

EL PODER OCULTO DE LA PRUEBA ILÍCITA: UNA APROXIMACIÓN PSICOLÓGICA*

THE HIDDEN POWER OF ILLICIT PROOF: A PSYCHOLOGICAL APPROACH

Eduardo Iñiguez Ortiz**

Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Raúl Feijoó Cambiasso***

Pontificia Universidad Católica del Perú

In the present article, the authors evaluate the psychological effects of the “illicit test”. To do this, they start delimiting their concept, and then analyze if it has any influence on the judge when resolving a case. Based on psychological considerations, in particular, the so-called “motivated reasoning” theory and the “motivated justice hypothesis”, they evaluate by an empirical study if the judges take this test into account when deciding, despite being legally bound to Not do it. In addition, they propose some mechanisms that could be used, both by litigants and by legal systems, to mitigate the effects of illicit evidence.

KEYWORDS: *Illicit evidence; judicial decision; motivated reasoning.*

En el presente artículo, los autores evalúan los efectos psicológicos de la “prueba ilícita”. Para ello, parten de delimitar su concepto, para luego analizar si esta tiene alguna influencia en el juez al momento de resolver un caso. Partiendo de consideraciones psicológicas, en concreto, la llamada teoría del “razonamiento motivado” y la “hipótesis de la justicia motivada”, evalúan mediante un estudio empírico si los jueces toman en cuenta dicha prueba al momento de decidir, pese a estar obligados legalmente a no hacerlo. Adicionalmente, proponen algunos mecanismos que podrían ser empleados, tanto por los litigantes como por los sistemas jurídicos, para mitigar los efectos de la prueba ilícita.

PALABRAS CLAVE: *Prueba ilícita; decisión judicial; razonamiento motivado.*

* Una versión preliminar de este artículo fue preparada para el curso “Análisis psicológico del derecho”, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, a cargo de los profesores José María de la Jara Plaza y Mario Drago Alfaro. A ellos les agradecemos por su apoyo en la investigación y sus amables comentarios para esta versión final.

** Alumno del décimo primer ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Director de la Comisión de Publicaciones y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil THĒMIS. Blogger en el Portal de Actualidad Jurídica “Enfoque Derecho” con el blog “Litigantes ¿racionales?”. Practicante del área de Litigio y Arbitraje de Bullard Falla Ezcurra +.

*** Alumno del décimo primer ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Con estudios en justicia constitucional y tutela de los derechos fundamentales en la Universidad de Pisa, Italia. Ex Director Ejecutivo de la Asociación Civil Ius et Veritas. Asistente de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP. Practicante del Tribunal Constitucional.

"The human understanding when it has once adopted an opinion draws all things else to support and agree with it."

Sir Francis Bacon

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, ya no es posible creer que los operadores jurídicos —y entre ellos, por excelencia, el juez— toman decisiones como si fuesen robots o máquinas, sin influencia alguna de factores internos (creencias, emociones, sesgos) o externos (opinión pública, sociales, económicos). Muy por el contrario, las actuales investigaciones, en primer lugar internacionales¹, pero ya inclusive nacionales², demuestran día a día que en la toma de decisiones judiciales (o de cualquier decisión jurídica) influyen factores psicológicos que no pueden ser desconocidos.

A lo largo de este trabajo, nuestro propósito es observar uno de los factores que influyen en dicha toma de decisiones judiciales. Nos referimos, específicamente, al proceso de exclusión de la prueba que debe hacerse cuando esta es "ilícita". Nuestro ordenamiento le brinda la calificación de "prueba ilícita", estableciendo que no pueda ser valorada por el juez en su decisión final. Ello, claro, en teoría.

En la práctica, y como demostraremos a lo largo de este breve (pero esperamos, fructífero) trabajo, no es así. Consideremos lo siguiente: el juez tiene que **ver** la prueba para solo recién poder considerarla ilícita. Al hacerlo, no puede simplemente hacer (como la ley le dice que haga) como si ésta nunca hubiese existido: si bien no es parte del proceso, y no puede ser valorada, consideramos que la misma ha "contaminado" a partir de ese momento su futura decisión. He allí el "poder oculto" de la prueba ilícita.

Ahora bien, una hipótesis como la presentada solo puede ser abordada haciendo un amplio estudio, tanto teórico como práctico, del tema. Es muy fácil realizar una afirmación como la precedente, pero no lo es tanto demostrar que ello es así. Nuestro

propósito es que ello no quede en una mera afirmación, sino que verdaderamente pueda servir para observar este fenómeno en la realidad. Al hacerlo, no solo destacamos un factor psicológico siempre presente, sino que denunciamos un hecho que no puede ser inobservado: si nuestro sistema busca excluir los efectos de una prueba por ser ilícita, claramente no lo está consiguiendo.

Para ello, enfocaremos el presente trabajo como sigue. En primer lugar, expondremos unas breves consideraciones sobre la "prueba ilícita", desde fundamentos teóricos a su regulación en nuestro país. A continuación, observaremos un factor psicológico que puede servirnos para entender las razones por las que se produce esta influencia en la decisión del juez, llamado "razonamiento motivado". En base a este factor, hemos realizado un experimento que puede darnos luces sobre los efectos de la prueba ilícita en la toma de decisiones. En la última parte del trabajo, expondremos algunos mecanismos que pueden ser empleados, tanto por los litigantes como por los sistemas judiciales, para mitigar el poder oculto de la prueba ilícita.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

A. El concepto de prueba ilícita

En nuestros días, la teoría de la prueba ilícita es considerada una de las materias más complejas desde la óptica de la dogmática procesal. Ello parte desde su terminología, la cual dista de ser uniforme y donde en muchos casos se usa de manera indistinta los términos prueba prohibida, ilegal, ilegalmente obtenida, ilícita, etc. A ello se añade que en muchos países las divergencias terminológicas llegan a crear divergencias conceptuales³. En ese sentido, coincidimos con el profesor Reynaldo Bustamante, quien considera que "uno de los problemas que se enfrenta al estudiarla consiste en que la doctrina no es unánime en su concepto"⁴.

Una primera aproximación a nuestro concepto de prueba ilícita puede encontrarse en la definición esbozada la profesora Ada Pellegrini, quien la ha

¹ Ver: WISTRICH, Andrew J., RACHLINSKI, Jeffrey J. y Chris GUTHRIE. "Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law of Follow Their Feelings?". En: Texas Law Review 93. 2015.

² Ver: BULLARD, Alfredo. "Cortando la manzana: psicología, neurociencia y técnicas de persuasión en los litigios". En: BULLARD, Alfredo (editor). "Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva". Lima: Palestra Editores. 2016.

Sobre lo mismo, pero en arbitraje: BULLARD, Alfredo. "El árbitro es un animal (racional). Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje". En: CASTILLO FREYRE, Mario (editor). "Panorama Actual del Arbitraje 2015". Lima: Thomson Reuters THÉMIS. 2015.

³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones". En: Revista Catalana de Seguretat Pública 22. 2010.

⁴ BUSTAMANTE, Reynaldo. El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. En: THÉMIS-Revista de Derecho 43. 2001.

definido como aquella “obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contrarias a principios constitucionales”⁵. En esa línea, desarrollando un concepto aún más amplio, el profesor Devis Echandía considera que “son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan”⁶.

Al respecto, el profesor Bustamante considera que la naturaleza fundamental del derecho a probar hace el concepto de prueba ilícita “deba ser lo más restrictivo posible, a fin de permitir que el mencionado derecho despliegue toda su virtualidad y eficacia”⁷. Es por este motivo, que este autor establece que al encontrarnos frente a “medios probatorios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos con afectación de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucionalmente protegido”⁸, será posible hablar de una prueba ilícita. Coincide con esta posición el profesor Jairo Parra, quien considera que es “prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba”⁹.

En ese sentido, podemos identificar que, a primera vista, el concepto de prueba ilícita puede tener una concepción bastante amplia, la cual va desde la vulneración de normas legales, la moral, las buenas costumbres, entre otros, hasta el conflicto con los principios constitucionales y derechos fundamentales, siendo necesaria la delimitación de su ámbito de aplicación, de modo que sea posible evitar futuras confusiones.

Es necesario que, de manera previa, analicemos cuál es el fundamento de la prohibición de la prueba ilícita en el proceso judicial, y es que tal como señaló el Tribunal Supremo Federal alemán, no es posible “la investigación de la verdad a cualquier precio”¹⁰. En ese sentido, existe una prohibición de la búsqueda de la verdad si es que se utilizan

medios que pueden vulnerar las normas establecidas por el ordenamiento jurídico. Y es que en un Estado constitucional de derecho, como en el que nos encontramos, la prueba debe encontrar “su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. La prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado”¹¹. Quedando claro que no es posible la obtención de pruebas tanto por parte del Estado como por los particulares sin límite alguno, pasaremos a delimitar cuando nos encontramos frente a una prueba ilícita.

El Tribunal Constitucional español plantea un alcance bastante restringido de los que es una prueba ilícita, planteando que se debe circunscribir únicamente a los casos en que, en su obtención, dentro o fuera del proceso, resulten vulnerados alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1 del Capítulo 2 del Título I de la Constitución española, que son susceptibles de amparo constitucional, así como el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución¹². En ese sentido, encontramos una concepción que se limita a aquella prueba que vulnera derechos fundamentales y que, por tanto, permite la admisión de pruebas en el proceso que atenten contra normas de rango legal.

Al respecto, un sector de la doctrina discrepa sobre el hecho que el Tribunal Constitucional español haya cerrado la discusión sobre el concepto de prueba ilícita, considerándose que dicha sentencia busca dar a entender que el tema de la prueba ilícita “no se agota en aquellas pruebas que se obtienen con vulneración de derechos fundamentales, aunque limita, en principio, la aplicación de la sanción de nulidad a estas últimas. Así, distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, anudando la sanción de nulidad sólo a este último caso”¹³. Sin embargo, creemos que es clara la búsqueda de esbozar un concepto restringido de prueba ilícita.

Nuestro Tribunal Constitucional [en adelante, TC] inicialmente presentó una concepción amplia de lo

⁵ PELLEGRINI, Ada. “Pruebas Ilícitas”. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal 1. 2000. p. 299.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría General de la Prueba judicial”. Quinta edición. Tomo I. Buenos Aires. Víctor P. de Zavallía. 1981. p. 271 y siguientes.

⁷ BUSTAMANTE, Reynaldo. Óp. cit., p. 144.

⁸ Ídem.

⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: *Ius et veritas* 14. 1997. p. 37.

¹⁰ Sentencia 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365).

¹¹ GOSSEL, Karl. “La prueba ilícita en el proceso penal”. En: *Revista de Derecho Penal*. 2001.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano recaída en el Expediente 114/1984, de fecha 29 de noviembre de 1984.

¹³ GINER ALEGRÍA, César. “Prueba prohibido y prueba ilícita”. En: *Anuales de Derecho* 26. 2008. p. 582.

que debe considerarse prueba ilícita, pues definió la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan los derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable¹⁴. En esa línea, nos encontramos frente a una concepción de la prueba ilícita más amplia que aquella descrita en el caso español, pues no hay una limitación de su definición a la vulneración de los derechos fundamentales, sino que alcanza a las normas legales relacionados con el proceso.

Sin embargo, el TC emitió posteriormente una sentencia recaída en el Expediente 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**” [El énfasis es nuestro].

En ese sentido, existe una clara reducción del concepto de prueba ilícita (o prohibida) esbozado inicialmente por nuestro TC, donde la violación de derechos fundamentales resulta la única razón válida para la exclusión de la prueba en el proceso. Asimismo, en el fundamento 7 de la misma sentencia, se establece que “la prueba prohibida es **un derecho fundamental** que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución” [el resaltado es nuestro]. Por lo tanto, podemos concluir que nos encontramos frente a un derecho fundamental cuyo contenido constitucionalmente protegido ha sido claramente delimitado por el TC.

Luego de haber determinado que el contenido desarrollado por el TC se limita a la violación de derechos fundamentales, consideramos de vital importancia cuestionarnos: ¿no es posible, entonces, excluir una prueba que presenta una irregular incorporación al proceso a través de la violación de normas de rango legal o infralegal?

Es aquí donde se la doctrina ha considerado necesario realizar una distinción entre prueba ilícita y prueba irregular, centrando su diferencia en el resultado que actuación puede presentar en el proceso. 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 el juez, de modo que será expulsada del proceso, mientras que, una prueba que únicamente haya lesionado normas legales o infralegales, implicará solamente la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que pueda servir como punto de partida para probar los hechos del caso¹⁵.

Por tanto, podemos finalizar este acápite señalando que en nuestro ordenamiento aquella prueba que no cumpla con las reglas para su presentación en el proceso deberá, sin duda alguna, ser rechazada, sin embargo, sostenemos que ésta se encuentra fuera del concepto de prueba ilícita reconocido por el supremo intérprete de nuestra Constitución y que hemos buscado construir a lo largo de estas líneas. A continuación, analizaremos cuándo es que debe excluirse la prueba ilícita y si existen excepciones que hayan sido establecidas en nuestro país.

B. El principio de exclusión probatoria

El principio de exclusión se ha universalizado en la mayoría de ordenamientos jurídicos y se encuentra en líneas generales referido al rechazo en el proceso de la prueba ilícita al vulnerar las normas del ordenamiento jurídico. Es así que la configuración de dicho principio puede variar dependiendo frente a qué modelo jurídico nos encontremos.

Por un lado, el modelo norteamericano se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), donde si bien su origen se basó en una regla rígida y absoluta de exclusión, la Corte Suprema Federal norteamericana estableció posteriormente que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (*deterrent effect*)¹⁶.

En ese sentido, en el caso *United States v. Janis* se declaró que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policíacas ilícitas”, y, por lo tanto, encuentran su fundamento en “un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”¹⁷. La doctrina española ha considerado que nos encontramos en el modelo norteamericano-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 20532-2003-HC/TC, de fecha 15 de setiembre del 2003.

¹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”. Madrid: Akal. 1989. p. 127.

¹⁶ ZAPATA GARCÍA, M.F. “La prueba Ilícita”. Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2004.

¹⁷ Caso *United States v. Janis*, (428 U.S. 433) 1976.

no frente a un principio que se fundamenta en razones pragmáticas, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas¹⁸.

En base al fundamento señalado, el Tribunal Supremo Federal norteamericano ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando las pruebas se obtengan por particulares¹⁹ o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense²⁰, o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe. En esa línea, podemos en resumidas cuentas señalar que la regla de exclusión probatoria en el modelo norteamericano no es una exigencia constitucional en la búsqueda de la protección subjetiva de una de las partes, sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental.

En cambio, en el modelo europeo-continental, se reconoce un principio de exclusión con rango constitucional, donde, por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano declaró que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos eran una prueba inconstitucional²¹. La doctrina italiana ha considerado que las reglas de exclusión son “estrictas y difícilmente eludibles por los jueces”²² en su ordenamiento.

Dicha posición también fue confirmada por el Tribunal Constitucional español al inicio, pero posteriormente ha ido acercándose más al modelo norteamericano, a través de la sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 49/1999, donde la exclusión de la prueba ilícita en caso de violación de derechos fundamentales ha dejado de ser absoluta. Al respecto del principio de exclusión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, coincide con el Tribunal español, pues optó por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión, sobre la base de permitir excepciones en la búsqueda de un proceso justo²³.

En el caso peruano, estamos claramente una concepción de la regla de exclusión tal como es concebido en el modelo europeo-continental, la cual considera que la exclusión probatoria se basa en la posición prevalente que los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico al ser parte de la Constitución, por lo que al vulnerarse ellos, debe rechazarse de manera absoluta la prueba.

Ello se ve confirmado por lo señalado por el TC respecto a los efectos de la prueba ilícita en el proceso:

“[...] la prueba prohibida [...] 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.”²⁴ [El énfasis es nuestro].

Por lo tanto, para el TC la prueba ilícita representa una regla de exclusión de la fuente de prueba del proceso que debe ser concebida de forma absoluta, la licitud de la prueba es un presupuesto para su admisión al proceso y “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”²⁵.

Una clara manifestación de ello se encuentra en el Nuevo Código Procesal Penal, el cual señala en el artículo VIII inciso 2 de su Título Preliminar que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. Asimismo, se señala en su artículo 159 que “el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

¹⁸ FIDALGO GALLARDO, C. “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”. En: *Tribunales de Justicia* 5. 2003.

¹⁹ Caso *Burdeau v. McDowell* (256 US, 465). 1921.

²⁰ Caso *United States v. Verdugo-Urquidez* (494 US 259). 1990.

²¹ Sentencias del Tribunal Constitucional Italiano recaídas sobre los Expedientes 34/1973 y 81/1993.

²² DANIELE, M. “Regole di esclusione e regole di valutazione della prova”. Torino: Giappichelli, Torino. 2009. p. 29.

²³ Sentencia de 12 de julio de 1988 Caso SCHENK contra Suiza.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 00655-2010-PHC/TC, de fecha 12 de julio de 1988. Fundamento Jurídico 7.

²⁵ VILLA GARCÍA, Javier. “La prueba prohibida en el proceso civil”. En: “Proceso y Constitución: Las Garantías del Justo Proceso”. Lima: Palestra Editores. 2013. p. 385.

Finalmente, debemos mencionar que el Código Procesal Civil [en adelante, CPC], desarrolla de forma muy vaga el contenido de la prueba ilícita, limitándose a mencionar en su artículo 199 que “carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación violencia o soborno”. A pesar del desarrollo deficiente del CPC, podemos concluir el presente acápite señalando que, en cualquier proceso, independientemente de su regulación procesal especial, el juez deberá excluir de forma absoluta toda prueba que vulnere derechos fundamentales, de modo que nos encontramos frente a un derecho fundamental implícito que no puede ser dejado de lado por el juez bajo ninguna excepción.

III. EL PODER OCULTO: RAZONAMIENTO MOTIVADO Y JUSTICIA MOTIVADA

En la introducción de este trabajo hemos ya adelantado nuestra opinión en torno a la pregunta: ¿influye la prueba ilícita en la decisión del juez? Como adelantamos, y veremos más adelante, la respuesta es afirmativa.

Pero es legítimo preguntarse: ¿por qué? En la sección anterior hemos visto que cuando una prueba es calificada de ilícita por el juez, esta es excluida del proceso y no puede tomarse en consideración para resolver. La regulación de la prueba ilícita en los distintos ordenamientos jurídicos es divergente²⁶, pero si se ordena su exclusión, es lógico entender que no puede ser valorada, pues de lo contrario su exclusión carece de sentido²⁷.

Esto genera aún mayores incógnitas si recordamos un hecho elemental: el que excluye la prueba es, justamente, ¡el propio juez! El juez tiene que decidir excluir una prueba de un proceso por considerarla ilícita. Si es así, ¿cómo podríamos creer que luego no va a tomarla en consideración? La confianza en su no valoración parece emanar de la propia lógica de esta institución jurídica. ¿Cómo podemos afirmar, entonces, que sí influye en su decisión?

En esta sección abordaremos esa pregunta. Para ello, hemos tomado como principal punto de re-

ferencia un reciente trabajo de la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berkeley, Avani Mehta Sood. En una investigación publicada en 2015²⁸, ella estudia los efectos de la prueba ilícita (exclusionary rule o regla de la exclusión, en Estados Unidos) en la toma de decisiones judiciales. Para ello, señala que el factor que haría a los jueces tomar en consideración la prueba ilícita es el “razonamiento motivado”²⁹. Es más, ella inclusive plantea una hipótesis que queremos replicar en este trabajo, que es la “hipótesis de la justicia motivada”³⁰, que explicaría cómo toman decisiones los jueces cuando se encuentran frente a fenómenos como éste.

Por ello, en esta sección mencionaremos ambos fenómenos psicológicos y cómo estos podrían influir en la decisión del juez cuando se enfrenta a una prueba ilícita. Queremos precisar, junto con la profesora Sood, que este fenómeno no ha recibido una adecuada investigación por parte de la doctrina, ni siquiera en los Estados Unidos. En sus palabras: “el trabajo jurídico previo acerca de la regla de la exclusión se ha enfocado principalmente en la racionalidad de la doctrina. [...]. Adicionalmente, los académicos empíricos han tratado de examinar si excluir evidencia ilegítimamente obtenida tiene un efecto disuasivo en la mala conducta policial. Este artículo aborda la regla de la exclusión desde un ángulo distinto”³¹.

Queremos sumarnos a este “ángulo distinto” y ofrecer una respuesta desde la psicología al fenómeno estudiado.

A. ¿Puede usted cambiar de opinión? El razonamiento motivado

Ya en 1620, Sir Francis Bacon decía:

“El entendimiento humano una vez que ha adoptado una opinión arrastra todo lo demás para apoyar y coincidir con esta. Y pese a haber un mayor número y peso de argumentos a ser encontrados en el otro lado, estos son, o negados o despreciados, o, por alguna distinción, apartados y rechazados, para mediante esta gran y perniciosa predetermi-

²⁶ En la sección anterior hemos visto ya algunas formas de regularla. Para más información: THAMAN, Stephen C. (editor). “Exclusionary Rules in Comparative Law”. Nueva York: Springer. 2013.

²⁷ Una cosa distinta son las excepciones a la exclusión, que hemos señalado en la sección anterior.

²⁸ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. En: The Georgetown Law Journal 103. 2015.

²⁹ Ídem. pp. 1560-1561. En realidad, su estudio se enfoca no tanto en si los jueces consideran la prueba ilícita o no, sino en si toman en consideración los hechos que se desprenden de dicha prueba para considerarla ilícita o no. Sin embargo, creemos se aplica plenamente al fenómeno que estudiamos, como detallaremos a continuación.

³⁰ Ídem. pp. 1561 y siguientes.

³¹ Ídem. p. 1560. Traducción libre.

nación mantener inviolada la autoridad de su conclusión anterior”³².

Y es que una cosa es cierta: las más de las veces, nuestras opiniones sobre un tema determinado, ya sea un aspecto social importante o un caso que enfrentamos, refleja nuestros prejuicios, impresiones vagas y suposiciones no probadas³³. Es recién a partir de esta base que construimos aquello en lo que creemos. En consecuencia, prestamos mayor atención a aquella información que corrobora nuestra opinión original, mientras que, en términos de Bacon, “negamos o despreciamos”, “apartamos y rechazamos” aquella que la contradice. En otros términos, las personas “tienden a favorecer información que corresponde a sus creencias previas e ignorar evidencia que apunta a lo contrario”³⁴.

Es aquí cuando el “razonamiento motivado” aparece. En palabras de Sood:

“La teoría psicológica moderna de razonamiento motivado sostiene que cuando los que toman decisiones [decision makers] tienen una preferencia en cuanto al resultado de un caso que deben evaluar, son más propensos a llegar a esa conclusión deseada al cursar, inadvertidamente, procesos sesgados para acceder, construir y evaluar creencias.”³⁵

Que no es otra cosa que decir que los *decision makers*, o tomadores de decisiones, no siempre parten de cero al tomar una decisión, sino que muchas veces tienen una preferencia sobre el resultado. Una persona puede saber que su decisión tendrá determinadas consecuencias si decide A, mientras que tendrá otras diversas si decide B. Esto no es algo circunstancial para su decisión: esta persona buscará llegar, así sea de manera inadvertida, a aquella conclusión que desea alcanzar.

¿Cómo? Mediante procesos sesgados que lo dirigirán en ese camino.

Este sesgo lleva por nombre “razonamiento motivado” pues en él se estudia como la motivación puede afectar el razonamiento. En palabras de una de las primeras en estudiarlo de manera omnicomprendiva y a quien se debe el nombre, Ziva Kunda, “por *motivación* quiero decir cualquier deseo, anhelo, o preferencia en cuanto al resultado de una tarea de razonamiento dada”³⁶. En ese sentido, el “razonamiento motivado” implica que una persona, cuando toma una decisión, se ve influenciado por distintos sesgos que lo llevan a buscar, así no sea consciente de ello, aquel resultado que prefiere.

¿Qué sesgos? Ellos son diversos y dependen del caso en concreto. Por ejemplo, Sood señala cómo esto puede hacer que las personas busquen aquellos hechos o reglas que apoyen su resultado preferido³⁷, o Kunda considera que puede hacer que combinen, de manera creativa, la información disponible para construir teorías que apoyen de manera lógica esa conclusión³⁸.

Aunque claro, el razonamiento motivado tiene límites. Las personas no suelen estrechar a un nivel desmedido su interpretación de la información. Normalmente ello solo llega al punto de hacer lo necesario para alcanzar el resultado buscado³⁹. Además, no suelen cursar procesos de este tipo cuando existe clara y concluyente evidencia de lo contrario (aun estando en contra de ello)⁴⁰.

Un último aspecto que debemos señalar del razonamiento motivado es la “ilusión de objetividad” con la que cuenta la persona. En efecto, al momento de tomar su decisión la persona no es consciente de que lo hace en búsqueda de aquel resultado que prefiere. Esta puede saber (y normalmente sabe) cuál de los posibles resultados prefiere, pero

³² BACON, Francis. “The new organon and related writings”. Nueva York: Liberal Arts Press. 1960. (Publicado originalmente en 1620). Traducción libre.

³³ LORD, Charles G., ROSS, Lee y Mark R. LEPPER. “Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence”. En: *Journal of Personality and Social Psychology* 37. 1979. p. 2098.

³⁴ PEER, Eyal y Eyal GAMLIEL. “Heuristics and Biases in Judicial Decisions”. En: *Court Review* 49. 2013. p. 114. Traducción libre. En un trabajo nacional, esta tesis ha sido demostrada de manera empírica: DRAGO, Mario y José María DE LA JARA. “La justicia intuitiva. Consecuencias ocultas de la concesión de una medida cautelar”. En: PRIORI, Giovanni (coordinador). “Sobre la tutela cautelar”. Lima: Editorial Jurídica Thēmis. 2015. pp. 67-69.

³⁵ SOOD, Avani Mehta. “Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review”. En: *The Annual Review of Law and Social Science* 9. 2013. p. 309. Traducción libre.

³⁶ KUNDA, Ziva. “The Case for Motivated Reasoning”. En: *Psychological Bulletin* 108. 1990. p. 408. Traducción libre.

³⁷ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. Óp. cit. p. 1561.

³⁸ KUNDA, Ziva. Óp. cit. p. 483.

³⁹ BOINEY, Lindsley G., KENNEDY, Jane y Pete NYE. “Instrumental Bias in Motivated Reasoning: More When More Is Needed”. En: *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 72. 1997. p. 19.

⁴⁰ BRAMAN, Eileen. “Reasoning on the Threshold: Testing the Separability of Preferences in Legal Decision Making”. En: *The Journal of Politics* 68. 2006. p. 319.

cree estar actuando con suficiente objetividad como para no caer en su elección *solo* porque lo prefiere⁴¹. Al contrario, cree firmemente en que la decisión que está tomando, y el razonamiento que está empleando, está por encima de cualquier subjetividad.

¿Cómo aplicar esto al caso de la prueba ilícita? El juez puede excluir una prueba por ser ilícita según nuestro ordenamiento, pero eso no implica que esta no ha generado ningún impacto en él. Al haber ya observado la prueba ilícita, el juez ya ha tenido acceso a información acerca de cómo ocurrieron los hechos, quien es culpable o responsable, etc. El juez que es consciente de ello, ya ha formado una teoría de qué resultado prefiere: ya sabe a qué parte debe darle la razón. Ese es su resultado preferido.

Sin embargo, puede no tener pruebas adicionales para declararlo responsable o culpable. Puede que, aun teniéndolas, no tiene las suficientes como para darle los suficientes años de condena o para otorgar un gran monto de indemnización. La teoría general de la prueba ilícita nos dice que aquella no debe ser tomada en cuenta por el juez y, por ello, no debería tomarla en consideración. Pero, como veremos, lo hace.

B. La hipótesis de la justicia motivada

Lo hasta ahora desarrollado podría ser suficiente para entender la psicología detrás del juez al momento de enfrentarse a una prueba ilícita. Sin embargo, creemos que es aún posible adentrarnos más en ello. En efecto, en el antes comentado artículo de la profesora Sood, la autora propuso un marco para comprender el comportamiento del juez, al que llamó “la hipótesis de la justicia motivada”⁴².

Para Sood, los jueces al decidir un caso se encuentran frente a dos tipos de metas a alcanzar. La primera de ellas es el cumplimiento de la ley. Como operador jurídico, un juez tiene consciencia de la importancia de cumplir la ley y el derecho, por lo que no solo se ve constreñido a hacerlo, sino que

lo busca. Pero también, como toda persona, cuenta con un sentido interno de que es “justo” o “correcto”, meta que también busca cumplir. Normalmente, es posible que ambos coincidan, en cuyo caso no existe mayor problema.

“¿Pero qué pasa cuando estas dos metas chocan? La hipótesis de justicia motivada sugiere que en situaciones como esa, los tomadores de decisiones no van ni a descaradamente descartar la ley ni a renunciar a sus propios instintos morales. En su lugar, entrarán en un razonamiento motivado –sin saberlo procesar la información de una manera orientada hacia un resultado– para lograr su resultado deseado, aparentemente dentro de los términos de una determinada doctrina jurídica”⁴³.

Es decir, enfrentando la decisión de si privilegiar su propia idea de justicia o de si aplicar una ley que va en contra de ésta, el juez no optará por ninguna de estas vías. En cambio, elaborará una teoría del caso o solución que le permita incluir su idea de justicia dentro de los límites de la ley. Este resultado, sin embargo, sólo resulta “aparentemente” dentro de los límites del derecho, pues, en realidad, parte de haber valorado en mayor medida información por sobre otra, de buscar información para corroborar su idea inicial, de elaborar teorías que permitan llegar a esa conclusión, etc.

Todo esto es, además, especialmente fácil para un juez. Como ha señalado Kahan, el tener más espacio para reflexionar y deliberar, hace a las personas más adeptas en emplear información técnica y un análisis complejo para reforzar ciertas (sus) creencias⁴⁴. Taber y Lodge refuerzan esta idea, al señalar que las personas con más experiencia y conocimiento sobre un determinado tema son capaces de acceder a mayor evidencia que apoye su resultado preferido⁴⁵. Y como ya hemos señalado, los jueces también sufren de una “ilusión de objetividad”, por lo que ese espacio para reflexionar no es empleado para intentos de corrección, al ni siquiera estar conscientes de sufrir sesgo alguno⁴⁶.

Todo esto se aplica plenamente al caso de la prueba ilícita. Un juez sabe que tiene que excluir una

⁴¹ BRAMAN, Eileen y Thomas E. NELSON. “Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes”. En: *American Journal of Political Science* 51. 2007. p. 954.

⁴² SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. Óp. cit. p. 1562.

⁴³ *Ibidem*. Traducción libre.

⁴⁴ KAHAN, Dan M. “The Supreme Court 2010 Term – Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law”. En: *Harvard Law Review* 125. 2011. p. 21.

⁴⁵ TABER, Charles S. y Milton LODGE. “Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs”. En: *American Journal of Political Science* 50. 2006. p. 760.

⁴⁶ PETTY, Richard E., WEGENER, Duane T. y Paul H. WHITE. “Flexible Correction Processes in Social Judgment: Implications for Persuasion”. En: *Social Cognition* 16. 1998. p. 95.

prueba del proceso de ser ilícita, independientemente de si está de acuerdo con dicha norma o no, y especialmente si lo está para el caso en concreto. Sin embargo, si mediante ésta ha tomado conciencia de la culpabilidad o responsabilidad de una de las partes, no podrá simplemente olvidarlo. Su criterio de qué es lo “correcto” o “justo” se lo impedirá.

Al contrario, es claro que sí lo tomará en cuenta. El juez procesará la información vertida en el proceso de tal manera que lo ayude a sustentar esta posición, para al final sentenciar de acuerdo a esta creencia ya formada. Así, la prueba, pese haber sido excluida, tiene un “poder oculto” que termina influyendo en la decisión final del juez.

IV. ANÁLISIS EMPÍRICO SOBRE LA “CONTAMINACIÓN” DE LA DECISIÓN

En la sección anterior, hemos buscado desarrollar alguno de los factores psicológicos que inevitablemente intervienen en la psicología del juez al tener que decidir sobre un proceso que se encuentra contaminado por la prueba ilícita. Para demostrar que el juez incumple con su obligación de excluir la prueba ilícita de su fallo y que, por el contrario, su decisión se encuentra influenciada por dicha prueba, hemos decidido realizar un experimento psicológico que explicaremos a continuación.

A. El caso práctico propuesto

Para demostrar nuestra hipótesis de la contaminación del fallo del juez debido a la presencia de la prueba ilícita, le pedimos a 80 estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica asuman el rol de jueces y resuelvan un caso práctico para demostrar los efectos psicológicos que hemos mencionado anteriormente. Cabe destacar que, si bien no son jueces reales, todos tenían conocimiento de la regulación de la prueba ilícita, al haber llevado cursos relacionados.

A mayor detalle, todos los estudiantes encuestados habían completado los cursos de “Teoría General del Proceso” y “Derecho Procesal Civil”, cursos de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en donde se dictan temas de teoría de la prueba y, en específico, sobre la regulación de la prueba ilícita.

Todos eran, por lo menos, estudiantes de séptimo ciclo de la universidad al momento de ser encuestados, con un promedio de edad de 21 años. La encuesta fue realizada a 38 mujeres y 42 hombres, y no se apreció ninguna diferencia significativa entre las respuestas de estos grupos. La encuesta fue realizada los días 24 y 25 de noviembre del año 2016.

El caso narra la historia de Guillermo, una joven promesa de la música nacional, quien ha sido becado por la Sinfónica de Viena para participar en una gira por toda Europa. Guillermo es atropellado mientras cruzaba la calle tras salir de su clase, perdiendo el uso de ambos brazos. Quien causa el atropello es Alfredo Carrillo, un exitoso empresario que se da a la fuga debido a que su esposa iba a dar a luz en ese momento. De no haberla recogido, su esposa posiblemente hubiese muerto en el parto, es por ello que llama una ambulancia para que se encargue de Guillermo. Alfredo alega que no fue su culpa el accidente, debido a que (i) Guillermo cruzó cuando la luz estaba en verde; (ii) se encontraba manejando a la velocidad permitida (60 k/h); y, (iii) fue Guillermo quien apareció a la mitad de la pista, y él no lo pudo ver hasta que lo chocó.

Asimismo, se menciona en las encuestas que, en casos de atropello sin muerte, los jueces suelen otorgar montos de indemnización entre 10 mil y 100 mil soles, dependiendo de la gravedad del caso, del daño generado, de la culpabilidad del que atropella, etc. Se agregó que, por ejemplo, en el 2011 se dio una indemnización por una pérdida de piernas de 45 mil soles; en el 2014 una de 15 mil soles donde no hubo pérdida permanente; y este mismo año otra de 30 mil soles donde no hubo pérdida permanente, pero el conductor se encontraba en estado de ebriedad.

Es en este punto donde se presentan cuatro variantes del caso, las cuales resultan de gran utilidad para demostrar el poder oculto de la prueba ilícita. Es así que formamos grupos de 20 estudiantes de manera aleatoria presentando cuatro desarrollos del caso distintos, los cuales son los siguientes:

- i) Caso sin prueba alguna: no se presenta ninguna prueba en el proceso, por lo que los participantes del experimento no presentan certeza alguna de la responsabilidad de Alfredo Carrillo.
- ii) Caso con un testigo como prueba: se menciona la presencia en el momento del atropello de Juan Flores, un destacado policía retirado, quien señala que Alfredo Carrillo se había pasado la luz roja y manejaba a alta velocidad y es presentado al proceso como testigo.
- iii) Caso con una prueba ilícita: se presenta al proceso una confesión de Alfredo Carrillo a su abogado donde señala que se había pasado la luz roja, se encontraba a alta velocidad y que había consumido alcohol. Dicha prueba resulta ilícita al haber sido obtenida mediante la intervención de las líneas telefónicas

de Alfredo, sin autorización de quienes eran parte de la conversación.

- iv) Caso con una prueba lícita: Se presenta la misma confesión que en el caso anterior, pero que es obtenida de forma lícita por la novia de Alfredo, quien lo graba mientras almorzaban.

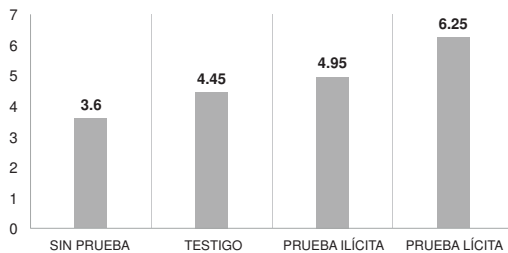
Al finalizar el caso práctico, realizamos dos preguntas para medir los efectos psicológicos de las pruebas en el mismo caso. En primer lugar, consultamos a nuestros encuestados el grado de responsabilidad del conductor, pudiendo calificarlo del 1 al 7, representando el grado 1 una responsabilidad inexistente y el grado 7 una responsabilidad total (Pregunta 1). Asimismo, les consultamos el monto indemnizatorio que otorgarían a Guillermo, especificando la necesidad de expresar una cifra numérica (Pregunta 2).

B. Los resultados

Los resultados obtenidos al finalizar las encuestas pueden verse en los siguientes cuadros:

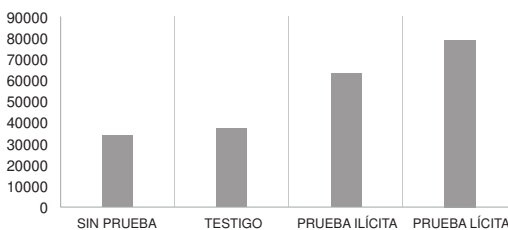
Pregunta 1

Cuadro 1
Grado de responsabilidad



Pregunta 2

Cuadro 2
Indemnización otorgada



Como nos muestra el Cuadro 1, los grados de responsabilidad difieren dependiendo si nos encontramos frente a un caso con la presencia de una prueba o sin ella o si nos encontramos frente a un caso con una prueba lícita o ilícita. Es fundamental destacar que hemos optado por no limitar la respuesta de los entrevistados a una simple respuesta

afirmativa o negativa respecto a la existencia y grado de responsabilidad, sino que hemos buscado dar un amplio margen de respuesta en la búsqueda de determinar cuál es la influencia de la prueba en este aspecto.

Los resultados arrojan que los encuestados, al asumir el rol de jueces, tienden a otorgar un mayor grado de responsabilidad a Alfredo Carrillo al tener la certeza de su culpabilidad a través de la presencia del elemento probatorio. Es claro que la presencia de una duda razonable sobre su grado de culpa hace que el grado de responsabilidad sea menor, pues existe un claro temor de los juzgadores de cometer un error en su juicio.

Es interesante observar cómo varía el grado de responsabilidad otorgado dependiendo del tipo de prueba frente al que nos encontramos. Es claro que los efectos que puede tener presentar un testigo que confirma la culpa del conductor por haberse pasado la luz roja y manejar a alta velocidad es mucho menor que una confesión del mismo conductor sobre dichos hechos, agregando el consumo de alcohol. Es importante destacar que la confesión es acompañada por un tono que muestra la ausencia de arrepentimiento por parte del conductor quien señala a su abogado lo siguiente:

“Hermano, no creo que tenga que pagar mucho al chibolo. Si supieran que me pase la luz roja a toda velocidad y que había tomado 3 chelas, fácil sí. Felizmente nadie sabe y no sabrán. Gracias por ser el mejor abogado”.

El tono de dicha confesión busca la intervención del sentimiento de ira en el juzgador, el cual creemos ha tenido gran influencia en los resultados de nuestro experimento. Ello se ve reflejado en los dos puntos de diferencia que se muestran en el Cuadro 1 entre el grado que se otorga en base a la prueba del testigo y la de la confesión. Por lo tanto, queda demostrado que una prueba acompañada del sentimiento de la ira y con el elemento del alcohol presenta un gran impacto en el fallo del juzgador, tema sobre el cual no podemos profundizar al escapar la finalidad del presente artículo.

Tras haber esbozado algunos de los resultados que han podido obtenerse de nuestras encuestas, pasaremos a analizar el punto central y neurálgico de esta investigación, que es determinar si es posible afirmar que la prueba ilícita no contamina el fallo del juzgador y si es realmente posible cumplir con la regla de exclusión probatoria. Los resultados de nuestras encuestas nos muestran definitivamente lo contrario, pues la confesión del conductor, a pesar de haber sido obtenida ilícitamente mediante la intervención sin autorización de líneas telefóni-

cas, ha obtenido un promedio de grado de responsabilidad mayor en comparación con el caso donde no existe la presencia de prueba alguna e incluso con el caso que contaba con la prueba del testigo.

La teoría nos dice que la regla de exclusión probatoria obligaría a nuestros encuestados a no tomar en cuenta la confesión obtenida de forma ilícita, por lo que el grado de culpa debería ser calificado en el mismo grado que el caso que no exista la prueba. Ello no ha ocurrido. La prueba ilícita ha contaminado el juicio de nuestros jueces llevando a que califiquen la responsabilidad de forma menor a si la prueba fuese lícita, pero muy por encima de lo que manda el derecho fundamental implícito a la exclusión de la prueba ilícita reconocido por nuestro TC.

De hecho, creemos que aquí podemos ver con claridad que se presenta la hipótesis de justicia motivada. En ella, como señalamos, la idea de justicia del juzgador choca con una aplicación estricta de ley. En vez de dejar de lado completamente ambas, el juez cursa procesos sesgados para alcanzar una solución que coincida con su resultado preferido, pero, aparentemente, dentro de los límites de la ley.

Cuando no hay pruebas, los resultados muestran que la valoración es casi exactamente el punto medio (3.6), y la presencia de un testigo como prueba inclina la balanza hacia asignar una mayor responsabilidad (4.45). En el otro extremo, la asignación de responsabilidad es sumamente alta, pese a ser la única prueba (6.25). ¿Y con la prueba ilícita? De no jugar ésta papel alguno, como sugiere la teoría, el resultado debería estar más cerca al punto medio o, por lo menos, no superior a la presencia de una prueba lícita (los testigos).

Sin embargo, la realidad es otra: los juzgadores lo valoran con casi 5 (4.95), siendo inclusive superior a la presencia de un testigo. La idea de justicia de los juzgadores choca con la aplicación de la ley. Sin embargo, estos no pueden ir al extremo de dejar por completo de lado la ley, que sería otorgar un número similar a cuando la prueba es lícita. En cambio, su resultado es coincidente con la teoría del razonamiento motivado: van a llegar a aquel resultado que prefieren, pero dentro de los límites legales.

Por lo tanto, no queda duda alguna que los factores psicológicos que hemos descrito en la sección anterior intervienen en el fallo del juzgador al tener contacto con la prueba ilícita, produciéndose una decisión sesgada por la búsqueda de acercarse en la mayor medida posible a la concepción de justicia que ha sido adquirida de forma previa. En la

búsqueda de confirmar lo apenas señalado, hemos decidido agregar una pregunta relacionada con el monto indemnizatorio otorgado (Cuadro 2), lo cual arroja resultados idénticos a los obtenidos con la primera pregunta (Cuadro 1).

Los montos indemnizatorios otorgados en el caso donde se encuentra la prueba ilícita son nuevamente mayores a los otorgados al caso en que no existe prueba alguna en el proceso. La hipótesis teórica de la regla de exclusión nuevamente no se cumple y podemos advertir fácilmente la influencia de factores psicológicos en el fallo del juez, quien no puede ignorar la presencia de la prueba ilícita, a pesar de tener la obligación de no tomarla en cuenta en su decisión. Es sorprendente como nuestros encuestados han podido otorgar en promedio 30,000 soles por encima del monto correspondiente a la aplicación del principio de exclusión probatoria.

Creemos que con el monto indemnizatorio los encuestados tratan de dar un valor numérico a cuán responsable consideran al conductor. O, en términos de justicia motivada, tratan de materializar su ideal de justicia dentro de los límites legales esperados. En casos sin pruebas o con pruebas débiles los montos no pasan de 40,000, mientras que en el caso de la prueba lícita el monto alcanza el gran total de 80,000. La presencia de la prueba ilícita, cuya falta de valoración debería indicar montos menores a 40,000, resulta en realidad motivando a los jueces a otorgar poco más de 60,000.

Nuevamente vemos que los juzgadores no descartan por completo la ley ni ignoran su sentimiento de justicia: buscan, probablemente sin ser conscientes de ello, un monto que represente aquel resultado que anhelan, pero dentro de los límites de lo esperado. Creemos que ésta es, también, una ventaja del experimento: al haber pedido a los participantes otorgar valoraciones numéricas (en ambas preguntas), podemos ver expresado en números como el resultado preferido es encajado dentro de los límites esperados.

Los resultados obtenidos tras formular la pregunta 2 han sido muy similares a los obtenidos mediante la pregunta 1, quedando demostrado que tanto en la determinación de la responsabilidad como en la determinación del monto indemnizatorio no ha sido posible excluir totalmente el conocimiento que han tenido de la prueba ilícita previo a su fallo. Es así como hemos podido demostrar con este innovador experimento psicológico los efectos contaminadores de la prueba ilícita en la decisión del juez, quien muy difícilmente podrá eliminar su influencia en el fallo por completo. A continuación, propondremos algunos mecanismos que consideramos útiles para combatir sus efectos.

V. ALGUNOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN

A lo largo de este trabajo hemos visto que, desde fundamentos teóricos a aplicaciones prácticas, la prueba ilícita sí “contamina” el proceso al influenciar al juez para tomar una decisión conforme al contenido de ésta, pese haber sido excluida. Esto, que hemos titulado “el poder oculto” de la prueba ilícita, puede variar de situación en situación, dependiendo del juez, del contenido de la prueba ilícita, de la cantidad y calidad de las demás pruebas y argumentos presentados en el proceso, etc. Pero su influencia en el proceso no puede ser desconocida.

Con este conocimiento, ¿qué podemos hacer? O una pregunta anterior, ¿debemos hacer algo? Después de todo, el debate sobre si la prueba ilícita debería estar prohibida o no, es uno sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia, como hemos visto, no tiene respuestas definitivas. Inclusive, en el contexto norteamericano Guido Calabresi llegó a calificar al debate de la prueba ilícita como aquel que mejor define de qué lado de la esfera política se encuentra cada quien⁴⁷. Alguno podrá argumentar, entonces, que el que la prueba ilícita tenga este poder oculto es positivo, en tanto permitirá que el juez condene o responsabilice a quien así lo merece, pese a carecer de otras pruebas que lo sustenten⁴⁸.

No coincidimos con un argumento de este tipo. Creemos, en cambio, que uno puede estar o no de acuerdo con la regulación de la prueba ilícita en nuestro país, pero estando ya regulada como lo está, ésta debe ser aplicada a todos por igual. Lo contrario implica vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Si existe una norma que manda la exclusión de una prueba ilícita, el que el juez la valore no solo torna en irrelevante la propia norma de exclusión⁴⁹, sino que genera una situación de desigualdad entre las partes de un proceso, pues quien sí ha seguido las normas procesales se ve perjudicado frente a la otra parte cuya prueba es valorada cuando no debería serlo. Además, como vimos en el experimento, no todos los jueces sufren de este sesgo, siendo que, si bien la prueba ilícita tiene una fuerte influencia, no es total. En base a ello, podría darse la situación de que situaciones iguales (presencia de la prueba ilícita) reciban un tratamiento desigual (valoración y no valoración) en distintos procesos, lo que tampoco puede ser amparado.

Es por estas consideraciones que vemos como necesario dedicar una sección en este trabajo a comentar algunos de los posibles mecanismos de solución a un fenómeno como el enfrentado. Queremos precisar que sabemos que estos no son, en absoluto, los únicos mecanismos. Pero nuestro objetivo no es hacer un estudio omnicompreensivo sobre este punto (que podría, en cambio, sí ser materia de un próximo trabajo), sino exclusivamente proporcionar ciertas herramientas para mitigar el poder oculto de la prueba ilícita.

Para ello, señalaremos dos tipos de mecanismos. El primero de ellos es una herramienta que puede ser empleada por un litigante que se enfrenta a una parte que ha presentado una prueba ilícita. El segundo, es más bien una opción que puede acoger un sistema jurídico para evitar este tipo de efectos. Esto último implica, ciertamente, una revisión normativa, pero creemos puede ser un primer paso para que dichos cambios puedan ser producidos.

A. Rompiendo la “ilusión de objetividad”

Como hemos venido comentando, un carácter esencial tanto del razonamiento motivado como de la justicia motivada, los cuales hemos visto determinan la forma en que resuelve el juez en este tipo de casos, es que parte de una “ilusión de objetividad”. El juzgador no cree estar resolviendo el caso según aquel resultado que prefiere, pese a que sepa que lo prefiere: cree, en cambio, estar resolviendo desde un punto de vista objetivo.

Esto lleva, dijimos, a que no sienta la necesidad de efectuar una “corrección”, pues no es consciente siquiera de sufrir sesgo alguno. El espacio de reflexión que tiene a su disposición lo emplea, justamente, para argumentar de mejor manera aquello que le permitirá alcanzar su resultado preferido. No así, como podría pensarse, para evaluar si dicha solución es justamente la correcta desde un punto de visto jurídico.

Entonces, ¿qué pasa si rompemos la ilusión? ¿Qué ocurre si hacemos al juez consciente de que podría estar incurriendo en un sesgo de este tipo?

Sood llevo a cabo un experimento en donde concluye que esto puede servir para mitigar los efectos de la prueba ilícita. En sus palabras: “hacer a las personas tomar conciencia de un factor po-

⁴⁷ CALABRESI, Guido. “The Exclusionary Rule”. En: Harvard Journal of Law & Public Policy 111. 2003. p. 111.

⁴⁸ DAN-COHEN, Meir. “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”. En: Harvard Law Review 97. 1984. p. 669.

⁴⁹ KAPLAN, John. “The Limits of the Exclusionary Rule”. En: Stanford Law Review 26. 1974. p. 1037.

tencialmente motivador removió su influencia”⁵⁰. Y la relación parece ser clara: si un juez se torna consciente de que podría estar tomando en consideración factores distintos a los que debería, se rompe su ilusión de objetividad y puede emplear el espacio de reflexión para efectuar una corrección en su decisión.

Sin embargo, ¿cómo hacerlo? A pesar de que a primera vista esta pregunta parezca irrelevante, según los hallazgos de Sood, no lo es. En su experimento, la autora efectuó 3 tipos de “instrucciones”. El primero de ellos era “conciencia”, que consistía en advertir a los participantes que podrían verse influenciados por factores no relevantes desde un punto de vista legal (como sus emociones), y que no deberían tomarlo en consideración⁵¹. El segundo, llamado “derecho”, era explicar a los participantes la lógica detrás de la exclusión de la prueba ilícita, para observar si ello los llevaría a comprometerse con ella⁵². Por último, la tercera instrucción llevaba por nombre “investigación”, y en ella se explicaba a los participantes los hallazgos desde la teoría del razonamiento motivado para ver si dicho conocimiento los llevaría a inmunizar el efecto⁵³.

Los resultados de Sood fueron que solo en el primer caso los participantes mitigaron el efecto de la prueba ilícita, mientras que en los otros casos no se presentaron cambios significativos⁵⁴. Esto demuestra que, ante un juez, un litigante haría mal en realizar una extensa explicación de la prueba ilí-

cita y por qué no debe ser considerada (“derecho”) o explicar en términos psicológicos los efectos que el razonamiento motivado pueden tener (“investigación”). En cambio, el mecanismo más adecuado sería explicar al juez que en una situación como ésta, puede verse influenciado por factores externos, los cuales no deberían ser tomados en cuenta (“conciencia”).

La forma, es también importante. Como señalan Wolf y Montgomery, cuando la advertencia es puesta en términos de que la prueba ilícita “no debe jugar ningún rol” o que el juez “no tiene opción más que descartarla”, esto no suele tener efecto alguno en él⁵⁵. En cambio, es recomendable emplear términos más débiles y suaves⁵⁶, como que la prueba “puede” influenciarlo y que “trate” de ser lo más objetivo posible⁵⁷.

Rompiendo la “ilusión de objetividad” será posible mitigar el poder oculto de la prueba ilícita, pero, posiblemente, no eliminarlo. Ello dependerá del juez, del contenido de la prueba, y otros factores relevantes. En lo que sigue veremos qué se puede hacer desde el sistema legal para tratar aún más de limitar sus efectos.

B. ¿Está todo perdido? La regulación de la prueba ilícita

Escribir sobre qué se puede hacer para mejorar la regulación de la prueba ilícita es muy amplio. La cantidad de opciones legislativas, modelos compa-

⁵⁰ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. cit. p. 1599. Traducción libre.

⁵¹ Ídem. p. 1592.

La instrucción completa era la que sigue: “You will be asked to make some decisions about evidence in a legal case. Factors that are not legally relevant to these decisions—such as your feelings about the defendant’s crime or your desire to punish or not to punish the defendant—may influence your judgments. However, this would violate the purpose of the law. It is important that you think about your responses carefully and not let your personal feelings about legally irrelevant factors influence your decisions about the evidence in this case. Please keep this in mind and try to be as objective as possible in your judgments.”

⁵² Ídem. p. 1593.

La instrucción completa era la que sigue: “You will be asked to make some decisions about evidence in a legal case. If evidence was obtained through an illegal search, the law forbids it from being used because using tainted evidence would damage the reputation of the court. Furthermore, if police officers know that evidence obtained through an illegal search cannot be used, they will be less likely to engage in illegal searches. In some cases the rule may lead to outcomes you disagree with, but its enforcement creates a more honest and fair justice system. Please keep this in mind and try to be as objective as possible in your judgments.”

⁵³ Ibídem.

La instrucción completa es la que sigue: “You will be asked to make some decisions about evidence in a legal case. Research has shown that people’s judgments can be inappropriately influenced by the outcome they desire, without their awareness. One study found that people were more likely to admit tainted evidence and see its discovery as inevitable if they strongly disapproved of the defendant’s crime and wanted to make sure he was punished. Meanwhile, people were less likely to admit tainted evidence and see its discovery as inevitable if they wanted to let the defendant ‘off the hook.’ Please keep this in mind and try to be as objective as possible in your judgments.”

⁵⁴ Ídem. p. 1596.

⁵⁵ WOLF, Sharon y David A. MONTGOMERY. “Effects of Inadmissible Evidence and Level of Judicial Admonishment to Disregard on the Judgments of Mock Jurors”. En: *Journal of Applied Social Psychology* 7. 1977. p. 211.

⁵⁶ LIEBERMAN, Joel D. y Jamie ARNDT. “Understanding the Limits of Limiting Instructions”. En: *Psychology, Public Policy, and Law* 6. 2000. p. 704.

⁵⁷ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. Óp.cit. p. 1597.

rados y doctrinarios, propuestas desde el análisis económico del derecho, desde el análisis psicológico del derecho, etc., son diversos y no es posible aquí hacer un recuento de ellos. Nosotros solo queremos comentar un mecanismo que, creemos, puede servir para limitar los efectos del razonamiento motivado y la justicia motivada.

Como hemos visto, este sesgo psicológico entiendo que el juez tiene un resultado preferido y que, inconscientemente, buscará ese resultado. ¿Y qué pasa si no existe ningún resultado preferido? ¿O si, existiendo, es irrelevante pues nada de lo que él haga podrá permitir alcanzarlo?

Esto no parece posible si el que juzga la prueba ilícita es, a la vez, el que juzga el caso. Al observar la prueba, el juez ya forma un resultado preferido: que se responsabilice a alguna de las partes. Luego, si tiene que tomar una decisión posterior ese resultado va guiar, en términos del razonamiento motivado, el proceso de la información en el proceso para buscar ese resultado.

¿Pero qué sucede si quien juzga la prueba ilícita es una persona distinta a quien juzga el proceso? Asumamos que existen 2 jueces. El Juez 1 es el juez principal del proceso. En él, se presenta una prueba que la otra parte califica de “ilícita”. En vez de tener que observar el juez la prueba para determinar si lo es o no, es posible que ese pedido sea resuelto por el Juez 2, quien sí observará la prueba y sí se formará un resultado preferido del caso. Sin embargo, esto último es irrelevante. El Juez 2 solo puede decidir si la prueba ilícita lo es o no, siendo su resultado preferido irrelevante, pues no tendrá influencia alguna en la decisión final del Juez 1. Este último resolverá con la prueba (si es lícita y por tanto su valoración no genera problema alguno) o sin la prueba.

Observamos, sin embargo, hasta dos problemas con este modelo. En primer lugar, como ha estudiado extensamente Sood, la sola decisión de excluir o no una prueba ya se ve influenciada por el resultado preferido del juez⁵⁸. Al tener el Juez 2 que tomar la decisión de si se debe excluir o no la prueba, ingresa en un razonamiento motivado que le podría llevar a concluir no excluirla, pese a que sí sea ilícita según la regulación de nuestro ordenamiento. Los términos abiertos de que la prueba “vulnera derechos fundamentales” pueden servir para que el juez la califique de lícita.

El segundo problema es que este cambio normativo sólo tendrá sentido cuando la ilicitud de la prueba

es advertida por la otra parte, pues él será quien tenga que pedir al Juez 2 que revise la prueba y la excluya. En cambio, si la ilicitud es determinada “de oficio” por el Juez 1, él ya se verá “contaminado” por ella. Aun cuando se regule de tal forma que el Juez 1, de advertir la ilicitud de oficio, tenga que correr traslado al Juez 2 la determinación de si es ilícita o no, al haber visto ya la prueba habrá generado un resultado preferido.

Creemos que, pese a estos problemas, es un modelo que mejora el actual sistema. En primer lugar, es cierto que se puede presentar un razonamiento motivado en la propia decisión de excluir la prueba, pero no deja de ser cierto que el Juez 2 no tiene tan en cuenta los hechos del caso como el Juez 1, por lo que su inclinación hacia un resultado podría ser inexistente o, en general, débil. Además, siempre será posible emplear la técnica de romper la ilusión de objetividad para mitigar este efecto.

Sobre el segundo problema, es cierto que, de advertirlo de oficio, el poder oculto ya habrá jugado su papel. Sin embargo, esto sólo demanda mayor diligencia por parte de la parte contraria y de los litigantes en general, quienes deberán estar alertas sobre la potencial presentación de una prueba ilícita. Y, nuevamente, siempre será posible emplear la herramienta de romper la ilusión de objetividad del juez.

Creemos que un cambio legislativo de este tipo puede generar efectos positivos, al mitigar a un nivel mínimo los efectos de la prueba ilícita. No, no todo está perdido. El “poder oculto” no tiene por qué determinar siempre el resultado de un caso. Sin embargo, ello requiere más investigación sobre el tema y distintas propuestas de solución a ser debatidas. Esperamos que este trabajo haya resultado un aporte en cuanto a ello.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido como propósito estudiar los efectos ocultos de la prueba ilícita en la decisión de los jueces. Para ello, hemos realizado un análisis comparado sobre el concepto de prueba ilícita, hasta poder concluir que en el Perú ha sido acogido por nuestro TC un concepto restringido de su alcance, el cual se limita a su obtención a través de la vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, hemos podido determinar que el Perú acoge el modelo europeo-continental de la regla de exclusión, configurándose como un derecho fundamental implícito que debe rechazar la admisión al proceso de la prueba ilícita de forma absoluta.

⁵⁸ *Ibidem*.

Sin embargo, hemos observado que, a diferencia de lo señalado por la teoría tradicional, la prueba ilícita sí es considerada por el juez al momento de tomar su decisión, aun cuando él no sea consciente de ello. Esto se debe a un factor psicológico llamado justicia motivada, que hace que cuando los objetivos de justicia del juez choquen con aquello que le ordena una aplicación estricta de la ley, lejos de asumir plenamente cualquiera de estos extremos, el juez cursa un proceso de razonamiento motivado que le hace llegar a aquel resultado que prefiere, aparentemente dentro de los límites legales. Lejos de ser este un estudio solo teórico, hemos también llevado a cabo una prueba empírica que demuestra que este factor se presenta en la realidad.

Siendo conscientes del poder oculto que tiene la prueba ilícita, hemos también sugerido hasta dos mecanismos de solución que pueden emplear, en un caso, los litigantes y, en el otro, un sistema legal para mitigar los efectos de ella.

Llegados a este punto, podemos decir que la investigación realizada no está exenta de críticas, sobre todo en referencia a su límite y alcance. Sin embargo, creemos que constituye una primera aproximación a un tema que, hasta donde hemos podido revisar, no ha recibido atención por parte de la doctrina nacional e inclusive muy poca a nivel internacional. Por ello, esperamos que a partir de ella puedan surgir nuevas y más completas investigaciones, las cuales enfrenen el problema que representa para nuestro sistema el poder oculto de la prueba ilícita. 🏛️

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Decreto Legislativo 957 (Nuevo Código Procesal Penal).

Decreto Supremo 009-93-EM "Aprueban el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas".

Resolución Ministerial 10-93-JUS (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil)

Doctrina

BACON, Francis. "The new organon and related writings". Nueva York: Liberal Arts Press. 1960.

BOINEY, Lindsley G., KENNEDY, Jane y PETE NYE. "Instrumental Bias in Motivated Reasoning: More When More Is Needed". En: *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 72. 1997. <https://doi.org/10.1006/obhd.1997.2729>

BRAMAN, Eileen. "Reasoning on the Threshold: Testing the Separability of Preferences in Legal Decision Making". En: *The Journal of Politics* 68. 2006. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2508.2006.00408.x>

BRAMAN, Eileen y THOMAS E. NELSON. "Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes". En: *American Journal of Political Science* 51. 2007. <https://doi.org/10.2139/ssrn.910207>

BULLARD, Alfredo. "El árbitro es un animal (racional). Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje". En: CASTILLO FREYRE, Mario (editor). "Panorama Actual del Arbitraje 2015". Lima: Thomson Reuters/THĒMIS. 2015.

BULLARD, Alfredo. "Cortando la manzana: psicología, neurociencia y técnicas de persuasión en los litigios". En: BULLARD, Alfredo (editor). "Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva". Lima: Palestra Editores. 2016.

CALABRESI, Guido. "The Exclusionary Rule". En: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 111. 2003.

DAN-COHEN, Meir. "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law". En: *Harvard Law Review* 97. 1984. <https://doi.org/10.2307/1340892>

DANIELE, M. "Regole di esclusione e regole di valutazione della prova". Torino: Giappichelli, Torino. 2009.

DRAGO, Mario y JOSÉ MARÍA DE LA JARA. "La justicia intuitiva. Consecuencias ocultas de la concesión de una medida cautelar". En: PRIORI, Giovanni (coordinador). "Sobre la tutela cautelar". Lima: Editorial Jurídica Thēmis. 2015.

FIDALGO GALLARDO, C. "La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América". En: *Tribunales de Justicia* 5. 2003.

GINER ALEGRÍA, César. "Prueba prohibido y prueba ilícita". En: *Anuales de Derecho* 26. 2008.

GOSSEL, Karl. "La prueba ilícita en el proceso penal". En: *Revista de Derecho Penal*. 2001.

KAHAN, Dan M. "The Supreme Court 2010 Term – Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law". En: *Harvard Law Review* 125. 2011. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1910391>

- KAPLAN, John. "The Limits of the Exclusionary Rule". En: *Stanford Law Review* 26. 1974. <https://doi.org/10.2307/1227690>.
- KUNDA, Ziva. "The Case for Motivated Reasoning". En: *Psychological Bulletin* 108. 1990.
- LIEBERMAN, Joel D. y Jamie ARNDT. "Understanding the Limits of Limiting Instructions". En: *Psychology, Public Policy, and Law* 6. 2000. <https://doi.org/10.1037//1076-8971.6.3.677>.
- LORD, Charles G., ROSS, Lee y Mark R. LEPPER. "Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence". En: *Journal of Personality and Social Psychology* 37. 1979. <https://doi.org/10.1037//0022-3514.37.11.2098>
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones". En: *Revista Catalana de Seguretat Pública* 22. 2010.
- PARRA QUIJANO, Jairo. "Pruebas Ilícitas". En: *Ius et veritas* 14. 1997.
- PEER, Eyal y Eyal GAMLIEL. "Heuristics and Biases in Judicial Decisions". En: *Court Review* 49. 2013.
- PELLEGRINI, Ada. "Pruebas Ilícitas". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 1. 2000.
- PETTY, Richard E., WEGENER, Duane T. y Paul H. WHITE. "Flexible Correction Processes in Social Judgment: Implications for Persuasion". En: *Social Cognition* 16. 1998. <https://doi.org/10.1521/soco.1998.16.1.93>
- SOOD, Avani Mehta. "Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review". En: *The Annual Review of Law and Social Science* 9. 2013. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134023>
- SOOD, Avani Mehta. "Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule". En: *The Georgetown Law Journal* 103. 2015.
- TABER, Charles S. y Milton LODGE. "Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs". En: *American Journal of Political Science* 50. 2006. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2006.00214.x>
- THAMAN, Stephen C. (editor). "Exclusionary Rules in Comparative Law". Nueva York: Springer. 2013. <https://doi.org/10.1007/978-94-007-5348-8>
- VILLA GARCÍA, Javier. "La prueba prohibida en el proceso civil". En: "Proceso y Constitución: Las Garantías del Justo Proceso". Lima: Palestra Editores. 2013.
- WISTRICH, Andrew J., RACHLINSKI, Jeffrey J. y Chris GUTHRIE. "Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law of Follow Their Feelings?". En: *Texas Law Review* 93. 2015.
- WOLF, Sharon y David A. MONTGOMERY. "Effects of Inadmissible Evidence and Level of Judicial Admonishment to Disregard on the Judgments of Mock Jurors". En: *Journal of Applied Social Psychology* 7. 1977. <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1977.tb00746.x>
- ZAPATA GARCÍA, M.F. "La prueba Ilícita". Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2004.

Jurisprudencia

Burdeau v. McDowell (256 US. 465) 1921.

Schenk v. Suiza. 12 de julio de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán 14 de junio de 1960 (BGHS 14. 358. 365).

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano recaída sobre el Expedientes 34/1973.

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano recaída sobre el Expedientes 81/1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano recaída en el Expediente 114/1984, de fecha 29 de noviembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 20532-2003-HC/TC, de fecha 15 de setiembre del 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 00655-2010-PHC/TC, de fecha 12 de julio de 1988. Fundamento Jurídico 7.

United States v. Janis, (428 U.S. 433). 1976.

United States v. Verdugo-Urquidez (494 US 259). 1990.