviente A.N., quienes cohabitaban en el mismo inmueble, al punto que con el objetivo de la búsqueda y obtención de evidencias o elementos de prueba que los vinculara o asociara con el atentado terrorista en el Centro Comercial “El Polo”, contando con la anuencia y presencia del representante del Ministerio Público y por la urgencia del caso, en función a los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva en función al seguimiento efectuado, decidieron ingresar a la vivienda, oportunidad en que fueron atendidos por la acusada A.N. quien por registrar una orden de captura [por delito de traición a la patria] fue aprehendida; que en el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de M.M., diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal de nitrato de amonio, que convertida en año se utiliza en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio –ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro– no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos

casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción incurrida –en este caso, la inviolabilidad domiciliaria–, y su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal –que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia– *de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación –su propia dimensión como consecuencia del estrago generado– y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante*; que, en el presente caso (...) *resulta aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado”*

(29) Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba.- 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.



## José Leandro Reaño Peschiera

Se trata, en suma, de un razonamiento ponderativo que privilegia excepcionalmente la eficacia en la persecución delictiva frente a la violación de garantías procesales, pues según esta lógica sólo cabe desechar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando los intereses lesionados por el hecho investigado no fueren de gran relevancia (o mejor dicho, de menor entidad a la afectación perpetrada al obtener la prueba), o cuando al momento de perpetrarse la afectación al derecho fundamental no hubiesen existido indicios razonables para que un Juez autorizara la intromisión.

Si bien puede objetársele a esta solución su elevado grado de indeterminación (en tanto que supedita la utilidad probatoria de la información a la verificación de una situación de difícil concreción) e imprecisión al hacer depender la solución del caso a la constatación de un juicio hipotético, debe rescatarse su esfuerzo por evitar la frustración de los fines del Derecho en casos en los que una absolución no contribuiría a la reestabilización de la paz jurídica perturbada por el hecho, aunque naturalmente ello suponga una flexibilización (quizás excesiva) de las garantías que limitan el *ius puniendi* estatal.

Los criterios utilizados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para determinar la admisibilidad y consecuente posibilidad de valoración de las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales, anclados en la *teoría de la ponderación de los intereses en conflicto* y en la doctrina del *caso probable*, tienen una importante acogida en la jurisprudencia alemana y norteamericana. Efectivamente, en Alemania destaca el conocido caso de las *trampas de escucha (Hörfallen)*, enjuiciado entre 1995 y 1996<sup>(30)</sup>. Sintetizados a grandes trazos, los hechos se refieren a una investigación preliminar de carácter penal, en la que la Policía solicitó a un particular, quien había atestado en contra del principal sospechoso, que entable una conversación telefónica con el investigado con la esperanza de que en el curso del diálogo informal éste acepte su participación en los hechos materia de imputación. Dicha conversación, desarrollada en lengua árabe, fue a su vez escuchada por un traductor al servicio de la Policía. Todo ello con el consentimiento del interlocutor persuadido de contactar al sospechoso.

El *Landgericht* (Tribunal del Land) condenó al acusado sobre la base de la declaración del intérprete que escuchó la mencionada conversación telefónica, quien fue interrogado en el juicio oral como testigo. Por su parte, la Sala Quinta de lo Penal del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal Alemán) declaró inutilizable la prueba referida a la *conversación telefónica* mantenida entre el testigo y el imputado, por considerar infringido el deber de instruir al interrogado respecto del derecho al silencio y al asesoramiento técnico legal; es decir, se negó valor probatorio al testimonio del intérprete por estimarse que la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a declarar contra sí mismo) debe respetarse aun cuando no se trate de un interrogatorio formal, pero siempre que haya sido instado por el órgano encargado de la persecución penal.

Tratándose de una decisión discrepante respecto de la interpretación que en esta materia había mantenido la Sala Segunda de lo Penal del *Bundesgerichtshof*, el caso fue sometido al *Großer Senat* (Gran Sala), que se pronunció por la validez probatoria del testimonio del traductor que escuchó clandestinamente la conversación entre el particular y el imputado. En su resolución, el *Großer Senat* sentó como criterio general la legitimidad probatoria de la información que el Estado obtenga del inculcado a través de conversaciones aparentemente privadas siempre que *se trate de esclarecer un hecho punible muy relevante y la investigación de los hechos a través de la utilización de otros métodos de investigación hubiera obtenido considerablemente menos resultados o hubiera sido sensiblemente más complicada*<sup>(31)</sup>.

Por su parte, en la reciente jurisprudencia norteamericana, destaca el caso *Hudson*

(30) Para una exposición detallada del caso, véase. ROXIN. Claus. *Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de la escucha*. En: *Poder Judicial*. No. 47; pp. 179-205.

(31) *Ídem.*; p.195

## Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y su validez en el proceso penal

v. *Michigan*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió como válidas las pruebas obtenidas con la vulneración de la regla de *knock and announce* (llamar antes de entrar)<sup>(32)</sup>. Los hechos del caso están referidos a la obtención por parte de los agentes policiales de una orden de entrada y registro para la búsqueda de estupefacientes y armas de fuego en el domicilio del Sr. Hudson. Si bien los agentes anunciaron su presencia, sólo esperaron de tres a cinco segundos antes de ingresar a la vivienda, en cuyo interior encontraron grandes cantidades de estupefacientes y un arma de fuego cargada. La defensa del Sr. Hudson adujo que dicha entrada prematura suponía una transgresión a sus derechos constitucionales contenidos en la 4ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>(33)</sup> y presentó una solicitud de exclusión de las pruebas que se encontraron durante la diligencia de registro. En primera instancia, el Juzgado amparó esta solicitud pero luego fue desestimada

por la Corte de Apelaciones de Michigan, que revocó el fallo impugnado sosteniendo que aun cuando vulnera la regla de *knock and announce* no se tiene por qué excluir las pruebas, si el registro se llevó a cabo de conformidad con una orden de registro válida. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un fallo sustentado en consideraciones utilitaristas en el que se toman en cuenta: “(...) las graves consecuencias adversas que representa excluir pruebas incriminatorias, hecho de imponer semejante remedio para vulneraciones de esta regla (scil. “knock and announce”) generaría una constante avalancha de supuestas inobservancias de la regla”<sup>(34)</sup>. En suma, la actual tendencia jurisprudencial en el sistema norteamericano, cuyos aportes en materia de prueba prohibida han tenido influencia decisiva en los ordenamientos de la tradición romano-canónica, es restringir la regla de exclusión probatoria a casos muy reducidos, como los de obtención de confesiones mediante tortura. No es casualidad entonces que la Ejecutoria Suprema comentada se apoye en un fallo de la jurisprudencia norteamericana para justificar una decisión que (a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) bien podría ser calificada de *antigarantista*, sin que necesariamente por ello deba denostarse. (M)

- 
- (32) Para una exposición detallada de este interesante caso, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ. *Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EE.UU.* En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. No. 20, 2008; pp. 23-36
- (33) *El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.*
- (34) GÓMEZ-JARA DÍEZ. *Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*; p. 35.