

ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA  
DE LAS GRABACIONES OBTENIDAS  
A TRAVÉS DE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”\*  
*AN ANALYSIS OF THE VALIDITY AND PROBATIVE VALUE  
OF TAPES OBTAINED WITH “WIRE TRAPS”*

Juan Antonio ROSAS CASTAÑEDA\*\*

**RESUMEN:** La validez probatoria de la grabación de conversaciones privadas realizada por uno de los interlocutores a través de las denominadas “trampas de escuchas” comporta una previa evaluación respecto a si dicha conducta vulnera el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y la garantía de la no autoincriminación del imputado. Sin embargo, este primer nivel de análisis no basta para que el juzgador otorgue eficacia probatoria a la prueba así obtenida, debe verificar el cumplimiento de ciertos requisitos para asegurarse que lo contenido en la grabación magnetofónica o videográfica es auténtico y creíble. La autenticidad de la prueba se verifica a través de las diligencias de reconocimiento aplicable a la prueba documental o a través de una pericia; mientras que el plus de credibilidad se obtiene de la confrontación con otras pruebas que también hayan sido obtenidas e incorporadas legalmente al proceso.

**Palabras claves:** prueba, validez probatoria, eficacia probatoria, trampas de escuchas, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones.

**ABSTRACT:** *The probative value recording private conversations made by one of the speakers across the so-called “wire traps” implies a prior assessment as to whether such conduct violates the right to privacy, the secrecy of communications and the guarantee of non-self-incrimination of the accused. However, this first level of analysis is not sufficient for the judge to give probative effectiveness to the evidence thus obtained, must verify compliance with certain requirements to ensure that the content of the tape recording or video is authentic and credible. The authenticity of the evidence is verified through the formalities applicable to the recognition of documentary evidence or through an expertise; while the “bonus” for credibility is obtained from the comparison with other tests also have been lawfully obtained and incorporated to the process.*

**Descriptors:** *Evidence, probative value, probative effectiveness, wire traps, right to privacy.*

\* Artículo recibido el 25 de febrero de 2008 y aceptado para su publicación el 2 de junio de 2008.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones previas. Los requisitos para las interceptaciones de comunicaciones en el marco de una investigación oficial*. III. *Primer nivel de análisis. No se vulnera los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, ni la garantía de no autoincriminación cuando uno de los interlocutores capta la conversación mediante “trampas de escuchas”*. IV. *Segundo nivel de análisis. Requisitos de eficacia probatoria de la prueba videográfica o magnetofónica mediante “trampas de escuchas”*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Muchas veces hemos visto en los programas periodísticos de televisión la presentación de audios o videos que captan conversaciones privadas con el objetivo de demostrar la comisión de un hecho ilícito; en especial, es usual que se utilice para acreditar actos de corrupción de funcionarios públicos, donde estos funcionarios públicos confiesan sus delitos. Es común que la captación de esta conversación por uno de los interlocutores haya sido realizada mediante el método de “trampas de escuchas”; esto es, que sin saber que está siendo grabado el sujeto sometido a “trampas de escuchas”<sup>1</sup> es inducido por su interlocutor, la más de las veces un periodista, a confesar la comisión de un delito en el que ha participado o a delatar a un tercero.

En el mundo periodístico (o incluso entre particulares) este es un método válido de obtención de información, pero cuando trasladamos el problema al ámbito procesal penal, cabe preguntarnos ¿el documento incorporado al proceso obtenido a través de “trampas de escuchas” puede tener validez probatoria y ser incorporado al proceso penal como prueba de cargo contra el interlocutor que confiesa un delito? Y luego, si es incorporado al proceso ¿cuáles son los requisitos para que este documento goce de eficacia probatoria y pueda ser valorado por el juzgador al momento de emitir su sentencia?

La respuesta a la primera interrogante pasa por establecer si el método de obtención de información descrito, vulnera o no derechos

<sup>1</sup> Véase, al respecto, Roxin, Claus, “Comentarios a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de la escucha”, trad. de Montserrat de Hoyos Sancho, *Poder Judicial*, núm. 47, 1997, pp. 179-205.

o garantías fundamentales. En el derecho comparado podemos advertir dos posiciones. La primera niega a este método validez probatoria, porque considera que cuando el interlocutor capta, almacena y difunde una conversación privada, afecta gravemente los derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad, en perjuicio del otro interlocutor. Además, argumenta esta postura que el engaño al que es sometido el interlocutor perjudicado, invalida la “trampa de escuchas”, porque se le vulnera la garantía que prohíbe la autoincriminación.

La segunda posición, la cual compartimos y demostraremos en el segundo apartado, considera que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Porque, la intimidad y el secreto de las comunicaciones privadas sólo son exigibles a los terceros ajenos a la conversación y no al interlocutor que la escucha, que puede, eventualmente, captar, almacenar y luego difundir la declaración que escuchó. Y respecto a la garantía que prohíbe la autoincriminación, se dice que en relación a los particulares, que es el ámbito en el que se desenvuelve la “trampa de escuchas”, esta garantía no se puede hacer valer.

Una vez pasado este primer tamiz, entramos a la segunda interrogante planteada, es decir, el problema de los requisitos de eficacia probatoria de los documentos obtenidos a través del método de “trampas de escuchas”, donde se examinan los requisitos de admisibilidad. Ya que si la prueba obtenida a través de “trampas de escuchas” puede ser válida, carece de eficacia probatoria por dudarse de su autenticidad.

Sólo cuando se realiza un análisis en estos dos niveles, el juzgador puede, en la última etapa por la que atraviesa la prueba, valorar ese documento y basarse en él para sustentar una sentencia condenatoria.

En ese sentido, el objetivo de este artículo es establecer los niveles de análisis por los que debe transcurrir el juzgador cuando se encuentra ante el problema de valorar un documento obtenido a través de trampas de escuchas.

Siendo así, este artículo ha quedado dividido en tres apartados. En el primero, advirtiendo que cualquier intromisión en la conversación de terceros invalida las pruebas así obtenidas, salvo cuando se trata de interceptaciones autorizadas por un juez en el curso de investigaciones oficiales, establecemos los requisitos legales de esas interceptacio-

nes. Este apartado nos sirve para introducirnos e identificar nuestro problema, ya que el método de “trampas de escuchas” se sitúa en el ámbito de los particulares.

El segundo apartado se encuentra destinado a resolver la primera interrogante, referida a la validez de la prueba obtenida a través del método de “trampas de escuchas”, que constituye el primer nivel de análisis al que debe enfrentarse el juzgador, demostrando que la utilización de dicho método no vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto a las comunicaciones privadas, ni la garantía que prohíbe la autoincriminación. Finalmente, el tercer apartado se encuentra destinado a revisar el segundo nivel de análisis que debe efectuar el juzgador cuando se enfrenta ante el problema de examinar la eficacia probatoria de la trampa de escuchas.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS. LOS REQUISITOS PARA LAS INTERCEPTACIONES DE COMUNICACIONES EN EL MARCO DE UNA INVESTIGACIÓN OFICIAL

En esa línea, lo primero que debe tener en cuenta un juzgador cuando se enfrenta ante el problema de las “trampas de escuchas”, es identificar el ámbito de protección de derechos fundamentales e identificar al sujeto que captó y almacenó una conversación privada.

En principio, el juez debe advertir que las Constituciones modernas resguardan el derecho a la intimidad, y el derecho deriva al secreto de las comunicaciones privadas.<sup>2</sup> Se trata del derecho que tiene la persona de disponer de una esfera privada de libertad, un ámbito doméstico (que funciona como su reducto infranqueable o zona intangible) el cual no puede ser invadido por terceros (otros individuos

<sup>2</sup> La normativa supranacional contempla en el artículo 11.2.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parte de la protección de la honra y a la dignidad, que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos se manifiesta diciendo: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”, y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se atiene exactamente a los mismos términos.

y el propio Estado), mediante intromisiones o avasallamientos sin permiso ni justificación; se caracteriza por su contenido extramatrimonial, perpetuo y oponible *erga omnes*.<sup>3</sup>

Por ello, se considera a estos derechos como elementos indispensables del Estado de derecho,<sup>4</sup> que prohíben la intromisión de terceros en la esfera privada del sujeto, en su vida íntima y personal, en el resguardo y secreto de sus comunicaciones privadas.<sup>5</sup>

Si el juzgador encuentra que es un tercero el que ha captado la conversación en la que no ha participado, deberá declarar la vulneración de esos derechos fundamentales y que la prueba así obtenida carece completamente de validez probatoria. Este supuesto, obviamente comprende a los agentes estatales de persecución del delito.

Sin embargo, desde hace mucho tiempo, los avances en la tecnología han permitido la creación de técnicas capaces de interceptar, almacenar y difundir conversaciones de terceros. Estas técnicas han sido puestas al servicio de las necesidades de investigación criminal, en especial cuando se aplica para dilucidar las actividades de organizaciones criminales.<sup>6</sup>

Pero es claro, como anota Guerrero Peralta, que:

Los componentes constitucionales del derecho a la intimidad son un dique frente a la investigación penal. Tanto en materia de registros, como de interceptación de comunicaciones, se impone la disciplina de reserva legal (los motivos para su procedencia deben estar contemplados en la ley) y reserva judicial (ambos requieren de autorización judicial).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Maljar, Daniel E., *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ad Hoc, s. f., p. 287.

<sup>4</sup> Cfr. Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS, 2000, p. 13.

<sup>5</sup> Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Lima, Rao, 1999, p. 129; Warren, Samuel y Brandeis, Louis, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Cívitas, 1995; Vidal Martínez, Jaime, "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, núm. 432, 1980, pp. 1042-1057; Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Cívitas, 1995.

<sup>6</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *La criminalidad organizada*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 15 y ss.; López-Fragoso Álvarez, Tomás Vicente, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1991.

<sup>7</sup> Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 54.

Entonces, la posibilidad de escuchar la conversación privada de terceros sólo es legal cuando se hace en el marco de una investigación criminal, y se presentan los supuestos fácticos claramente establecidos en la ley (la reserva legal) y cuando un juez penal competente autoriza de manera motivada que respete los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad, dicha medida limitativa de derecho (reserva judicial).<sup>8</sup>

Así, Joan Queralt precisa que esos principios deben respetarse cuando el juez autoriza la detención o captura de documentos y papeles privados, pero aún más cuando se trata de interceptación de comunicaciones por medios técnicos o escuchas telefónicas:

Si bien para la detención y lectura de papeles y documentos, se prevé que se lleve a cabo *sólo cuando hubiere indicios graves que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa*. O lo que es lo mismo: se pone el acento en los principios de necesidad, *idoneidad y proporcionalidad* (por todas, STEDH 30-7-1998; SSTC 181/1995 —fj 5 ss.—, 54/1996 —fj 7—, 202/2001 —fj 2—; SSTS 5-9-1999, 4-4 y 7-6-2002; ATS 18-6-1992). Estos principios deben presidir, con más razón aun, la intervención de las comunicaciones en todas sus fases policiales y judiciales, de petición, autorización, observación, incorporación a la causa, transcripción y conservación. *La interpretación conforme a la Constitución y la intrasistemática que demanda toda norma jurídica impone forzosamente esta delimitación*. Dicho en otras palabras: no procede la intervención de las (tele)comunicaciones ni por todas las infracciones —sólo por las graves— ni, aun siendo los hechos graves, si existen otros medios investigadores menos lesivos (SSTC 39/1987, 160/1994, 50 y 181/1995, 54/1996), doctrina que el Tribunal Supremo, aunque parece seguir, lo hace, al menos en ocasiones, de modo muy laxo (por ejemplo, STS 7-4-1997).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Aragoneses Martínez, Sara *et al.*, *Derecho procesal penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 371; Pascua, Francisco Javier, *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*, Córdoba, Cuyo, s. f., p. 104.

<sup>9</sup> *Cfr.* Queralt, Joan, “Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre el letrado y el cliente”, en varios autores, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI, Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, p. 1140.

Los fundamentos y procedimientos para que el juez autorice la interceptación de comunicaciones privadas se encuentran regulados en los artículos 230 y 231 del Nuevo Código Procesal Penal de Perú. En la legislación peruana vigente, la Ley núm. 27697, modificada por el Decreto Legislativo núm. 991, establece los casos precisos en los que cabe la autorización judicial para que el Ministerio Público, a través de la policía nacional, intercepte comunicaciones privadas en el marco de una investigación criminal.<sup>10</sup>

El Tribunal Supremo alemán ha fundamentado la necesidad de autorización judicial en la adopción de medidas restrictivas de derechos durante la investigación criminal, como el registro domiciliario, situación que es extensible al supuesto de interceptación de conversaciones privadas, en el sentido que:

La finalidad de protección que orienta el derecho fundamental se expresa a favor de la interpretación textual. En realidad, parece ser que para el caso del registro por vía de ejecución judicial, el peligro de los abusos es menor que en otros casos... La intervención que se lleve a cabo a través de un registro sólo puede llevarse a cabo, por tanto, cuando previamente una instancia dotada con independencia judicial, ha examinado si se dan los presupuestos legales.<sup>11</sup>

Por su parte, la jurisprudencia española,<sup>12</sup> apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>13</sup> ha delineado

<sup>10</sup> Para un estudio de la legislación vigente en materia de interceptaciones telefónicas véase Ugaz Zegarra, Fernando, “Comentarios al Decreto Legislativo 991”, *Jus Legisación*, núm. 7, julio de 2007, p. 416.

<sup>11</sup> Schwabw, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Jurídica Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 278.

<sup>12</sup> STC 143/2003, 54/1996, 26/1981; SSTC 200/1997 —f j 4—, 166/1999 —f j 7—, 126/2000 —f j 7—, 299/2000 —f j 4—; SSTC 238/1989, 160/1994, 50/1995, 49, 54 y 170/1996, 200/1997, 192/2002; STS, 23 de diciembre de 1994 y 7 de julio de 1993.

<sup>13</sup> STEDH de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela) y de 18 de febrero de 2003 (caso Prado Bugallo), aquí se precisó que: “30. La Cour estime cependant que les garanties introduites par la loi de 1988 ne répondent pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour, notamment dans les arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*, pour éviter les abus. Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d’une limite à la durée d’exécution de la mesure,

las condiciones y requisitos mínimos que debe contener una resolución judicial que autoriza las interceptaciones de las comunicaciones privadas:

Mandamiento judicial motivado y emitido dentro de unas diligencias penales.

Indicios de la perpetración de un hecho, más allá de las sospechas o conjeturas.

Mantenimiento del principio de proporcionalidad, reservando esta diligencia a los hechos de mayor gravedad y trascendencia.

Observancia de los principios de necesidad, esto es, que no hay otro medio de investigación.

El concreto número de abonados que habrán de ser objeto de investigación.

Un límite temporal para la intervención, los periodos en que, mientras esté vigente la intervención, tendrá que producirse la dación de cuenta por parte de la policía judicial al juez de instrucción.

Así como el delito o delitos que es o son objeto de diligencias.

Y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al juzgado autorizante u ordenante.

Pues en un Estado de derecho no se acepta la idea de que en la búsqueda de la verdad, en un proceso penal, se sacrifiquen los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

En conclusión, queda claro que toda intromisión de terceros en las comunicaciones de un individuo resulta lesivo a su derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones, y cualquier prueba así obtenida resulta siendo inválida. Sólo es válida la prueba obtenida me-

et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, tâche qui est laissée à la compétence exclusive du greffier du tribunal. Ces insuffisances concernent également les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins d'un contrôle éventuel par le juge et par la défense. La loi ne contient aucune disposition à cet égard”.

diante la interceptación de comunicaciones privadas cuando media una autorización judicial debidamente motivada, respetuosa de los requisitos aquí enunciados.

Entonces, cuando el juez advierte que fue un tercero, que no contaba con autorización judicial, el que interceptó la conversación privada que queda contenida en un documento, deberá declarar su invalidez probatoria y no admitirla al proceso penal.

Pero, cosa diferente sucede con el método de captación de conversaciones a través de “trampas de escuchas”, donde no se produce una intromisión de un tercero en la conversación privada que sostienen dos o más sujetos, sino que, por el contrario es uno de los interlocutores el que provoca al otro u otros a confesar la comisión de un delito para captar esa declaración, almacenarla y luego difundirla, como veremos a continuación.

### III. PRIMER NIVEL DE ANÁLISIS. NO SE VULNERA LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, NI LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN CUANDO UNO DE LOS INTERLOCUTORES CAPTA LA CONVERSACIÓN MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”

1. *No se vulnera el derecho de intimidad y al secreto de las comunicaciones cuando uno de los interlocutores capta la conversación mediante “trampas de escuchas”*

Ahora bien, ya dentro del tema que nos ocupa, una vez que el juzgador advirtió que la conversación fue captada por uno de los interlocutores, debe pasar a examinar si esta situación implica una vulneración a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones privadas.

Así, Climet Durán considera que las intervenciones orales consisten en grabar la propia conversación con un interlocutor, a fin de utilizar esa grabación como un medio probatorio contra dicho interlocutor o contra un tercero. La conversación puede ser personal o en

directo, o también telefónica; y la grabación puede hacerse por vía magnetofónica o videográfica.<sup>14</sup>

La respuesta satisfactoria al problema que surge, pasa necesariamente por comprobar si la prueba videográfica o magnetofónica obtenida mediante “trampas de escuchas” por uno de los interlocutores, ha violentado o no derechos fundamentales.<sup>15</sup> Ya que, como se sabe, por las reglas de exclusión probatoria, una prueba obtenida en violación de derechos fundamentales carece de validez probatoria y debe ser excluida del proceso.<sup>16</sup> Los derechos fundamentales que se encuentran aquí en juego son los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Para Climent Durán, en estos casos no es preciso una previa autorización judicial, como sin duda es preceptivo en el caso de que se trate de interceptar la conversación telefónica mantenida entre dos personas ajenas a quien realiza tal interceptación, ya que, cuando se graba la conversación en que interviene personalmente quien realiza la grabación, no resulta vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.<sup>17</sup>

Una refutación a esta posibilidad proviene de una sentencia de un Tribunal de los Estados Unidos, consignada por Jauchen,<sup>18</sup> que cuestiona la técnica de la “trampa de escuchas” y priva de valor probatorio a la prueba así obtenida, se sostuvo que:

<sup>14</sup> Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, t. II, p. 1946.

<sup>15</sup> Cfr. Navajas Ramos, Luis, “La prueba videográfica en el proceso penal, su valor y límites para su obtención”, *Eguzkilore*, San Sebastián, núm. 12, diciembre de 1998, p. 151; Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, t. I, p. 343; Torres Morato, Miguel *et al.*, *La prueba ilícita penal*, Navarra, Aranzandi, 2000, p. 240.

<sup>16</sup> Cfr. Díaz Cabiale, José Antonio *et al.*, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 65 y ss.; Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores de Puerto, 2001, pp. 7 y ss.; Zapata García, María, *La prueba ilícita*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pp. 27 y ss.; Urbano Castrillo, Eduardo de *et al.*, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Navarra, Aranzandi, 2003, pp. 42 y ss.

<sup>17</sup> Climent Durán, *op. cit.*, nota 14, pp. 1946 y 1947.

<sup>18</sup> Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 208 y 209.

Cuando uno invita a otra persona a su casa u oficina asume el riesgo de que el visitante pueda repetir todo lo que escucha y observa durante la visita. Pero de allí no se desprende que quien invita a otra acepta también el riesgo de que lo que vio o escuchó sea transmitido por fotografías o grabaciones audiovisuales. Una interpretación diferente tendría perniciosos efectos sobre la dignidad humana.<sup>19</sup>

En la misma línea argumental se indicó que:

En el momento que yo decido hablar con otra persona, estoy abandonando cualquier defensa relativa a la privacidad. Después de todo, estoy hablando con una persona y debo saber que siempre existe el riesgo que esa persona hable con otros. Si es así, también podría asumir el riesgo de que me esté grabando. Pero esto, ¿es realmente así? ¿O es que hay algo oculto? El engaño se potencia, porque no adoptamos las mismas actitudes en general cuando hablamos a un número pequeño de personas que cuando lo hacemos frente a un número desconocido. Además, se puede asumir el riesgo de contradecir los dichos de otro con alguna expectativas de éxito; sin embargo, es evidente que no es lo mismo contradecir mi propia voz o imagen, por lo que el riesgo asumido es bien diferente.<sup>20</sup>

Entonces, para esta posición, una “trampa de escuchas” vulneraría una “expectativa de privacidad”, porque el sujeto no sabe que está siendo grabado, y por tanto no mide la información que proporciona a su interlocutor y en realidad no quiere que se sepa esa información que le desfavorece. De lo que se deduce, entonces, que la intromisión al derecho constitucional a la intimidad mediante “trampas de escuchas” requeriría de autorización judicial, y de no mediar ésta la prueba así obtenida tendría que ser excluida del proceso.

Ante esto, hay que tener en cuenta en primer lugar lo dicho por Jauchen:

Los particulares tienen derecho a efectuar investigaciones respecto a la comisión de delitos, para lo cual pueden utilizar legítimamente medios

<sup>19</sup> Caso “Dietmann vs. Time”, Tribunal de Circuito núm. 9.449 F. 2d 245. 9 th Cir., 1971.

<sup>20</sup> Smolla, Rodney, “Qualified, Intimacy, Celebrity and the Case for a Newsgathering Privilege”, 33 *Rich. L Rev.*, p. 1233.

técnicos ocultos de obtención de registros con el fin de presentarlos como prueba ante la autoridad, y este modo de proceder no afecta en modo alguno el derecho a la intimidad ni el de no autoincriminación, siendo absolutamente válidos como medios de prueba.<sup>21</sup>

Que se relaciona estrechamente al derecho a probar, que le asiste a todas las partes procesales, y por tanto también a la parte civil, que puede aportar medios de prueba para acreditar el delito cometido en su contra.<sup>22</sup>

Entonces, en primer lugar, los particulares pueden efectuar investigación criminal y aportar las pruebas que obtengan al juzgador, de manera oportuna, y cumpliendo los requisitos legales para el efecto.

Por otro lado, el argumento que invalida la prueba obtenida por un particular, mediante la grabación de una conversación privada en la que participó, es refutado por Montero Aroca,<sup>23</sup> quien precisa que el supuesto de que uno de los intervinientes en una comunicación telefónica proceda a grabar la conversación mantenida, y de que el soporte físico de la misma lo presente después en un proceso laboral, fue el estudiado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984,<sup>24</sup> de 29 de noviembre, en la que se contribuyó que esa

<sup>21</sup> Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, cit., nota 18, pp. 207 y 208.

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional ha dicho sobre el derecho a la prueba que: “se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”. STC, exp. núm. 6712-2005-HC-TC.

<sup>23</sup> Montero Aroca, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 23 y 24.

<sup>24</sup> El derecho al “secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial” no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición de todos del “secreto”— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que en el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura-

grabación no es contraria al derecho del artículo 18.3 de la Constitución Española (en el caso peruano, el artículo 2, inciso 10 de la Constitución Política). La grabación por uno de los documentos no afecta al secreto de las comunicaciones y, desde luego, no guarda relación con la intervención realizada por resolución judicial en un proceso penal en marcha.<sup>25</sup> Ya que no hay secreto para aquél al que

ra de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). No hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3, CE, la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser en muchos casos el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocorre, en efecto, que el concepto del “secreto” en el artículo 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es “secreto”, en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que se pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del “secreto” no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, si no, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3, CE, un posible “deber de reserva” que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.3, CE). Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en un escrito de alegaciones). La grabación en sí —al margen sin empleo ulterior— sólo podría constituir un ilícito sobre la base de un reconocimiento hipotético “derecho a la voz” que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena, sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (artículo 7.6 de la citada LO 1/1982. “utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”).

<sup>25</sup> STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/4263): “Las conversaciones que un ciudadano, simple particular, no perteneciente al Poder pueda tener con otro, pueden grabarse por aquél sin precisar autorización judicial. En este sentido se pronuncia la Resolución de esta Sala 8831994, de 11 de mayo, que sostiene que: a) Como es sabido,

va dirigida la comunicación, y la Constitución no exige que el interlocutor “guarde el secreto” de lo que se le ha dicho, esto es, no hay una “expectativa de privacidad”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia española ha considerado que el mandato constitucional que consagra el secreto a las comunicaciones no vincula a los particulares. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español 1179/2001, de fecha 20 de julio, precisó que:

En relación a la grabación de la conversación privada por uno de los intervinientes, debemos declarar su validez —cuestión distinta es la va-

los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son derechos previos a la existencia de éste. Por el contrario, los derechos fundamentales no producen ninguna vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros. Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, solo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del efecto horizontal de los derechos fundamentales. b) Dicho esto, es claro, en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto a comunicado a otros, sean mantenidos en secreto, por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pueda otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el artículo 18, CE, no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro. c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que la comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamientos Criminal, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso.

loración que puede hacerse de ella—, por estimar que una grabación en tales circunstancias no está sujeta al estándar de garantía que protege el secreto de las comunicaciones. En efecto, la norma constitucional del artículo 18.3 se dirige inequívocamente a garantizar su impermeabilidad por terceros ajenos a los conversadores, lo que es indispensable para configurar el ilícito constitucional. En tal sentido se pueden citar las STC núm. 114/1984, de 19 de noviembre, y la de esta Sala, de 5 de febrero de 1996, “el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, sin que, en principio, pueda generar efectos en el plano horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos”.

Entonces, queda claro que no hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. El contenido formal del secreto de las comunicaciones implica que sólo puede hacerse valer respecto de terceros en la comunicación, esto es, que los terceros, ajenos a la comunicación, están prohibidos de escucharla, almacenarla o difundirla. La norma constitucional no prohíbe que el participante de la comunicación capte o divulgue su contenido, porque él es el destinatario de la conversación, salvo que el contenido de la misma revele información sobre la vida íntima o la intimidad personal de los interlocutores que no sabían que estaban siendo grabados.<sup>26</sup> Y porque lo único que hace la cinta videográfica o magnetofónica es reproducir lo que el participante en la conversación vio con sus ojos y escuchó con sus oídos. La Sentencia del Tribunal Supremo español 977/1999, de 17 de junio, se pronuncia en ese sentido:

Lo que grabó David fue lo que le exhibió y dijo el acusado, es decir lo que vio con sus ojos y lo que oyó con sus oídos. Ninguna otra cosa aporta la grabación, y no existe inconveniente alguno para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y toma constancia de lo que el acusado dijo y exhibió ante su presencia, grabación que viene a corroborar las declaraciones que el menor depuso ante la policía y posteriormente en el proceso criminal.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español 883/1994, de 11 de mayo.

Y además, porque no existe esa expectativa de “privacidad”, la Constitución no exige que el interlocutor guarde el secreto de lo que se le ha dicho. Pretender ello es extender indebidamente un aspecto de protección al derecho a la intimidad que la Constitución no realiza, y además, porque en las manifestaciones verbales, la expectativa de privacidad sobre la información se pierde una vez que el imputado decide brindar esa información a terceras personas, sin importar que desconozca que está siendo grabado.<sup>27</sup> Así lo sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo español 1215/1994, de 29 de septiembre:

Esta Sala admite la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírsele a la otra, ya que no ataca a la intimidad ni al derecho de las comunicaciones: cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico (Sentencia de 1o. de marzo e 1996). Pretender que el derecho a la intimidad alcance inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que pudiera otorgar al derecho a la intimidad. En otras palabras: el artículo 18 de la Constitución no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro (sentencia de 11 de mayo de 1994). En análogo sentido, las sentencias de 30 de mayo de 1995, 5 de febrero y 27 de noviembre de 1998.

Eduardo Jauchen<sup>28</sup> ofrece un argumento adicional para considerar que el derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones no se ve violentado por una “trampa de escuchas”, en el sentido que:

a) El delincuente no actúa en ejercicio de la intimidad ni podría ampararse en ella. La comisión o confesión de un delito a un particular puede ser “clandestina”, entorno que siempre aprovecha el su-

<sup>27</sup> Bovino, Alberto y Pinto, Federico, “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en Plazas Florencia y Hazzan, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 296.

<sup>28</sup> Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, cit., nota 18, pp. 216 y 217.

jeto para delinquir procurando impunidad, lo cual es muy diferente a “intimidad”.

b) Está de por medio el orden público y la “seguridad jurídica” comprometida, y confrontada con la garantía a la intimidad, esta última sucumbe, aunque existiera.

c) Quien mantiene un diálogo con otra persona, por cualquier medio de comunicación que fuere, confesando sus actividades delictivas, se expone libre y voluntariamente a que su interlocutor pueda luego delatarlo, asume el riesgo, renunciando de este modo a una “razonable expectativa de privacidad”

d) Lo anterior en nada cambia por el hecho de que el interlocutor, además de escucharlo, personalmente esté grabando o filmando ocultamente el diálogo; la resignación, a la que se expone el delincuente, legitima esta subrepticia forma de adquisición probatoria.

e) La garantía de la intimidad no alcanza al delincuente, quien con su hecho la desborda e invalida.<sup>29</sup>

f) El particular que, frente a un hecho delictivo, actúa y obtiene pruebas en forma oculta en legítima defensa, ya sea de sí mismo, de un tercero o de la comunidad, despeja cualquier eventual antijuridicidad que pudiera reprocharse a sus métodos de comprobación, pues se encuentran cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal.<sup>30</sup>

g) Si se admite que quien se expone de un modo de hacer visto o escuchado por terceros en una determinada conducta, renuncia en gran medida a su intimidad, cuánto más renuncia quien actúa delictivamente y lo transmite a un tercero.

h) El principio procesal penal de la “libertad probatoria”, según el cual “todo se puede probar y por cualquier medio”, involucra la absoluta validez de estos medios de prueba, aunque hayan sido obtenidos en forma oculta. La ocultación del medio técnico utilizado es irrelevante frente al resto de los argumentos enumerados anteriormente.

Desde esta perspectiva, si la captación de la conversación ha sido realizada por uno de los interlocutores, no se puede considerar prue-

<sup>29</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo, “La cámara oculta y el proceso penal”, *Zeus*, núm. 6055, 19 de noviembre de 1998, p. 2.

<sup>30</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, pp. 122 y ss.

ba ilícita<sup>31</sup> que atente los derechos constitucionales a la intimidad (artículo 2.7 de la Constitución Política del Perú), al secreto e inviolabilidad en las comunicaciones privadas (artículo 2.10 de la Constitución Política del Perú).<sup>32</sup>

En suma, en este nivel de análisis, el juzgador debe advertir que el método de “trampas de escuchas” no vulnera los derechos constitucionales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, ya que cuando un sujeto emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio, sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico.

2. *No se vulnera la garantía de no autoincriminación cuando uno de los interlocutores capta la conversación mediante “trampas de escuchas”*

Una situación más complicada se suscita cuando se analiza el problema de la “trampa de escuchas” en relación con la garantía de no-autoincriminación,<sup>33</sup> que se encuentra regulado en el artículo 139.3 de la Constitución Política. En ese supuesto, se cuestiona la libre determinación del sujeto, que es engañado para declararse culpable de un delito, pues de no mediar el engaño el sujeto no habría confesado el delito.

<sup>31</sup> Véase, al respecto, Navajas Ramos, Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 161; Carbone, Carlos, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 155; Pascua, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 8, p. 108.

<sup>32</sup> *Cfr.* Jaén Vallejo, Manuel, *Justicia penal en la jurisprudencia constitucional 2000*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 193; Morales Prats, Fermín *et al.*, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzandi, 1999, pp. 325 y 326; Bramont Arias Torres y García Cantizano, *Manual de derecho penal*, Lima, San Marcos, 1997, p. 196; García Toma, Víctor, *Los derechos humanos y la Constitución*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001, p. 101; San Martín Castro, César *et al.*, *Delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 87.

<sup>33</sup> *Cfr.* Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 104 y 105; Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, p. 88; Reaño Peschiera, José, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores, 2004, pp. 106 y ss.

Así reseña esta postura Eduardo Jauchen:

La segunda postula de que esta forma se conculcaría el derecho a la autoincriminación, con base en el artículo 38 de la Constitución Nacional, según el cual “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, sosteniéndose que quien es objeto de captación por alguno de estos medios, cuando comenta a su interlocutor que cometió o va a cometer un delito, o bien lo amenaza con un delito en su perjuicio, dichas manifestaciones no podrían ser luego utilizadas en su contra en virtud de aquel principio.<sup>34</sup>

En ese sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Huesca, en España, que ha cuestionado la grabación de una conversación privada hecha por uno de los interlocutores, que luego se utiliza en un proceso penal, ya que supone desconocer el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Así dice la referida sentencia:

No debemos reconocer validez a la indicada grabación pues si lo hiciéramos, en nuestra opinión, *desconoceríamos el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos, y a no confesarse culpables*, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, *pues la conversación grabada no surge espontáneamente sino que fue provocada por el acusado S. y su novia con la predeterminedada intención de que la misma terminara surtiendo efectos en este proceso*, sin que los otros dos acusados tuvieran la mas mínima idea de ello, por lo que, lógicamente, *se expresaron libremente pero sin ser advertidos de sus derechos constitucionales y procesales como imputados* ni del hecho mismo de que, indirectamente, estaban haciendo toda una declaración, pues sus manifestaciones quedaban documentadas para ser aportadas a un proceso criminal en curso.<sup>35</sup>

Así también la jurisprudencia brasileña se ha decantado por esa solución. El Tribunal Supremo Federal de Brasil, mediante su sentencia del 13 de diciembre de 1994, resolvió que es inadmisibles como

<sup>34</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, cit., nota 18, pp. 217 y 218; Kent, Jorge y Figueroa, Federico, “Las grabaciones telefónicas subrepticias. Conculcación de los derechos a la privacidad y defensa en juicio. La inexcusable dispensa judicial”, *LL*, 6 de abril de 1991, p. 3.

<sup>35</sup> Citada por Montero Aroca, Juan, *La intervención de las comunicaciones...*, cit., nota 23, pp. 29 y 30.

prueba la grabación de conversaciones telefónicas obtenidas por medios ilícitos, aun tratándose de grabaciones realizadas por uno de los interlocutores sin conocimiento del otro.<sup>36</sup>

Entonces, para establecer la validez de este razonamiento, debemos entender el contenido de la garantía a la no autoincriminación y precisar las relaciones jurídicas donde ese derecho es exigible.

Como anota Daniel Maljar,<sup>37</sup> la garantía de no autoincriminación se vincula con la idea de que la declaración del imputado debe ser considerada medio de su defensa, no de prueba,<sup>38</sup> esa garantía significa el derecho a no ser obligado o inducido mediante coacción física o moral (por ejemplo, amenazas, engaños, preguntas capciosas o sugestivas, sueros de la verdad, detectores de mentiras, etcétera) a autoincriminarse,<sup>39</sup> y tiene como objeto desterrar definitivamente aquellas concepciones autoritarias que buscaban en la confesión, la posibilidad de llegar a la verdad de los hechos, inclusive en violación de su dignidad humana.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que la garantía de la no autoincriminación constituye un contenido del debido proceso e implica el derecho a no declararse culpable ni a ser obligado a declarar contra sí mismo.<sup>40</sup> Y que “autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta”.<sup>41</sup>

Como vemos, el marco de aplicación de este derecho se despliega en el transcurso de un proceso penal y ante autoridades estatales encargadas de la persecución del delito. De esta opinión son Bovino y Pinto, quienes consideran que:

<sup>36</sup> Citado por Maljar, Daniel E., *op. cit.*, nota 3, p. 295.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 226 y 227.

<sup>38</sup> *Cfr.* Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I: *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, pp. 594 y 595.

<sup>39</sup> *Cfr.* Quiroga Lavié, Humberto, *La Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, 2000, p. 113.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. núm. 1808-2003-HC/TC, caso León Domínguez Tumbay, citado por Mesía, Carlos, *El proceso de Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 120.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. núm. 0376-2003-HC/TC, caso Laura Bozzo Rotondo, citado por *idem*.

Las reglas de garantía de rango constitucional, tales como el derecho de defensa, la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, no son oponibles a los particulares, pues se trata de límites constitucionales que sólo restringen las facultades persecutorias de los órganos públicos. Como veremos, son otros derechos fundamentales los que podrían ser invocados para impugnar la validez de los medios de prueba obtenidos por los particulares con anterioridad al inicio de la persecución.<sup>42</sup>

Este argumento se basa en lo decidido por la Cámara de Casación Penal de la Argentina:

No obstante las filmaciones se llevaron a cabo sin autorización previa, no puede asimilarse la calidad de periodistas y de particulares de quienes intervinieron en las conversaciones con la calidad de funcionarios públicos —judiciales, policiales, etcétera— que *es a quienes está dirigida la prohibición de llevar a cabo medidas sin la intervención de un magistrado competente*.

Lo que se trata de evitar son las injerencias arbitrarias o abusos que *podrían cometer agentes estatales*, pero no puede decirse que es ilegal que es un particular que toma conocimiento de la posible comisión de un ilícito y arbitra los medios que tiene a su alcance para poder documentarlo (CNCrim. y Correc., Sala IV, “Seyahian, José Alberto”, 03/10/2003).<sup>43</sup>

Por tanto, la obtención de la prueba es lícita cuando el interlocutor que graba la conversación, sin que el otro lo sepa, es un particular que obra sin ayuda estatal (por ejemplo, autoridades que investigan el delito).<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Bovino, Alberto y Pinto, Federico, *op. cit.*, nota 27, pp. 280 y 281.

<sup>43</sup> Citado en *ibidem*, p. 281.

<sup>44</sup> Navajas Ramos, Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 161; Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, p. 155; Pascua, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 8, p. 112. Sin embargo, en posición minoritaria, Muñoz Conde considera que la captación de una conversación con esas características, al ubicarse en el ámbito privado del interlocutor que desconocía que estaba siendo grabado, vulnera gravemente, respecto de este último, sus derechos a la intimidad y el secreto de sus comunicaciones privadas; ya que, según el autor, si se legitimara esa práctica, se limitaría el derecho a comunicarse libremente por la existencia del riesgo de la difusión posterior; véase Muñoz Conde, “Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos

En la misma línea opina Jauchen para quien la garantía de no autoincriminación sólo puede hacerse valer respecto a autoridades estatales:

La segunda objeción que se efectúa a estos medios de obtención probatoria referida a que con ellos se violaría el derecho a la no autoincriminación, cabe destacar liminarmente que dicha garantía constitucional entra en un funcionamiento y, por ende, sólo resguarda al ciudadano cuando ya está frente a cualquier autoridad oficial del Estado, pero no antes. Es un absurdo sostener que la persona pueda invocar el derecho a no declarar contra sí misma pretendiendo con ello invalidar una confesión que ha efectuado en el cotidiano trajinar en sus relaciones con los demás particulares, totalmente ajenos a la actividad estatal.<sup>45</sup>

En el mismo sentido se interpreta la cuestión en los Estados Unidos, pues se afirma que la IV Enmienda de la Constitución Federal protege a los ciudadanos de los allanamientos y secuestros irrazonables realizados por agentes estatales.<sup>46</sup> Al decidir sobre solicitudes para excluir pruebas, la Suprema Corte ha sostenido que la IV Enmienda “es absolutamente inaplicable a un allanamiento o secuestro, aun uno irrazonable, efectuado por un individuo particular que no actúa como agente del Gobierno o con la participación o conocimiento de cualquier oficial gubernamental”.<sup>47</sup>

Otra particularidad del régimen normativo de los Estados Unidos es que estas cuestiones están minuciosamente reguladas, en especial contra las acciones de la prensa, y que, además, la función que cumplen los precedentes de la Corte Suprema federal mediante la doctrina del precedente obligatorio —*stare decisis*— establece un marco regulatorio expreso.<sup>48</sup>

En tal sentido se pronuncia la Corte Constitucional de Italia en una sentencia dictada el 6 de abril de 1973, señalando que:

y relevancia penal de las conversaciones gravadas en ellos”, *Revista Penal*, núm. 13, 2004, pp. 107 y 108.

<sup>45</sup> Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, cit., nota 18, pp. 217 y 218.

<sup>46</sup> Wymore, Mary Ann L. y Petite, Jhon E., *Eavesdropping, Wiretapping & Hidden Cameras*, en [www.mobar.org/press/medhnb14.htm](http://www.mobar.org/press/medhnb14.htm).

<sup>47</sup> *Cfr. idem.* Con citas de *US vs. Jacobsen*, 446 US 112 (1984).

<sup>48</sup> *Idem.*

Es necesario dar protección al secreto privado, pero también a la prevención y represión del delito, objeto, así mismo, de protección constitucional. Y no puede afirmarse que una interceptación telefónica de conversaciones del reo pugne con el derecho del mismo de guardar silencio ante la acusación de delito, *pues este derecho de no contestar se refiere únicamente al interrogatorio del imputado y puede recibir aplicación tan sólo cuando el imputado entra en contacto directo con la autoridad*. Él tiende a reforzar la libertad moral del inculpado ante el estado de sujeción psicológica en el que puede sentirse respecto a la autoridad, a fin de precaverlo de eventuales presiones que quisieran ejercerse sobre él. *En cambio, lo que un sospechoso dice en una conversación telefónica interceptada, corresponde a una situación enteramente distinta, ya que el sujeto no es confrontado directamente ante la autoridad durante ella ni ésta le pide responder, por lo que el derecho al silencio no puede operar.*<sup>49</sup>

En la misma línea, Bertoni precisa que:

Todos los antecedentes de nuestro derecho constitucional y aun las normas vigentes otorgan un contenido muy claro a la garantía: se vulnera allí cuando la voluntad de no autoincriminarse es quebrada por el órgano encargado de la persecución penal. Sin embargo, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos analizados más arriba, ni es lo que ocurre en la mayoría de los casos en donde se recolecta una “autoincriminación” mediante el uso de un medio tecnológico oculto y desconocido. Y me animo a tal afirmación, porque justamente el uso de una cámara o un micrófono oculto pretenden sorprender a la persona para que voluntariamente exprese su participación delictiva. Podrá decirse que en realidad la voluntad en estos casos está viciada, justamente porque quien habla no sabe que su acto es una autoincriminación. Pero ello no es cierto: quien confiesa un delito ante su confesor, un psicoanalista o un tercero sabe que está confesando un delito, y lo hace voluntariamente. Lo que no sabe es que su acto está siendo registrado por quien lo escucha, y que ello será llevado como prueba ante un tribunal. El límite está, en todo caso, en la obligación legal de ciertos “terceros” de guardar secreto. En otras palabras, en la mayoría de los casos que hemos visto, no se “arranca” una expresión autoincriminatoria, sino que ella se presta libremente. En conclusión, nada tiene que ver la garantía

<sup>49</sup> Citado por Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la privacidad y libertad de información Un conflicto de derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 135.

del *nemo tenetur*. Además, también en la mayoría de los casos, no será el órgano de persecución estatal quien ha urdido la maniobra, sino que será un particular, frente al cual, otro particular expone la comisión de un hecho delictivo. De nuevo, lo que se lleva adelante no es una de las declaraciones ante las autoridades competentes que será o no valorada de acuerdo a si ella ha cumplido con las reglas impuestas.<sup>50</sup>

En consecuencia, el juzgador debe advertir que en este método de captación de conversaciones privadas que es denominado por la doctrina como las “trampas de escuchas”, no se vulnera la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*, porque esta garantía no es exigible a los particulares,<sup>51</sup> se despliega únicamente en las relaciones del individuo con el Estado, porque además los particulares poseen la potestad de investigar el delito y proporcionar legalmente los resultados de su investigación a las autoridades respectivas.

Finalizando este primer nivel de análisis, señalamos que el juzgador debe advertir que el método de “trampas de escuchas” no vulnera ni el derecho a la intimidad, ni el derecho al secreto de las comunicaciones, ni la garantía que prohíbe las autoincriminaciones. Por lo que debe considerar que la prueba así obtenida goza de validez probatoria.

#### IV. SEGUNDO NIVEL DE ANÁLISIS. REQUISITOS DE EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA O MAGNETOFÓNICA MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”

Ahora bien, después que la prueba pasó este primer tamiz, le toca al juez enfrentarse a un segundo nivel de análisis y examinar los requisitos que le imponen la legislación y la doctrina para ser admitida válidamente al proceso, para luego analizar el problema de su eficacia probatoria, es decir, observar su autenticidad.

<sup>50</sup> Bertoni, Eduardo Andrés, “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, *LL*, Suplemento de jurisprudencia penal, p. 12.

<sup>51</sup> Bovino, Alberto y Pinto, Federico, *op. cit.*, nota 27, pp. 292 y 293; Bertoni, *op. cit.*, nota anterior, p. 10.

1. *Requisitos de admisibilidad del material videográfico o magnetofónico*

Así, como apuntan Bovino y Pinto, si bien los particulares no están obligados a observar la garantía de no autoincriminación, “a lo que sí están obligados los particulares es al ingreso al procedimiento de los medios de prueba en legal forma”.<sup>52</sup> Así, Climet Durán anota que “realizada la grabación de la conversación privada mantenida con un interlocutor, quien la ha hecho ha de aportarla al proceso, esta aportación exige hacer alusión a la legitimidad de su origen, explicando cómo ha sido realizada y quién es el interlocutor”.<sup>53</sup> Ello, porque, continúa precisando el mismo autor, “no sólo ha de quedar probado el origen legítimo de las grabaciones aportadas al proceso, sino que además ha de probarse la autenticidad de la cinta, o sea, que no ha sido objeto de manipulación ninguna, y que además no es una copia, a menos que nadie entre en discusión sobre la autenticidad”.<sup>54</sup>

Entonces, conforme la Sentencia del Tribunal Supremo español 2190/2002, de 11 de marzo, el material grabado debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial en sus soportes originales: “para que las grabaciones de imágenes o de conversaciones pueda tener pleno valor probatorio, será preciso que la captación se haya realizado con el debido respeto a la intimidad y que se ponga a disposición judicial el material probatorio, y que haya un control de autenticidad para descartar la posibilidad de mistificaciones y montajes”.

Así, en todo caso, conforme al Tribunal Supremo español, sentencia 713/1995, de 30 de mayo, “el problema queda reducido, lo mismo que ocurre con las pruebas documentales ordinarias (las de carácter escrito), a la determinación de su autenticidad”.

En la misma línea, Devis Echandía es claro que como sucede con los demás medios de prueba, los documentos pueden existir jurídicamente y ser válidos en sí mismos y como pruebas en un determinado proceso, pero carecer de eficacia probatoria.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Bovino, Alberto y Pinto, Federico, *op. cit.*, nota 27, p. 281.

<sup>53</sup> Climet Durán, Carlos, *op. cit.*, nota 14, p. 1956.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 1958.

<sup>55</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, pp. 535-540.

Siguiendo con el mismo razonamiento, Navajas Ramos sostiene que la parte que aporte una prueba videográfica debe hacerlo en sus soportes originales, ello con el objetivo de contrarrestar los riesgos de adulteración o manipulación de una grabación de voces por medios mecánicos.<sup>56</sup> Además, sólo la entrega original permitirá que la misma pueda tener algún valor.<sup>57</sup>

El principio de ineficacia de las meras copias es claro, por ejemplo, en los casos de documentos escritos. La doctrina extranjera y nacional expresan que las fotocopias son inadecuadas para producir efectos jurídicos,<sup>58</sup> no tienen aptitud probatoria y no puede crear un derecho y una obligación,<sup>59</sup> por ello no cumplen función probatoria alguna.<sup>60</sup>

Por tanto, un elemento indispensable para la actuación procesal de una grabación por medios mecánicos, cualquiera sea el responsable de la captación, es la entrega de los soportes originales, sin edición, manipulación, añadiduras o supresiones.

Ahora bien, queda claro entonces que por su naturaleza documental, para la incorporación de este tipo de pruebas debe aplicarse de manera analógica los procedimientos para la incorporación válida de la prueba documental previsto en el Código Procesal Civil.<sup>61</sup> Respetando, claro está, las peculiaridades del proceso penal, sus principios y garantías.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Navajas Ramos, Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 161. Además, véase Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba”, *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 7, 1983, p. 44; Reyna Alfaro, Luis, “La validez de las grabaciones videográficas en el derecho procesal penal español”, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Lima, año 3, núm. 6, agosto de 2001, pp. 93 y 94; Rives Seva, Pablo, *La prueba en el proceso penal*, Navarra, Aranzadi, 1996, p. 1999; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 272.

<sup>57</sup> Tribunal Supremo Español, sentencia de 30 de diciembre de 1995; Navajas Ramos, Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 161; Pascua, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 8, p. 108.

<sup>58</sup> Chocano Rodríguez, Reiner, “Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del Código Penal peruano”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Lima, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm. 1, 2000, p. 496.

<sup>59</sup> Castillo Alva, José Luis, *La falsedad documental*, Lima, Jurista Editores, 2001, p. 137.

<sup>60</sup> Bacigalupo, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Buenos Aires, Hamurabi, 2002, p. 25.

<sup>61</sup> Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima, IDEMSA, 2004, p. 699.

<sup>62</sup> *Cfr.* Castillo Alva, José Luis, *op. cit.*, nota 59, p. 120; Orts Berenguer, Enrique, *Comentarios al CP de 1995*, t. II, p. 1741; Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. V,

Esta situación es de vital importancia, ya que, como sostiene Choclán Montalvo, las condiciones en las que el material videográfico obtenido se aporta al proceso, pueden influir decisivamente en su valoración judicial.<sup>63</sup>

Ahora bien, las reglas generales de incorporación de un documento escrito son las siguientes: el primer paso es que el documento sea incorporado al proceso *mediante decisión judicial sobre la admisión o atendibilidad en juicio*.<sup>64</sup> Mediante este acto procesal, el documento, aportado por una de las partes (o un testigo), es sometido a una valoración provisional, basada solamente en su apariencia externa o superficial.

Además, para que un documento sea admitido por el tribunal, quedando incorporado al proceso, es preciso, como anota Climet Durán,<sup>65</sup> que concurren las siguientes circunstancias:

Que el documento haya sido aportado a petición de alguna de las partes acusadora o acusada. O de un testigo. Pero además, la autoridad judicial tiene facultad para disponer que las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas y privadas, exhiban y/o entreguen los documentos que requiere para la investigación de un delito.<sup>66</sup>

Que el contenido del documento tenga alguna relación directa o indirecta con el objeto del proceso, lo cual significa que si hipotéticamente la información suministrada por el documento fuese cierta, podría tener trascendencia práctica por poder repercutir de alguna manera en el contenido de la sentencia.

Que el documento haya sido aportado en un momento procesal adecuado, lo que significa que cuando menos no debe haber finalizado la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral.

p. 329; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 696; Creus, Carlos, *Falsificación de documentos en general*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 45; Chocano Rodríguez, Reiner, *op. cit.*, nota 58, p. 497.

<sup>63</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *op. cit.*, nota 6, p. 69.

<sup>64</sup> Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. I, p. 546.

<sup>65</sup> Climet Durán, *op. cit.*, nota 15, pp. 626 y 627.

<sup>66</sup> Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, nota 61, p. 703.

Si concurren estas tres exigencias —sujeto, objeto y momento— el documento aportado es pertinente, tiene validez procesal y, por tanto, procede admitirlo, porque hipotéticamente tiene la virtud de poder influir en la decisión judicial final,<sup>67</sup> sin que sea aceptable el rechazo de dicho documento, porque en tal caso se está ocasionando una indefensión a la parte que lo quiere aportar. Todo ello, claro está, mediante una resolución debidamente motivada.

En ese sentido, en estos supuestos el juzgador debe realizar una ponderación sobre la necesidad, pertinencia y aporte probatorio del material ofrecido. Al no hacerlo vulnera el derecho de las partes y a la resolución motivada. Derecho que, como se sabe, constituye un elemento importante del debido proceso.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico, instituido por la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional.<sup>68</sup> La demostración de tal afirmación está dada por la descripción prevista en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución de 1993, que consagra el derecho de todo ciudadano de obtener de los órganos jurisdiccionales la tutela judicial efectiva. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia, en el caso Jeffrey Immelt y otros.<sup>69</sup>

El concepto de *debida* motivación de la resolución judicial debe ser comprendido en su total amplitud. Por debida, debemos entender el “deber ser” de la motivación, no cualquier motivación. Será debida la motivación de la resolución judicial cuando ésta contenga de manera clara, precisa y escrita los fundamentos de derecho con mención expresa de la ley aplicable y de los hechos en que se sustenten, bajo responsabilidad y sanción de nulidad. Como lo ha constatado el Tribunal Constitucional del Perú en el caso Tineo Cabrera.<sup>70</sup>

Como vemos entonces, el primer tamiz para la eficacia de la prueba videográfica o magnetofónica es que debe ser entregada en sus soportes originales, debe ser ofrecida por alguna de las partes procesa-

<sup>67</sup> Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, p. 473.

<sup>68</sup> Mixán Mass, Florencio, “La motivación de las resoluciones judiciales”, *Debate Penal*, Lima, año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1987, p. 193.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional del Perú, caso Jeffrey Immelt y otros, sentencia 14 de noviembre de 2005, exp. núm. 8125-2005-PHC/TC, fundamento 11.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional del Perú, caso César Humberto Tineo Cabrera, sentencia 20 de junio de 2002, exp. núm. 1230-2002-HC/TC, fundamento 11.

les, debe estar dirigida al objeto de prueba y debe ser aportado antes de finalizados los debates en el juicio oral. Y además, la resolución que ordena la incorporación al proceso debe estar debidamente motivada. Esta resolución, además, debe ordenar la visualización o escucha de la prueba videográfica o magnetofónica ofrecida, en una diligencia donde deben concurrir todas las partes.

## 2. *Requisitos de eficacia probatoria. El problema de la actuación probatoria y la obligatoriedad de reconocimiento de la voz*

En esa línea, nuestra legislación procesal establece que previamente a la visualización del video, imagen y voz, deberá ser reconocido por quien resulte identificado, lo que ha sucedido en el presente caso, conforme lo establece el artículo 262, inciso 4), que señala:

4) *Tratándose de fotografías, radiografías, documentos electrónicos en general y de cintas magnetofónicas, de audio o videos deberá ser reconocidos por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella señal u otro medio, y actuados en la audiencia, salvo que la diligencia respectiva, con su transcripción, se haya verificado en la etapa de instrucción con asistencia de las partes y su contenido no hubiese sido tachado o cuestionado oportunamente. En caso contrario, podrá ser reproducido en la audiencia según su forma de reproducción habitual.*

Entonces, para que el material videográfico o magnetofónico aportado surta efectos probatorios, es necesario que, además de los requisitos ya examinados, *esté establecida o presumida su autenticidad*.<sup>71</sup> Este requisito es indispensable, lo mismo si se trata de instrumentos o escritos públicos o privados. El juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Rives Seva, Antonio, *op. cit.*, nota 56, p. 256.

<sup>72</sup> Montero Aroca, "Las cintas magnetofónicas...", *cit.*, nota 56, p. 44; Reyna Alfaró, Luis, *op. cit.*, nota 56, pp. 93 y 94; Rives Seva, Pablo, *op. cit.*, nota 56, p. 199; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 272; San Martín Castro, César *et al.*, *op. cit.*, nota 32, p. 83.

Cuando se trata de escritos, su autenticidad implica la certeza sobre la persona que lo firma, o sobre quien lo haya manuscrito.<sup>73</sup> Cuando se trata de grabaciones, la autenticidad pasa por determinar al autor de las voces del diálogo captado.<sup>74</sup> Así, en principio debe necesariamente ser leído, visto o escuchado por la persona a la cual se quiere perjudicar con este medio de prueba.

Pero es claro que este problema no se suscita, cuando ninguna de las partes cuestiona la autenticidad de una copia de la grabación original, según lo señalado en la sentencia 713/1995, de 30 de mayo del Tribunal Supremo español:

Habría sido preferible tener en autos a disposición de la Sala, en el juicio, y también antes del periodo de instrucción, la grabación original, es decir, aquella misma que grabó TP al conversar con FG; pero el hecho de haberse realizado todo el trabajo procesal sobre una copia a la que nadie nunca puso reparo alguno en cuanto a esta circunstancia (la de no ser la original), cuando todos conocían tal dato, o podían haberlo conocido de haber actuado con la diligencia exigible en el examen de las actuaciones, máxime cuando tanto el Ministerio Fiscal como los defensores de los acusados, todos ellos, en sus respectivas calificaciones provisionales, pidieron prueba en relación con la cinta unida a las actuaciones sin referencia alguna a la original, sin duda porque la consideraban, al menos en lo sustancial, tan auténtica como ésta.

En resumen, en los supuestos en los que se cuestiona la autenticidad de la grabación, el supuesto interlocutor o interlocutores deberán comparecer al proceso y realizar el reconocimiento del documento, su contenido y su participación en el mismo.<sup>75</sup> Si ello no es posible

<sup>73</sup> Climent Durán, *op. cit.*, nota 15, p. 627; Cordon Moreno, F., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Edersa, t. XVI, vol. II, 1981, p. 184; Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, t. I, Barcelona, Bosch, 1952, pp. 635 y 636; Carnelutti, F., *La prueba civil*, p. 169; Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 175; Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Lerner, 1984, t. II, p. 405; Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, nota 55, p. 594.

<sup>74</sup> Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, p. 155; Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas...”, *cit.*, nota 56, p. 47; Reyna Alfaro, Luis, *op. cit.*, nota 56, p. 96; Rives Seva, Pablo, *op. cit.*, nota 56, p. 202; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 278.

<sup>75</sup> Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *op. cit.*, nota 33, p. 600; Pomarón Bagües, José Manuel, “Video como prueba”, *Revista La Ley*, Madrid, núm. 4, 1984, p. 756; Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, p. 155; Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas...”,

deberá convocarse a testigos que puedan identificar a los interlocutores<sup>76</sup> o realizarse otras diligencias probatorias como la “rueda de voces”.<sup>77</sup> Es posible también realizar un examen pericial para lograr la plena identificación de los interlocutores.<sup>78</sup>

Lo que evidencia que en todo supuesto documental es necesario un *plus de credibilidad*, que en el documento escrito público viene dado por la autoridad de la fe pública; en el privado, por el reconocimiento de los intervinientes, y subsidiariamente por la *adveración*<sup>79</sup> pericial de la suscripción, y que en los supuestos de la reproducción mecánica, puede operar en dos direcciones distintas: a) Como objeto de prueba en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona, b) Como tal documento, cuando su reproducción de un hecho pasado sea averada por distintos medios probatorios, como la testifical.<sup>80</sup>

Es así como, en un segundo nivel de análisis, el juez examina la eficacia probatoria de las pruebas obtenidas a través de “trampas de escuchas”, que pasa por determinar su autenticidad, según hemos referido en este apartado.

En consecuencia, sólo cuando del análisis de la prueba se advierte que ésta ha sido obtenida válidamente y resulta siendo auténtica (pa-

*cit.*, nota 56, p. 47; Reyna Alfaro, Luis, *op. cit.*, nota 56, p. 96; Rives Seva, Pablo, *op. cit.*, nota 56, p. 202; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 278.

<sup>76</sup> Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, pp. 153 y 154; Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *op. cit.*, nota 33, p. 600; Pomarón Bagües, José Manuel, *op. cit.*, nota anterior, p. 756; Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, p. 155; Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas...”, *cit.*, nota 56, p. 47; Reyna Alfaro, Luis, *op. cit.*, nota 56, p. 96; Rives Seva, Pablo, *op. cit.*, nota 56, p. 202; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 278.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> Adverar significa certificar, asegurar, dar por cierto algo o por auténtico un documento, *cf.* en Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., vol. 1, p. 35.

<sup>80</sup> Damián Moreno, Juan, “Reflexiones sobre la reproducción de imágenes como medio de prueba en el proceso penal”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, año 1997, t. X, p. 239; Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, pp. 153 y 154; Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *op. cit.*, nota 33, p. 600; Pomarón Bagües, José Manuel, *op. cit.*, nota 75, p. 756; Carbone, Carlos, *op. cit.*, nota 31, p. 155; Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas...”, *cit.*, nota 56, p. 47; Reyna Alfaro, Luis, *op. cit.*, nota 56, p. 96; Rives Seva, Pablo, *op. cit.*, nota 56, p. 202; Torres Morato, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 278.

sando por un plus de credibilidad), el juzgador la podrá valorar y eventualmente podrá sustentar en ella una sentencia.

## V. CONCLUSIONES

1. Los avances tecnológicos y las nuevas necesidades en la investigación del delito han posibilitado la interceptación legal de comunicaciones privadas en forma de escuchas, almacenamientos y posterior difusión de las mismas, para ser utilizadas en causas criminales. Pero es claro que la posibilidad de escuchar la conversación privada de terceros sólo es legal cuando se hace en el marco de una investigación criminal, cuando existen supuestos fácticos claramente establecidos en la ley (la reserva legal), y cuando un juez penal competente autoriza de manera motivada que respete los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad dicha medida limitativa de derecho (reserva judicial).

2. Estamos ante una “trampa de escuchas” cuando una conversación privada es grabada por uno de los interlocutores sin que el otro o los otros lo sepan, y cuando el sujeto que está siendo grabado es inducido por su interlocutor para confesar la comisión de un delito, para luego presentar dicha grabación como medio de prueba en un proceso penal. En la doctrina y en la jurisprudencia comparada se discute si las “trampas de escuchas” pueden originar vulneraciones en el derecho a la intimidad y en el secreto de las comunicaciones de la persona que se graba sin saberlo, o vulneración de la garantía de no autoincriminación (*nemo tenetur*).

3. Para que el juzgador pueda valorar la prueba obtenida a través de “trampas de escuchas”, debe someterla a dos niveles de análisis. El primer nivel se refiere a la validez probatoria, que pasa por examinar si se han vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, y la garantía que prohíbe las autoincriminaciones. Y el segundo nivel de análisis se refiere a la comprobación de la eficacia probatoria de estas pruebas, que pasa por determinar su autenticidad.

4. Respecto al primer nivel de análisis, para una sector minoritario, una “trampa de escuchas” vulneraría una “expectativa de privacidad”, porque el sujeto no sabe que está siendo grabado y por tanto

no mide la información que proporciona a su interlocutor y en realidad no quiere que se sepa esa información que le desfavorece. De lo que se deduce, entonces, que la intromisión al derecho constitucional a la intimidad mediante “trampas de escuchas” requeriría de autorización judicial, y de no medir ella la prueba así obtenida tendría que ser excluida del proceso. Sin embargo, para una posición mayoritaria, que compartimos, es claro que no hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. El contenido formal del secreto de las comunicaciones implica que sólo puede hacerse valer respecto de terceros en la comunicación, esto es, que los terceros, ajenos a la comunicación, están prohibidos de escucharla, almacenarla o difundirla. La norma constitucional no prohíbe que el participante de la comunicación capte o divulgue su contenido, porque él es el destinatario de la conversación, salvo que el contenido de la misma revele información sobre la vida íntima o la intimidad personal de los interlocutores que no sabían que estaban siendo grabados. Además, no existe esa expectativa de “privacidad”, la Constitución no exige que el interlocutor guarde el secreto de lo que se le ha dicho. Pretender ello, es extender indebidamente un aspecto de protección al derecho a la intimidad que la Constitución no realiza, y además porque en las manifestaciones verbales, la expectativa de privacidad sobre la información se pierde una vez que el imputado decide brindar esa información a terceras personas, sin importar que desconozca que está siendo grabado. Por tanto, si la captación de la conversación ha sido realizada por uno de los interlocutores, no se puede considerar prueba ilícita que atente los derechos constitucionales a la intimidad (artículo 2.7 de la Constitución Política), al secreto e inviolabilidad en las comunicaciones privadas (artículo 2.10 de la Constitución Política).

5. En cuanto al problema de la vulneración de la garantía de no autoincriminación, que forma parte del primer nivel de análisis propuesta, para una posición minoritaria, esta garantía se ve vulnerada porque el sujeto que es engañado no actúa con libre determinación, pues de no mediar el engaño, el sujeto no habría confesado el delito. La garantía de no autoincriminación se vincula con la idea de que la declaración del imputado debe ser considerada medio de su defensa,

no de prueba, esa garantía significa el derecho a no ser obligado o inducido mediante coacción física o moral (por ejemplo, amenazas, engaños, preguntas capciosas o sugestivas, sueros de la verdad, detectores de mentira, etcétera) a autoincriminarse, y tiene como objeto desterrar definitivamente aquellas concepciones autoritarias que buscaban en la confesión, la posibilidad de llegar a la verdad de los hechos, inclusive en violación de su dignidad humana. Esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, queda claro que la garantía de no autoincriminación se vulnera sólo cuando es quebrantada por el órgano encargado de la persecución penal. Ello no es lo que ocurre en la “trampa de escuchas” realizada por particulares donde se recolecta una “autoincriminación” mediante el uso de un medio tecnológico oculto y desconocido, porque justamente el uso de una cámara o un micrófono oculto pretenden sorprender a la persona para que voluntariamente exprese su participación delictiva; no se “arranca” una expresión autoincriminatoria, sino que ella se presta libremente frente a un particular, no frente a la autoridad estatal. En suma, en este método de captación de conversaciones privadas, no se vulnera la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*, porque esta garantía no es exigible a los particulares, se despliega únicamente en las relaciones del individuo con el Estado, porque además, los particulares poseen la potestad de investigar el delito y proporcionar legalmente los resultados de su investigación a las autoridades respectivas.

6. En cuanto al segundo nivel de análisis, para que el material videográfico o magnetofónico aportado sea admisible, debe ser entregado en sus soportes originales, que el documento haya sido aportado a petición de alguna de las partes acusadora o acusada. O de un testigo. Pero además, la autoridad judicial tiene facultad para disponer que las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas y privadas, exhiban y/o entreguen los documentos que requiere para la investigación de un delito. Que el contenido del documento tenga alguna relación directa o indirecta con el objeto del proceso, lo cual significa que si hipotéticamente la información suministrada por el documento fuese cierta, podría tener trascendencia práctica por poder repercutir de alguna manera en el contenido de la sentencia. Y que el documento haya sido aportado en un momento procesal

adecuado, lo que significa que cuando menos no debe haber finalizado la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral.

7. Para que el material videográfico o magnetofónico aportado tenga eficacia probatoria, que es el segundo nivel de análisis propuesto, tiene que estar establecida o presumida su autenticidad. En los supuestos en los que se cuestiona la autenticidad de la grabación, el supuesto interlocutor o interlocutores deberán comparecer al proceso y realizar el reconocimiento del documento, su contenido y su participación en el mismo. Si ello no es posible, deberá convocarse a testigos que puedan identificar a los interlocutores o realizarse otras diligencias probatorias como la “rueda de voces”. Es posible también realizar un examen pericial para lograr la plena identificación de los interlocutores. Por ello, se dice que este tipo de documentos requiere un plus de credibilidad que se obtiene con la confrontación de otras pruebas.