

EL PODER OCULTO DE LA PRUEBA ILÍCITA: ¿QUÉ PUEDE DECIRNOS LA ECONOMÍA Y LA PSICOLOGÍA?¹

Eduardo Iñiguez²
Raúl Feijoo³

Sumilla: En el presente artículo, los autores evalúan los efectos económicos y psicológicos de la “prueba ilícita” en el Perú. Para ello, parten de delimitar su concepto y entender la racionalidad económica detrás de él, para luego analizar si esta cumple, en la realidad, con su pretendido objetivo. 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 el sistema jurídico peruano, para mitigar los efectos de la prueba ilícita y reconciliar, así, su función económica con la realidad.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas consideraciones sobre la prueba ilícita. A. El concepto de prueba ilícita. B. El principio de exclusión probatoria. C. La racionalidad económica de la exclusión probatoria. III. El poder oculto: razonamiento motivado y justicia motivada. A. ¿Puede usted cambiar de opinión? El razonamiento motivado. B. La hipótesis de la justicia motivada. IV. Análisis empírico sobre la “contaminación” de la decisión. A. El caso práctico propuesto. B. Los resultados. V. Algunos mecanismos de solución. A. Rompiendo la “ilusión de objetividad”. B. ¿Está todo perdido? La regulación de la prueba ilícita. VI. Conclusiones.

Palabras claves: Prueba ilícita, Decisión judicial, Razonamiento motivado, Análisis económico del derecho

“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 de nuestro país

¹ 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.

² Alumno de undécimo 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 THÉMIS. Practicante de Bullard Falla Ezcurra +.

³ Alumno de undécimo 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.

–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 internacionales,⁴ pero ya inclusive nacionales⁵, 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.

Adicionalmente, esta regla de exclusión, que es conocida como la “regla de exclusión probatoria”, respondería a una racionalidad económica: según cierta doctrina desde el análisis económico del derecho, la razón detrás de excluir pruebas obtenidas mediante medios ilícitos existe para disuadir (*deter*) que las personas incurran en dichos comportamientos ilícitos. Al saber las personas que tales pruebas no serán valoradas por los jueces, se dice, simplemente dejen de buscarlas.

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 y pueda ser de ayuda para los operadores jurídicos de nuestro país. Al hacerlo, no solo destacamos un factor psicológico siempre presente, sino que denunciemos 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,

⁴ Ver: WISTRICH, Andrew J., RACHLINSKI, Jeffrey J. y Chris GUTHRIE. “Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?”. En: *Texas Law Review* 93. 2015.

⁵ 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.

expondremos unas breves consideraciones sobre la “prueba ilícita”, desde fundamentos teóricos a su regulación en nuestro país; así como la racionalidad económica detrás de ella. 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 (entre ellos, el Perú), 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 conceptuales⁶.

Una primera aproximación a nuestro concepto de prueba ilícita puede encontrarse en la definición esbozada por 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”⁷. Por otro lado, la profesora Ada Pellegrini la ha definido como aquella “obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contrarias a principios constitucionales”⁸.

En ese sentido, podemos identificar, a primera vista, que el concepto de prueba ilícita puede tener una concepción bastante amplia que va desde la vulneración de normas legales hasta el conflicto con los principios constitucionales y derechos fundamentales, siendo necesaria la delimitación de su ámbito de aplicación para 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”⁹. 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

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En: Revista Catalana de Seguretat Pública 22. 2010.

⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: *Ius et veritas* 14. 1997. p. 37.

⁸ PELLEGRINI, Ada. “Pruebas Ilícitas”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 1. 2000. p. 299.

⁹ Sentencia 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365).

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”¹⁰. 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 lo 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 1ª del Capítulo 2º 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 Constitución¹¹. 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”¹². Sin embargo, creemos que es clara la búsqueda de esbozar un concepto restringido de prueba ilícita.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC), inicialmente presentó una concepción amplia de lo 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 inutilizable¹³. 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 No. 00655-2010-PHC/TC, definiendo qué es prueba prohibida, su naturaleza jurídica y los efectos que ésta produce en el proceso. En el considerando 15 de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional define la prueba prohibida de la siguiente manera: “De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una **prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de los derechos de rango legal o infralegal**” (el resaltado es nuestro).

¹⁰ GOSSEL, Karl. “La prueba ilícita en el proceso penal”. En: Revista de Derecho Penal. 2001.

¹¹ STC 114/1984, del 29 de noviembre.

¹² GINER ALEGRÍA, César. “Prueba prohibido y prueba ilícita”. En: ANALES DE DERECHO 26. 2008. p. 582.

¹³ Expediente No. 20532-2003-HC/TC, de fecha 15 de setiembre del 2003.

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. Cabe preguntarnos ¿no es posible, entonces, excluir una prueba que presenta una irregular incorporación al proceso?

Consideramos que en nuestro ordenamiento aquella prueba que no cumpla con las reglas para su presentación en el proceso debe rechazarse, pero 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 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*)¹⁴.

En ese sentido, en el caso *US vs Janis* se declaró que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales 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”¹⁵. La doctrina española ha considerado que nos encontramos en el modelo norteamericano frente a un principio que se fundamenta en razones pragmáticas, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas¹⁶.

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 particulares¹⁷ o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense¹⁸, 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

¹⁴ ZAPATA GARCÍA, M.F. “La prueba ilícita”. Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2004.

¹⁵ Caso *Janis vs Usa* 1976.

¹⁶ FIDALGO GALLARDO, C. “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”. En: *Tribunales de Justicia* 5. 2003.

¹⁷ Caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921.

¹⁸ Caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990.

carácter subordinado o meramente instrumental. Sobre esto volveremos en el siguiente apartado.

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 inconstitucional¹⁹. La doctrina italiana ha considerado que las reglas de exclusión son “estrictas y difícilmente eludibles por los jueces”²⁰ 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 STC 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 justo²¹.

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 la naturaleza jurídica de la prueba ilícita:

“(…) en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.”²² (El resaltado es nuestro).

Por lo tanto, para el TC la prueba ilícita es un derecho fundamental y, además, una regla de exclusión de la fuente de prueba del proceso que debe ser concebida de

¹⁹ SSTC 34/1973 y 81/1993.

²⁰ DANIELE, M. “Regole di esclusione e regole di valutazione della prova”. Torino: Giappichelli, Torino. 2009. p. 29.

²¹ Sentencia de 12 de julio de 1988 Caso SCHENK contra Suiza.

²² Expediente No. 00655-2010-PHC/TC, fundamento 7.

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”²³.

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”.

Finalmente, debemos mencionar que el Código Procesal Civil, 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 capítulo 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.

C. La racionalidad económica de la exclusión probatoria

Como antes hemos señalado, si bien en el contexto norteamericano se ha postulado más de una justificación para excluir aquellas pruebas obtenidas de manera ilícita²⁴, quienes han estudiado (ya sea para apoyar²⁵ o combatir²⁶) la prueba ilícita desde una óptica económica, han calificado solo una de estas justificaciones como esencial: su efecto disuasivo (*deterrence*)²⁷.

Para explicar este postulado, debemos recordar que en Estados Unidos la regla de exclusión probatoria no tiene lugar frente a toda obtención de pruebas realizada mediante medios ilegales, sino únicamente cuando quienes han obtenido tales pruebas forman parte del cuerpo policial²⁸.

La razón es sencilla. La fuerza policial, se dice, llevará a cabo investigaciones y/o búsqueda de pruebas de cualquier manera posible, inclusive si estos medios son de

²³ 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.

²⁴ KAMISAR, Yale. “Does (Did) (Should) The Exclusionary Rule Rest on a “Principled Basis” Rather Than An “Empirical Proposition”?”. En: Creighton Law Review 16, 1982-1983.

²⁵ OLIVER, Wesley MacNeil. “Toward a Better Categorical Balance of the Costs and Benefits of the Exclusionary Rule”. En: Buffalo Criminal Law Review 9, 2005.

²⁶ STANDEN, Jeffrey. “The Exclusionary Rule and Damages: An Economic Comparison of Private Remedies for Unconstitutional Police Conduct”. En: Brigham Young University Law Review 2000, 2000.

²⁷ SLOBOGIN, Christopher. “Why Liberals Should Chuck The Exclusionary Rule”. En: University of Illinois Law Review 1999, 1999, p. 368.

²⁸ STEWART, Potter. “The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases”. En: Columbia Law Review 83, 1983, p. 1372.

carácter ilícito. Por ello, es necesaria la presencia de reglas que disuadan y/o impidan comportamientos de este tipo.

Este es el lugar de la regla de exclusión probatoria: si las fuerzas policiales saben que las pruebas que obtengan de manera ilícita no tendrán ningún efecto, dejarán de incurrir en tales comportamientos, pues hacerlo carecería de sentido. Si el jurado y/o los jueces no podrán valorar tales pruebas y tendrán que excluirlas, el cuerpo policial dejará, sencillamente, de buscarlas.

Por su puesto, desde el propio análisis económico del derecho se han realizado diversas críticas a la regla de exclusión probatoria, no siendo pocos quienes directamente abogan por su eliminación. En primer lugar, se ha cuestionado la idea de que esta tendría un efecto disuasivo, habiendo quienes han realizado estudios empíricos con resultados que parecerían indicar que no existe efecto disuasivo alguno²⁹ o, por lo menos, este no puede (ni podría) ser medido³⁰. Esto podría responder al hecho que si “la policía es tan propensa a realizar violaciones constituciones como la Corte asume, no se verán disuadidos”³¹.

Inclusive, autores tan reconocidos como Richard Posner han señalado que esta regla generaría un efecto “sobre-disuasivo”, “porque el costo privado (y social) impuesto al gobierno puede exceder de gran manera el costo social de la conducta prohibida”³². Aún más, sigue Posner, la exclusión probatoria “viola el criterio de Pareto al imponer una pérdida por peso muerto –la supresión de evidencia socialmente valiosa– que habría sido evitada si el oficial gubernamental hubiese, en cambio, sido multado”³³.

Independientemente de estas críticas, queremos partir desde el postulado básico de disuasión aún sostenido por cierta doctrina económica y analizar a partir de él lo que una óptica psicológica puede aportarnos. Esto nos permitirá cuestionar también desde esta perspectiva la regla de la exclusión probatoria o, de ser el caso, ofrecer respuestas a las críticas desde el análisis económico del derecho.

Antes de continuar, queremos precisar que si bien en el contexto norteamericano se ha explicado tanto la racionalidad de esta regla como sus críticas solo considerando como agente al cuerpo policial, vemos posible ampliar dicho espectro inclusive a particulares, allí donde (como en nuestro país), la regla de exclusión probatoria no se encuentra dirigida a aquel grupo en particular. Después de todo, si la regla en efecto *disuade*, no vemos porque solo podría tener dicho efecto sobre algún tipo de persona en aquellos sistemas en donde se encuentra prohibida para todos.

²⁹ OAKS, Dallin H. “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”. En: The University of Chicago Law Review 37, 1970.; y, NARDULLI, Peter F. “The Societal Cost of the Exclusionary Rule: An Empirical Assessment”. En: American Bar Foundation Research Journal 3, 1983.

³⁰ ALSCHULER, Albert W. “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”. En: The University of Chicago Law Review 75, 2008

³¹ JANCOBI, Tonja. “The Law and Economics of the Exclusionary Rule”. En: Notre Dame Law Review 87, 2013, p. 675. Traducción libre.

³² POSNER, Richard. “Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases”. En: Washington Law Review 57, 1982, p. 638. Traducción libre.

³³ Ibidem. Traducción libre.

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 divergente³⁴, pero si se ordena su exclusión, es lógico entender que no puede ser valorada, pues de lo contrario su exclusión carece de sentido³⁵.

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 referencia un reciente trabajo de la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berkeley, Avani Mehta Sood. En una investigación publicada en 2015³⁶, 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”³⁷. Es más, ella inclusive plantea una hipótesis que queremos replicar en este trabajo, que es la “hipótesis de la justicia motivada”³⁸, 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

³⁴ 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.

³⁵ Una cosa distinta son las excepciones a la exclusión, que hemos señalado en la sección anterior.

³⁶ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. En: The Georgetown Law Journal 103. 2015.

³⁷ 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.

³⁸ Ídem. pp. 1561 y siguientes.

policial. Este artículo aborda la regla de la exclusión desde un ángulo distinto”³⁹.

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 predeterminación mantener inviolada la autoridad de su conclusión anterior.”⁴⁰

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 probadas⁴¹. 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”⁴².

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.”⁴³

Que no es otra cosa que decir que los *decision makers*, o tomadores de decisiones, no siempre parten de 0 al tomar una decisión, sino que muchas veces tienen una preferencia sobre el resultado. Una persona puede saber que su decisión tendrá

³⁹ Ídem. p. 1560. Traducción libre.

⁴⁰ BACON, Francis. “The new organon and related writings”. Nueva York: Liberal Arts Press. 1960. (Publicado originalmente en 1620). Traducción libre.

⁴¹ 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.

⁴² 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.

⁴³ 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.

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 omnicomprensiva 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”⁴⁴. 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 preferido⁴⁵, o Kunda considera que puede hacer que combinen, de manera creativa, la información disponible para construir teorías que apoyen de manera lógica esa conclusión⁴⁶.

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 buscado⁴⁷. Además, no suelen cursar procesos de este tipo cuando existe clara y concluyente evidencia de lo contrario (aun estando en contra de ello)⁴⁸.

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 cree estar actuando con suficiente objetividad como para no caer en su elección *solo* porque lo prefiere⁴⁹. 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

⁴⁴ KUNDA, Ziva. “The Case for Motivated Reasoning”. En: Psychological Bulletin 108. 1990. p. 408. Traducción libre.

⁴⁵ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. cit. p. 1561.

⁴⁶ KUNDA, Ziva. Op. cit. p. 483.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ BRAMAN, Eileen. “Reasoning on the Threshold: Testing the Separability of Preferences in Legal Decision Making”. En: The Journal of Politics 68. 2006. p. 319.

⁴⁹ 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.

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”⁵⁰.

Para Sood, los jueces al decidir un caso se encuentran frente a 2 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.”⁵¹

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,

⁵⁰ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. cit. p. 1562.

⁵¹ *Ibidem*. Traducción libre.

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) creencias⁵². 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 preferido⁵³. 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 alguno⁵⁴.

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

El caso narra la historia de Guillermo, una joven promesa de la música nacional,

⁵² 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.

⁵³ TABER, Charles S. y Milton LODGE. “Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs”. En: American Journal of Political Science 50. 2006. p. 760.

⁵⁴ 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.

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



Pregunta 2



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 telefónicas, 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.

En este punto queremos volver sobre la racionalidad económica de la exclusión probatoria. Siendo que hemos podido demostrar que la prueba ilícita sí es considerada por el juez al momento de tomar su decisión, la pregunta inmediata es: ¿cumple la regla de exclusión con su pretendido efecto disuasivo?

Si una persona sabe que pese a incurrir en actos ilícitos la prueba así obtenida igual generará un efecto en la valoración final del juez, esta podría incurrir en dichos actos si no tiene otra manera de acceder a pruebas diversas o si, aun teniéndolas, estas no son determinantes. Pese a las consecuencias, civiles o penales, que puedan derivarse de obtener tales pruebas, una persona podría optar por asumirlas a cambio de generar el efecto en el juez que, sabe, va a generar.

La regla de exclusión falla en disuadir.

Por supuesto, esto no implica que toda persona incurrirá en tales actos. Pero ello sería así aún bajo el supuesto en el que no exista regla de exclusión probatoria alguna. La regla de exclusión probatoria solo tiene sentido (desde una óptica económica) si logra de manera *efectiva* disuadir a las personas a incurrir en tales actos. Ello, hemos visto, no es así.

Por ello, 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 quien⁵⁵. 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 sustenten⁵⁶.

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 exclusión⁵⁷, 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.

Otra opción, por supuesto, sería proponer eliminar toda regla de exclusión probatoria en absoluto. Esta es de hecho a conclusión a la que el análisis realizado nos lleva de manera inmediata pues, como hemos visto, no genera los efectos que busca lograr.

Sin embargo, aun cuando esta podría ser una opción válida, creemos que realizar una propuesta de este tipo implicaría realizar un análisis más profundo sobre cómo funcionaría un sistema sin regla de exclusión alguna, tanto desde un punto de vista económico como uno psicológico; así como un análisis de las alternativas con las que un sistema de este tipo debería contar.

Siendo que lo anterior excede los límites de este trabajo, vemos como necesario dedicar una sección en este trabajo a comentar algunos de los posibles mecanismos de solución a un fenómeno como el enfrentado que puedan solucionar

⁵⁵ CALABRESI, Guido. "The Exclusionary Rule". En: Harvard Journal of Law & Public Policy 111. 2003. p. 111.

⁵⁶ DAN-COHEN, Meir. "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law". En: Harvard Law Review 97. 1984. p. 669.

⁵⁷ KAPLAN, John. "The Limits of the Exclusionary Rule". En: Stanford Law Review 26. 1974. p. 1037.

la problemática que hemos podido identificar en nuestro ordenamiento jurídico, así como en otros, sin que ello implique una absoluta eliminación de la regla de exclusión probatoria. 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 vista 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 potencialmente motivador removi6 su influencia”⁵⁸. 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

⁵⁸ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. cit. p. 1599. Traducción libre.

tomarlo en consideración⁵⁹. 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 ella⁶⁰. 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 efecto⁶¹.

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 significativos⁶². Esto demuestra que, ante un juez, un litigante haría mal en realizar una extensa explicación de la prueba ilícita 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 él⁶³. En cambio, es recomendable emplear términos más débiles y suaves⁶⁴, como que la prueba “puede” influenciarlo y que “trate” de ser lo más objetivo posible⁶⁵.

⁵⁹ 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.”

⁶⁰ 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.”

⁶¹ *Ibidem*.

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.”

⁶² Ídem. p. 1596.

⁶³ 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.

⁶⁴ LIEBERMAN, Joel D. y Jamie ARNDT. “Understanding the Limits of Limiting Instructions”. En: *Psychology, Public Policy, and Law* 6. 2000. p. 704.

⁶⁵ SOOD, Avani Mehta. “Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule”. cit. p. 1597.

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, de modo que sea posible limitar aún más los efectos de la prueba ilícita en un ordenamiento como el nuestro.

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 comparados 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 entiende 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 a 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 juez⁶⁶. 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.

⁶⁶ Ibidem.

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 nacional. 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 en nuestro país 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 para nuestra sociedad.

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. Finalmente en este punto, hemos analizado la racionalidad económica detrás de tal regla, que consiste en disuadir a las personas a incurrir en los actos ilícitos necesarios para obtener tales pruebas.

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 la realidad de nuestro país.

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 enfrenten el problema que representa para nuestro sistema el poder oculto de la prueba ilícita.

Bibliografía

ALSCHULER, Albert W. "Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic". En: The University of Chicago Law Review 75, 2008.

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.

BRAMAN, Eileen. "Reasoning on the Threshold: Testing the Separability of Preferences in Legal Decision Making". En: The Journal of Politics 68. 2006.

BRAMAN, Eileen y Thomas E. NELSON. "Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes". En: American Journal of Political Science 51. 2007.

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.

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: ANALES DE DERECHO 26. 2008.

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

JANCOBI, Tonja. "The Law and Economics of the Exclusionary Rule". En: Notre Dame Law Review 87, 2013, p. 675.

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.

KAMISAR, Yale. "Does (Did) (Should) The Exclusionary Rule Rest on a "Principled Basis" Rather Than An "Empirical Proposition"?". En: Creighton Law Review 16, 1982-1983.

KAPLAN, John. "The Limits of the Exclusionary Rule". En: Stanford Law Review 26. 1974.

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.

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.

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

NARDULLI, Peter F. "The Societal Cost of the Exclusionary Rule: An Empirical Assessment". En: American Bar Foundation Research Journal 3, 1983.

OAKS, Dallin H. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure". En: The University of Chicago Law Review 37, 1970.

OLIVER, Wesley MacNeil. "Toward a Better Categorical Balance of the Costs and Benefits of the Exclusionary Rule". En: Buffalo Criminal Law Review 9, 2005.

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.

POSNER, Richard. "Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases". En: Washington Law Review 57, 1982.

SLOBOGIN, Christopher. "Why Liberals Should Chuck The Exclusionary Rule". En: University of Illinois Law Review 1999, 1999.

SOOD, Avani Mehta. "Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review". En: The Annual Review of Law and Social Science 9. 2013.

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

STANDEN, Jeffrey. "The Exclusionary Rule and Damages: An Economic Comparison of Private Remedies for Unconstitutional Police Conduct". En: Brigham Young University Law Review 2000, 2000.

STEWART, Potter. "The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases". En: Columbia Law Review 83, 1983.

TABER, Charles S. y Milton LODGE. "Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs". En: American Journal of Political Science 50. 2006.

THAMAN, Stephen C. (editor). "Exclusionary Rules in Comparative Law". Nueva York: Springer. 2013.

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 or 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.

ZAPATA GARCÍA, M.F. "La prueba ilícita". Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2004.

Anexo

Caso 1

Guillermo Toscaino es una joven promesa de la música nacional, por su gran habilidad con el violonchelo, de 21 años. Tanto así, que pese a sus humildes orígenes, acaba de recibir una beca de la Sinfónica de Viena para participar en una gira por toda Europa.

Un mes antes de su viaje, cuando salía de sus clases de música, cruzó una avenida por donde, creía, no pasaba carro alguno. Sin embargo, repentinamente, apareció un auto que lo chocó y empujó un par de metros. En ese momento, sintió un fuerte dolor, sobre todo en los brazos, y se desmayó. Mientras tanto, el que lo atropelló se fue a la fuga, abandonándolo en la pista.

Días después, se levantó en la cama de un hospital, antes de que el doctor encargado le dijese que si bien iba a vivir sin problemas, había perdido para siempre el uso de ambos brazos.

Además, le comunicaron que quien lo había atropellado fue quien llamó a la ambulancia horas después para que lo recojan. Su nombre es Alfredo Carrillo, exitoso empresario de 33 años, quien dijo que no pudo recogerlo pues su esposa iba a dar a luz en ese momento, y si él no la recogía sufría grave peligro de morir en el parto.

Asimismo, Alfredo señaló que si bien él lamenta el suceso y está dispuesto a apoyar a las autoridades en todo lo que necesiten, no fue su culpa pues: (i) Cruzó cuando la luz estaba en verde; (ii) lo hizo 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 lo que lo chocó.

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. 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 estaba borracho.

Imagine que usted es juez del caso y debe resolver con solo la información otorgada. Responda las siguientes preguntas:

1. ¿Qué grado de responsabilidad cree tiene el conductor? (Siendo 1 nula, y 7 total)

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7.

2. ¿Qué monto de indemnización otorgaría?

Caso 2

Guillermo Toscaino es una joven promesa de la música nacional, por su gran habilidad con el violonchelo, de 21 años. Tanto así, que pese a sus humildes orígenes, acaba de recibir una beca de la Sinfónica de Viena para participar en una gira por toda Europa.

Un mes antes de su viaje, cuando salía de sus clases de música, cruzó una avenida por donde, creía, no pasaba carro alguno. Sin embargo, repentinamente, apareció un auto que lo chocó y empujó un par de metros. En ese momento, sintió un fuerte dolor, sobre todo en los brazos, y se desmayó. Mientras tanto, el que lo atropelló se fue a la fuga, abandonándolo en la pista.

Días después, se levantó en la cama de un hospital, antes de que el doctor encargado le dijese que si bien iba a vivir sin problemas, había perdido para siempre el uso de ambos brazos.

Además, le comunicaron que quien lo había atropellado fue quien llamó a la ambulancia horas después para que lo recojan. Su nombre es Alfredo Carrillo, exitoso empresario de 33 años, quien dijo que no pudo recogerlo pues su esposa iba a dar a luz en ese momento, y si él no la recogía sufría grave peligro de morir en el parto.

Asimismo, Alfredo señaló que si bien él lamenta el suceso y está dispuesto a apoyar a las autoridades en todo lo que necesiten, no fue su culpa pues: (i) Cruzó cuando la luz estaba en verde; (ii) lo hizo 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 lo que lo chocó.

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. 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 estaba borracho.

En el proceso, se presentó una prueba basada en el testimonio de un testigo, quien señaló que había visto a Alfredo pasarse la luz roja y que, a su parecer, sí estaba manejando más rápido que lo permitido. Este testigo era un destacado policía retirado, Juan Flores.

Imagine que usted es juez del caso y debe resolver con solo la información otorgada. Responda las siguientes preguntas:

1. ¿Qué grado de responsabilidad cree tiene el conductor? (Siendo 1 nula, y 7 total)

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7.

2. ¿Qué monto de indemnización otorgaría?

Caso 3

Guillermo Toscaino es una joven promesa de la música nacional, por su gran habilidad con el violonchelo, de 21 años. Tanto así, que pese a sus humildes orígenes, acaba de recibir una beca de la Sinfónica de Viena para participar en una gira por toda Europa.

Un mes antes de su viaje, cuando salía de sus clases de música, cruzó una avenida por donde, creía, no pasaba carro alguno. Sin embargo, repentinamente, apareció un auto que lo chocó y empujó un par de metros. En ese momento, sintió un fuerte dolor, sobre todo en los brazos, y se desmayó. Mientras tanto, el que lo atropelló se fue a la fuga, abandonándolo en la pista.

Días después, se levantó en la cama de un hospital, antes de que el doctor encargado le dijese que si bien iba a vivir sin problemas, había perdido para siempre el uso de ambos brazos.

Además, le comunicaron que quien lo había atropellado fue quien llamó a la ambulancia horas después para que lo recojan. Su nombre es Alfredo Carrillo, exitoso empresario de 33 años, quien dijo que no pudo recogerlo pues su esposa iba a dar a luz en ese momento, y si él no la recogía sufría grave peligro de morir en el parto.

Asimismo, Alfredo señaló que si bien él lamenta el suceso y está dispuesto a apoyar a las autoridades en todo lo que necesiten, no fue su culpa pues: (i) Cruzó cuando la luz estaba en verde; (ii) lo hizo 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 lo que lo chocó.

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. 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 estaba borracho.

En el proceso, Guillermo presenta una prueba con la siguiente confesión: *“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 problema es que luego en el proceso se descubrió que esta confesión la obtuvo de manera ilícita, al intervenir ilegalmente las líneas telefónicas de Alfredo. En consecuencia, el juez la excluyó del proceso por ser prueba ilícita y no puede ser tomada en cuenta.

Imagine que usted es juez del caso y debe resolver con solo la información otorgada. Responda las siguientes preguntas:

1. ¿Qué grado de responsabilidad cree tiene el conductor? (Siendo 1 nula, y 7 total)

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7.

2. ¿Qué monto de indemnización otorgaría?

Caso 4

Guillermo Toscaino es una joven promesa de la música nacional, por su gran habilidad con el violonchelo, de 21 años. Tanto así, que pese a sus humildes orígenes, acaba de recibir una beca de la Sinfónica de Viena para participar en una gira por toda Europa.

Un mes antes de su viaje, cuando salía de sus clases de música, cruzó una avenida por donde, creía, no pasaba carro alguno. Sin embargo, repentinamente, apareció un auto que lo chocó y empujó un par de metros. En ese momento, sintió un fuerte dolor, sobre todo en los brazos, y se desmayó. Mientras tanto, el que lo atropelló se fue a la fuga, abandonándolo en la pista.

Días después, se levantó en la cama de un hospital, antes de que el doctor encargado le dijese que si bien iba a vivir sin problemas, había perdido para siempre el uso de ambos brazos.

Además, le comunicaron que quien lo había atropellado fue quien llamó a la ambulancia horas después para que lo recojan. Su nombre es Alfredo Carrillo, exitoso empresario de 33 años, quien dijo que no pudo recogerlo pues su esposa iba a dar a luz en ese momento, y si él no la recogía sufría grave peligro de morir en el parto.

Asimismo, Alfredo señaló que si bien él lamenta el suceso y está dispuesto a apoyar a las autoridades en todo lo que necesiten, no fue su culpa pues: (i) Cruzó cuando la luz estaba en verde; (ii) lo hizo 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 lo que lo chocó.

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. 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 estaba borracho.

En el proceso, Guillermo presenta una prueba con la siguiente confesión: *“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”*. Ello fue grabado por Adriana Fernandini, novia de Alfredo, quien lo grabó mientras almorzaban. Prueba considerada permitida por nuestro ordenamiento.

Imagine que usted es juez del caso y debe resolver con solo la información otorgada. Responda las siguientes preguntas:

1. ¿Qué grado de responsabilidad cree tiene el conductor? (Siendo 1 nula, y 7 total)

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.

2. ¿Qué monto de indemnización otorgaría?