

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“PRINCIPIOS DE PREDICTIBILIDAD Y CERTEZA EN LAS
DECISIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE
LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, PERÚ 2016”**

TESIS PRESENTADA POR LA BACHILLER:

ANA DEL ROSARIO NEYRA TUMPI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

**TACNA – PERÚ
2018**

“La absolución del culpable es la condena del juez”

Publio Siro

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

Con toda la humildad que de mi corazón emana, dedico mi esfuerzo y mi trabajo:

A Dios, por ser la luz que guía mi camino, por darme salud para llegar a este estadio de mi vida y permitirme cumplir uno de mis más anhelados propósitos, por proveerme de sabiduría y fuerza para seguir y no desmayar ante la adversidad.

A mis padres Carmen y Bernardino, pilares fundamentales en mi vida, con todo mi amor, por haber apoyado y motivado mi formación académica, por acompañarme y ser mi fuerza en cada etapa de mi vida, por inculcarme los valores que hoy componen mi integridad profesional, por depositar en mí su amor y sus anhelos, por su tenacidad y lucha insaciable que han hecho de ellos el gran ejemplo a seguir y destacar. A ellos mi gratitud, por ser los principales promotores de mis sueños, por confiar en mí y en mis expectativas, por su paciencia y consideración.

A mis abuelos Melchorita y Santos, por ser el más palpable ejemplo de una vida nutrida de amor y sabiduría. A ellos un abrazo de aquí al cielo.

A mis abuelos Tereza y Máximo, por estar siempre conmigo en los momentos importantes de mi vida, por el amor que me han dado y por su apoyo incondicional. Gracias por llevarme en sus oraciones, porque estoy segura que siempre lo hacen.

A mi hermana Carmen Tereza, con todo mi cariño y amor, por ser la estrella que desde el cielo guía cada paso que doy y por ser mi ángel que sé que me acompaña desde siempre.

A mi tía María Saharí, por su apoyo, cariño y por ser parte integrante en el cumplimiento de mis metas profesionales. A ella mi afecto y agradecimiento

A Andrés, un gran hombre, por su apoyo, paciencia y entrega, por ser incondicional en mi vida, mi soporte y mi luz. A él mi agradecimiento y admiración.

A toda mi familia, en especial, a mis tíos: Marco, Antonieta y Sara, por su apoyo, por estar siempre presentes y por depositar su confianza en mi. Los quiero.

Gracias a todos aquellos que no están aquí, pero que ayudaron a que este gran esfuerzo se volviera realidad.

RESUMEN

El estudio de la teoría de la prueba “ilícita” o “prohibida” es probablemente uno de los temas más complejos de los que se viene ocupando ampliamente la doctrina procesalista en la actualidad.

Una aproximación a su estudio revela que lo complejo y polivalente de su tratamiento inicia en su sola denominación, pues la doctrina no ha sido unánime al respecto. En este sentido, para hacer alusión a la institución en estudio, se emplean –entre otros- los siguientes términos: prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, o prueba viciada. Las citadas denominaciones son empleadas, en ocasiones, por la doctrina y jurisprudencia como sinónimos o términos equivalentes; no obstante, como será posible apreciar en el desarrollo de esta investigación, ello no es correcto, pues, a efectos de destacar dicha errónea homologación, es imperante iniciar resaltando la sustancial diferencia existente –en cuanto a términos conceptuales y efectos procesales- entre la *prueba ilícita* y la *prueba irregular*.

En cuanto a lo expuesto en el párrafo que precede, cabe mencionar la importancia de identificar tal divergencia, toda vez que ambas instituciones desencadenan efectos procesales distintos. Pues, la regla de exclusión y la traslación de su eficacia a la prueba refleja o derivada, se predicen únicamente a la prueba ilícita o prohibida, como será posible apreciar en adelante, más no a la prueba irregular.

Entonces, habiéndose delimitado esta investigación al tratamiento de aquella institución que comprende la obtención de la fuente prueba a través de mecanismos o actos vulneratorios del contenido esencial de los derechos fundamentales, corresponde precisar ahora que, dada su vinculación estrecha -o más concretamente- su injerencia en estos últimos, su tratamiento además de complejo, asume una connotación controversial dado que su inadmisión e inutilización parece haber sido la aparente solución en el polémico escenario en el que tiene lugar. Sin embargo, al respecto, también se tienen corrientes doctrinarias y/o teorías que asumen su posible admisión o utilización.

En el contexto del proceso penal, la prueba ilícita pone en relieve la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos enfrentados, ambos susceptibles de

tutela constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el *ius puniendi* para sancionar a quienes incumplan la ley, este interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

En consecuencia, la prueba ilícita representa el siempre presente conflicto entre; de un lado, el respeto a los derechos fundamentales viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita y; de otro, la primacía del interés colectivo, la exigencia social de seguridad, y demás derechos e intereses también merecedores de tutela jurídica.

La aplicación de la regla de exclusión, parece dar solución a solo uno de los aspectos problemáticos mencionados, pues ha permitido que, en diferentes ocasiones, pruebas relevantes y fiables hayan sido excluidas de los procesos penales, generando la impunidad del delito cometido.

Ha de precisarse –además- que es cierto que su aplicación ha sufrido un fenómeno de debilitamiento que ha permitido la instauración de diferentes teorías o doctrinas, a las cuales se les denomina *excepciones*, que permiten la admisibilidad y utilización de la prueba que se estima ilícita. Sin embargo, en la legislación nacional, el Código Procesal Penal de 2004, en el artículo VIII de su Título Preliminar; así como en su artículo 159° recepciona de modo absoluto la doctrina de la exclusión de la prueba ilícita.

Esto último ha desencadenado que, en atención a su origen, su tratamiento a la actualidad se haya limitado también al ámbito jurisprudencial. No obstante ello, en la jurisprudencia nacional ha significado un estudio y análisis disperso de esta institución, pues en la actualidad la prueba ilícita ha cobrado un rol importantísimo en los procesos penales, sobre todo en aquellos seguidos contra funcionarios públicos por la comisión de delitos de corrupción, en donde los criterios asumidos por los órganos jurisdiccionales para excluir o rechazar las pruebas cuestionadas de ilicitud no han sido unánimes y; en consecuencia, han dejado la puerta abierta para la proclamación de la absolución de culpables.

Dadas las precisiones esbozadas, esta investigación pretende exponer el estudio doctrinal y jurisprudencial de la institución jurídica de la “prueba ilícita”, para a partir de ello poner en manifiesto la falta de uniformidad de criterios jurisprudenciales en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión, y –a su vez-, evidenciar las consecuencias negativas de la concepción absoluta de esta última.

Asimismo, se ha propuesto la reconfiguración de la regla de exclusión, de tal manera que, la admisibilidad de la prueba ilícita, sea una realidad más concreta y objetiva.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, prueba ilícita, prueba prohibida, prueba irregular, regla de exclusión, corrupción de funcionarios, excepciones, impunidad.

ABSTRACT

The study of the theory of the "illicit" or "forbidden" test is probably one of the most complex issues that the procedural doctrine has been dealing with at present.

An approach to their study reveals that the complex and polyvalent of their treatment begins in its sole name, because the doctrine has not been unanimous in this regard. In this sense, to allude to the institution under study, the following terms are used: among others: forbidden evidence, illegal evidence, illegal evidence, unconstitutional evidence, null evidence, irregular proof, or flawed proof. The mentioned denominations are used, sometimes, by the doctrine and jurisprudence as synonyms or equivalent terms; However, as it will be possible to appreciate in the development of this investigation, this is not correct, since, in order to highlight this erroneous homologation, it is imperative to start highlighting the substantial difference existing -in terms of conceptual terms and procedural effects- between the test illicit and irregular evidence.

Regarding the above, the importance of identifying such divergence should be mentioned, since both institutions trigger different procedural effects. For, the rule of exclusion and the translation of its effectiveness to the reflective or derivative evidence, are predicated only on the illicit or forbidden proof, as it will be possible to appreciate from now on, but not on the irregular proof.

Then, having delimited this investigation to the treatment of that institution that includes obtaining the source of evidence through mechanisms or acts that violate the essential content of fundamental rights, it is now necessary to specify that, given its close connection -or more specifically- its interference in the latter, its treatment, in addition to being complex, assumes a controversial connotation given that its inadmissibility and disabling seems to have been the apparent solution in the controversial scenario in which it takes place. However, in this regard, there are also doctrinal currents and / or theories that assume their possible admission or use.

In the context of the criminal process, the unlawful evidence highlights the existence of a tension between two opposing legal interests, both susceptible of constitutional protection. On the one hand, the search for material truth through the process, in which the State exercises the *ius puniendi* to punish those who violate

the law, this legal interest corresponds in turn to other principles or social interests: as the achievement of an ideal of justice, the maintenance of social order, the trust of society in the administration of justice. On the other hand, there are individual rights and freedoms that in the Rule of Law are a limit to the actions of public authorities.

Consequently, the illicit evidence represents the ever present conflict between; On the one hand, respect for fundamental rights made viable through the exclusion of illegal evidence and; on the other hand, the primacy of collective interest, the social requirement of security, and other rights and interests that also deserve legal protection.

The application of the exclusion rule seems to solve only one of the problematic aspects mentioned, since it has allowed, on different occasions, relevant and reliable evidence to have been excluded from criminal proceedings, generating impunity for the crime committed.

It must be specified -in addition- that it is true that its application has suffered a weakening phenomenon that has allowed the establishment of different theories or doctrines, which are called exceptions, which allow the admissibility and use of the evidence that is considered unlawful. . However, in national legislation, the Code of Criminal Procedure of 2004, in Article VIII of its Preliminary Title; as well as in his article 159 ° reception of absolute way the doctrine of the exclusion of the illicit test.

The latter has triggered that, according to its origin, its treatment to the present time has also been limited to the jurisprudential scope. Nevertheless, in national jurisprudence it has meant a dispersed study and analysis of this institution, since at the present time unlawful evidence has taken on a very important role in criminal proceedings, especially in those prosecuted against public officials for the commission of criminal offenses. corruption, where the criteria adopted by the jurisdictional bodies to exclude or reject the evidence of unlawfulness have not been unanimous; consequently, they have left the door open for the proclamation of absolution of guilty parties.

Given the details outlined, this research aims to expose the doctrinal and jurisprudential study of the legal institution of "unlawful evidence", to make clear

from this the lack of uniformity of jurisprudential criteria regarding the application of the exclusion rule , and -in turn-, evidencing the negative consequences of the absolute conception of the latter.

Likewise, the reconfiguration of the exclusion rule has been proposed, in such a way that the admissibility of the illegal evidence is a more concrete and objective reality.

KEYWORDS: fundamental rights, illegal evidence, prohibited evidence, irregular evidence, rule of exclusion, corruption of officials, exceptions, impunity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA	27
I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	28
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	28
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	28
1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	35
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	36
1.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	36
1.2.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	36
1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA.....	37
1.3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	37
1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	37
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	38
1.4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD.....	38
1.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	38
1.4.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL	38
1.4.4. DELIMITACIÓN SOCIAL.....	38
II. OBJETIVOS	39
2.1. OBJETIVO GENERAL.....	39
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	39
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	40
SUBCAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL	41
I. CONCEPTO DE PRUEBA.....	41
II. FUENTE, MEDIO, OBJETO Y ÓRGANO DE PRUEBA.....	42
2.1. FUENTE DE PRUEBA	42
2.2. MEDIO DE PRUEBA	46
2.3. OBJETO DE PRUEBA	48
2.4. ÓRGANO DE PRUEBA.....	50
III. FIN DE LA PRUEBA	51
IV. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS AL PROCESO.....	53
4.1. ACTOS DE INVESTIGACIÓN	54

4.2.	ACTOS DE PRUEBA	55
V.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO	57
VI.	IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO	61
SUBCAPÍTULO 2: LA PRUEBA Y LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD		64
I.	CONCEPCIONES DE LA PRUEBA.....	64
1.1.	EPISTEMOLOGÍA OBJETIVISTA CRÍTICA Y CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA DE LA PRUEBA.....	64
1.2.	EPISTEMOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA Y CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA.....	67
II.	LA PRUEBA Y LA VERDAD.....	70
III.	TEORÍAS DE LA VERDAD.....	84
3.1.	TEORÍA DE LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA.....	84
3.2.	TEORÍA DE LA VERDAD COMO COHERENCIA	86
3.3.	TEORÍA DE LA VERDAD COMO PERSUASIÓN.....	89
SUBCAPÍTULO 3: BASES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA PENAL		91
I.	LA PRUEBA Y LA CONSTITUCIÓN	91
II.	EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA Y SU CONTENIDO ESENCIAL	92
III.	NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A PROBAR.....	96
3.1.	EL CARÁCTER SUBJETIVO DEL DERECHO A PROBAR.....	97
3.2.	EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A PROBAR Y SU INHERENCIA A TODO SUJETO DE DERECHOS.....	100
IV.	ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A PROBAR	104
V.	CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A PROBAR Y LOS PRINCIPIOS QUE DELIMITAN SU CONTENIDO.....	105
5.1.	DERECHO A QUE SE ADMITAN LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS	107
5.1.1.	PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD	107

5.1.2.	PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD O PRECLUSIÓN EN MATERIA PROBATORIA	107
5.1.3.	PRINCIPIO DE PERTINENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	108
5.1.4.	PRINCIPIO DE IDONEIDAD O CONDUCTENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	110
5.1.5.	PRINCIPIO DE UTILIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	112
5.1.6.	PRINCIPIO DE INMACULACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	114
5.1.7.	PRINCIPIO DE LICITUD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.....	114
VI.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROC. PENAL.....	116
VII.	CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DD.FF	118
VIII.	EL DERECHO DE DEFENSA	123
IX.	INDEFENSIÓN Y PRUEBA ILÍCITA	126
SUBCAPÍTULO 4: BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL		131
I.	INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	131
II.	DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL	135
III.	CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL.....	140
IV.	MARCO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL PERUANO	146
SUBCAPÍTULO 5: TEORÍA DE LA PRUEBA PROHIBIDA O ILÍCITA		155
I.	ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PROHIBIDA	155
II.	PRUEBA ILÍCITA, PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA IRREGULAR	166
III.	LA ILICITUD DE LA PRUEBA	181
IV.	PRUEBA ILÍCITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿SUSTANTIVOS O PROCESALES?	183
V.	FUNDAMENTO DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.....	190
VI.	CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	194
6.1.	POR EL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE LA ILICITUD.....	194
6.1.1.	ILICITUD EXTRAPROCESAL	194

6.1.2.	ILICITUD INTRAPROCESAL	197
6.2.	POR SU IRREGULAR OBTENCIÓN O POR SU IRREGULAR INCORPORACIÓN AL PROCESO	201
6.2.1.	POR SU IRREGULAR OBTENCIÓN.....	201
6.2.1.1.	CUANDO UN DATO PROBATORIO VIOLA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES RECONOCIDAS CONSTITUCIONALMENTE	201
6.2.1.2.	CUANDO SE UTILIZAN CIERTOS MÉTODOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS.....	202
6.2.1.3.	POR IMPERIO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES.....	202
6.2.2.	POR SU IRREGULAR INCORPORACIÓN AL PROCESO.....	203
6.3.	ATENDIENDO A LA CAUSA QUE ORIGINA LA ILICITUD.....	203
6.3.1.	PRUEBAS EXPRESAMENTE PROHIBIDAS POR LA LEY.....	204
6.3.1.1.	PROHIBICIONES QUE AFECTAN A LA MATERIA OBJETO DE INVESTIGACIÓN O DE PRUEBA.....	206
6.3.1.2.	PROHIBICIONES QUE AFECTAN A DETERMINADOS MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA	208
6.3.1.3.	PROHIBICIONES CONCRETAS QUE AFECTAN A DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA	212
6.3.1.3.1.	PRUEBA TESTIFICAL: LOS TESTIGO-PARIENTE	213
6.3.1.3.2.	LOS TESTIMONIO DE REFERENCIA.....	214
6.3.2.	PRUEBAS IRREGULARES Y/O ILEGALES.....	215
6.3.3.	PRUEBAS OBTENIDAS O PRACTICADAS CON INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS.....	216
6.4.	POR LA EXTENSIÓN DEL VÍNCULO CAUSAL ENTRE EL ACTO ILÍCITO Y EL ELEMENTO PROBATORIO	218
6.4.1.	PRUEBAS ILÍCITAS EN SÍ MISMAS.....	218
6.4.2.	PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN	220
VII.	EFFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	224
7.1.	EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN	228

7.1.1.	LA INUTILIZZABILITÀ COMO PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA	234
7.1.2.	LA INUTILIZZABILITÀ COMO PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	243
7.1.2.1.	EL EFECTO PSICOLÓGICO DE LA PRUEBA ILÍCITA	247
7.2.	LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA	251
VIII.	TEORÍAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA	257
8.1.	POSTURAS FAVORABLES A SU ADMISIÓN Y VALORACIÓN ..	257
8.2.	POSTURAS CONTRARIAS A SU ADMISIÓN Y VALORACIÓN ..	260
IX.	MECANISMOS DE CONTROL DE LA PRUEBA ILÍCITA	261

SUBCAPÍTULO 6: LA REGLA DE EXCLUSIÓN – UN ESTUDIO COMPARADO
..... 268

I.	DEFINICIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	268
II.	EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS	271
III.	FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	283
3.1.	MODELO NORTEAMERICANO.....	284
3.2.	MODELO EURO-CONTINENTAL	286
3.3.	UNA APROXIMACIÓN AL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN AL QUE SE ADHIERE EL PERÚ	291
IV.	CONTROVERSIA SUBYACENTE A LA REGLA DE EXCLUSIÓN	294
V.	EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	296
5.1.	EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA.....	296
5.1.1.	LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE (GOOD FAITH EXCEPTION)....	297
5.1.2.	LA EXCEPCIÓN DE TACHA (IMPEACHMENT EXCEPTION): UTILIZACIÓN DE PRUEBAS EXCLUIDAS AEFECTOS DE ATACAR LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL CONFESANTE.....	304
5.1.3.	LA EXCEPCIÓN DEL ERROR INÓCUO	307

5.1.4.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DOCTRINA DEL BALANCING TEST	308
5.1.5.	TEORÍA DEL RIESGO	317
5.1.6.	LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA EL IMPUTADO O PRUEBA ILÍCITA IN BONAM PARTEM.....	326
5.1.7.	TEORÍA DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA PARA TERCEROS O LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL AJENA.....	328
5.1.8.	LA RENUNCIA DEL INTERESADO	330
5.1.9.	LA “PLAIN VIEW DOCTRINE” Y LOS CAMPOS ABIERTOS	331
5.2.	LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DERIVADA: ¿CUÁNDO UN PRUEBA DERIVADA NO ES “FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO”?	332
5.2.1.	LA CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD – CONTAMINACIÓN Y DESCONEXIÓN CAUSAL DE LAS PRUEBAS	333
5.2.2.	CRITERIOS DE DESCONEXIÓN.....	336
5.2.2.1.	LA DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE (INDEPENDENT SOURCE DOCTRINE) ..	336
5.2.2.2.	LA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN ATENUADA (ATTENUATED CONNECTION DOCTRINE)	343
5.2.2.3.	LA DOCTRINA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE (INEVITABLE DISCOVERY EXCEPTION).....	351
VI.	EFFECTOS INDESEADOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN (DESCONTENTO SOCIAL)	356
SUBCAPÍTULO 7: LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS		358
I.	TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA EN ESPAÑA.....	358
1.1.	GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE INTERDICCIÓN PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	361
1.1.1.	INTRODUCCIÓN	361

1.1.2.	INCORPORACIÓN VÍA JURISPRUDENCIAL, DE LA REGLA DE INADMISIBILIDAD PROBATORIA. LA STC 114/1984, DE 26 DE NOVIEMBRE	361
1.1.3.	SU REFRENDO LEGAL: EL ART. 11.1° DE LA LOPJ. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL	370
1.1.3.1.	LA ILICITUD PROBATORIA LEGALMENTE PREVISTA. SUS EFECTOS	370
1.1.3.1.1.	PRUEBA ILÍCITA PENAL. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ...	370
1.1.3.1.2.	SOBRE LA SANCIÓN, DE ORDEN PROCESAL, PREVISTA EN EL ART. 11.1 LOPJ. CONTENIDO Y ALCANCE	373
1.1.4.	UNA NUEVA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL. LA INVOLUCIÓN DE LA REGLA OPERADA POR LA STC 81/1998, DE 2 DE ABRIL	380
1.1.4.1.	INADMISIBILIDAD E INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA. UN CAMBIO DE POSTULADOS	380
1.1.4.2.	NUEVOS PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INEFICACIA PROBATORIA. LA EXISTENCIA DE “CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD”	380
1.1.4.3.	UN ACERCAMIENTO A SU TRADUCCIÓN PRÁCTICA	384
1.2.	BREVE RESUMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.....	387
II.	LA PRUEBA ILÍCITA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	388

SUBCAPÍTULO 8: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PERÚ..... 393

I.	LA PREDICTIBILIDAD EN LA JUSTICIA PERUANA	393
II.	ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ÁMBITO INTERNO	393
III.	LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	399
IV.	TESIS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	406
4.1.	LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UNA GARANTÍA OBJETIVA DEL DEBIDO PROCESO	407

4.2.	LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UN AUTÉNTICO DERECHO FUNDAMENTAL.....	407
4.3.	LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UN LÍMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA.....	408
4.4.	LA PRUEBA PROHIBIDA COMO FUNCIÓN DISCIPLINARIA DE CONDUCTAS POLICIALES	409
4.5.	LA PRUEBA PROHIBIDA COMO LÍMITE A LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL	410
V.	LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA	411
5.1.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LA DOCTRINA NACIONAL Y LA PRUEBA ILÍCITA.....	412
5.1.1.	DEFINICIÓN DE PRUEBA ILÍCITA	412
5.1.2.	LOS EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE.....	415
5.1.3.	EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR HABER VIOLADO EL DERECHO A LA COMUNICACIONES Y PAPELES PRIVADOS .	416
5.1.4.	PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN AL DERECHO DEL SECRETO Y LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES: CASO QUIMPER HERRERA.....	419
5.2.	LA DOCTRINA DE LAS SALAS DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA	421
5.2.1.	DECLARACIÓN DEL IMPUTADO SIN EFECTO LEGAL POR HABERSE OBTENIDO CON VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL..	421
5.2.2.	AGENTE ENCUBIERTO CONVERTIDO EN AGENTE PROVOCADOR ACARRERA LA ILICITUD DE LA PRUEBA	423
5.2.3.	ALLANAMIENTO Y REGISTRO DOMICILIARIO REALIZADOS SIN ORDEN JUDICIAL.....	424
5.2.3.1.	CASO EL POLO I	424
5.2.3.2.	CASO EL POLO II	426
5.2.3.3.	CASO: R. N. N° 1912-2004, LIMA	429
5.2.3.4.	CASO: R.N. DEL EXPEDIENTE N° 2874-2013-DEL SANTA .	430
5.2.4.	GRABACIONES CLANDESTINAS Y PRUEBA ILÍCITA	432
5.2.4.1.	CASO ERNESTO RAMÓN GAMARRA OLIVARES.....	432

5.2.4.2.	CASO JOSÉ RAMOS GARCÍA MARCELO	434
5.2.4.3.	CASO: A.V. N° 9-2006, LIMA.....	437
5.2.4.4.	CASO PETROAUDIOS	439
5.2.5.	CORREOS ELECTRÓNICOS Y PRUEBA ILÍCITA	448
5.2.5.1.	CASO: R.N. N° 817-2016/LIMA	448
5.3.	LA DOCTRINA DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN DEL PERÚ	453
5.3.1.	LA VALIDEZ DE LOS DENOMINADOS VLADIVIDEOS.....	454
5.3.1.1.	LA NO AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	458
5.3.2.	FUENTE DE PRUEBA PROHIBIDA POR HABER SIDO ADQUIRIDA EN UN ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO PRACTICADA POR UNA AUTORIDAD INCOMPETENTE.....	460
5.3.2.1.	LAS IRREGULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DEL ALLANAMIENTO	462
5.3.2.1.1.	NULIDAD Y RESULTADO DEL ACTO PROCESAL IRREGULAR.....	464
5.3.2.1.1.1.	LA FINALIDAD DEL REGISTRO POSTERIOR AL INGRESO DOMICILIARIO.....	465
5.3.2.1.1.2.	EL ANÁLISIS DE LA FINALIDAD DEL ALLANAMIENTO..	466
5.3.2.1.1.3.	LA EXTENSIÓN DEL ANÁLISIS A OTROS ELEMENTOS.....	466
5.3.2.1.1.4.	CONCLUSIÓN.....	467
5.3.2.1.2.	LA IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL POR LA ACTUACIÓN ILÍCITA DE UN TERCERO.....	468
5.3.2.1.2.1.	LA FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN ILÍCITA DE LOS TERCEROS.....	469
5.3.2.1.2.2.	LA ACTUACIÓN DE TERCEROS, CUANDO ES DELICTIVA, NO PUEDE CONDUCIR AUTOMÁTICAMENTE A LA NULIDAD EN NINGÚN CASO	471
5.3.2.1.3.	LA VALIDEZ DE LAS FUENTES DE PRUEBA	

CON INDEPENDENCIA DE LA IRREGULARIDAD DEL ACTO VICIADO.....	473
5.3.3. LA PRUEBA PROHIBIDA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	475
5.3.3.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	476
5.3.3.2. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES..	481
5.3.4. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DOCUMENTAL “VLADIVIDEOS” Y “AUDIOS”: CASO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI	482
SUBCAPÍTULO 9: PLANTEAMIENTOS Y APORTES A LA TEORÍA JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	485
I. FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	485
II. LA CONTROVERSIA QUE ENVUELVE A LA FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	486
III. LA EXCLUSIÓN O RECHAZO DE LA FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES – REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	487
IV. LA RELEVANCIA DEL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	488
V. ATENUACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	489
VI. UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	490
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	493
I. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	494
1.1. HIPÓTESIS GENERAL	494
1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	494
1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 01	494
1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 02	494

1.2.3.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 03	494
II.	VARIABLES DE ESTUDIO.....	495
2.1.	HIPÓTESIS GENERAL	495
2.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	495
2.2.1.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 01	495
2.2.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 02	495
2.2.3.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 03	495
III.	METODOLOGÍA.....	496
3.1.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	496
3.1.1.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	496
3.1.2.	NIVEL DE INVESTIGACIÓN	497
3.2.	DETERMINACIÓN METODOLÓGICA.....	497
3.3.	POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO	498
3.3.1.	POBLACION	498
3.3.2.	MUESTRA	498
3.3.3.	SELECCIÓN DE LA MUESTRA	498
3.3.4.	CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA	498
3.3.4.1.	CRITERIOS DE INCLUSIÓN.....	498
3.3.4.2.	CRITERIOS DE EXCLUSIÓN.....	499
3.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS .	499
3.4.1.	TECNICAS	499
3.4.2.	INSTRUMENTOS.....	500
3.4.3.	PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	500
CAPÍTULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS		501
I.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.....	502
1.1.	FASES DEL PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	502
1.2.	PROCESAMIENTO DE LOS DATOS.....	502
II.	SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.....	503
2.1.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	503
2.1.1.	HIPÓTESIS 01	503

2.1.2. HIPÓTESIS 02	507
2.1.3. HIPÓTESIS 03	509
2.2. HIPOTESIS GENERAL	510
CAPÍTULO V: MARCO CONCLUSIVO	512
RECOMENDACIONES.....	515
BIBLIOGRAFÍA.....	516
I. FUENTES DOCTRINALES	516
II. FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	527
2.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	527
2.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	527
2.3. ESPAÑA.....	527
2.3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	527
2.3.2. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.....	528
2.4. ESTADOS UNIDOS	529
2.4.1. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS....	529
2.5. PERÚ	530
2.5.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.....	531
2.5.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ	531
2.5.3. CORTE SUPERIOR DE LIMA	533
2.5.4. FISCALÍA SUPREMA.....	533
III. LEGISLACIÓN	533
3.1. LEGISLACIÓN NACIONAL	533
3.2. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	534
ANEXOS	535

INTRODUCCIÓN

La relevancia que ha adquirido el tratamiento de la prueba ilícita o prohibida en el ámbito del proceso penal – en estricto en los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos por delitos de corrupción- no es más que el resultado de su complejo análisis y polémico enfrentamiento con los derechos fundamentales.

La teoría de la prueba ilícita, que abarca el estudio de la regla de exclusión y de sus excepciones, tiene su génesis en la jurisprudencia norteamericana y es en ese ámbito, es decir, en la jurisprudencia, en donde hasta la actualidad sigue su desarrollo y se mantiene.

De la regla de exclusión de la prueba ilícita resta mucho por decir, pero se iniciará destacando que -en mérito a ella- el rechazo o la expulsión de la prueba ilícita de cargo de los procesos penales, en los que ha sido de relevancia su utilización, ha terminado desencadenando la impunidad de los procesados. Siendo de esta manera, que la problemática de la prueba ilícita inicia con la sola adscripción de la mencionada regla.

Frente a tal situación problemática subyacente a la aplicación de la regla de exclusión, generada por la limitación a la averiguación de la verdad en el proceso y, además, por la exigencia social de justicia, la jurisprudencia –en concreto, la de Estados Unidos y de España- elaboró una suerte de teorías o doctrinas, *mal llamadas excepciones*, que permitían la admisión y posterior valoración de la prueba ilícita de cargo. Al respecto, se han sentado precedentes importantes.

Sin embargo, tal aparente solución parece no haber dado respuesta exitosa al complejo problema de la exclusión o inutilización de evidencias o elementos de prueba relevantes, propuesto por la regla de exclusión.

En definitiva, resulta claro que dichas teorías son el fiel reflejo de la pretensión de la jurisprudencia por alejarse de la aplicación restringida de la regla de exclusión, pero al parecer no han sido lo suficientemente útiles a los fines de su elaboración.

En la jurisprudencia nacional, la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones ha sido desarrollada de modo desordenado e inconsistente. En

algunas ocasiones se ha recurrido a la absolutidad de la aplicación de la regla de exclusión, lo que generó la ineficacia del derecho penal y se tradujo en la impunidad de los delitos procesados. Y, en otras, los criterios esgrimidos por los Tribunales de Justicia para validar y admitir la prueba ilícita (teorías sobre la admisibilidad y valoración), han sido muchas veces tan inconsistentes que, han terminado, en supuestos análogos, inaplicándose.

Como será posible advertir en la presente investigación, tal falta de predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales en torno a la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita no hace más que evidenciar; primero, que la aplicación de la regla de exclusión no debe ser absoluta y; segundo, que dichas *excepciones* constituyen un intento fallido de sustraerse de la aplicación de la regla de exclusión, más aún, como se verá en adelante, cuando dichas teorías no son, por sí, sólidas.

Todas estas divergencias en cuanto al tratamiento de esta institución se reflejan fielmente en la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos.

En atención a lo expuesto, proponer la admisibilidad y validez de una evidencia procedente de una actuación ilícita puede llegar a generar un escenario de controversias críticas; de un lado, por la afectación de derechos fundamentales del imputado y de la posible manipulación de la evidencia y, de otro, por el desapego que la aplicación de la regla de exclusión genera en cuanto a los derechos de la víctima y de la sociedad en su conjunto.

No obstante, ante los cuestionamientos que se funden en la regla de exclusión como garantía de la posición preferente de los derechos fundamentales, corresponde precisar que el Derecho es una ciencia social epistémica, cuyo principal objetivo es la regulación de la conducta humana, y sus instituciones no son producto de un conocimiento logrado y final, sino que se encuentran sujetas a constantes cambios. Siendo ello así, cabría cuestionarnos la vigencia de la tradicional regla de exclusión procesal de medios probatorios ilícitos en escenarios criminológicos de alta complejidad y dificultad probatoria.

Dadas las consideraciones anteriores, la presente investigación pretende poner en relieve la controversia que gira en torno a esta institucional –la prueba ilícita–,

para de esta manera cuestionar la aplicación de la regla de exclusión como solución indiscutible. Para ello, se pretende, desvincular de la configuración de la prueba ilícita a la mencionada regla, a efectos de proponer una perspectiva diferente de esta última.

Se busca aportar, entonces, algunas nociones que coadyuven a una orientación distinta de lo que hoy se conoce como la *exclusionary rule*.

En tal sentido, esta investigación es pura, teórica o dogmática, pues se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él, siendo su finalidad principal formular una nueva teoría, o más concretamente, modificar aquella que fundamenta la aplicación de la regla de exclusión.

Además, el nivel de esta investigación es de carácter descriptiva, con carácter de exploratoria, en la medida en que se describen o especifican las peculiaridades de la teoría de la prueba ilícita, así como también aquellas que configuran la fisonomía del problema derivado de la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones en la jurisprudencia nacional, en lo referente a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. La presente investigación es, además, explicativa, dado que abarca el estudio o análisis del tema en concreto, buscando así poner en evidencia las causas y consecuencias que se desencadenan de la problemática que implica el tema de la presente investigación.

En base a tales consideraciones, fines y medios, la presente investigación se estructura sobre la base de cinco capítulos: planteamiento del problema, marco teórico, marco metodológico, marco operativo, el marco conclusivo y de recomendaciones.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado “El Problema” se abordarán dos aspectos relevantes que permitirán poner en contexto la investigación: el *Planteamiento del Estudio*, en el cual se describirá el problema, además de sustentar y exponer la relevancia de la investigación para establecer así la pregunta significativa, la cual permitirá delimitar la presente investigación; y los objetivos propuestos, los cuales son inherentes a la definición y delimitación del problema, y conducirán a la presente investigación hacia la resolución de la pregunta significativa.

Después, en el **SEGUNDO CAPÍTULO**, denominado “*Marco Teórico*”, pilar fundamental de la presente tesis, se han desarrollado 9 sub-capítulos, los cuales compendiamos a continuación:

1. *Aspectos generales de la prueba penal*: la prueba es la base fundamental de todo proceso, y al ser en torno a ella que gira la presente investigación, en este subcapítulo se desarrollaran y explicaran algunos de los conceptos y principios relevantes, para efectos de su mayor comprensión.
2. *La prueba y la averiguación de la verdad*: en el presente subcapítulo, se abordarán y analizarán las concepciones que giran en torno a la prueba y se expondrá cual es a la que se adhiere el proceso penal peruano. Además, se analizarán y destacarán los aspectos relevantes críticos de la relación que la vincula con la averiguación de la verdad en el proceso. Dicha relación resulta relevante, por cuanto la prueba ilícita es constituida como la limitación impuesta frente a tal objetivo.
3. *Bases constitucionales de la prueba penal*: en este subcapítulo, se abordará concretamente el estudio del derecho fundamental a la prueba, su naturaleza, contenido esencial, alcances, limitaciones, entre otros temas de interés.
4. *Bases constitucionales del proceso penal*: este subcapítulo cobra suma relevancia, toda vez que el impacto de la constitucionalización de los derechos humanos es un fenómeno reconocido ampliamente y que ha consistido en la incorporación a los textos constitucionales de los derechos humanos, dándoles así la categoría de fundamentales y, a su vez, de diferentes garantías procesales que han ido configurando y delineando un determinado modelo de proceso. En tal sentido, se realizará una breve referencia histórica de la evolución de tal fenómeno, para finalmente desembocar en su adscripción al proceso penal peruano.
5. *Teoría de la prueba prohibida o ilícita*, tras la exposición de los temas abarcados en subcapítulos, quedan sentadas las bases para el mejor entendimiento del presente subcapítulo dedicado exclusivamente a la prueba ilícita, en este apartado se desarrollaran los aspectos relevantes que subyacen del estudio de esta institución, partiendo desde su denominación, concepción, fundamento, clasificación, efectos, mecanismos de control, entre otros. Además, en lo pertinente, se pondrán en relieve las diversas teorías, muchas

veces contrapuestas, que giran en torno a su complejo estudio. Asimismo, el desarrollo del presente subcapítulo se realizará desde una perspectiva crítica.

6. *La regla de exclusión – Un estudio comparado*: el presente subcapítulo, está dedicado íntegramente a la regla de exclusión, puesto que como mecanismo aplicado a la prueba ilícita a efectos de excluirla o rechazarla, merece un estudio independiente. De esta manera, se ahondará en el estudio de su concepto, evolución histórica, fundamento, la controversia subyacente a su aplicación, *excepciones* y de otras cuestiones trascendentes a la investigación. La relevancia de exponer el tema de manera profunda se encuentra en que del estudio del contexto histórico en el que se concibió, podrá comprenderse su razón de ser, para más adelante analizar críticamente los fundamentos que tanto en el modelo norteamericanos como euro-continental se le otorgaron. Finalmente, todo ello será de utilidad para el desarrollo crítico de las teorías que admiten la utilización de la prueba ilícita.
7. *La prueba ilícita en la jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*: dado el desarrollo y estudio de la teoría de la prueba ilícita, en el subcapítulo anterior; en el presente, se recurrirá a la jurisprudencia de España y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a efectos de ilustrar su la aplicación de la teoría en los casos concretos.
8. *Desarrollo jurisprudencial de la prueba ilícita en el Perú*: este es el subcapítulo que permitirá la dilucidación de la problemática expuesta, pues se abordará la regulación jurídica de la prueba ilícita en el Perú y se enfocarán los reflectores en el estudio de la jurisprudencia nacional, tanto del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, la Corte Superior de Justicia de Lima y del Subsistema anticorrupción. En el presente apartado, se pondrá en evidencia la diversificación de criterios jurisprudenciales esgrimidos en entorno a la aplicación de la regla de exclusión y sus excepciones, a partir de los cual se cuestionarán las consecuencias negativas derivadas de la misma.
9. *Planteamientos y aportes a la teoría jurídica de la prueba ilícita y la regla de exclusión*: en el presente subcapítulo se expondrán algunas nociones relevantes para el objeto de la presente investigación, la reconfiguración de la regla de exclusión.

El **TERCER CAPÍTULO**, denominado “*Marco Metodológico*”, se estructura sobre la base de 3 subcapítulos. El primero se dedica a la *Formulación de Hipótesis*, las cuales se derivan de la pregunta significativa general, así como las específicas, todas ellas planteadas en la exposición del problema. El segundo se orienta a las *Variables de Estudio*, correspondientes a cada hipótesis formulada. Finalmente, el tercero consta de la *Metodología* adoptada en la presente investigación, en él se expondrá el diseño de la investigación, la determinación metodológica la población y muestra de estudio correspondiente al tipo de investigación desarrollada, y por último, se mencionarán las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Posteriormente, en el **CUARTO CAPÍTULO**, denominado “*Presentación, interpretación y Argumentación Jurídica de los Resultados*”; se presentaran los resultados alcanzados, a partir de lo expuesto y argumentado en el Marco Teórico, por lo tanto, se contrastará ello con las hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Finalmente, en el **QUINTO CAPÍTULO**, denominado “*Conclusiones y Recomendaciones*”, se expondrán las consideraciones finales arribadas a través de la realización de la presente investigación y sus correspondientes sugerencias.

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA:

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

De cara a la investigación penal, existen –como es de verse- determinados criterios y parámetros legales que regulan la búsqueda, obtención e incorporación de la fuente de prueba (medio de prueba) al proceso penal propiamente dicho. Estos lineamientos se fundamentan en la vigencia de los derechos fundamentales y de las garantías procesales. Así, cuando tales actos (obtención e incorporación) presuponen la vulneración de los derechos fundamentales del investigado o se ejecutan sin la debida observancia de las diferentes garantías procesales previstas en la legislación, se generan supuestos de lo que se ha denominado doctrinaria y jurisprudencialmente “prueba ilícita” o “prueba irregular”, respectivamente.

Frente a un supuesto de producción de prueba ilícita se tienen dos violaciones de derechos; de un lado, la cometida por el criminal y; de otro, la cometida por el policía o un tercero sobre el criminal en la investigación. Así, la controversia que se presenta entre los derechos fundamentales del investigado, el interés estatal público y otros derechos también merecedores de tutela jurídica ha sido resuelta por la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como extranjera con la teoría de la exclusión de la prueba ilícita. Ante esta situación, la regla de exclusión parece dar solución a solo una vertiente de este complejo problema, reemplazando *un mal por otro mal*, pues los perjuicios desencadenados por su aplicación irrestricta son –entre otros- los derivados en la impunidad, traducidos en el alejamiento de la correcta administración de justicia, la ineficacia del Derecho Penal y el quebrantamiento de la paz social.

Ante esto, corresponde precisar que el fundamento de tal remedio parte de concebir que la expulsión o inutilización de la prueba ilícita –en el marco de un proceso penal- corresponde a los fines de la salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado. Sin embargo, es oportuno destacar que evolutivamente la aplicación de la regla de exclusión se ha visto atenuada, pues

los efectos negativos de tal parcial remedio han impulsado la voluntad jurisprudencial de plasmar doctrinas que permitan apartarse de tal regla, ya que su vigencia revela importantes vacíos en el proceso penal, en tanto parece reflejar la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre el interés estatal público, el derecho a la verdad, el derecho de la víctima y los de la sociedad en conjunto.

La lucha constante en la conciencia de los magistrados entre la rigidez de la aplicación de la regla de exclusión conducente al alejamiento de la verdad material plasmada en impunidad y, la atenuación de ésta a los fines de la admisión y posterior utilización y/o eficacia de las fuentes de prueba ilícitas, cuya disyuntiva es puesta por las exigencias de paz y justicia de la sociedad -que es precisamente la que legitima el Derecho-, ha desencadenado el planteamiento de las mal llamadas “excepciones”, que permiten la inaplicación de tal regla ante supuestos determinados, no solo en lo respectivo a aquellas fuentes de prueba originariamente ilícitas, sino que además a aquellas que derivan de esta última.

Sin embargo, al margen de su suficiencia o eficacia, lo esencial de las excepciones se centra en que plasman y/o reflejan la voluntad jurisprudencial de culminar con la era de la aplicación a raja tabla de la regla de exclusión y la necesidad de analizar su replanteamiento. Sin embargo, cabe resaltar que por su naturaleza y controversial aplicación, su recepción en el Perú ha sido a nivel jurisprudencial, ámbito en donde la falta de uniformidad de los criterios para su adaptación ha devenido en un aparente desorden y ausencia de predictibilidad.

En la legislación nacional, el Código Procesal Penal de 2004 en su artículo VIII del T.P. establece dos reglas vinculadas a la obtención e incorporación de la prueba, señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenida o incorporada al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. En este mismo sentido y en concordancia con el artículo 159 del citado cuerpo legal, prescribe que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona y; en consecuencia, no podrán ser empleadas para fundamentar la convicción del Juez.

Dichos dispositivos normativos—como ha de advertirse— consagran la teoría de la exclusión de la prueba ilícita haciendo alusión a la recepción absoluta de la regla

de exclusión y la doctrina del fruto del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), lo que no sería compatible con el desarrollo jurisprudencial contemporáneo, el cual impulsa –aunque confusamente- la teoría de las excepciones.

A nivel jurisprudencial se cuenta con el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal¹ llevado a cabo en Trujillo en el año 2004, en el cual se han establecido en acuerdo una serie de excepciones a la “regla de exclusión”, ello como consecuencia del desarrollo jurisprudencial tanto Europeo como Norteamericano.

En el Perú, esta institución jurídica ha sido puesta en relieve en varios casos de connotación nacional que involucran actos de corrupción suscitados en las altas esferas del poder en el Perú, tales como los “Vladivideos”, los “Petroaudios (businesstrack)”, entre otros, que además de evidenciar que los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad, asientan la problemática que deviene de la concepción y tratamiento jurídico de la prueba “prohibida” o “ilícita”.

Así, fueron precisamente los “Vladivideos” los que pusieron en la palestra la discusión sobre la concepción y tratamiento jurídico de la prueba ilícita y la regla de exclusión. A efectos ilustrativos, puede citarse aquel en el que se involucra a Alex Kouri en un video difundido el 14 de septiembre del año 2000. En dicho caso, la Corte en mérito a una serie de especificaciones atribuyó al modo de obtención de dicho video un origen lícito, concluyendo finalmente que no se constituía en prueba prohibida, por lo mismo que este fue admitido y actuado, constituyéndose en un material probatorio contundente, pese a que resultaba innegable que su origen era aparentemente delictuoso. Pues, dichas grabaciones habían sido realizadas contra la voluntad de las personas concernidas y –en consecuencia- podían suponer violaciones de derechos fundamentales, como el de la intimidad. Cabe recordar –además- que dichas grabaciones no fueron practicadas ni ordenadas por órgano judicial competente y tampoco tuvieron la finalidad de probar la comisión de algún delito (corrupción, chantaje, extorsión, etc.).

¹Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. (11 de diciembre 2004). “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal penal y penitenciaria”. Trujillo-Perú. [En Línea]. <Publicación disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/C7POLT.JUR.1PLENONAC.PR.ES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=72b7478046d47810a53fa544013c2be7>>. Pág. 76-84. [Consulta 04 enero 2016]

Asimismo, su descubrimiento y sustracción no se hizo con el objeto de ponerlas en conocimiento del público y de las autoridades competentes, ya que lo hicieron terceros impulsados por intereses personales y, atendiendo a la manera en la que procedieron, cometieron varias infracciones (violación de domicilio, apropiación indebida, etc.).

Por otro lado, uno de los casos más recientes y que llamó poderosamente la atención por la forma absoluta con la que se aplicó la regla de exclusión fue el caso “Petroaudios”, en donde la Sala resalta la aplicación restringida de dicho remedio cuando determina finalmente que las grabaciones constituían prueba ilícita directa y que; en consecuencia, los correos electrónicos hallados en la computadora de Rómulo León Alegría y demás medios de prueba, eran por su naturaleza pruebas derivadas directamente de dichos audios, no teniendo tampoco la cualidad para ser consideradas como pruebas de cargo válidas, por lo tanto se tuvo que prescindir de las mismas. Fue la Tercera Sala Penal Liquidadora la que emitió una resolución en la que declaraba a tales grabaciones como pruebas prohibidas al ser producto de un crimen, la interceptación ilegal de las comunicaciones, que implica la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La resolución de este último caso demuestra que las excepciones a la teoría de la regla de exclusión, no constituyen solución alguna frente a lo negativo que desenlaza la concepción restringida de la citada regla. Fue tan cuestionable el modo en que la Corte resolvió, que incluso, en mérito a los fundamentos expuestos en la resolución que declara la no culpabilidad de los imputados, se llegó a plantear la posibilidad de revisión de la sentencia de Montesinos.

Como es posible advertir, la teoría de la prueba prohibida o ilícita es en la actualidad uno de los temas más debatidos en el ámbito procesal penal.

En Tacna, en noviembre de 2015 saltó a conocimiento público la detención del alcalde del distrito de Pocollay, Leopoldo Loli Vargas y del asistente de Tesorería en esa comuna, Wilbert Castillo Cárdenas por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio, la defensa de Castillo cuestionó y rechazó la denuncia de la fiscalía señalando se sentaba sobre la base de pruebas prohibidas que violaban la intimidad de su patrocinado. Sin embargo, el magistrado desestimó tal

argumento planteado ya que en la grabación del audio sobre la transacción ilícita participó una de las partes y determinó no se violaba la intimidad de Castillo en aplicación de la excepción de la “Teoría del riesgo”.

Como ha de advertirse -a la fecha- la jurisprudencia nacional parece no haberse puesto de acuerdo en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones, pues en algunos casos la regla de exclusión es aplicada con absolutidad y en algunos otros se ha acogido la aplicación de sus excepciones, las cuales tampoco –al parecer- son idóneas o suficientes, de tal manera que concilien los extremos enfrentados en el escenario de la prueba ilícita. Al parecer, tal situación incierta inicia en lo discrepante de la sola concepción de la “prueba ilícita”, pues determinar en qué consiste la ilicitud probatoria y sus efectos, son cuestiones esenciales resueltas aparentemente por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.

No resulta vano –entonces- lo expuesto por la autora española Teresa ARMENTA DEU, al referir que: “Determinadas resoluciones que han derivado en impunidades en casos de relevancia pública, problemas operativos en las investigaciones generadores de inevitables frustraciones (particularmente relacionada con el tráfico de drogas y casos de corrupción política) y una tendencia jurisprudencial no siempre uniforme en cuestiones relativas a los presupuestos que deben observarse en la limitación de derechos fundamentales (...) han ido evidenciando más la tensión entre la efectividad de la persecución de los delitos y la búsqueda de la verdad material, y la plena protección de los derechos fundamentales y otros derechos merecedores de tutela jurídica”².

Rechazar elementos de prueba o evidencias notoriamente fiables, valiosos y relevantes para la resolución del conflicto por considerarse que la ilicitud de su origen merma su ingreso al proceso, so pretexto de la aplicación de la regla de exclusión como derecho fundamental implícito del derecho a la prueba, es un problema que amerita un riguroso estudio, sobre todo si se trata de la extrapolación del tratamiento de esta institución.

² ARMENTA DEU, Teresa. (2011). La Prueba Ilícita. Un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid-España. Págs. 111-112.

En este sentido, José María ASECIO MELLADO, muy razonablemente expresa: “La investigación delictiva es un fin legítimo del Estado y el proceso es el instrumento adecuado para ello; pero ni los derechos son absolutos e invulnerables, ni caben soluciones mecánicas, ni el proceso penal puede incurrir en un peligrosísimo híper garantismo formalista ya que ello podría llegar a constituirse en una barrera infranqueable para el Estado en la lucha contra la delincuencia de los más poderosos”³.

En consecuencia, se hace imperante el replanteamiento de la regla de exclusión, de tal manera que no solo en los procesos seguidos contra funcionarios públicos por delitos de corrupción ante los supuestos que configuren la presencia de una prueba prohibida- el Derecho no sea ajeno a otorgar una solución equilibrada y razonable. Pues, si bien la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de su fundamento.

Es importante además de lograr la eficacia del derecho penal mediante la proclamación de la verdad de los hechos, no dejar en indefensión al imputado, pues en la obtención de una evidencia ilícita, al no regirse por el procedimiento legal correspondiente, existe probabilidad de manipulación, es decir, que la fuente de prueba sustraída o captada no fuese auténtica ni fiable por haber sido alterada o manipulada, lo que causaría un grave perjuicio no sólo en la presunción de inocencia del imputado, sino que además en su derecho de defensa.

Por ello, en atención a lo expuesto, una propuesta de admisibilidad y validez de la fuente de prueba procedente de una actuación ilícita puede llegar a generar un escenario de controversiales críticas; de un lado, por la afectación de derechos fundamentales del imputado y de la posible manipulación de la evidencia y, de otro, por el desapego que la aplicación de la regla de exclusión genera en cuanto a los derechos de la víctima y de la sociedad en su conjunto.

³ ASECIO MELLADO, José María. (2008). Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000. Prueba ilícita y lucha anticorrupción “El caso de allanamiento y secuestro de los Vladivideos”. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Pág. 24.

Y, si bien es cierto, el tema es notablemente polémico, puesto que nos estamos refiriendo a un supuesto de admisibilidad y valoración de la prueba ilícita para la formación de la convicción del magistrado en cuanto a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en los procesos seguidos en su contra por delitos de corrupción, constituye una exigencia social y jurídica que amerita su análisis y replanteamiento.

No obstante, ante los cuestionamientos que se funden en la regla de exclusión como garantía de la posición preferente de los derechos fundamentales, corresponde precisar que el Derecho es una ciencia social epistémica, cuyo principal objetivo es la regulación de la conducta humana, y sus instituciones no son producto de un conocimiento logrado y final, sino que se encuentran sujetas a constantes cambios. Siendo ello así, cabría cuestionarnos la vigencia de la tradicional regla de exclusión procesal de medios probatorios ilícitos en escenarios criminológicos de alta complejidad y dificultad probatoria.

La preocupación que se comparte es -en términos simples- que la aparente falta de predictibilidad en las resoluciones judiciales respecto a la “prueba ilícita” provoca incertidumbre, tanto en los agentes que persiguen el delito como en aquellos investigados. Pues, entre la aplicación de la prueba ilícita de modo restringido y la subsistencia de innumerables excepciones se crea un escenario de desconcierto traducido; de un lado; en ineficacia de la actuación policial o fiscal (ya sea por desconocimiento o incertidumbre) y; de otro, en una sensación de indefensión e inseguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, aceptar a raja tabla la admisibilidad y validez de la prueba ilícita no constituye tampoco una solución, pues se incurriría en lo que en principio desea evitarse, la regulación de esta institución no necesita de un mecanismo legal de aplicación automática y parcializada.

Finalmente, corresponde precisar que no se persigue propiciar la obtención de fuentes de prueba fundados en la vulneración de derechos fundamentales, sino que se busca reformular la regla de exclusión para permitir una solución más objetiva que las innumerables excepciones existentes, las mismas que dan mérito al problema descrito. Es por tanto que se hace notoria la necesidad de una

regulación que no se vea rodeada de parámetros obstructivos de investigación y que permita que la verdad material encuentre sustento legal.

1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En la actualidad no existen investigaciones respecto al tema en concreto. Sin embargo, la teoría de la prueba prohibida si ha sido abordada en investigaciones nacionales e internaciones. En el plano nacional tenemos a las siguientes: “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana” cuyo autor es Hamilton Castro Trigos, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, publicación del año 2008. “La prueba ilícita penal en la administración de justicia en el Perú”, de la autoría de Ezequiel Baudelio Chavarry Correa, de la Universidad Nacional de Trujillo, publicada en el año 2011. “Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano” de la autoría de Brenda Pareja Mujica, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, publicada en el año 2017. En el plano internacional tenemos las siguientes: “Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales”, cuya autora responde al nombre de Trinidad del Pilar Luengo Montt, de la Universidad de Chile, cuya publicación data del año 2008. “La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España-Perfiles Jurisprudenciales comparativos”, siendo su autor José Manuel Alcaide González de la Universidad Autónoma de Barcelona, publicada en el año 2012. Así como también la tesis doctoral que lleva como título: “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba”, siendo su autor Jaime Campaner Muñoz, cuya publicación se realizó en Madrid en el año 2015.

Resaltando la existencia de diferentes referencias en artículos de algunos textos y/o revistas especializadas sobre la prueba ilícita, siendo que en virtud al tema concreto de su regulación en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, es muy escasa la información existente.

La legislación comparada ha tratado el problema en algunos casos y lo ha solucionado de acuerdo a su marco normativo.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La prueba prohibida o ilícita y su regulación en el sistema jurídico actual ha evidenciado lo polémica que puede llegar a ser regular su utilización, ello en la medida en que ésta se encuentra íntimamente relacionada con los derechos fundamentales, en cuanto se erige de su conculcación. Sin embargo, en esencia, el rechazo de fuentes de prueba o evidencias notoriamente fiables, valiosos y relevantes para la resolución del conflicto por considerarse que la ilicitud de su origen merma su ingreso al proceso, so pretexto de la aplicación de la regla de exclusión como derecho fundamental implícito del derecho a la prueba, es un problema que amerita un riguroso estudio, sobre todo si se trata de la extrapolación del tratamiento de esta institución.

La utilización de la prueba ilícita en los procesos de corrupción de funcionarios públicos –así como en la persecución penal de otros delitos- puede resultar determinante en cuantiosos casos, siempre que su modo de obtención no merme la capacidad que éstas tengan de poder evidenciar situaciones que coadyuven con el esclarecimiento de la verdad, más aun teniendo en cuenta que respecto a los delitos contra la administración pública ha de tenerse presente que estos involucran necesariamente la afectación del intereses públicos preponderantes.

1.2.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La trascendencia de la presente investigación, es directamente proporcional a la importancia que tiene el material probatorio como elemento primordial para el esclarecimiento de la verdad en los delitos contra la administración pública, dentro de este contexto el tema de la prueba en materia jurídica en cualquiera de las esferas del derecho es muy importante, así como para el desarrollo de la ciencia jurídico procesal, pues no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia.

Concretamente, el estudio y análisis crítico de teoría de la prueba ilícita, de la regla de exclusión permitirán identificar la problemática que desencadena su actual tratamiento jurídico, siendo precisamente ello lo que impulsará el camino hacia su

reorientación, pues solo así podrá –esta teoría- corresponder a las exigencias sociales de paz y justicia.

1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Lo descrito anteriormente nos lleva al planteamiento de la siguiente interrogante:

¿AFECTA AL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD Y CERTEZA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN CUANTO A SU MANIFESTACIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA, LA DIVERSIFICACIÓN DE CRITERIOS ESGRIMIDOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y DE SUS EXCEPCIONES, EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A partir de la interrogante principal, se derivan las siguientes auto-preguntas:

- 1.3.2.1. En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, ¿Existe uniformidad de criterios en cuanto a la aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita de cargo y de sus excepciones?
- 1.3.2.2. En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, ¿Son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, idóneas y suficientes para combatir la impunidad derivada de su aplicación absoluta?
- 1.3.2.3. En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, ¿Constituye la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre los derechos de la víctima, el derecho a la verdad y el interés estatal público?

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD

La presente investigación se encuentra vinculada al área del derecho procesal penal en correspondencia con el derecho constitucional, lo medular de esta investigación consta del análisis y estudio de la prueba ilícita o prohibida en el proceso penal, y en la medida en que esta institución se encuentra íntimamente relacionada con los derechos fundamentales de la persona, se conecta con el derecho constitucional.

1.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se desarrollará en el Departamento, Provincia y Distrito de Tacna. Así como también en el Departamento de Lima.

Sin embargo, en la presente investigación, además de la jurisprudencia nacional, se recurrirá, para su respectivo estudio a la jurisprudencia comparada, por constituir en esencia la base jurídica del estudio de la institución de la prueba ilícita.

1.4.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación es abstracto. Sin embargo, en concreto partirá del año 2001 fecha en la que se emitieron las sentencias referidas al caso del señor Vladimiro Montesinos Torres. Resoluciones referenciales del desarrollo jurisprudencial de la prueba prohibida en la judicatura nacional, hasta la actualidad (2018).

1.4.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

El colectivo que se incluye en la presente investigación son los funcionarios públicos, en función de los cuales se estudiarán aquellos procesos de corrupción en los que se ven implicados y que se constituyen en trascendentales por contener como tema relevante a su vez el análisis de la prueba prohibida o ilícita.

II. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar si la diversificación de criterios esgrimidos en la jurisprudencia nacional respecto a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos afecta al principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- 2.2.1. Identificar si en la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos existe uniformidad de criterios en cuanto a la aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita de cargo y de sus excepciones.
- 2.2.2. Determinar si en la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita son idóneas y suficientes para combatir la impunidad derivada de su aplicación absoluta de la citada regla.
- 2.2.3. Analizar si en la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye la primacía de los derechos fundamentales del imputado por sobre los derechos de la víctima, el derecho a la verdad y el interés estatal público.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

I. CONCEPTO DE PRUEBA⁴

En este apartado resulta conveniente precisar la labor del magistrado en el interior del proceso penal, en tanto esta se orienta no únicamente a conocer y aplicar el Derecho, sino que además resulta necesario que aborde el estado de las situaciones fácticas a las que esas normas deben aplicarse. De esta manera, se deberá determinar la veracidad de las afirmaciones introducidas por las partes al proceso, para consecuentemente aplicar la norma jurídica pertinente. Es en este sentido que E. DOHRING afirma que el juez, “con el auxilio de la instrucción probatoria, intenta formarse un juicio acertado sobre el estado de los hechos”⁵.

Como complemento, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ dice: “Dios, se ha afirmado con razón, no tiene necesidad de proceso. Basta la exposición de las afirmaciones de las partes para que pueda pronunciar sentencia justa. En cambio los hombres, en cuanto falibles mendaces, requieren inexcusablemente comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros hombres les proponen. Y es de esta comprobación de donde surge la esencia de la prueba”⁶.

Bajo esta premisa, ingresando al concepto jurídico de la prueba, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN, citando a CAFFERATA NORES sostiene: “Prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente, y que esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptuar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”⁷.

⁴El vocablo “prueba” deriva del término latín “probatio”, “probationis”, que a su vez procede del vocablo “probus” que significa bueno, honrado, que te puedes fiar en él.

⁵ Citado por ACOSTA VÁSQUEZ, Luis A. (julio-diciembre 2007). Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/126-478-1-PB.pdf>. Pág. 54. [Consulta 13 de marzo de 2016]

⁶SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. (2009). Estudios de Derecho Probatorio. Comunitas. Lima-Perú. Pág. 24.

⁷ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. (2017). La prueba prohibida en el proceso penal y civil. Primera edición. Editorial Nomos & Thesis. Lima-Perú. Pág. 17.

A su vez, Domingo GARCIA RADA indica que: “Las pruebas son los medios por los cuales el juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar”⁸.

El autor Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ, expresa que: “La prueba es toda aquella actividad que realizan las partes en el proceso, en el marco de la ley, de las garantías y principios que la Constitución prevé, va encaminada a convencer o crear convicción en el juez, respecto de la certeza o veracidad de las afirmaciones postuladas”⁹.

La prueba, en términos generales, es un instrumento empleado por las partes en el proceso para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de la cual hace uso el magistrado, a efectos de decidir justamente la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos o de los hechos alegados por las partes.

II. FUENTE, MEDIO, OBJETO Y ÓRGANO DE PRUEBA

Definitivamente, abordar el tema de la prueba ilícita requiere inevitablemente el desarrollo de las definiciones o concepciones de los términos siguientes: fuente de prueba, medio de prueba, objeto de prueba y órgano de prueba. En este sentido, se abarcará el desarrollo de cada uno de ellos de modo independiente, para, consecuentemente, evidenciar sus notorias diferencias.

2.1. FUENTE DE PRUEBA

La fuente de prueba es todo aquel hecho (en sentido amplio como objetos, conductas, etc) identificado a través de operaciones cognoscitivas, preexistente e independiente del proceso que; en consecuencia, no tiene una finalidad concreta ni inmediata; sin embargo, es posible extraer de esta, información relacionada con un hecho delictivo. En consecuencia, es aquella que va a dar origen al *elemento de prueba*. Lo importante de la fuente de prueba es la información o dato objetivo que fluye de ella. La fuente de prueba es, además, susceptible de integrarse al proceso a través de los llamados *medios de prueba*.

⁸ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. (2014) Luciano. La prueba prohibida y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. Lima-Perú. Pág.36.

⁹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pag. 36.

Según lo expuesto por Francesco CARNELUTTI¹⁰, las fuentes de prueba están constituidas por los hechos de los cuales se deduce inmediatamente la existencia de los hechos a probar.

Otro criterio que cita Hernando DEVIS ECHANDÍA¹¹, es aquel que refiere que la fuente de prueba llega a conocimiento e identificación del juez por medio de un proceso mental a la cual antecede una sensorial, en otras palabras, se trataría de un proceso deductivo de lo percibido. El citado autor plantea que este proceso deductivo resulta más claro cuando estamos frente a pruebas indirectas, toda vez que en éstas el hecho objeto de prueba es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juez solo percibe el segundo, y de éste induce indirectamente la existencia del primero. Por ejemplo, en el caso de la prueba testimonial el juez tendrá que a partir del hecho mismo de la prueba deducir el hecho objeto de prueba en el proceso, en este caso el testigo media entre el hecho que él describe y el juez. Así, de este interrogatorio el Juez deberá deducir el hecho alegado por las partes, por lo que el conocimiento en el Juez se encontrará sujeto a la idoneidad y pertinencia de tal declaración. Ahora bien, en el caso de las pruebas directas el proceso deductivo se da de diferente manera ya que el juez no se encuentra frente a hechos que son el producto de la representación de otros, como es el caso de las pruebas indirectas, sino más bien se encuentra frente a hechos que son representación de sí mismos y en este caso el juez deberá deducir de estos la existencia de los hechos materia de probanza en juicio. Por ejemplo, el caso de una inspección judicial en la cual el juez de su propia (personal) apreciación deberá deducir la existencia del hecho objeto de prueba en el proceso. De esta forma, los hechos que constituyen una fuente de prueba pueden ser representativos o expresión de sí mismos, pero sea cual sea el criterio adoptado respecto de estos, lo importante es que de estos hechos el juez va a deducir la existencia o no del hecho objeto de probanza en el proceso, o dicho en otros términos, del hecho controvertido en el mismo.

En palabras de Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “La idea de fuente de prueba es ajena a la existencia del proceso penal, puesto que la fuente tiene existencia

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. (1982). La prueba civil. Segunda Edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires-Argentina. Pág. 92.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1984). Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Tomo II. Editorial ABC. Bogotá-Colombia. Pág. 88.

propia y desvinculada del proceso, puede decirse que son elementos que existen en la realidad. La fuente de prueba lo constituiría el dato con el que se cuenta o existe, inclusive con anterioridad a la formación del proceso”¹².

La fuente de prueba tiene un marcado carácter extraprocesal, en tanto su existencia se da fuera y al margen del proceso; en consecuencia –en principio-, la misma no se encuentra sujeta a ninguna regla o presupuesto procesal, salvo aquellos casos en los cuales en la actividad de la búsqueda de la fuente o elemento de prueba, intervengan funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, manifiesta Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ: “La fuente de prueba está fuera del proceso o incluso existió antes de este, es todo aquello que da origen a un elemento de prueba, es el dato que se extrae de ella, por ejemplo, en el testimonio, el conocimiento relatado por el testigo, en un documento una expresión artística graficada, etc.”¹³.

Según Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁴, las fuentes de prueba son aquellos hechos (objetos, acontecimientos y conductas) susceptibles de ser incorporados al proceso a través de los diversos medios de prueba.

Señala además PEDRÁZ PENALVA que fuente de prueba es aquella “realidad extrajurídica preexistente e independiente del proceso e integrada por un hecho o acto natural o humano socialmente manifestado”¹⁵.

En esta misma línea, Luis Miguel REYNA ALFARO: “Las fuentes de prueba se integran al proceso mediante los denominados *medios de prueba*: La declaración testimonial, los documentos, etc.”¹⁶.

Es así que la Fiscalía Suprema en lo Penal en el Dictamen N° 023-2009 emitido en mérito al Recurso de Nulidad formulado por la defensa de Alberto Fujimori

¹² CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. 24.

¹³ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 39.

¹⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. (2001). El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Primera Edición. Ara Editores. Lima-Perú. Pág. 56.

¹⁵ Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. (febrero 2015). Manual de Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima-Perú. Pág. 459.

¹⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Pág. 460.

Fujimori y de la parte civil representada por Gustavo Gorriti Ellenbogen y Rosa Elvira León Lunazco, en el Expediente N° 19-2001-09-A.V. explica que:

“Un libro, al igual que una noticia o un recorte periodístico, constituye una fuente de prueba, es decir, un objeto que puede proporcionar conocimientos para apreciar o acreditar el hecho, materia del proceso, por lo que, resulta siendo de trascendencia para los fines del mismo. Por en, un libro puede ser introducido al proceso, toda vez que, por un lado, contiene la declaración de un testigo, y por otro, no todo conocimiento proveniente de este órgano de prueba, debe reducirse a la testimonial –y ser el único medio de prueba-. En este sentido, la actuación de la fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial: no se exige su producción ante el juez o en el juicio oral; antes bien, en tanto se trata de informaciones públicas y voluntarias, pueden y deben ser valoradas cuando contengan aspectos extraprocesales útiles para los fines del proceso”¹⁷.

Finalmente, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señala que:

“Una fuente de prueba hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además, es una realidad que existe *per sé*, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión, para transmitir una información, etcétera, no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro, así fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro –siempre que contenga información relevante para el caso investigado-, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho,

¹⁷ Dictamen N° 023-2009 de fecha 31 de agosto de 2009 de la Fiscalía Suprema en los Penal. Exp. N° 19-2001-09-A.V. Recurso de Nulidad (caso Barrios Altos y La Cantuta). Fundamento Jurídico 111.

tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio.

Que, en tal sentido, una fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial, ni se exige su producción en el juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso (...)¹⁸.

A modo de ejemplo, se cita el caso de una declaración testimonial, la fuente de prueba estará constituida por la percepción que de los hechos tenga el testigo, el elemento de prueba que surge de esta sería el conocimiento relatado por (lo declarado), el medio de prueba lo será, entonces, la declaración testimonial y, finalmente, el órgano de prueba será el propio testigo.

Ahora bien, en el caso de las pruebas periciales se tiene que, por ejemplo, la fuente de prueba estará conformada por el objeto de la pericia (muestras de sangre, huellas dactilares, etc.) y el conocimiento del perito que la estudia; el elemento de prueba extraído de esta será entonces el resultado de los exámenes realizados por el perito, el medio de prueba por el cual ingresará al proceso será el dictamen o informe pericial y el órgano de prueba, concretamente será el perito.

Respecto al levantamiento del secreto de las comunicaciones puede decirse que la fuente de prueba estará constituida por la propia conversación registrada o grabada, el elemento probatorio que fluye de esta es el contenido o información relevante que surge de la conversación, el CD o soporte magnético que contenga la grabación constituirá la prueba documental como medio de prueba.

En conclusión, es necesario recalcar que lo esencial de la fuente de prueba, es el dato que se extrae de ella, el elemento de prueba al que da origen, el mismo que es susceptible de ser introducido legalmente al proceso, empleando concretamente el medio de prueba que resulte idóneo.

2.2. MEDIO DE PRUEBA

El medio de prueba puede ser conceptuado como aquel instrumento legal por medio del cual se introduce la fuente de prueba (elemento de prueba) al proceso

¹⁸ Sentencia Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 30 de diciembre de 2009. Exp.19-2001-09-A.V. Recurso de Nulidad (caso Barrios Altos y La Cantuta). Pág. 140-141.

judicial. Por ende, siguiendo el concepto adoptado por Jorge CLARIÁ OLMEDO¹⁹, medio de prueba es aquel procedimiento destinado a poner el objeto de prueba (elemento de prueba) al alcance y conocimiento del juzgador.

Para el autor GARCIA RADA, el medio de prueba es “todo lo que puede servir para adquirir la verdad. Es el modo de suministrar datos al Juez, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente”²⁰. De este modo MIXAN MASS explica: “El medio de prueba es aquello que vincula a la conciencia (en actitud cognoscitiva) con el objeto del conocimiento, cuya esencia, propiedades y circunstancias trata de descubrir, escrutar”²¹.

Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ expresa que: “Desde nuestro punto de vista, el medio de prueba es la vía, el canal o el “vehículo” a través del cual se incorporan los elementos de prueba al proceso. Ejemplo de medio de prueba: la prueba testimonial, el testigo (órgano de prueba), la declaración testimonial (medio de prueba) y lo declarado (elemento de prueba)”²².

Lo dicho hasta aquí supone que, como lo indica el magistrado Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “La idea de medio probatorio la encontramos dentro de una perspectiva netamente procesal, es decir, la concepción del medio de prueba es indesligable de la existencia del proceso; así podría decirse que los medios de prueba son los caminos procesales que conducen o transmiten la fuente al proceso”²³. Así, podemos distinguir al medio de prueba respecto de una fuente de prueba, atendiendo a su naturaleza procesal y extraprocesal, respectivamente.

A modo de ejemplo, situémonos en el ámbito de un proceso penal en el cual se tratará acerca del conocimiento que sobre los hechos tiene el testigo respecto de la ejecución del delito investigado, en este caso tenemos que la fuente de prueba estará constituida justamente por la percepción de los hechos que se ha formado sensorialmente el testigo, y el medio de prueba idónea para poner ello en conocimiento de juez será concretamente la declaración del testigo (declaración testimonial).

¹⁹ Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). Derecho Procesal Penal. Volumen II. Editorial Grijley. Lima-Perú. Pág. 40.

²⁰ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 40.

²¹ Ídem.

²² CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 40-41.

²³ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. OB Cit. Pág. 24.

Ahora bien, es pertinente citar el Artículo 157° del Código Procesal Penal, apartado referido a los medio de prueba:

“1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.”

A modo de conclusión, los medios de prueba constituyen elaboraciones o mecanismos legales orientados a proporcionar garantía y eficacia para el descubrimiento de la verdad (mediante la aproximación de la fuente de prueba al juez); y, además, constituyen un nexo de unión del objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre el objeto.

2.3. OBJETO DE PRUEBA

Respecto a la naturaleza del objeto de prueba cabe precisar que en la doctrina no existe unidad de criterios. Para un sector el objeto de prueba es el hecho imputado (fenómeno exterior al hombre); y para otros, el objeto de prueba se centra en las afirmaciones realizadas sobre los hechos.

Por un lado MIXÁN MASS sostiene que: “Objeto es el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva”²⁴. Refiere además de modo concreto el autor

²⁴ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 37.

que: “Objeto de prueba es aquello que constituye materia de la actividad probatoria”²⁵.

De igual manera, GARCÍA RADA expresa lo siguiente: “Como el delito constituye una alteración al mundo exterior, el objeto de prueba será demostrar que esa modificación se ha realizado a consecuencia de un acto del hombre y como resultado de esta acción ilícita, se ha alterado el mundo circundante, causándose perjuicio en la persona o en su patrimonio. Los hechos a probar comprenden: a) actos materiales en que ha intervenido la actividad humana; b) los hechos de la naturaleza; c) las cosas u objetos del hombre, como son documentos; d) los estados o hechos psíquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder”²⁶.

De este criterio es también BUSTAMANTE ALARCÓN, quien sostiene que: “En nuestra opinión, a pesar de que el propósito de las partes o de los terceros legitimados es probar las afirmaciones que formulan, lo cierto es que estos recaen sobre la existencia o inexistencia de los hechos que configuran su pretensión o defensa. Incluso desde la perspectiva del juzgador el objeto o materia de prueba no lo constituyen las afirmaciones de las partes, sino los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones y los que sean pertinentes para la adecuada composición del conflicto”²⁷.

Al mismo tiempo, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN expresa que: “Dentro de esta concepción es que surge la idea del aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos que yo te daré el derecho), aforismo con el que se ponía de relieve que correspondía a las partes la prueba de los hechos y al juez la aplicación del derecho de dichos hechos”²⁸.

Siguiendo esta línea, el objeto de prueba es tratado en el artículo 156° de Código Procesal Penal el cual dice:

“Objeto de prueba.- 1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida

²⁵ ídem.

²⁶ ídem.

²⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 96.

²⁸ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 27.

de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”.

Ahora bien, otro importante sector de la doctrina opina en sentido contrario a lo expresado hasta aquí, es decir, que los hechos fenoménico exteriores al hombre no son el objeto de prueba, sino más bien lo son las afirmaciones introducidas al proceso por las partes.

Bajo lo expuesto en el epígrafe anterior, es conveniente citar a SERRA DOMÍNGUEZ, quien expone: “Se afirma que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos. No es cierto. Los hechos entendidos como fenómenos exteriores al hombre en su acepción más general, son de una forma y no de otra y, como tales, no requieren prueba. Es imposible probar una mesa, un contrato, una obligación. Los que si requieren pruebas son nuestras afirmaciones en relación a tales hechos. En cuanto yo afirme que en mi despacho existe una mesa de caoba, puedo yo demostrar la exactitud de mi aserto. Solo pueden ser probados, no los hechos, sino nuestros juicios existenciales o valorativos sobre tales hechos”²⁹.

Habiéndose puesto en conocimiento las dos posturas doctrinarias que existen respecto al objeto de prueba, es de nuestra opinión avalar aquella que postula que son las afirmaciones introducidas al proceso por las partes respecto de los hechos, las que serán objeto de la actividad probatoria. Ello, dado que los hechos como tales no son susceptibles de ser probados, lo que se prueba, en realidad, es la veracidad o falsedad de un enunciado construido en torno a tal hecho. Ahora bien, esta actividad probatoria, en el ámbito de un proceso penal, claramente tendrá como norte, a su vez, comprobar la veracidad o falsedad de la premisa o enunciado fáctico principal en torno a la cual se describe el hecho jurídico relevante que supone la comisión del delito y dio origen al proceso.

2.4. ÓRGANO DE PRUEBA

El órgano de prueba -en términos generales- está constituido por la persona que a través de un medio de prueba proporciona directamente al juez información o datos objetivos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados.

²⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Ob Cit. Pág. 38.

En este sentido, a decir de José Antonio NEYRA FLORES: “Se constituye en órgano de prueba, la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la prueba. Son así órganos de prueba las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser se oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales”³⁰.

Para Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN, el concepto de órgano de prueba “está referido a la persona o agente que se encarga de aportar la fuente de prueba al proceso; por ello, en la prueba pericial el órgano pericial lo será el perito, en la prueba testimonial el testigo, en la declaración del imputado lo será la persona misma del procesado”³¹.

III. FIN DE LA PRUEBA

Respecto al fin de la prueba, ha de precisarse que existen dos posiciones doctrinarias bien definidas, una de ellas sostiene que la finalidad de la prueba es buscar la verdad histórica de los hechos (prueba como verdad); y la otra, es aquella que postula que dicha finalidad radica en lograr la convicción del juez sobre la verdad o falses de las afirmaciones que las partes hacen sobre los hechos (prueba como certeza judicial).

En palabras de CHOCANO NUÑEZ: “La finalidad de la prueba no puede ser otra que la de proporcionar conocimiento, el único conocimiento que podemos considerar como útil es el verdadero, por tanto la finalidad última de las partes es llevarnos a la verdad. La prueba es una fuente de verdad”³².

El Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 01014-2017-PHC-TC, fojas 12, dice: “Por ello, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (I) veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad”³³.

³⁰ NEYRA FLORES, José Antonio. (Julio 2010) Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. Primera Edición. Editorial Idemsa. Lima-Perú. Págs. 551-552.

³¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág.30.

³² CHOCANO NUÑEZ, Percy. (1997). Teoría de la Prueba. Primera Edición. Editorial Idemsa. Lima-Perú. Pág. 75

³³ Sentencia del Expediente N° 01014-2017-PHC-TC. (05 de abril de 2007). Caso Federico Salas. fojas 12.

Por otro lado, respecto a aquella concepción basada en la prueba como certeza judicial, explica Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ: “La posición de la convicción judicial, en mi concepto, es más acorde a los postulados de la teoría del derecho, pues asume que el fin de la prueba es la convicción judicial y solo cuando las afirmaciones vertidas logren convicción judicial la prueba logro su fin, pues desde el punto de vista procesal, el concepto de prueba aparece unido a la finalidad de obtener certeza, procurando el convencimiento judicial”³⁴.

Es de esta postura también el magistrado José Antonio NEYRA FLORES, quien sostiene que: “Desde el punto de vista de la elaboración de una teoría del caso y de la litigación estratégica, podemos entender que la finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez acerca de la validez, o-por decirlo mejor- verdad de las afirmaciones que sobre los hechos hace cada parte; esto es importante en la medida que, en función a la prueba, el juez asume como cierta nuestra teoría del caso”³⁵.

Teniendo en cuenta que el proceso penal ha de estar orientado hacia la búsqueda y la verdad de los hechos (verdad relativa), podemos concluir entonces que la finalidad de la prueba, como se ha mencionado líneas arriba, es efectivamente lograr convicción en el magistrado respecto de las afirmaciones que versan sobre los hechos introducidos al proceso por las partes. Ahora bien, siendo el deber del juez el descubrimiento de la verdad, corresponde precisar que no se trata -en puridad- de una verdad histórica, sino de una verdad relativa expresada en términos de probabilidad lógica. Es decir, ha de considerarse que un enunciado de hecho es verdad solo si se encuentra sustentado en pruebas y de este modo alcanza un grado adecuado de confirmación lógica. Desde esta perspectiva, la prueba cumple una función epistémica, consistente en proveer al juez los datos cognoscitivos necesarios para establecer cuál de estos enunciados puede ser considerado verdadero y cuya finalidad es concretamente lograr su convicción, alcanzando un grado adecuado de confirmación lógica que nunca será igual a la certeza absoluta.

³⁴ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 43

³⁵ NEYRA FLORES, José Antonio. Ob Cit. 548.

En definitiva, la finalidad de la prueba ha de ser *la verdad relativa*, siendo la averiguación de la verdad el objetivo principal de la actividad probatoria en el proceso judicial.

IV. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS AL PROCESO³⁶

Los actos de aportación de hechos al proceso tienen por finalidad, justamente, introducir los hechos al proceso, estos actos se subdividen en: a) actos de investigación; y b) actos de prueba.

En relación con el nuevo proceso penal, se tiene que este se encuentra dividido en tres fases o etapas: a) investigación preparatoria (que incluye diligencias preparatorias), b) etapa intermedia y c) juzgamiento; en cada una de las cuales las partes introducen hechos al proceso; en las dos primeras fases, dichos hechos se materializan en **actos de investigación** orientados a sustentar o fundamentar la emisión de resoluciones de imputación, medidas limitativas de derechos (detención preliminar, prisión preventiva, comparecencia restrictiva o medidas reales, etc.); así como también de autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento. En la última etapa, estos hechos se traducen en **actos de prueba** destinados a lograr en el juez el convencimiento de la verdad de una determinada afirmación, es decir, se orientan a lograr convicción en el juez y finalmente le sirven para fundamentar su sentencia. No obstante, para los efectos de sentencia, tiene carácter de acto de prueba la prueba anticipada, tal y como lo establece el artículo 242° y siguientes del Código Procesal Penal; así como también las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el citado Código. Es decir, en la investigación preparatoria excepcionalmente pueden llevarse a cabo actos de prueba, siendo estos: la prueba anticipada y la prueba pre constituida.

Respecto a la afectación de ilicitud de estos actos, Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ explica que: "(...) teniendo en cuenta que los actos de aportación de hechos al proceso son actos procesales de suma importancia que van a sustentar decisiones de relevancia procesal en cada una de estas etapas, su constitución e ingreso al proceso tiene que estar rodeada del cumplimiento de las garantías y los

³⁶ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 43 - 45.

presupuestos que establece la Constitución y la ley, y sobre todo, sin vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales”³⁷.

En efecto, en esta línea de argumentación, ha de tenerse en cuenta que estos actos de aportación fáctica son viciados de ilicitud cuando en su constitución o incorporación al proceso se han inobservado las garantías que revisten el desarrollo de un debido proceso, es decir, reglas de garantía constitucional, presupuestos legales o, se han afectado derechos fundamentales. Cuando se hace referencia—entonces- a la “prueba prohibida”, se comprende tanto a los actos de investigación como a los actos de prueba.

4.1. ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Los actos de investigación, como ya se ha mencionado, son aquellos que sirven para dictar resoluciones propias de la etapa de investigación y etapa intermedia.

En palabras de Jorge ROSAS YATACO: “Los actos de investigación son todos los actos procesales que realiza el fiscal y la policía en procura de recabar o recopilar los elementos de prueba o de convicción que lleguen a esclarecer debidamente los hechos, de modo que el fiscal puede formalizar una investigación preparatoria o archivar los actuados, y, del mismo modo, pueda, en su momento, sustentar una acusación o requerir el sobreseimiento de la causa. Estos actos no son jurisdiccionales”³⁸.

Para César SAN MARTÍN CASTRO: “El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos, para determinar si luego puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre esos hechos”³⁹. Agrega el citado autor que: “La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en proveer el fundamento para que se dicten resoluciones de imputación. Medidas limitativas de derechos y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento (...) las resoluciones instructoras y de la fase intermedia se apoyan en un juicio de mera probabilidad acerca de la responsabilidad penal de una persona. Solo la plena

³⁷ *Ibidem*. Pág. 44.

³⁸ ROSAS YATACO, Jorge. La investigación de los delitos. Ministerio Público Fiscalía de la Nación. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). En Línea. <Publicación disponible en: http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2257_modulo1_tema2.pdf>. Pág. 48. [Consulta 19 de marzo 2016].

³⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2012). Estudios de Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editorial Grijley. Lima-Perú. Pág. 584.

convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo”⁴⁰.

Los actos de investigación son entonces todas aquellas actuaciones ejecutas por el Fiscal y la Policía orientadas a comprobar, investigar y verificar la *notitia criminis*, para que de esta forma se determine el hecho punible (si lo hay) y se proceda a individualizar o identificar al autor de tal hecho. De este modo, el fiscal, en atención a los elementos de prueba recabados, decidirá si formaliza o no la investigación preparatoria; o, en su momento, decidirá si formula acusación o requiere el sobreseimiento de la causa. Así también, dichos actos de investigación permitirán a la vez fundamentar las resoluciones que sobre lo requerido por el fiscal, el juez dicte, es el caso de las medidas limitativas de derechos (prisión preventiva, detención, interceptación judicial de las comunicaciones, entre otras), y los autos de sobreseimientos y de enjuiciamiento.

4.2. ACTOS DE PRUEBA

Los actos de prueba se constituyen en actos procesales ejecutados por las partes ante el juez del juicio oral, con la finalidad de incorporar los elementos de prueba tendientes a acreditar sus proposiciones fácticas. Así, a diferencia de los actos de investigación, se producen o presentan en el juicio oral o juzgamiento, en observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y el contradictorio. Los actos de prueba encuentran orientados a lograr convicción en el juez, son estos actos los que servirán para fundamentar la sentencia condenatoria o absolutoria que emitirá el Órgano Jurisdiccional.

En otras palabras, como explica César SAN MARTÍN CASTRO: “El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba (...). La eficacia del acto de prueba (...) es la de servir de fundamento a la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar según su criterio de conciencia”⁴¹. En esta misma línea, César NAKAZAKI SERVIGÓN sostiene que: “(...) los actos de prueba tienen por finalidad acreditar pretensiones a través de proposiciones afirmativas; de ahí la necesidad de que, previamente a la fase del

⁴⁰ Ibídem. Pág. 585.

⁴¹ Ibídem. Págs. 584-584.

juicio, exista una etapa de investigación, pero va a ser en el juicio oral donde se realizan los actos de prueba; ello porque al llegar a la fase de juzgamiento las partes presentan ante el juzgador el caso que van demostrar como verosímil, y se basarían para ello de la actividad que realizarán en el juicio; de ahí la importancia de los actos que se realizan dentro del juicio oral”⁴².

A modo de ilustración, los profesores César SAN MARTÍN CASTRO y César AZABACHE CARACCIOLO⁴³, en el siguiente cuadro, precisan las diferencias concretas existentes entre los actos de aportación fáctica (actos de investigación y actos de prueba):

ACTOS DE INVESTIGACIÓN	ACTOS DE PRUEBA
Se trabaja a partir de la hipótesis para alcanzar el conocimiento de los hechos que den sustento a la “afirmación” que se postulará al proceso.	Se busca convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación.
Proveen fundamento para que se dicten resoluciones instructoras y de fase intermedia.	Buscan dar fundamento a la sentencia.
Su desarrollo se apoya en la mera probabilidad de la responsabilidad penal de una persona.	Solo la plena convicción sobre la responsabilidad penal, lograda sobre la base de los actos de prueba, permite la condena al inculpado.
No requieren para su actuación de contradicción.	La contradicción es una condición indispensable de licitud.

⁴² NAKAZAKI SERVIGÓN, César. (2009). Juicio Oral. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Pág. 145.

⁴³ ROSAS YATACO, Jorge. Ob Cit. Pág. 49.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Debe señalarse que, respecto a la valoración de la prueba, Jordi FERRER BELTRAN⁴⁴ sostiene que su principal función es la de determinar el grado de corroboración que el material probatorio otorga a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto. Es decir, mediante la valoración de la prueba, se contribuirá a fortalecer y, en su caso, descartar las hipótesis elaboradas en relación al hecho objeto de la causa.

Cuando las partes ingresan hechos como enunciados al proceso, lo hacen aduciendo una pretensión de veracidad, que no es más que presentar como cierto algo que aún no se ha probado, es entonces mediante la valoración de las pruebas, que se evaluará si efectivamente esas afirmaciones son verdaderas.

En la misma forma Marina GASCÓN ABELLAN señala que: "(...) la valoración de las pruebas es el juicio de la aceptabilidad de las informaciones al proceso mediante os medios de prueba. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas"⁴⁵.

Igualmente, MIXAN MÁSS refiere que: "(...) con respecto a la valoración de la prueba que es el acto procesal mediante el cual se determina cualitativamente el significado de los medios de prueba y el poder de presunción racional de los mismos para resolver correctamente el caso"⁴⁶.

Ahora bien, respecto a la valoración de la prueba en el proceso penal peruano, este sigue el modelo euro continental, un *sistema de la libre valoración razonada* o también denominada de la sana crítica, el cual faculta al Juzgador a apreciar libremente la prueba, al no existir parámetros legales, sin embargo, como toda facultad, esta se ve limitada por las reglas de la lógica, la experiencia y la crítica o debida razonabilidad.

Así, el Código de Procedimientos Penales establecía en el art. 283° "Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia", y en el Código Procesal Penal del 2004 en el art. 158° nos dice que "En la valoración de

⁴⁴ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 31.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ídem.

la prueba el Juez deberá observar las *reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia*, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

A decir del Dr. César SAN MARTÍN CASTRO, “(...) si bien en el procedimiento penal contemporáneo no existen pruebas tasadas o de valoración legal y, por tanto, el juez no está vinculado a una determinada disposición probatoria, ello no significa que la valoración está sometida al libre arbitrio judicial, sino que se trata de una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”⁴⁷.

Como bien menciona Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN⁴⁸, el modelo acusatorio del nuevo Código Procesal Penal, si bien es cierto se encuentra adherido al sistema de la libre valoración según las reglas de la sana crítica, también es cierto que inclina por una valoración racional de la prueba, en la medida en que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen límites o pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un estándar elevado de suficiencia probatoria, compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Tal y como se menciona en el epígrafe precedente, la valoración de la prueba en el proceso penal está supeditada al cumplimiento de determinados requisitos, los cuales se encuentran taxativamente expuestos en la ley, así nuestro Código Procesal Penal en su artículo 393° inciso 1 establece como reglas para la valoración de las pruebas, que: “El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”. Así también en el inciso 2 del citado artículo señala que: “2. El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las *reglas de la sana crítica*, especialmente conforme a *los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*”. Además, en su Título Preliminar, en su artículo VIII, sobre la Legitimidad de la prueba, precisa: “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente

⁴⁷ Citado por ROBLES SEVILLA, Williams Alexander. La valoración de la prueba en el sistema procesal penal peruano. En Línea. <Publicación disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/11-2011-valoracion_de_la_prueba.pdf >. Pág. 01. [Consulta 21 de marzo 2016].

⁴⁸ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 34

legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

Entonces, tal y como lo precisa Víctor Roberto OBANDO BLANCO: “El sistema jurídico, por medio del denominado "derecho a la prueba", exige la aplicación de reglas de la epistemología o la racionalidad generales para la valoración de la prueba. La valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las reglas de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia”⁴⁹.

En este orden de ideas, siendo la prueba el único instrumento por el que se puede demostrar legítimamente la responsabilidad penal del imputado y a su vez crear certeza en el magistrado, corresponde en consecuencia tratar su relación con el principio constitucional de la presunción de inocencia, toda vez que este queda disuelto únicamente a través de la correcta valoración de la misma.

Al respecto, el citado principio se encuentra expresado en el inciso e) del artículo 2° de nuestra Constitución Política, el cual indica que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se demuestre jurídicamente lo contrario”. Ahora bien, la vinculación establecida entre la valoración de la prueba y el principio de presunción de inocencia, así como también con el principio del *indubio pro reo*⁵⁰, queda en evidencia con el artículo II del Título Preliminar del Código acotado, al establecer que: “1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (...)

⁴⁹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. (19 de febrero de 2013). La valoración de la prueba. Suplemento de Análisis Legal Jurídica. En Línea. <Publicación disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52/Basada+en+la+la+%C3%B3gica%2C+la+sana+crítica%2C+la+experiencia+y+el+proceso+civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52>>. Pág. 01. [Consulta 21 de marzo 2016]

⁵⁰ “En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

De los preceptos normativos expuestos, resulta evidente la marcada importancia que en el ámbito del proceso penal, sobre todo en lo que respecta a la valoración de pruebas, tienen los principios de presunción de inocencia y el *indubio pro reo*.

Ahora bien, respecto al principio de presunción de inocencia es necesario conceptualizar la libre valoración de la prueba, es por ello que Juan IGARTÚA SALAVERRÍA expone el cumplimiento de tres requisitos:

- “1. Que la fuente de información utilizada por el juez en su razonamiento sea una prueba en el sentido de reconocimiento que la ley fija, por tanto no es legítimo condenar con pruebas inexistentes.
2. Que además de presencia formal de prueba es necesario que estas sean congruentes con lo que ha de probarse, es decir, que el resultado de la prueba sea tal que pueda racionalmente considerarse de cargo.
3. Que las pruebas congruentes arriba señaladas, sean suficientes para fundamentar el juicio de culpabilidad del procesado”⁵¹.

Asimismo, en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, la Corte Suprema de Justicia señala:

“Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, esta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta – *nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo--*, *jurídicamente de correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles--*. Se ha de llevar a cabo de arreglo a las *normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos—o de la sana crítica, razonándola debidamente*”.

⁵¹ Citado por ROBLES SEVILLA, Williams Alexander. Ob Cit. Pág. 03.

El artículo 394° inciso 3 del citado código adjetivo señala, además, que: “la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique”. Este artículo no hace más que ratificar lo que ya veníamos exponiendo respecto al sistema de valoración de pruebas, resultando evidente el apego el sistema de lo que se conoce como la valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

Finalmente, resulta imperante acotar que también se establecen determinados preceptos que regulan la valoración de la prueba en los supuestos de la confesión del acusado (art. 160°), los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores además de situaciones similares que requieren de la corroboración con otros elementos de prueba (art. 158° inc.2), y también en los casos de la prueba por indicios o indiciaria (art.158°inc.3).

VI. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

La doctrina procesal ha sido unánime al considerar la importancia que tiene la prueba en el ámbito del proceso penal peruano.

Puede sostenerse al respecto que la importancia de la prueba radica en varias razones. Una de ellas definitivamente implica lo sostenido por Florencio MIXÁN MASS⁵², en cuanto sostiene que la trascendencia de la actividad probatoria radica en que configura una fuente de conocimiento y de producción de certeza para el operador jurídico en general y para el juzgador en particular.

Como bien lo expresa Hamilton CASTRO TRIGOSO: “Al igual que sin la vigencia del derecho de defensa estaríamos frente a una pantomima del proceso, actualmente también resultaría inimaginable un proceso sin pruebas o actividad probatoria, al punto que puede sostenerse, sin temor a equivocaciones, que la

⁵² Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. (2008). Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/203/1/Castro_th.pdf>. Pág. 49. [Consulta 22 de marzo de 2016].

racionalidad de un modelo procesal es directamente proporcional a la vigencia de un equilibrado sistema probatorio”⁵³.

Sin actividad probatoria suficiente no puede haber proceso válido y, más concretamente en el contexto de un proceso penal, sin pruebas no puede haber condena. Es por ello que cuando FERRAJOLI sostiene que “la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios”⁵⁴, lo hace para advertir la necesidad de una actividad probatoria suficiente, en términos de que pueda derivarse de esta, la responsabilidad penal del procesado, contenida finalmente en una sentencia condenatoria.

Además, la vinculación existente entre el principio de presunción de inocencia y la valoración de la prueba evidencia la relevancia que esta última tiene en el contexto de un proceso penal. La prueba al constituirse en una fuente confiable conducente a la comprobación de los hechos, a la verdad que se pretende conocer, es considerada como el único instrumento legal por medio del cual es posible crear certeza en el juez respecto de los hechos que son objeto de la causa, siendo además su correcta valoración, la única forma legítima de demostrar la responsabilidad penal del procesado y; en consecuencia, enervar tal principio.

Cuando el imputado ingresa al proceso penal lo hace revestido de este principio; es decir, se presume su inocencia mientras no se demuestre judicialmente su responsabilidad. Dicha presunción termina en el momento en el que el juez emite la sentencia respectiva, ya sea absolviendo o inculcando al procesado. Esta resolución ha de estar debidamente fundamentada y sustentada en una correcta valoración de la prueba, siendo esto indispensable para fundar una razonada disolución de este principio.

Como es de notarse, la relevancia de la prueba recae además en su configuración como herramienta directa conducente a una correcta aplicación de la ley penal sustantiva. Así, si la materialización del *ius punendi* del Estado se traduce en la aplicación de la pena que prevé la ley penal sustantiva, el juez que determine la culpabilidad del procesado, lo hará porque tiene certeza o convicción de la misma (habrá alcanzado un grado adecuado de confirmación lógica que nunca será igual

⁵³ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 49.

⁵⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 50.

a la certeza absoluta) y ello únicamente lo logrará a través de una legítima valoración de las pruebas. Así también, una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente a decisiones correctas y justas, es que éste se enfoque a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa.

Por otro lado, el autor Rodrigo COLOMA CORREA⁵⁵ considera a la prueba como un instrumento útil para la consecución del valor seguridad jurídica en el proceso penal como equivalente a previsibilidad de las decisiones judiciales. Así, la prueba de los enunciados fácticos enfrentados en el proceso justificaría adecuadamente su incorporación a la decisión judicial. Ahora bien, si se concibe a la prueba como principal herramienta para la aplicación de la ley penal sustantiva, en la medida en que la condena se encuentre basada en una actividad probatoria suficiente y no en meras subjetividades, el valor seguridad jurídica ya se ve materializado, por lo que la prueba puede a su vez convertirse en su garante directa. Sin embargo, desde un enfoque mucho más deseable de seguridad jurídica, podríamos decir que la importancia de la prueba tiene su razón, además, en la prohibición o exclusión de la arbitrariedad en el marco de las decisiones judiciales, es decir, la motivación de las resoluciones judiciales ha de tener como base una justificación racional, no arbitraria, en donde la actividad probatoria tomará importancia en términos justificativos y argumentativos. La prueba dará sustento a la decisión judicial y garantizará la plena vigencia y fundamento de los derechos tanto del debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y de la presunción de inocencia, siendo que para desvirtuar tal presunción se requerirán de pruebas pertinentes, útiles y legítimas.

Finalmente, se concluye con sostener que la prueba es de suma importancia para los fines y el desarrollo del proceso, ya que no hay proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni sentencia que no se sustente en pruebas conocidas o debatidas en el proceso; por tanto, no puede existir una sentencia, ya sea en materia penal o civil, que no se encuentre fundamentada en lo objetivamente capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad del acusado o, en su caso, sobre el derecho de la parte cuya pretensión es declarada fundada.

⁵⁵ Ibídem. Pág. 51

SUBCAPÍTULO 2

LA PRUEBA Y LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD

I. CONCEPCIONES DE LA PRUEBA

1.1. EPISTEMOLOGÍA OBJETIVISTA CRÍTICA Y CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA DE LA PRUEBA

La *epistemología objetivista crítica* es aquella que entiende que la *objetividad del conocimiento* radica en su adecuación o correspondencia a un mundo independiente, asumiendo—además— las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. Según esta epistemología, existen hechos independientes acaecidos en la realidad, lo cuales podemos conocer de modo relativo o aproximado, más nunca de modo perfecto.

La concepción *cognoscitivista* de la prueba deriva justamente de esta epistemología. En mérito a esta concepción, la prueba mantiene una relación directa con la teoría del conocimiento, es decir, la prueba es comprendida como un *instrumento* de conocimiento o actividad encaminada a la averiguación de la verdad sobre los hechos objeto de litigio. El *cognoscitivismo* presupone que los enunciados fácticos que describen o introducen hechos en el proceso solo serán verdaderos de efectivamente esos hechos descritos han ocurrido o están ocurriendo en la realidad. Dicho de otro modo, la finalidad de la prueba, como instrumento, es la averiguación de la verdad.

En esta línea, FERRAJOLI⁵⁶ refiere que esta concepción de la prueba tiene una marcada finalidad epistemológica o cognoscitiva del proceso, en donde la averiguación de la verdad constituye su principal objetivo, vinculando a la prueba en su fin con la verdad o, en todo caso, al relativo grado de correspondencia empírica con un aspecto del mundo ontológico.

En tal sentido, bajo esta concepción de la prueba, Rodrigo VARGAS ÁVILA citando a GASCÓN y a TARUFFO refiere:

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. (1997). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Segunda Edición. Editor Trotta. Madrid-España. Pág. 67.

“Los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. (...). La fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye ‘existencia independiente’. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la correspondencia y el principal criterio de verdad el de la contrastación empírica”⁵⁷.

Dicho lo anterior, Marina GASCÓN ABELLÁN precisa que: “El cognoscitivismo presupone, de un lado, una tesis epistemológica mínimamente realista (existen hechos independientes que podemos conocer) y, de otro, el concepto semántico de la verdad como correspondencia (entre el enunciado y los hechos que describe), y no el sintáctico de la coherencia y no el pragmático de la aceptabilidad justificada”⁵⁸.

En esta misma línea, Michele TARUFFO, sostiene que esta concepción “concibe a la prueba como un instrumento de conocimiento, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos pero, al mismo tiempo, como fuente de un conocimiento que –por ser inductivo y estar institucionalizado, o sea sometido a limitaciones, es solo probable”⁵⁹.

En otras palabras, esta concepción hace una clara distinción entre enunciados facticos verdaderos y enunciados facticos probados. Cuando se asume que un enunciado factico es verdadero, es porque efectivamente los hechos que describe existen o existieron en un mundo independiente. Sin embargo, cuando se dice que un enunciado fáctico está probado, quiere decir que la verdad de los hechos que

⁵⁷ VÁRGAS ÁVILA, Rodrigo. (2011) Concepciones de la prueba judicial. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-ConcepcionesDeLaPruebaJudicial-3850011.pdf>. Pág. 139. [Consulta 01 de abril de 2016].

⁵⁸ GASCON ABELLÁN, Marina. (2002). Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. Universidad de Castilla-La Mancha. En Línea. <Publicación disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2002-10048900496_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_Sobre_el_modelo_cognoscitivista_en_la_prueba_judicial:_a_prop%F3sito_de_las_observaciones_de_Mario_Ruiz>. . Pág. 490. [Consulta 01 de abril de 2016]

⁵⁹ Citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad%20(1).pdf>. Pág. 45. [Consulta 01 de abril de 2016].

describe dicho enunciado se encuentra sustentada en las *pruebas disponibles* en el proceso. Ahora bien, la diferencia existente entre un enunciado fáctico verdadero (verdad) y un enunciado fáctico probado (prueba) se encuentra marcada por un ideal de verdad que pone en relieve el problema de la existencia de factores propios de un proceso institucionalizado que se constituyen en verdaderas limitaciones procesales (disciplinas probatorias, etc.), que impiden el conocimiento procesal de lo que efectivamente ha sucedido. Sin embargo, pese a esto, no se niega la relevancia jurídica de la decisión judicial, simplemente se pone en manifiesto que la declaración de hechos probados no es infalible, en tanto puede ser falsa.

En este sentido, TARUFFO afirma que: “Nadie duda sensatamente de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas, y que cualquier conclusión que el juez extraiga del análisis de las pruebas depende de las pruebas que se incorporan al proceso. Estas limitaciones, intrínsecas al contexto en el cual se usa la prueba judicial, puede influir sobre el grado de verdad (o mejor dicho: sobre el grado de aceptabilidad, de probabilidad o de confirmación) que puede ser atribuido a los enunciados fácticos, pero no excluyen que a través de las pruebas se determine la verdad o falsedad de estos enunciados y que, por tanto, se conozcan los hechos de los cuales se ocupan esos mismos enunciados”⁶⁰.

Ante lo expuesto, cabe destacar entonces lo señalado por GASCÓN ABELLAN, en cuanto expresa que: “Hay que ser conscientes de la relatividad de la verdad alcanzada y que, por ello, hay que potenciar las reglas epistemológicas a fin de que la declaración de hechos probados de la sentencia se aproxime lo más posible a la verdad”⁶¹.

La concepción cognoscitiva de la prueba, también, agrega el argumento de la justicia en la decisión judicial. En este sentido Daniel GONZALES LAGIER sostiene: “Si queremos un proceso justo, hemos de asegurarnos de que esté orientado al descubrimiento de la verdad, y para ello debe sujetarse a ciertos requisitos de racionalidad epistemológica”⁶². En la concepción racionalista crítica,

⁶⁰ TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad%20(1).pdf>. Pág. 32. [Consulta 01 de abril 2016].

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2002). Ob Cit Pág. 493.

⁶² Citado por VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Ob Cit. Pág. 140.

a decir de Rodrigo VARGAS ÁVILA⁶³; el proceso, como contexto y la sentencia; como resultado, no son sólo narraciones con técnicas de relato persuasivo, ni tampoco una consecuencia lógica del trabajo tasado por el legislador (cognoscitivism acrítico), puesto que el juez no puede ser sucedáneo de este a la hora de la valoración probatoria. Más allá de eso, la exigencia de una actividad racional, es comprobar la verdad de los enunciados fácticos a la luz de las pruebas disponibles, siendo el proceso y la sentencia, el contexto y el resultado de dicha actividad.

Finalmente, en un sistema regido bajo el principio de legalidad, como lo es el sistema procesal penal peruano, la finalidad instrumental que asume la prueba, en la medida en que sirve para el descubrimiento de la verdad, se constituye, a su vez, en un requisito para que la solución del litigio pueda entenderse como correcta o, en todo caso, justa. En cuanto a esto, el maestro TARUFO manifiesta que: “La justicia de la decisión no presupone solamente su legalidad, es decir, que se derive de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también su veracidad, es decir, la determinación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de esto es que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una determinación falsa o errada de los hechos de la causa”⁶⁴.

Dicho lo anterior, la exigencia del principio de legalidad no se agota en la correcta interpretación y aplicación de normas, sino que además exige, para su vigencia, la veracidad de los hechos sobre los cuales recae la norma jurídica, es decir, que estos realmente existan o hayan existido. En conclusión, la solución judicial exigida, por el principio de legalidad, es aquella que proviene de la correcta aplicación de una norma, lo que implica que los hechos a los cuales esta le atribuye consecuencias jurídicas, sean ciertos, siendo que si dichos hechos son falsos, la solución jurídica no será correcta y mucho menos justa.

1.2. EPISTEMOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA Y CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA

La epistemología constructivista es aquella que entiende que la realidad es una construcción de percepciones y datos empíricos. Según esta epistemología,

⁶³ VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Ob Cit. Pág. 140.

⁶⁴ Citado por VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Ob Cit. Pág. 140.

nunca se llega a conocer la realidad tal y como es, ya que al conocer algo, siempre, ordenamos los datos obtenidos de la realidad en un marco mental o teórico. De tal modo que lo que vemos o percibimos no es un reflejo perfecto, sino más bien el producto de una construcción de percepciones del sujeto, formado a partir de sus propias experiencias y actividad cognoscitiva.

En palabras de Marina GASCÓN ABELLÁN: “La epistemología constructivista entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto, no cabe hablar de un “conocimiento objetivo” o -si se quiere- la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido”⁶⁵.

Bajo esta premisa, resulta preciso asumir que esta epistemología es la base de la concepción persuasiva de la prueba, en tanto, según esta concepción todo se agota en las narraciones hechas en el proceso, siendo entendida como verdadera, a efectos del proceso, aquella sobre la cual el juez este persuadido, dejándose de lado, en consecuencia, la teoría de la verdad como correspondencia. Es decir, para esta teoría, la verdad como correspondencia de los enunciados facticos con la realidad, carece de sentido. Así, muy acertadamente Rodrigo VARGAS ÁVILA, sostiene que: “Conforme a esta concepción, la averiguación de la verdad “real”, “objetiva” o “correspondiente” de los hechos no es la finalidad que debe tener el proceso, puesto que de él se predicen objetivos y finalidades más prácticas y socialmente útiles. De tal manera, que la actividad probatoria que en él se suscita, debe perseguir la solución institucional del conflicto o la resolución de un conflicto”⁶⁶. Sin embargo, tal y como lo menciona TARUFFO⁶⁷, si la finalidad de la prueba y del proceso, no es la verdad, sino la resolución de la controversia, el uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial de los hechos no tendría importancia.

Como se ha venido expresando, según esta concepción de la prueba, la finalidad de la actuación probatoria ha de ser mucho más práctica que aquella que postula la averiguación de la verdad, la finalidad es, para esta concepción, la resolución

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob Cit. Pág. 45.

⁶⁶ VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Ob Cit. Pág. 141.

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 142.

de la controversia, lo que a perspectiva del abogado defensor se ve plasmada en la obtención de una decisión judicial favorable.

En efecto, el maestro TARUFFO indica que en esta concepción:

“La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se “conocen” los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba”⁶⁸.

Además, como lo indica TARUFFO⁶⁹, no puede sostenerse tampoco que esta concepción sea totalmente falsa, en la medida en que contiene algunos elementos de verdad. Esta concepción ha de entenderse, en consecuencia, absolutamente parcial en la medida en que guarda coherencia con la perspectiva o el punto de vista del abogado. El abogado es el que emplea y hace uso de las pruebas, no para comunicar ni otorgar información al juez respecto de los hechos materia del proceso, sino para convencerlo acerca de la credibilidad de su versión de estos hechos. Es decir, desde su enfoque, resulta más claro aún sostener que su pretensión orientada, no al descubrimiento de la verdad ni mucho menos coadyuvar a que el juez la conozca, sino únicamente a ganar el caso. Sólo en la medida en que el descubrimiento de la verdad no interfiera en su teoría del caso

⁶⁸ Citado por VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Ob Cit. Pág. 142.

⁶⁹TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. Ob Cit. Pág. 33.

o versión de los hechos, y por el contrario la sostenga y de este modo ayude a lograr la victoria de su cliente, solo en ese caso, el descubrimiento de la verdad será de su interés.

A modo de conclusión, desde la perspectiva del juez (entendido como garante de la correcta aplicación de la ley y de la tutela de efectiva de derechos), que a diferencia del abogado no tiene nada que ganar en la competición judicial, resulta más plausible la concepción cognoscitiva de la prueba. Es decir, el magistrado ha de ver; en la prueba, un instrumento de conocimiento (que proporciona información acerca de la verdad o falsedad de un enunciado) y; en la actividad probatoria, una labor encaminada al descubrimiento de la verdad (reconstrucción verdadera de los hechos), a efectos de concluir la litis con una decisión judicial justa.

Ahora, si bien es cierto también debe, de algún modo, persuadirse acerca de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico, lo que implica que no es erróneo sostener que su convencimiento puede ser resultado además de la *persuasión*. Sin embargo, es de exigírsele que haya llegado a ese estado en base a la valoración de pruebas disponibles (admisibles). Vale decir, que la fuente de persuasión no es irrelevante, por el contrario, es importante toda vez que es aquí donde se sitúan las fuentes extrajudiciales, pruebas ilícitas (en el tema de las pruebas ilícitas es conveniente mencionar que en esta investigación se cuestionará su inadmisibilidad, lo cual se detallará en lo sucesivo de la investigación), y demás, en donde se entiende que por más persuasivas que estas sean a criterio del juez, por su condición, no son susceptibles de valoración. Entonces, puede ocurrir que la conclusión arribada por el juez se dé racionalmente sobre la base de los elementos de prueba disponibles; sin embargo, puede que esté en oposición a sus persuasiones personales, en esta situación, la percepción subjetiva del juez no cuenta, porque como ya se ha indicado, la decisión judicial ha de fundarse en argumentos controlables y pruebas objetivas y válidas.

II. LA PRUEBA Y LA VERDAD

En el ámbito del proceso penal, en líneas generales, la vinculación existente entre “prueba” y “verdad” tiene su causa en la labor desempeñada por la prueba como

único mecanismo o instrumento de conocimiento cuya finalidad está constituida por la búsqueda o averiguación de la verdad de los hechos.

Bajo esta premisa, para atender esta finalidad, de modo más concreto, resulta relevante determinar cuál es la verdad, cuya búsqueda u averiguación es jurídicamente relevante. A estos efectos, es tan importante como inevitable marcar un horizonte en cuanto al alcance de esta, debiendo por tanto recurrirse, en primer término, a su clasificación doctrinaria.

El autor Hamilton CASTRO TRIGOSO expresa que: “El punto de partida del examen de la cuestión es considerar previamente qué clase de verdad es la que los operadores deben perseguir en el marco del proceso penal”⁷⁰.

Al respecto, el doctor Florencio MIXÁN MASS expresa que: “La clasificación más divulgada y a la vez controvertida es aquella que distingue: verdad objetiva, verdad concreta, verdad absoluta, verdad relativa y verdad formal”⁷¹. A manera de complementar la idea, el referido autor acota: “El proceso penal, al igual que el conocimiento en otras áreas del saber, no está en condiciones de lograr la verdad absoluta, entendida como aquella correspondencia o conformidad exacta e integral entre el conocimiento y la realidad objetiva, y que por ello no será impugnada o refutada en el futuro”⁷².

En base a lo precisado en el epígrafe que precede, el maestro Hamilton CASTRO TRIGOSO, sostiene lo siguiente: “Pero tampoco es de recibo aquella posición absolutamente escéptica que pretende negar toda posibilidad de acercamiento del conocimiento a la verdad”⁷³. Continúa el referido autor haciendo mención de lo expuesto por FERRAJOLI, en cuanto este manifiesta que: “La verdad procesal es una verdad aproximativa, contingente, confutable, relativa, ya que la verdad absoluta “representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable”⁷⁴.

No ha de sorprender para nada –entonces- que en el contexto de un proceso judicial, el ideal de alcanzar la verdad absoluta de los hechos no encuentre sustento racional y, por tanto, quede, tal pretensión, fuera de debate. Es por ello

⁷⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 52.

⁷¹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 52.

⁷² Ídem. Pág. 53.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem.

que, bajo la concepción de la relatividad de la verdad, Hamilton CASTRO TRIGOSO considera que: “La prueba es una herramienta imprescindible para alcanzar la verdad procesal, entendida desde el prisma de la relatividad. La prueba concebida como actividad dirigida a acreditar los enunciados del proceso servirá de sustento para la decisión judicial, en tanto y en cuanto, como bien expresa GASCÓN ABELLÁN⁷⁵, “tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última”⁷⁶.

Por su parte CAFFERATA NORES define a la prueba como: “El medio más confiable para descubrir la verdad real, la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado fin inmediato del proceso) debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción judicial de aquellos. Siendo la prueba el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable”⁷⁷. Continúa el referido tratadista sosteniendo:

“La verdad que se persigue en el proceso penal es la históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad correspondencia o verdad real. Verdad es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad.

La verdad como correspondencia absoluta entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se haya podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal, a la cual no se llega de forma sencilla. La verdad es algo que está fuera del intelecto del juez quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad”⁷⁸.

En mérito a la conceptualización transcrita por CAFFERATA NORES, el magistrado Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN concluye que: “La verdad absoluta, esto es la histórica, del hecho acaecido en la realidad, en el pasado presente, si bien está fuera del conocimiento del juez; sin embargo, este solamente podrá llegar subjetivamente a descubrirla mediante una reconstrucción

⁷⁵ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Pág. 54.

⁷⁶ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs 53-54.

⁷⁷ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 18.

⁷⁸ Ídem.

conceptual de modo comprobable y demostrable por las huellas que aquel hecho ha dejado”⁷⁹.

Aunado a esto, la trascendencia, que bajo esta concepción relativa de la prueba, tiene la reconstrucción verdadera de los hechos en el proceso, es puesta en relieve por el reconocido tratadista italiano Michele TARUFFO, al expresar que: “En el proceso, los hechos determinan la interpretación y la aplicación del derecho, ya que la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión”⁸⁰.

Ahora bien, tal y como lo señala Daniel MENDONCA y Jordi FERRER BELTRÁN: “Cuando se alude a la determinación de los hechos no nos estamos refiriendo, propiamente, a los hechos mismos, sino a enunciados acerca de hechos: no son hechos del mundo real los que se construyen, definen o determinan, sino enunciados relativos a hechos del mundo real. En el proceso pues, solo están presentes descripciones de hechos acaecidos fuera de él, no los hechos mismos. En ese contexto desde luego, solo es posible atribuir valores de verdad a enunciados descriptivos de hechos”⁸¹.

Siguiendo lo expresado por el maestro Michele TARUFFO: “La alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo de aquel hecho, realizada por una parte en uno de sus actos”⁸², enunciado que “se caracteriza por una pretensión de verdad, porque la parte que alega el hecho lo indica como verdadero”⁸³. Por tanto, “cuando se habla de “hechos” no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones sólo pueden referirse a “enunciados acerca de hechos”⁸⁴.

En este sentido, en cuanto a la relevancia del enfoque en la enunciación de los hechos, añade Michele TARUFFO: “En el proceso los hechos entran como

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. 20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Primera Edición. México. En Línea. <Publicación disponible en <http://dspace.utalca.cl/bitstream/1950/9675/1/procesal%2C%20taruffo%2C%20prueba%20y%20motivaci%C3%B3n%20en%20la%20decisi%C3%B3n%20sobre%20los%20hechos.pdf>>. Pág. 13. [Consulta 05 de agosto 2017].

⁸¹ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 19.

⁸² Citado por UREÑA CARAZO, Belén. (mayo-agosto 2016). La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol. XLIX, núm. 146. En Línea. <Publicación disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/427/42746483009.pdf>> Pág. 285. [Consulta 5 de agosto 2017].

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem.

enunciados o conjuntos de enunciados que describen las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del litigio. No se trata, por tanto, de relacionarse con acontecimientos empíricos o sucesos acaecidos en la realidad material, sino con productos lingüísticos que se ocupan de estos acontecimientos. Por consiguiente, hablar de verdad de los hechos en el ámbito del proceso significa hablar de verdad –o de falsedad- de los enunciados o de los conjuntos de enunciados que describen los hechos relevantes para la decisión”⁸⁵.

Bajo esta premisa, concebir que en el interior del proceso, los hechos entran únicamente como enunciados elaborados por las partes, tiene sentido si asumimos que los citados hechos a los que hacen referencia los enunciados, han ocurrido con anterioridad al inicio del proceso judicial, y que son las partes en el proceso, las que los ingresan como enunciados, cuya veracidad, cada parte alega. En consecuencia, el Juez no ha de relacionarse con acontecimientos empíricos, sino con enunciados que se ocupan de estos acontecimientos, por tanto, la verdad de los hechos en el ámbito del proceso, se direcciona a determinar la veracidad o falsedad de los citados enunciados.

En palabras de Jordi FERRER BELTRAN: “El éxito de la institución de la prueba judicial se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos”⁸⁶. En este tenor Luis Miguel REYNA ALFARO sostiene: “La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, es una verdad construida. Es que la verdad real o verdad histórica ha quedado en el pasado y no existen formas certeras de reproducirla, por eso el proceso penal se propone, con menos pretensión, aproximarse a ella a través de una versión construida de la verdad”⁸⁷.

Además, en nuestro Código Procesal Penal se señala que *el hecho que es objeto de prueba se presenta como afirmación de una de las partes*. De tal manera que el objeto no es el hecho sino la afirmación misma, en el sentido de que es lo que “es probado” en el proceso. En líneas generales, se tiene que el objeto de prueba

⁸⁵ TARUFFO, Michele. Ob Cit. Págs. 16-17.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. (2005). Prueba y Verdad en el Derecho. Prólogo de Michele Taruffo. Segunda Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-España. Pág. 72.

⁸⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Págs. 40–41.

estará configurado en el proceso penal, concretamente, por la afirmación planteada en la hipótesis acusatoria.

Lo dicho líneas arriba nos lleva a comprender lo manifestado por Thomas MAUET, en cuanto sostiene que: “*A trial is a recreation of reality* (Un juicio es una recreación de la realidad)”⁸⁸.

En mérito a lo hasta aquí explicado, Michele TARUFFO, citado por Daniel MENDONCA y Jordi FERRER indica que: “No siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, resulta posible hablar simplemente de verdad en el sentido de verdad relativa, sin ulteriores confusiones. Este es el único sentido sensato que el término verdad puede asumir en el proceso, así como en otros campos de experiencia. En el proceso solo es posible establecer una verdad relativa”⁸⁹.

Cuando el maestro TARUFFO⁹⁰ hace alusión a la verdad que ha de ser objeto de búsqueda en el proceso, se refiere expresamente a una “*verdad relativa*”; entendiéndose que la verdad que se obtendría en el proceso, al circunscribirse a la comprobación de la veracidad o falsedad de los enunciados introducidos a él por las partes –siendo que estos constituyen únicamente productos lingüísticos de los sucesos relevantes que acontecieron de manera previa al inicio del proceso-, no llegará a ser nunca una verdad categórica, deviniendo esta última en inalcanzable. De este modo se descarta la posibilidad de alcanzar la dilucidación de una verdad absoluta; sin embargo, no se niega la utilidad que en el interior del proceso tenga el ideal de su descubrimiento, marcando en este, un punto de referencia que nunca podrá alcanzarse, pero que trazará el camino que ha de seguirse en el procedimiento orientado al conocimiento de los hechos.

En este sentido, la verdad que es posible obtener en el proceso, representa en pureza, la aproximación a lo que podría denominarse la correspondencia perfecta entre los enunciados de los hechos y los hechos a los que se refiere.

⁸⁸ Citado por MORENO HOLMAN, Leonardo. (2012). Teoría del Caso. Segunda Edición. Ediciones Didot. Buenos Aires–Argentina. Pág. 23.

⁸⁹ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 20.

⁹⁰TARUFFO, Michele. Ob Cit. Págs. 16–17.

La aspiración al conocimiento de la verdad es un objetivo irrenunciable en el proceso y, el conocimiento alcanzado en el proceso es siempre imperfecto o relativo.

Las ideas y reflexiones plasmadas en el epígrafe anterior llevan a precisar lo que respecta a la teoría de la verdad como correspondencia. En líneas generales, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN sostiene: “Respecto a la verdad como correspondencia, en la sentencia, la narración del juez debe ser epistémicamente verdadera; en este sentido, la verdad tiene que basarse en el conocimiento que el juez adquirió –mediante las pruebas- acerca de los hechos de la causa”⁹¹.

Al respecto, TARUFFO considera que: “La narración de los hechos que en la decisión final es construida por el juez no es, de manera necesaria, narrativamente verdadera (porque no es necesariamente buena), pero tiene que ser epistémicamente verdadera, en el sentido de que tiene que basarse en el conocimiento que el juez adquirió — mediante las pruebas— acerca de los hechos de la causa. En otras palabras, los enunciados que componen la narración del juez tienen que ser todos epistémicamente verdaderos, en cuanto confirmados por las pruebas que el juez tiene en su poder”⁹².

No se pretende, por tanto, en el proceso, que la sentencia sea únicamente el resultado de una buena narración en términos de coherencia, como lo pueden ser un cuento o una obra literaria, sino, más bien, que dicha sentencia como narración corresponda con la realidad empírica de los hechos que son materia de la causa.

En palabras del magistrado Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “La verdad sirve como punto a considerar para el mayor o menor grado de aproximación de probabilidad a la verdad, aquí hablamos de grados de distancia, en la que nos encontramos con respecto a la verdad; por ende, la fijación de la verdad como norte sirve para determinar el criterio de relevancia de las pruebas: si estas se refieren a esos enunciados o no, la verdad es un punto de referencia teórico siempre importante principalmente para el juez. El abogado no busca la verdad, busca la victoria”⁹³.

⁹¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 22.

⁹²TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 24

⁹³ CARRASCO ALARCÓN. Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 21.

Como bien lo decía Luigi FERRAJOLI: “Aunque una justicia penal “con verdad” constituya una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad”⁹⁴. Ahora bien, explica Michele TARUFFO que: “El problema de la verdad es el de la mejor aproximación posible a la realidad histórica y empírica de los hechos que es necesario comprobar”⁹⁵.

Dicha aproximación a la que se hace referencia en el párrafo precedente, estará determinada, evidentemente, por la información de la que se hace uso en el proceso para la reconstrucción de los hechos (pruebas), que a su vez constituyen el camino al conocimiento de la verdad que se desea alcanzar.

Así también, una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente a decisiones correctas, y por lo tanto justas, es que éste se enfoque a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa introducidos al proceso como enunciados. En este sentido, Michele TARUFFO, sostiene: “El grado de aproximación en la averiguación de la correspondencia de los enunciados con los hechos materiales que describen está relacionado con la calidad y la cantidad de las informaciones en las cuales se basa la reconstrucción de los hechos llevada a cabo por el juez, y es cada vez mejor mientras más pruebas relevantes se vayan aportando en el proceso con referencia a todas las que pueden ser útiles para la averiguación de la verdad de los hechos”⁹⁶.

Es precisamente en este punto, en el que el presente tema vincula a la prueba y su modo de obtención, y ello porque el grado de aproximación a la averiguación de la correspondencia de los enunciados con los hechos, dependerá de las pruebas introducidas al proceso, e importa un serio problema para el alcance de tal aproximación, cuando entra a tallar una prueba cuyo modo de obtención es cuestionado de ilicitud, en tanto de determinarse ello, su consecuencia es la inadmisión o inutilización en el proceso judicial. Ahora bien, es conveniente además precisar que el contenido o aporte evidenciado en la prueba cuestionada de ilicitud, no deja de ser cierto, claro está, en la medida en que la ilicitud no modifique su confiabilidad.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Edición Ilustrada. Editor Trotta. Madrid-España. Pág. 45.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 36

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 26

Para Michele TARUFFO: “La justicia en la decisión, de hecho, no depende sólo de que ella constituya el resultado de un proceso que se desarrolló de modo correcto, es decir, con el respeto de todas las garantías que conciernen a la independencia e imparcialidad del juez y los derechos de las partes, ni solamente del hecho de que el juez haya interpretado correctamente y aplicado la norma que se asume como criterio jurídico de decisión. Estas condiciones son necesarias, pero no suficientes para determinar la justicia de la decisión. Como mantienen muchos filósofos y varios procesalistas, y también un fact-skeptic como Jerome Frank, ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una reconstrucción errónea, no verdadera, de los hechos que forman el objeto del proceso”⁹⁷. Así, es entonces preciso el pensamiento de Mirjan Damaska (1998, 2): “*accuracy in fact-finding constitutes a precondition for a just decision*”⁹⁸.

En el camino de la consecución de la verdad, la prueba, al ser el medio conducente de la formación de la convicción del juzgador, está sujeta, como ya se sabe, a cumplir con determinadas exigencias, las cuales determinarían su admisibilidad, validez o utilización en el interior de un proceso penal. La prueba, en el contexto de un proceso penal, no puede sobrepasar entre otros límites, el de la legalidad.

En consecuencia, es posible aceptar la existencia e intromisión de factores que contrastan con la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso, y que, en consecuencia, suelen prevalecer por sobre el valor constituido por la averiguación de la verdad, al referirnos a estos factores, se está haciendo marcada referencia por ejemplo a la disciplina sobre los medios de prueba, la exclusión de determinadas pruebas, la presencia de prueba legal, entre otros.

Lo expuesto en el párrafo que precede, trae a colación el trascendental tema de la inadmisión o inutilización de una prueba que por considerarse ilícita, no ha de ingresar al proceso o en todo caso, no ha de ser aprovechada, por ser su producción vulneratoria de derechos fundamentales. Esta prohibición, se encuentra sustentada en el ámbito del desarrollo de un debido proceso, comprendiendo ello el respeto de todas las garantías que conciernen a la independencia e imparcialidad del juez y los derechos de las partes; de lo que se deriva además, lo ya mencionado líneas anteriores, que implica que el juez haya

⁹⁷ *Ibidem*. Págs. 38-39

⁹⁸ “La precisión en la búsqueda de hechos constituye una condición previa por una decisión justa”.

interpretado correctamente y aplicado la norma que se asume como criterio jurídico de decisión. Sin embargo, como bien lo dice el maestro TARUFFO⁹⁹ no basta con el cumplimiento de estas condiciones que si bien es cierto son necesarias, mas no suficientes, en tanto de existir una reconstrucción errónea de los hechos, no podemos atribuir a la decisión judicial la cualidad de justa.

La reconstrucción de los hechos en el interior del proceso penal, va a lograrse, como ya se conoce, mediante la utilización de pruebas, que son las que van a aportar la información jurídicamente relevante para el esclarecimiento de los hechos y el conocimiento de la verdad (veracidad o falsedad de los enunciados introducidos en el proceso por las partes). Ahora bien, bajo la premisa de una de las finalidades que el proceso trata de conseguir, es decir, la averiguación de la verdad, las reglas de exclusión probatoria, pueden constituirse en una verdadera limitación, y es que la búsqueda de la verdad puede incluso cancelarse cuando entra en conflicto con otros valores o intereses a los cuales se les atribuye u otorga primacía. En este sentido explica TARUFFO: “Si la verdad de la averiguación de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia en la decisión, entonces no se puede prescindir de calificar como fundamental el valor representado por la verdad en el contexto del proceso”¹⁰⁰. En este sentido, la búsqueda de la verdad al ser imprescindible para la reconstrucción real de los hechos y al estar su descubrimiento directamente conectado con una decisión judicial justa, ha de ser entendida como un valor fundamental o una finalidad primordial del proceso penal.

Así, como bien lo indica Michele TARUFFO: “Parece evidente que si un proceso incluye muchas reglas de prueba legal, muchas reglas de exclusión de pruebas que serían relevantes para la averiguación de los hechos y muchas limitaciones de las actividades probatorias de las partes y del juez, este proceso resulta particularmente inadecuado para la realización del valor constituido por la verdad de los hechos”¹⁰¹.

Como complemento de lo ya expuesto hasta aquí, resta por precisar lo correspondiente a la reconstrucción de los hechos relevantes de la causa,

⁹⁹TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 39.

¹⁰⁰Ibidem. Pág. 40.

¹⁰¹Ibidem. Pág. 41.

realizada sobre la base de la exclusión de pruebas, porque es bajo esta enunciación que se cataloga de errónea la reconstrucción de tales hechos. Como se ha señalado líneas arriba, una condición necesaria para la justicia de la decisión judicial es que la reconstrucción de los hechos sea verdadera, y, ocurre lo contrario, cuando habiéndose obtenido pruebas con información relevante, estas son excluidas del proceso en mérito a determinadas exigencias o disciplinas probatorias. Esa reconstrucción es errónea porque se inutilizará información que puede distar mucho e incluso cambiar el norte de la verdad alcanzada. En consecuencia, no se puede decir que se comprueba una verdad formal. Simplemente no se conoce la verdad, porque la disciplina del proceso obstaculiza, en lugar de favorecer, la averiguación de la verdad de los hechos¹⁰². Dicho de otro modo, al dejarse de actuar pruebas relevantes, se le despoja al magistrado de instrumentos para razonar sobre los enunciados, reduciéndole así la posibilidad de llegar a una conclusión verdadera.

Siguiendo esta línea, Marina GASCÓN ABELLÁN sostiene: “Aunque sólo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales”¹⁰³. Así, como bien explican C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN: “Podrá decirse que la verdad procesal es final, en el sentido que se pone fin a la controversia, pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado”¹⁰⁴.

En este orden de ideas Michele TARUFFO expresa: “Si un proceso no incluye reglas de exclusión de pruebas relevantes, permite el desenvolvimiento de todas las actividades preparatorias de las partes y el ejercicio de adecuados poderes preliminares del juez, y pone la evaluación de las pruebas a la racional discrecionalidad del juez, dirigida a la determinación de la verdad de los hechos, entonces, este proceso resulta ser mucho mejor, justamente porque tiende a maximizar la posibilidad de que la verdad de los hechos se obtenga efectivamente”¹⁰⁵. Añade además que: “Por un lado, como se ha dicho

¹⁰²Ibidem. Pág. 36.

¹⁰³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob Cit. Pág. 46.

¹⁰⁴ Citados por GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob Cit. Pág. 46.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 41.

anteriormente, no está en duda que la verdad de la cual se puede hablar en el ámbito del proceso es relativa, contextual, aproximada y dependiente de la cantidad y la calidad de las informaciones que las pruebas introducen en el proceso. Por otro lado, sin embargo, eso no implica que el valor de la verdad se tiene que poner en el mismo plano de cualquier otro valor o interés que pueda tener alguna relevancia, ni mucho menos que el valor representado por la búsqueda de la verdad debe sacrificarse siempre para dar la prioridad a cualquier otro valor o interés que, por alguna razón, pueda entrar en conflicto con la búsqueda de la verdad”¹⁰⁶.

En este orden de ideas Michele TARUFFO manifiesta que: “Se puede mantener que la exclusión del uso de pruebas ilícitas, aun implicando una reducción de la posibilidad de averiguar la verdad, es justificada, ya que se trata de dar efectiva realización a valores que pueden, a su vez, ser considerados fundamentales, como la privacidad o la libertad de las personas. A menudo; sin embargo, uno se encuentra frente a reglas de exclusión de medios de prueba, como la *hearsay rule* (regla de rumores) del derecho estadounidense o la prohibición de utilizar el testimonio para probar ciertos contratos que existe en el derecho italiano o francés, que pueden tener alguna justificación histórica o técnica, pero no tienen por finalidad la implementación de valores que puedan considerarse fundamentales. Se debería concluir, entonces, que estas reglas no merecen ser conservadas: ellas, en efecto, limitan o impiden la búsqueda de la verdad, pero no satisfacen intereses o valores de nivel igual o superior al de la verdad”¹⁰⁷.

Cuando en el párrafo que antecede se cuestiona la exclusión de pruebas por entenderse a estas como principales limitadoras de la búsqueda de la verdad, no se hace referencia expresa a aquella regla que excluye la prueba ilícita, sino más bien a aquellas que son residuos de la historia de los sistemas probatorios, como por ejemplo a aquellas que excluyen pruebas por razones de economía procesal o con la finalidad de tutelar secretos de naturalezas muy distintas (profesionales, de Estado, de religión, etcétera). Tal cuestionamiento se basa en que el valor atribuido a los fundamentos que sustentan estas reglas no puede ser mayor al atribuido a la búsqueda de la verdad. Por el contrario, no sucede lo mismo cuando

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ídem.

el autor refiere la exclusión de la prueba ilícita, en tanto, atendiendo a los valores en contraste, el sustento de las reglas de exclusión de esta prueba encuentra su un aparente fundamento en el resguardo de la vigencia de los derechos fundamentales que su suponen menoscabas con el modo de obtención de la fuente de prueba, lo que hace que sea este un tema que requiere de un análisis mucho más riguroso, ya que el respeto de los derechos fundamentales y la búsqueda de la verdad son dos valores que se encuentran enfrentados cuando, en un proceso penal la prueba ilícita resulta relevante para el esclarecimiento verdadero de los hechos.

Por ejemplo, partiendo de lo dicho precedentemente, en lo correspondiente a la relación existente entre la prueba ilícita y la verdad en el proceso, Juan Antonio HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, dice: “La vinculación formal de la prueba de la verdad por un lado, y la prohibición de la prueba ilícita, por otro, constituyen en el proceso penal del Estado de Derecho el más serio intento de solucionar este conflicto de intereses. Naturalmente, la necesidad de que la persecución penal se desarrolle de forma respetuosa con la dignidad humana, garantizando los derechos fundamentales del inculpado y respetando su personalidad, produce como consecuencia que importantes medios de prueba, en determinadas circunstancias, queden inservibles, pero esto es algo que tiene que ser aceptado”¹⁰⁸.

Visto desde esta perspectiva, es evidente que el proceso penal ha de desarrollarse con plena observancia de las garantías que revisten el debido proceso, es por ello, que la prueba ilícita es considerada, por el propio Tribunal Constitucional Peruano, como un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, pero que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida 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.

La regla de exclusión en mérito a la cual se pretende la salvaguarda de la vigencia de los derechos fundamentales que se suponen menoscabados en el modo de

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, José Antonio. (Septiembre 2013). Actualidad Jurídica. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos en el Código Procesal Penal del 2004. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Págs. 121-122.

obtención de la prueba ilícita, tiene en estos su fundamento base. Sin embargo, dicho fundamento resulta cuestionable toda vez que en aras de la salvaguarda de los derechos vulnerados, bastaría con someter a la justicia penal al agente infractor, cuya actuación vició la fuente de prueba. Además, puede inferirse también que aunado a ello, excluir dicha prueba puede significar una doble sanción procesal, que solo limita la búsqueda de la verdad, más aún si hablamos de la exclusión de una prueba relevante.

Es por ello que contrariamente a lo expresado por HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, respecto a la prueba ilícita, el maestro Michele TARUFFO sostiene puntualmente: “El delito tiene que ser sancionado como conducta de un particular o funcionario del Estado, tiene que condenarse tal hecho, esto es el que una prueba se capte por medio de un acto criminoso. La prueba que es el resultado de un crimen (delito) tiene que ser excluida cuando su origen criminoso modifique su eficacia probatoria, por ejemplo el caso de la declaración bajo tortura, la que no puede admitirse porque en tal condición uno puede decir cualquier cosa, no hay garantía de la verdad de lo que el torturado dice, entonces no tenemos una prueba fiable en razón a su origen; pero en muchos casos tenemos pruebas fiables, aun cuando su origen nazca o contenga contenido ilícito, como una grabación no autorizada o registro no autorizado, si la grabación se corresponde de manera perfecta, porque no ha sido manipulada, si corresponde a lo que ha ocurrido o a lo que han dicho; esto desde el punto de vista probatorio, es una buena prueba y aun cuando sea una sola prueba posible que acredite el delito”¹⁰⁹.

Dicho lo anterior, se pone en relieve en este acápite lo expuesto por el maestro Michelle TARUFFO: “*la verità non è importante: è inevitabile*”, es decir, “si no hay verdad en el contexto procesal, no hay Justicia, porque entonces estaríamos ante un juicio puramente arbitrario, no controlable. En otras palabras, un autoritarismo puro sin principio de legalidad”¹¹⁰.

De este modo, se coincide con Luis MUÑOZ SABATÉ¹¹¹, cuando afirma que la prueba tiene por objeto la reconstrucción de los hechos objeto del proceso, y por

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Ver en YouTube: Conferencia Estándares Constitucionales en Materia Probatoria, dictada en la Sala Regional de Toluca del TEPJF, México. (Minuto 1.18:07-1.24:40)

¹¹⁰ UREÑA CARZO, Belén. Ob Cit. Pág. 292.

¹¹¹ Citado por HERRERA ESQUIVEL, Karolaym Stefhany. (2018). Reconstruyendo la ilicitud desde los fundamentos de la epistemología. Razones para la admisibilidad de la prueba ilícita en el proceso penal. PUCP. En Línea. <Publicación disponible en:

tanto, su valoración debe ser ejercida mediante un procedimiento libre de moralidad, y más bien, la preocupación del Estado debe consistir en la verificación de su fiabilidad o grado de certeza.

III. TEORÍAS DE LA VERDAD

3.1. TEORÍA DE LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA

La formulación clásica de esta concepción de la verdad suele situarse en el famoso *dictum* de *Aristóteles* en *Metafísica*: “Decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, es lo verdadero”¹¹².

En palabras de Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “La aparición de esta teoría se remonta a las obras de ARISTÓTELES y PLATÓN, pues la adecuación entre la mente y las cosas es la manera natural en que el ser humano percibe la verdad sobre algo; por ello, la verdad como correspondencia es colocada en la base de cualquier clasificación de las teorías de la verdad”¹¹³.

Otra forma de contribuir con el esclarecimiento de la concepción de la verdad como correspondencia tratada en este acápite, es citando el famoso ejemplo de Alfred TARSKI: “La nieve es blanca es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca”¹¹⁴.

Del ejemplo anterior, podemos sostener que la afirmación contenida en su premisa, es verdadera, si y solo si existe una correspondencia entre aquello que describe el enunciado y los hechos del mundo.

Ahora bien, aproximándonos al contexto procesal de la verdad, es importante mencionar lo expresado por Jordi FERRER BELTRÁN, en cuanto sostiene que: “(...) la verdad de una proposición no depende en absoluto de quien formule en enunciado que la expresa (sea un juez, el constituyente, usted o yo mismo). Si trasladamos este al contexto que aquí importa, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio “*Está probado que p*” no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio en su

file:///C:/Users/user/Downloads/HERRERA%20ESQUIVEL%20KAROLAYM_%20ENTREGA%20FINAL.pdf>. Pág. 33. [13 de marzo 2018].

¹¹² Citado por NICOLÁS, Juan A y FRÁPOLLI, María J. (mayo-agosto 1997). Teorías actuales de la verdad. Diálogo Filosófico. En Línea. <Publicación disponible en <http://www.ugr.es/~frapolli/teoriasactuales.pdf> >. Pág. 155. [Consulta 05 de abril de 2016].

¹¹³ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 22

¹¹⁴ Citado por FERRER BELTRAN, Jordi. Ob Cit. Pág. 73.

decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo¹¹⁵, etc. Depende única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente¹¹⁶.

Por su parte, Michele TARUFFO sostiene: “Con base en esta concepción —no nueva en la historia de la filosofía y también muy debatida, pero imprescindible en el contexto procesal— un enunciado o un conjunto de enunciados que describen uno o más hechos son verdaderos si realmente sucedieron, y son falsos si no se dieron en el mundo de la realidad externa”¹¹⁷.

Bajo esta premisa, en el contexto de un proceso penal, es posible inferir que la veracidad de los enunciados que ingresan a este, por intermedio de las partes, con *pretensiones de verdad*, va a depender justamente de su correspondencia con la realidad empírica, es decir, la correspondencia de su descripción con la realidad, va a determinar su veracidad; por el contrario, si tales hechos no acontecieron en la realidad, son objetivamente falsos. Así, muy apropiadamente, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN, respecto a la teoría de la verdad como correspondencia, dice: “Es la concepción realista de la verdad como correspondencia de la descripción de los hechos, con su realidad efectiva. Esta teoría postula entonces que en el contexto procesal un enunciado o un conjunto de enunciados que describen uno o más hechos son verdaderos, si es que se contrasta que realmente sucedieron, y son falsos si no se dieron en el mundo de la realidad externa”¹¹⁸.

De las afirmaciones anteriores, el maestro TARUFFO expresa: “(...) todo ello implica que el juez debe construir una narración de aquellos hechos que resulte verdadera, en cuanto correspondiente a la realidad empírica de los acontecimientos de los que se habla. Esto no excluye obviamente que la narración construida por el juez sea incluso narrativamente buena, pero eso no es suficiente, y ni siquiera necesario, desde el punto de vista de la verdad de aquella”¹¹⁹.

No es suficiente porque, una buena narración puede ser descriptivamente falsa, mientras que la narración del juez tiene que ser descriptivamente buena. En

¹¹⁵ Cabe hacer una importante distinción con la verdad del enunciado probatorio mismo (“Esta probado que *p*”).

¹¹⁶FERRER BELTRÁN, JORDI. Ob Cit. Págs. 73-74.

¹¹⁷TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 23.

¹¹⁸ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 22

¹¹⁹TARUFFO, Michele. Ob Cit. Pág. 23.

consecuencia, la construcción hecha por el juez no necesita ser narrativamente buena, si para lograr ello debe dejar de lado lo real o verdadero, porque puede suceder que los resultados obtenidos de las pruebas adquiridas en el proceso no permitan alcanzar dicha descripción narrativamente buena, por ejemplo, porque faltó la demostración de algún hecho relevante, o bien, los hechos que están comprobados no se componen en una narración coherente. En este caso, la labor del juez no es construir a toda costa una narración buena en términos de coherencia, dejando a un lado lo que emerja o no de las pruebas, y entonces eventualmente inventando hechos que no hayan sido demostrados pero que serían necesarios para la completitud y la coherencia de una buena narración, sino elaborar una descripción verdadera de lo que averiguó, aunque ello implique una mala calidad narrativa.

En este orden de ideas, Michele TARUFFO explica que “(...) la narración de los hechos que en la decisión final es construida por el juez no es, de manera necesaria, narrativamente verdadera (porque no es necesariamente buena), pero tiene que ser epistémicamente verdadera, en el sentido de que tiene que basarse en el conocimiento que el juez adquirió — mediante las pruebas— acerca de los hechos de la causa. En otras palabras, los enunciados que componen la narración del juez tienen que ser todos epistémicamente verdaderos, en cuanto confirmados por las pruebas que el juez tiene en su poder”¹²⁰.

No se busca, en consecuencia, una sentencia narrativamente buena en términos de coherencia, sino una descriptivamente cierta, es decir, que la narración corresponda con la realidad empírica de los acontecimientos relevantes de los que se habla en el proceso.

3.2. TEORÍA DE LA VERDAD COMO COHERENCIA

Esta teoría es formulada primigeniamente por HEGEL (1770-1831), quien consideraba que una proposición, oración o cualquier instrumento que sea portador de verdad, guarda coherencia, concordancia o adecuación con un conjunto suficientemente amplio de otros portadores. Según esta teoría, la verdad de la proposición va a depender de su posible o imposible incorporación en el conjunto de proposiciones que ya se tiene por verdaderas. Una nueva proposición

¹²⁰ Ibidem. Pág. 24.

(aislada) no puede ser calificada como verdadera, si no guarda coherencia con el sistema, el sistema es lo verdadero. Por ejemplo, cualquier nuevo conocimiento (proposición) que se obtenga, deberá haberse desarrollado sobre la base del sistema de conocimientos ya integrados (conjunto de proposiciones) que se poseían hasta ese momento, es decir, hasta el momento de su producción, y será considerado como verdadero, si y solo si puede integrarse al sistema de saber que ya se tiene como verdadero. Entonces, respecto a la percepción del vínculo entre proposiciones o enunciados, según el citado filósofo alemán, la verdad de éstas consiste en que las podemos concebir enlazadas unas con otras de manera que conformen un todo; en que su orden en el tiempo y en el espacio está determinado por leyes universales.

Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN, en líneas generales, refiere que: “Hegel consideraba que la verdad de un enunciado se determina de acuerdo a su adecuación con el resto. De manera tal que el saber se edifica como un puzle, en el sentido de que cada pieza toma su significado y su valor en relación al resto del rompecabezas. Así, la verdad se construye como un criterio contextual e histórico, o sea, se conforma en torno a las demás proposiciones y no en relación al mundo”¹²¹.

Se trata, por tanto, de un criterio contextual e histórico; contextual, porque un enunciado no puede calificarse como verdadero o falso aisladamente sino en relación con el contexto de conocimiento en que se integra (sistema integrado por más proposiciones o enunciados que ya se tienen por ciertos) e; histórico, porque el conjunto del saber se despliega a lo largo de un proceso paulatino de desarrollo donde nuevas verdades se integran con las anteriores.

Para el maestro Michele TARUFFO: “Se trata, en lo sustancial, de la concepción por la cual la verdad de una narración estaría determinada exclusivamente por su coherencia narrativa: si es narrativamente coherente, entonces puede considerarse como verdadera. En esta perspectiva, además, no se sale de la idea de que existan sólo las narraciones y nada más, puesto que la verdad de la narración es buscada, por así decirlo, en el interior de la narración misma. En otras palabras, eso equivale a afirmar que si una narración es buena porque presenta

¹²¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 23.

los requisitos de coherencia y correspondencia a lo “normal” y a los estereotipos del sentido común de los que se ha hablado anteriormente, entonces es verdadera”¹²².

Como es de verse, a diferencia de la teoría de la verdad como correspondencia, en la que no es requisito para afirmar la veracidad de una proposición una narración de los hechos marcada por la coherencia, sino por su correspondencia con la realidad; la teoría de la verdad como coherencia, se desliga de la correspondencia a la realidad. Es decir, la verdad de la narración estaría determinada únicamente por su coherencia narrativa, lo que puede resultar simplista.

Dicho lo anterior, a modo de crítica, Michele TARUFFO menciona que: “Se trata, sin embargo, de una concepción simplista, unilateral y sustancialmente inatendible, básicamente por una razón fundamental: existen narraciones buenas que, sin embargo, son descriptivamente falsas”¹²³.

Dirigiendo esta concepción al contexto procesal, TARUFFO agrega que: “(...) las concepciones radicalmente narrativas o defensoras de la coherencia no tienen nada que ver con lo que pasa en el proceso. En éste, importa establecer si sucedió en la realidad del mundo exterior que fulano mató a perengano, si de verdad ocurrió un accidente de tránsito en el que fulano provocó daños al vehículo de perengano, si fulano y perengano concluyeron un contrato de compraventa de una cosa particular, etcétera”¹²⁴.

Evidentemente, en el proceso penal la conexión de los enunciados (hechos relevantes de la causa) con la verdad (realidad) resulta imprescindible para determinar no solo la norma jurídica aplicable, sino también justificar una condena. Como bien dice TARUFFO: “(...) en el proceso se cumple una implícita o explícita opción metafísica realista en función de la cual se admite la existencia de la realidad externa a las narraciones y a los sujetos que las construyen, y los hechos que interesan para fines de la decisión son aquellos que empírica e históricamente están en esta realidad externa. Una condena se justifica sólo si de verdad el

¹²²Michele TARUFFO. Ob Cit. Pág. 22.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ibídem. Págs.22-23.

condenado cometió el hecho que se le imputa, no si alguien construyó una buena narración al respecto independientemente de si aquél es realmente culpable”¹²⁵.

Finalmente, de los argumentos expuestos, es posible afirmar que esta concepción de la verdad como coherencia narrativa no ha de encontrar su lugar en un proceso judicial, más aún en el contexto de un proceso penal, en donde la verdad adquiere un valor preponderante.

3.3. TEORÍA DE LA VERDAD COMO PERSUASIÓN

En la teoría de la verdad como persuasión la retórica va a tomar un lugar importante, ello porque basa su fundamento en la preeminencia al poder de la palabra por sobre otros instrumentos de poder.

Al respecto, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN explica que “(...) esta teoría tiene su antecedente en el ágora, en la plaza pública, allí es el lugar de la crítica, la controversia, los debates. Los tópicos que antes eran de los reyes y los guerreros ahora se abren a los ciudadanos. Empieza una trabazón entre política y logos, se trata de ganar espacio político con la palabra”¹²⁶.

El tema de tratar a la verdad como persuasión, abre evidentemente un debate en torno al cuestionamiento de la verdad de quien persuade. En sentido estricto, es posible inferir, por ejemplo, que quien haga un grandioso uso de la palabra pueda convencer al destinatario de su mensaje sin necesidad de tener por verdadero lo que manifiesta, precisamente porque en mérito a esta concepción de la verdad, para lograr lo pretendido basta con un buen discurso retórico.

Dicho lo anterior, surge la siguiente interrogante: *¿Basta con el buen empleo de la palabra a través de la persuasión para considerar lo manifestado como cierto, o, en su defecto, es importante que el orador hable lo que corresponde a lo verdadero?* o, dicho en otras palabras, *¿La verdad persuade?*

Respecto a las citadas preguntas, Platón consideraba que sólo quien conoce la verdad persuade, pero no necesariamente a través de la verdad. De manera que

¹²⁵ *Ibíd.* Pág. 23.

¹²⁶ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. *Ob. Cit.* Pág. 23.

Platón reconoce aquí, por un lado que todo discurso persuasivo, debe al menos, asemejarse a la verdad. Y, por otro, que la retórica supone el engaño.

Por su parte Sócrates afirmaba la necesidad de conocer la verdad por parte de quien pretende un buen manejo de la retórica.

A modo de conclusión, esta teoría supone un fiel privilegio a la retórica, pues es a través de ella que el orador logrará obtener de sus destinatarios, el convencimiento de la verdad de lo que manifiesta. Asimismo, de esta concepción, en estricto, fue posible formular algunas interrogantes que podría desmerecerla; sin embargo, para que estos cuestionamientos se desmoronen basta con asumir que solo persuade quien conoce la verdad; de esta manera, el conocimiento de la verdad se convierte en un elemento indispensable del discurso y concretamente la verdad es *peithó*.

SUBCAPÍTULO 3

BASES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA PENAL

I. LA PRUEBA Y LA CONSTITUCIÓN

La estrecha relación entre la prueba y la Constitución resulta evidente, sobre todo si se hace referencia a la prueba ilícita o prohibida. Al respecto, como bien lo indica el maestro Hamilton CASTRO TRIGOSO¹²⁷ la Constitución Política del Estado del año 1993 no prevé norma específica sobre la prueba; sin embargo, ello no implica que esta se encuentre despojada de reconocimiento o protección constitucional. Así, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia de fecha 3 de enero de 2003, recaída en el Exp. Nro. 010-2002-AI/TC (Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880, sobre terrorismo y traición a la patria.), viene sosteniendo que el derecho a probar o el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente en el genérico derecho al *debido proceso* y a la *tutela procesal efectiva*, consagrado en el inciso 3 del artículo 139° de la Carta Fundamental.

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

En este orden de ideas, conviene precisar que son titulares de este derecho fundamental quienes postulan una pretensión dentro del proceso, sea ésta una imputación o una defensa.

Bajo lo anteriormente expuesto, Hamilton CASTRO TRIGOSO precisa que: “El derecho a la prueba puede también ser inferido del contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 2.24, literal e) de nuestra Constitución. El precepto según el cual “toda persona es considerada

¹²⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 39-40.

inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, supone que la destrucción de la presunción de inocencia en el proceso penal debe ser consecuencia de una actividad probatoria suficiente”¹²⁸.

Por consiguiente, el derecho a la prueba, pese a no estar expresamente reconocido –como tal- en la Constitución, si lo está implícitamente, puesto que su amparo se encuentra tutelado en los derechos al debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y evidentemente también en la presunción de inocencia.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA Y SU CONTENIDO ESENCIAL

El derecho fundamental a la prueba ha de entenderse como aquella posición jurídicamente preferente -porque así lo establece la Constitución Política del Estado y la ley- de la que goza todo aquel que asume la posición de parte (o interviniente) en un proceso judicial -o procedimiento administrativo-. En mérito a la fundamentalidad de este derecho se plantea la exigencia al juez, respecto del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta.

Según postula Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN:

“El derecho a probar –también llamado derecho a la prueba- es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo-o simplemente debido proceso- pues, este es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean objetiva y materialmente justas. Siendo el derecho a la prueba el que garantiza que los medios probatorios ofrecidos serán admitidos, practicados y valorados adecuadamente (de conformidad con los principios y demás bienes jurídicos que delimitan su contenido), el derecho a la prueba se presenta como uno de los elementos esenciales que configura un proceso justo, de tal suerte que allí donde no exista o

¹²⁸ Ibidem. Pág. 42.

no tenga vigencia real o efectiva no habrá proceso o procedimiento justo”¹²⁹.

Por su parte, Jordi FERRER BELTRÁN¹³⁰ considera que los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes:

- 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión (o defensa);
- 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso (actuación de pruebas);
- 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas (valoración probatoria); y,
- 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales.

Asimismo, en el derecho comparado, el reconocimiento expreso del derecho a la prueba como derecho fundamental ha tenido lugar, por ejemplo, en las Constituciones de España y Colombia.

Así, en la Constitución de España de 1978, en su artículo 24° inciso 2, señala:

“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. A utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

De igual forma, en el cuarto párrafo del artículo 29° de la Constitución de Colombia, se indica expresamente que:

¹²⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. (2001). Ob Cit. Pág. 101.

¹³⁰ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. (marzo 2009). La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común. Primera Edición. En Línea. <Publicación disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf>. Pág. 23. [Consulta 05 de abril 2016].

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Por otro lado, en el párrafo quinto del citado artículo, alude a la prohibición de valorar la prueba prohibida o ilícita, en cuanto señala que:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El derecho a la prueba es reconocido expresamente como norma rectora por el nuevo Código Procesal Penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Ahora bien, como lo señala Pablo TALAVERA ELGUERA: “Si bien el nuevo código solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de medios de prueba, sino también la admisión, recepción y valoración de la prueba”¹³¹.

Respecto a su relevancia constitucional, en el Perú, el máximo intérprete de la Constitución, en el fundamento número 148 de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 010-2002-AI/TC, sostiene:

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

¹³¹ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Págs. 22-23.

En esta línea, cabe también citar la Sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2017-HC/TC, en cuanto a la expresión plasmada en su fundamento número 13:

“El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente Nro. 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho”.

Dentro de este marco, el fundamento número 3 de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 5068-2006-PHC/TC, dice:

“El derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen”.

Finalmente, el fundamento número 8 de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 1014-2007-PHC/TC expresa:

“El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos”.

Aunado a esto, a efectos de poner en relieve el carácter fundamental del derecho a la prueba, en el Expediente N° 4831-2005-PHC/TC, en la Sentencia de fecha 08 de septiembre de 2005, el citado Tribunal declaró fundada la demanda y nula la sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa,

al considerar que esta no valoró la prueba pericial de biología forense ADN, la misma que fue objeto de ratificación pericial, indicando frente a ello que:

“(...) se ha incurrido en omisión injustificada de la valoración de una prueba pericial aportada por las partes, lo que comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y por ende, al debido proceso”.

Dadas las precisiones hechas, en cuanto al derecho fundamental a la prueba, por el máximo intérprete de la Constitución, no cabe duda que este derecho pese a no estar expresamente declarado en la Carta Fundamental, goza de protección constitucional, en tanto su observancia respalda la vigencia de otros derechos, tales como el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así como también el derecho a la presunción de inocencia.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A PROBAR

El derecho a probar se puede comprender como un derecho subjetivo perteneciente a la gama de derechos fundamentales. Visto desde esta perspectiva, el derecho a probar faculta a todo sujeto de derechos a utilizar dentro de un proceso o procedimiento, todos los medios probatorios que considere pertinentes a efectos de amparar su pretensión o defensa. Así, en palabras de Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, el derecho a probar es una facultad “que posee todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa”¹³².

Sumado a lo expuesto, cabe precisar que este derecho no supone la exigencia de la convicción del juez sobre la verdad de los hechos afirmados por las partes. Es decir, este derecho tiene por objeto únicamente que las pruebas ofrecidas por las partes sean admitidas, actuadas y valoradas.

Al respecto Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN señala que: “Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad

¹³² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Ius Et Veritas*. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/15713-62434-1-PB.pdf>. Pág. 172. [Consulta 06 de abril 2016]

de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él (como demandantes -o denunciante, demandados -o denunciados-, litisconsortes facultativos, coadyuvantes, e incluso intervinientes incidentales o transitorios), y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación -es decir, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados”¹³³.

Resulta claro, además, que lo expuesto en el párrafo que precede no agota que la finalidad de este derecho se oriente a que, por medio de ofrecimiento, práctica y valoración de la prueba, se pretenda crear o lograr convicción en el juez respecto a la verdad de los presupuestos fácticos afirmados por las partes o sujetos procesales. Es por ello que, como lo indica BUSTAMANTE ALARCÓN¹³⁴, precisamente a través del ofrecimiento, práctica y valoración de los medios probatorios -que constituyen su objeto-, es que se produce en la mente del juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes o demás sujetos procesales.

3.1. EL CARÁCTER SUBJETIVO DEL DERECHO A PROBAR

Ahora bien, en cuanto a las dimensiones del derecho a la prueba, se citan los fundamentos 10 y 11 de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 1014-2007-PHC/TC, los cuales explican que:

“Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia”.

¹³³ Ídem.

¹³⁴ Ídem.

Para CASTÁN TOBEÑAS¹³⁵, por derecho subjetivo ha de concebirse a aquella facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a todo sujeto de derecho, para hacer o dejar de hacer algo, dependiendo de su propia voluntad su ejercicio o defensa. En función a esta concepción, la naturaleza del derecho subjetivo del derecho a probar se refleja, entonces, en que la obligación del juez –del árbitro o de cualquier órgano administrativo o encargado de la solución de la conflictos intersubjetivos- de admitir, actuar y valor los medios de prueba ofrecidos por quienes dentro del proceso o procedimiento estén legitimados para ello, deriva, en principio, de la voluntariedad del interesado plasmada en el ofrecimiento de pruebas o petición.

En este mismo sentido, PICÓ I JUNOY dice: “El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio demanda la voluntad de una de las partes, quedando a su arbitrio la posibilidad de proponer el medio probatorio que pretende para que sea admitido, practicado y valorado judicialmente; este derecho puede radicar en un sujeto, en una persona u órgano”¹³⁶.

Sumado a lo expuesto, DEVIS ECHANDÍA en lo que respecto al derecho a probar, dice: “Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso inquisitivo, civil o penal, el juez tiene el deber de practicar oficiosamente la prueba, su deber emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten”¹³⁷.

En este sentido, es importante destacar lo sostenido por Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹³⁸, en cuanto la obligación del juez de admitir, actuar y valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes para acreditar sus pretensiones o enunciados fácticos, no deriva únicamente del derecho a probar de las partes. Es así que, por ejemplo, en el caso de los procesos modernos adscritos al sistema publicístico, y que por ello recogen el modelo inquisitivo (en mérito al cual el juez tiene la potestad de investigar los hechos por iniciativa propia y, además,

¹³⁵ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 173.

¹³⁶ Citado por RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/2552-8334-1-PB%20(1).pdf >. Pág. 186. [Consulta 06 de abril de 2016]

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Págs. 173-174.

incorporar al proceso medios probatorios de oficio, pudiendo ordenar su posterior actuación, dicho deber deriva de los principios y valores que fundan el ordenamiento jurídico, inspiran la Constitución y la Ley. En este sentido, resulta coherente sostener, que tal obligación deriva, además, de la propia función jurisdiccional, ya que si bien es cierto la carga de la prueba corresponde a las partes en el proceso, el juez no podría ejercerla de modo eficaz, puesto que no contaría con las facultades que le permitan la averiguación de la verdad de los hechos. Y, es que atendiendo al interés público en el resultado del proceso (decisión judicial justa y conforme a Derecho), tales facultades se convierten en una exigencia para su realización.

Debe señalarse, además, que el derecho a probar tampoco implica la exigencia de que el juez se declare “plenamente” convencido de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes –o de cualquier sujeto procesal-, en favor de los medios probatorios por ellas ofrecidas. El juez, tal y como lo indica el artículo 158° del Código Procesal Penal, nos dice que deberá observar las *reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia*, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Es decir, el convencimiento, que implica un aspecto subjetivo del criterio Juez, es independiente e incluso innecesario a la hora de la valoración probatoria.

En este sentido, es pertinente señalar, también, que como todo derecho, el derecho a probar no es ilimitado, en tanto su limitación se encuentra constituida por aquellos principios que son los que le dan contenido, estamos hablando, entonces de el de pertinencia, idoneidad, oportunidad, preclusión, adquisición, utilidad, entre otros.

En definitiva, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 010-2002-AI/TC, ha establecido además que el derecho a la prueba, como todo derecho constitucional, también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

3.2. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A PROBAR Y SU INHERENCIA A TODO SUJETO DE DERECHOS

Los derechos fundamentales, en palabras de Konrad HESSE “pueden contemplarse como un conjunto de bienes básicos para que los seres humanos desarrollen libremente su personalidad en el marco de una determinada sociedad”¹³⁹. A manera de complemento, el citado autor, señala que los derechos fundamentales “deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana”¹⁴⁰. Por consiguiente, Tomás DE DOMINGO PÉREZ sostiene que “los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución”¹⁴¹.

En lo que respecta al reconocimiento de estos derechos, Salvador ALLEMANY VERDAGUER, muy acertadamente dice: “Algunos consideran que sólo son derechos fundamentales aquellos que han sido incorporados a una norma positiva”¹⁴². Sin embargo, sostenemos que los derechos fundamentales existen con anterioridad a su positivización en un ordenamiento jurídico, es decir, su reconocimiento en la Carta Fundamental es únicamente un mero reconocimiento de su existencia. Así, el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, expresa:

“Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

¹³⁹ Citado por DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS. (2010). Los derechos fundamentales en el sistema constitucional- Teoría general e implicaciones prácticas. Primera Edición. Palestra Editores. Lima-Perú. Pág. 18

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS. Ob Cit. Pág. 19.

¹⁴² Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 175.

En este sentido, como bien lo indica Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN: “Los derechos fundamentales no se agotan en la enumeración que el derecho positivo haga de ellos”¹⁴³.

Germán J. BIDART, al respecto, expresa que: “Un sistema de derechos humanos es completo cuando y porque se compone no sólo de derechos que disponen de normas descriptibles, sino de los que no tienen esa constancia escrituraria, pero cuentan con recepción en el plexo de principios y valores que insuflan espíritu a la Constitución y que acompañan a lo que su letra normativa consigna”¹⁴⁴.

Ahora bien, dentro de la gama de derechos fundamentales existen aquellos que son inherentes, es decir, aquellos que posee en sujeto de derecho por el solo hecho de serlo. Su reconocimiento por parte del Estado y la Sociedad se da en mérito a que se constituyen en la base del orden político y la paz social.

La Constitución española en el inciso 1 de su artículo 10º, lo señala expresamente:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”.

En cuanto a la descrito en la citada norma, FERNÁNDEZ SEGADO dice: “La elevación por el propio artículo 10.1 de los <derechos inviolables que le son inherentes> (a la persona) a idéntica categoría de fundamento del orden político no es sino la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad”¹⁴⁵.

Por su parte, uno de esos derechos fundamentales (inherentes a todo sujeto de derecho) es el de la *tutela jurisdiccional efectiva*; que, como lo indica BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁴⁶, se encuentra íntimamente vinculada con el derecho al *debido proceso*.

¹⁴³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 175.

¹⁴⁴ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 175

¹⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 176.

¹⁴⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 176.

En tal sentido, con el propósito de dilucidar tal vinculación, es pertinente la conceptualización de ambos derechos. El derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva tiene una marcada naturaleza procesal. En mérito a este, todo sujeto de derechos tiene la facultad de acceder a los Órganos Jurisdiccionales y/o Despachos Fiscales para el ejercicio y/o defensa de sus derechos o intereses, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda a o no acompañar a su petitorio, con sujeción a un debido proceso. La tutela jurisdiccional efectiva, para su realización, implica la exigencia de un proceso judicial y/o investigación penal ejecutados con plena observancia de todas las garantías de ley. A modo de complemento, respecto a la eficacia de la tutela jurisdiccional, Juan MONROY GÁLVEZ expresa que: "(...) este derecho no puede tener concreción real si el Estado no asegura al justiciable que durante la tramitación del proceso en el que se ventilará su conflicto de intereses, su incertidumbre jurídica o el control de conductas antisociales -delitos o faltas- no se encontrará en desventaja para expresar su posición jurídica o ejercer su defensa, sea probando los hechos que sustentan su derecho, alegando, impugnando o solicitando se asegure la ejecución de lo que se resuelva en definitiva, esto es a grandes rasgos lo que se ha dado por llamar debido proceso"¹⁴⁷. En este sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no implica necesariamente la obtención de una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, ya que la misma puede resultar favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas, sino más bien la potestad que tiene el juez de dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos-garantías procesales mínimos para ello. En consecuencia, este derecho supone obtener un pronunciamiento judicial declarado sobre la base de las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas. Entonces, como lo indica Raúl CHANAMÉ ORBE: "El debido proceso son las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigado o procesado (derecho de defensa, pluralidad de instancia, presunción de inocencia, etc.), en tanto la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de la persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea, imparcial y oportuna a sus demandas o pretensiones"¹⁴⁸. Así,

¹⁴⁷ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 176.

¹⁴⁸ Citado por CHANAMÉ ORBE, Raúl. (2009). Comentarios a la Constitución. Cuarta Edición. Jurista Editores. Lima-Perú. Pág. 432.

si concebimos a la tutela jurisdiccional efectiva como un postulado en abstracto, el debido proceso no sería más que su materialización. En este sentido, el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, dice:

“Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Ahora bien, el carácter fundamental del derecho a probar deviene del hecho de ser una manifestación tanto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como del derecho al debido proceso. Decimos que se constituye en una manifestación de estos derechos, ya que carecería de sentido que un sujeto de derechos acude al Órgano Jurisdiccional a efectos de solicitar a este la solución de un conflicto jurídico, si no se le va a permitir aportar medios probatorios que contribuyan a acreditar los hechos que configuran su defensa o pretensión. Como complemento a esto, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN recalca que: “Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos”¹⁴⁹.

En lo que respecta al reconocimiento constitucional del carácter fundamental del derecho a probar, en la jurisprudencia extranjera del Tribunal Constitucional español, precisamente en el fundamento jurídico N° 2 de su sentencia 357/1993 del 29 de noviembre de 1993, expresa:

“En punto al contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, tiene declarado este Tribunal que el art. 24.2 C.E. ha constitucionalizado efectivamente tal derecho como derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado, y que dicho derecho, inseparable del derecho mismo de defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo. Lo que no implica la pérdida de la potestad judicial, en nuestro sistema de libre apreciación de prueba, para que no sólo pueda

¹⁴⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 177.

declarar la impertinencia de la prueba dentro de los cauces legales y constitucionales, sino para valorarla críticamente, según lo alegado y probado, y fallar en consecuencia”.

En la jurisprudencia italiana, a pesar de que su Constitución no recoge expresamente el derecho a probar, este es entendido como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así, en el segundo considerando de la sentencia de la Corte Costituzionale italiana No. 309/1987, del 8 de octubre de 1987, se incluye en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de las partes en el proceso a proveerse de los medios probatorios que considere pertinentes:

De la transcripción del citado considerando:

“Orbene, dalla giurisprudenza di questa Corte emerge un consolidato indirizzo volto ad affermare la signanza, rientrando in quella piú ampia della effettività della tutela giurisdizionale (art. 3 e Cost) (cuyo carácter de derecho fundamental es indiscutible), di non escludere, nell' eventualità di controversie sulla corrispondenza alla realtà delle sindacate risultanze, la Jacoltà del controinteressato di fornire la prava contraria”¹⁵⁰.

Estando a lo expuesto, se ha verificado que tanto en la jurisprudencia como en las constituciones extranjeras, el derecho a probar es reconocido, ya sea expresa o tácitamente, como un derecho subjetivo y fundamental inherente a todo sujeto de derechos.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A PROBAR

Respecto al ámbito de aplicación del derecho a probar, resulta obvio que, en atención a su condición de derecho fundamental e inherente, puede ser ejercido por cualquier sujeto de derechos en la jurisdicción nacional o internacional, en el contexto de un proceso o procedimiento (arbitral, administrativo, etc.). En consecuencia, no podrá ser ejercida si su titular no participa como parte o sujeto procesal en un proceso o procedimiento. Además, su vulneración implica una

¹⁵⁰ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 178.

afectación al orden constitucional e internacional, ya que este derecho se encuentra, además, reconocido en Tratados Internacionales.

V. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A PROBAR Y LOS PRINCIPIOS QUE DELIMITAN SU CONTENIDO

Cuando se hace referencia a aquella parte del contenido de un derecho fundamental que se considera absolutamente indispensable para que los intereses jurídicamente amparados en él resulten efectiva y realmente protegidos, estamos aludiendo, propiamente, a su contenido esencial.

A este respecto, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental resulta importante si entendemos y/o asumimos que los derechos fundamentales no gozan de un carácter absoluto ni ilimitado, en cuanto a su ejercicio. En el derecho a probar es posible afirmar que su contenido esencial de encuentra delimitado por los propios principios que lo inspiran y/o fundan. Esto es resaltado por Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁵¹ en cuanto mantiene que el derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, ya que su contenido esencial -aquél que constituye su núcleo básico irreductible, sin el cual el derecho se desnaturaliza o pierde sentido- se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relaciones de coordinación y coherencia en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, retomando la importancia de la determinación de tal contenido esencial, es posible concluir que ella se encuentra sustentada, en términos generales, en dos razones: la primera razón predica su importancia en tanto habiéndose determinado el contenido esencial de un derecho fundamental, tanto los órganos del Estado como los operadores jurídicos podrán identificar que conductas, hechos o actos no son permisibles en tanto implican, en sí mismas, la afectación de la esencialidad del contenido del derecho en cuestión y; en consecuencia, estarán en condiciones de evitarlas. La segunda razón implica que a través de su determinación, se hace posible fijar qué regulaciones legislativas son permisibles, en tanto, pese a afectar su contenido básico, no desnaturalicen el derecho. Ahora bien, estas limitaciones de las cuales puede ser objeto el

¹⁵¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 178.

derecho probar, únicamente son aceptables en la medida en que exista una motivada y razonada proporcionalidad.

En esta línea, Pablo TALAVERA ELGUERA precisa que: “El contenido esencial o contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino por la doctrina nacional y la doctrina y jurisprudencia extranjeras. No obstante, se debe puntualizar que la delimitación o alcance del derecho fundamental a la prueba se ha ido perfilando en nuestro país a través de la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución, y particularmente por las reglas probatorias del nuevo Código Procesal Penal”¹⁵².

BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁵³, en cuanto al derecho a la prueba, señala que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos:

- 1) El derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba;
- 2) El derecho a que la admisión de los medios probatorios ofrecidos;
- 3) El derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios, tanto los admitidos, como los que han sido incorporados de oficio por el juez;
- 4) El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y,
- 5) El derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento.

La limitación de este contenido, como ya se ha mencionado líneas arriba, lo constituyen los mismos principios que lo inspiran.

En el siguiente apartado nos abocaremos puntualmente al desarrollo del derecho a la admisión de los medios probatorios ofrecidos, en tanto esta investigación se encuentra relacionada a uno de estos principios.

¹⁵² TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 23.

¹⁵³ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 23.

5.1. DERECHO A QUE SE ADMITAN LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS

Tal y como se ha señalado en el apartado interior, uno de los derechos integrantes del derecho a probar, es el derecho a que los medios probatorios ofrecidos sean admitidos por el juez. Sin embargo, como también ya se ha referido, este derecho se elabora sobre la base de ciertos principios que a su vez constituyen su propia limitación. El desarrollo de estos principios será el tema a abordar en las siguientes líneas.

5.1.1. PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD

El principio de legitimidad, en términos generales, plantea la exigencia de que los medios probatorios ofrecidos provengan de un sujeto procesal legitimado. En este sentido, Luis Alberto CARRASCO LARCÓN sostiene que "(...) este principio está referido al derecho del titular de ofrecer medios probatorios en el proceso"¹⁵⁴. En el contexto de un proceso penal, agrega el autor que: "puede decirse que son titulares del derecho de prueba el fiscal, el acusado, la parte civil y los demás que se integren"¹⁵⁵. En consecuencia, en atención al principio de legitimidad, únicamente serán incorporados al proceso –o procedimiento- aquellos medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para hacerlo. Ahora bien, es necesario resaltar, además, que puede el juez, en aras de su propia función jurisdiccional -averiguación de la verdad- en el ámbito de un proceso penal, disponer de oficio la incorporación de los medios probatorios que considere conducentes al esclarecimiento de la verdad. Con esto no se excluye que dicha potestad pueda ser ejercida por el juez, también, en un proceso civil.

5.1.2. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD O PRECLUSIÓN EN MATERIA PROBATORIA

En razón del principio de eventualidad o preclusión probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la oportunidad o etapa procesal que prevé la norma jurídica para su admisión. Respecto a esto, tal y como lo menciona Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁵⁶, de no haberse observado plazo señalado

¹⁵⁴ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 40

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 179.

en el dispositivo legal para su ofrecimiento, queda extinguida toda posibilidad de exigir su admisión al proceso. Además, en cuanto al fundamento de este principio, agrega el citado autor que: “Con este principio se persigue impedir que se sorprenda al adversario con (medios probatorios) de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar (eficazmente) su defensa”¹⁵⁷, de este modo es posible apreciar la relación de este principio con el principio de contradicción, en tanto se persigue evitar sorprender a la otra parte con medios probatorios de último momento.

A manera de complementar la concepción de este principio, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN precisa: “Por virtud de este principio conocido indistintamente como principio de oportunidad o de preclusión es una de las expresiones del sistema publicístico por el que concluida una etapa, se cierra o precluye la misma para dar lugar a una etapa distinta, se manera que por este principio se exige que los actos sean ejecutados en las etapas procesales señaladas por el ordenamiento, ya que de lo contrario la consecuencia será la pérdida del derecho a realizarlos o, en todo caso, su ejecución extemporánea o fuera de plazo no tendrá valor ninguno”¹⁵⁸.

Estando a lo expuesto, la fundamentación de este principio deviene de la propia composición del proceso, ya que como se sabe este se encuentra constituido por una serie de etapas que se ejecutan de modo sucesivo, lo cual implica que la apertura o el inicio de una etapa implica la clausura de la que antecede y, de este modo, se impide el regreso a momentos procesales extinguidos. Es así que la inobservancia de los plazos implica la responsabilidad del sujeto procesal, quien dejó transcurrir el tiempo y no ofreció los medios probatorios pertinentes para acreditar su pretensión o defensa.

5.1.3. PRINCIPIO DE PERTINENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

El principio de pertinencia de los medios probatorios, en líneas generales, implica la coherencia que ha de guardar la información contenida en el medio probatorio ofrecido y el hecho que pretende acreditar y/o probar. De modo concordante a esta concepción, el magistrado José Antonio NEYRA FLORES indica que la

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 43.

pertinencia: “implica la relación lógica entre el medio de prueba y el hecho que se ha de probar. La prueba es pertinente cuando el medio se refiera directamente al objeto del procedimiento. Ejemplo: La pericia de preexistencia de embarazo es pertinente para la investigación del delito de aborto, pero no para un delito tributario”¹⁵⁹.

Así, según lo sostenido por Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN: “Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento. Los medios probatorios que resulten impertinentes deben ser rechazados de plano *-in limine-* por el juzgador”¹⁶⁰.

Por su parte, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN¹⁶¹ resalta la intervención e importancia de los principios lógicos -entendidos como reglas operativas sobre las cuales se rige toda forma correcta de pensamiento-, al dirigir el razonamiento conducente al logro de la finalidad perseguida por la prueba. Estos principios son cuatro: identidad, no contradicción, tercero excluido y verificabilidad o razón suficiente. En cuanto a la pertinencia de los hechos, el citado autor plantea la exigencia de una relación lógico-jurídica entre estos –entendidos como aquellos sobre los cuales se elaboran las afirmaciones contenidas en las pretensiones- y el petitorio. Asimismo, estos hechos han de guardar, además, una conexión lógico jurídica con el supuesto fáctico de la norma jurídica cuya aplicación se solicita o se discute en el proceso. En cuanto a la pertinencia de los medios probatorios, la relación lógico jurídica ha de manifestarse entre estos y los hechos que constituyen el objeto de concreto de prueba. Esta exigibilidad no se circunscribe únicamente a las partes o terceros legitimados, sino también al propio juez, en tanto goza de la facultad de incorporar pruebas de oficio al proceso.

En este sentido, el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal faculta a las partes a emplear medios probatorios siempre que sean pertinentes. A su vez el literal b) del inciso 5 del artículo 352° del mencionado cuerpo legal señala: “b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil...”. Consiguientemente, en su artículo 155°, el Código Procesal

¹⁵⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. (2007). Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal. Academia de la Magistratura. Lima-Perú. Pág. 38.

¹⁶⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 180.

¹⁶¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 41.

penal faculta al juez a excluir del proceso las pruebas que no sean pertinentes o se encuentren prohibidas por ley.

5.1.4. PRINCIPIO DE IDONEIDAD O CONDUCTENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

En atención al principio de idoneidad o conducencia, las partes procesales deben brindar especial atención a las reglas de procedencia de los medios probatorios que el ordenamiento jurídico exija. En esta línea, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN precisa: “Existen situaciones en las que la ley señala que determinados hechos sólo pueden ser acreditados con cierto tipo de medios probatorios, o que en determinados procedimientos sólo pueden admitirse tal tipo de medios probatorios y no otros -por ejemplo, en los procesos ejecutivos sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia, no así la declaración de testigos o la inspección judicial”¹⁶². En atención a esto, resulta claro que el legislador tiene la potestad de establecer la necesidad de que un determinado hecho sea probado con un determinado tipo de medio probatorio y no con uno distinto. En consecuencia, deviene en no idóneo e inconducente aquel medio probatorio que se encuentre prohibido por la propia vía procedimental (el artículo 700° del Código Procesal Civil peruano es muy preciso, en cuanto prohíbe la declaración de testigos en la vía ejecutiva) o para la verificación de un determinado hecho.

Por su parte Pablo TALAVERA ELGUERA¹⁶³ sostiene que este principio se desarrolla sobre la base de dos premisas importantes, la primera está referida, como se indicó en epígrafe anterior, a la capacidad del legislador de determinar en algunos casos, qué medios o instrumentos de prueba pueden ser utilizados en algunos casos y cuáles no; la segunda de ellas radica en la facultad, también del legislador, de prohibir la utilización de determinados medios probatorios para un caso concreto.

Dicho lo anterior, a modo de ejemplificar lo expresado en la primera de las premisas descritas en el epígrafe anterior, es preciso citar el artículo 168° del Código Procesal Penal, en donde se advierte claramente que el legislador dispone

¹⁶² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 180.

¹⁶³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 32.

que el testimonio de los diplomáticos se prestará únicamente mediante informe escrito.

“Artículo 168°.- Testimonio de Miembros del Cuerpo Diplomático

A los miembros del Cuerpo Diplomático o Consular acreditados en el Perú se les recibirá su testimonio, si están llamados a prestarlo, mediante informe escrito. Para tal efecto se les enviará, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, el texto del interrogatorio que será absuelto bajo juramento o promesa de decir verdad. De igual manera se procederá si el agente diplomático o consular culminó su misión y se encuentra en el extranjero.” (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, en cuanto la segunda de las premisas descritas, el inciso 3° del artículo 182° del Código Procesal, pone en manifiesta la prohibición expresa del careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años.

“Artículo 182°.- Procedencia del careo

3. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.” (El resaltado es nuestro)

En cuanto a su reconocimiento, el principio de conducencia se encuentra expresamente señalado en el literal b) del inciso 5 del artículo 352° del Código Procesal Penal: *“Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil(...)”*, como un requisito de admisibilidad de la prueba.

Finalmente, como lo menciona Francisco FERNÁNDEZ SEGADO¹⁶⁴ recordemos que estamos ante un derecho fundamental: el derecho a probar, y si bien su carácter limitado permite al legislador establecer ciertas restricciones y/o limitaciones al mismo -por ejemplo, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en un caso concreto, de determinados medios de prueba-, su carácter fundamental lo convierte en un elemento esencial del ordenamiento jurídico con propia fuerza normativa, por ello, resultará inconstitucional todo acto de poder que lo lesione, debiéndose interpretar

¹⁶⁴ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 180.

la ley en la forma más favorable a la maximización o viabilidad de su contenido. En consecuencia, solo resultaran amparadas aquellas limitaciones al derecho a probar que se encuentren fundamentadas en la necesidad de salvaguardar otros derechos fundamentales, valores constitucionales o un bien constitucionalmente protegido, como es el caso de la economía y celeridad procesal que forman parte integrante del derecho a un debido proceso. Aun así, por tratarse de un derecho fundamental es exigible la existencia de una motivada y razonada proporcionalidad entre la limitación y la finalidad de la misma.

5.1.5. PRINCIPIO DE UTILIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

El principio de utilidad de los medios probatorios es aquel en mérito al cual se plantea como condición para la admisibilidad de la prueba, que esta contribuya en la formación de la convicción del juzgador, estos es, que la información o contenido del a prueba ofrecida no solo ha de guardar relación con el hecho objeto del proceso (pertinencia), sino que además debe ser útil a los fines de la investigación, contribuyendo en el proceso de convicción del juez (alcance de probabilidad o certeza) con el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso y la averiguación de la verdad. De esta manera, se advierte, además, que la *pertinencia* de un medio probatorio no lo hace *útil*, en tanto la información aportada por la prueba, si bien cierto puede guardar relación con el hecho objeto del proceso, también puede suceder que no resulte apta o adecuada para que el juez llegue a un estado de convicción. En este sentido, si el medio probatorio no tiene esta finalidad y/o propósito, ha de ser rechazado por el juez.

Sumado a lo expuesto, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN citando a Jairo PARRA QUIJANO, expresa: “Este principio señala que sólo deben ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, de tal manera que si un medio probatorio ofrecido no tiene este propósito, debe ser rechazado de plano por aquél”¹⁶⁵. Aunado a esto, el magistrado José Antonio NEYRA FLORES, señala que: “Un medio de prueba será útil si es relevante para resolver un caso particular y concreto. Su eficiencia se muestra luego de la valoración de la prueba. No es útil la superabundancia de

¹⁶⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 181.

pruebas, por ejemplo: ofrecer muchos testigos que declaren sobre un mismo hecho”¹⁶⁶.

Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁶⁷ citando a Juan MONTERO AROCA y Jairo PARRA QUIJANO, precisa los casos de inutilidad de los medios probatorios podemos mencionar los siguientes:

- Cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta.
- Cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, irrelevantes, notorios o de pública evidencia. Igualmente la prueba no puede versar sobre ficciones legales.
- Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada.
- Cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte (por ejemplo, cuando se ofrece un reconocimiento judicial para verificar el componente químico de una sustancia ingerida por una víctima, en lugar de una pericia).
- Cuando se ofrecen medios probatorios supérfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin -por ejemplo dos pericias con la finalidad de acreditar el mismo hecho-, o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

En cuanto al reconocimiento de este principio, es de advertir el inciso 2 del artículo 155° y el literal b) del inciso 5 del artículo 352° del Código Procesal Penal peruano, los cuales, a la letra, dicen:

“Artículo 155°.- Actividad probatoria

2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.” (El resaltado es nuestro)

¹⁶⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. (2007). Ob Cit. Pág. 38.

¹⁶⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 181.

“Artículo 352°.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar

5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.”

(El resaltado es nuestro)

5.1.6. PRINCIPIO DE INMACULACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

En mérito a este principio, la admisión de la prueba plantea la exigencia de que este se encuentre libre de vicios (intrínsecos o extrínsecos) que la hagan nula o ineficaz.

Por su parte, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, citando a Devis ECHANDÍA, manifiesta: “Se denomina principio de inmaculación de la prueba a aquel que por obvias razones de economía procesal exige que los medios probatorios ofrecidos o incorporados al proceso o procedimiento estén libres de vicios intrínsecos o extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos”¹⁶⁸. Cabe puntualizar que los vicios intrínsecos son siempre de fondo, es decir afectan directamente al propio medio probatorio ofrecido, se encuentran en su contenido mismo; por ejemplo, la licitud, inconducencia del medio, su inutilidad, su impertinencia, etc. En cambio los vicios extrínsecos son aquellos que, a diferencia de los intrínsecos, se producen sobre circunstancias separadas o externas al medio probatorio pero que guardan relación con él, tienen que ver con la inobservancia de los requisitos legales de proposición de pruebas; por ejemplo, la falta de legitimidad para producir prueba, el incumplimiento de las formalidades procesales para ofrecer un determinado medio probatorio, la afectación del principio de oportunidad o preclusión, etc.

5.1.7. PRINCIPIO DE LICITUD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Es conveniente tratar en este apartado algunos alcances de la prueba ilícita o prohibida, en la medida en que su inadmisibilidad, ineficacia e invalidez deviene, dentro de otras cosas, de la observancia de este principio.

¹⁶⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. (2001). Ob Cit. Pág. 240.

La prueba prohibida, en términos genéricos, es aquella que se genera u obtiene como producto de una actividad ilícita en la captación del resultado probatorio. Dicho de otro modo, una prueba es ilícita cuando en la obtención de la fuente de prueba se han afectado derechos fundamentales y/o algunos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Ahora bien, la ilicitud afecta tanto a la fuente como al medio de prueba, siendo que será este último el instrumento que ingresará o – en todo caso- pretenderá ingresar al proceso las fuentes de prueba. En este sentido, la ilicitud de la prueba sería la consecuencia de la contravención del ordenamiento jurídico, cuando para su obtención se han vulnerado derechos constitucionalmente protegidos. Siendo esto así, es posible afirmar, entonces, que el modo de obtención de la fuente de prueba determinará su licitud, o dicho de otro modo, su utilización o no.

Al respecto, el principio de licitud de los medios probatorios plantea la proscripción de la prueba ilícita o prohibida, de tal modo que plantea la exigencia de medios probatorios y/o fuentes de prueba no contaminados de ilicitud. Es así que los medios probatorios ofrecidos en el juicio han de cumplir con todas las formalidades preestablecidas en la ley, siendo que además nunca deben colisionar con derechos fundamentales. De ocurrir lo contrario, la prueba ilícita deviene en inadmisibles, ineficaz, e inválida.

Aunado a esto, en lo respectivo al fundamento del principio de licitud probatoria, bajo las precisiones expuestas, es posible advertir que este se desarrolla sobre la base de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables.

Según lo expresado por Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “El principio de licitud en materia probatoria exige que no tengan eficacia ni validez ni que tampoco se admitan al proceso o procedimiento los medios probatorios y/o las fuentes de prueba que hayan sido obtenidos ilícitamente, de manera que con respecto a estas pruebas el sistema procesal debe atender o postular la exclusión o inutilización de la “prueba ilícita” en cualquier tipo de proceso o de procedimiento”¹⁶⁹. En esta misma línea, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN señala que: “Según este principio, no pueden admitirse al proceso aquellos

¹⁶⁹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 43.

medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico (piénsese por ejemplo en el caso de una persona que ingresa subrepticamente al domicilio de otra y hurta unos documentos que luego ofrece como medios probatorios en un proceso iniciado en su contra)¹⁷⁰.

En consecuencia –atendiendo a este principio-, la búsqueda de la verdad de los hechos o –más concretamente- la demostración de los hechos que son objeto del proceso no debe desarrollarse –como se dice coloquialmente- a cualquier precio.

VI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

La coexistencia y pugna entre la persecución penal y los derechos de los justiciados, constituye una ecuación decisiva para definir la calidad de justicia que se pretende.

Al respecto, en España, el Tribunal Constitucional se refiere a la doble dimensión de los derechos fundamentales, en la conocida Sentencia 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981,25), resolución en la cual los configura como derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

Por su parte, Nicolás GONZÁLES-CUÉLLAR SERANO¹⁷¹, respecto a la problemática que supone la prueba prohibida, expone la conocida tesis, en virtud de la cual, en este ámbito, existen tres posiciones:

- a) Que solo puede hablarse de prueba prohibida, cuando esta se consiguió mediante la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la Sección 1 del Capítulo 2, del Título I, de la Constitución.
- b) Que en todo caso de infracción de las normas procesales, hay una infracción de los artículos 24.2 y 14 de la Constitución Española y; en consecuencia, existe prueba prohibida.

¹⁷⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob Cit. Pág. 181.

¹⁷¹ Citado por DE URBANO CASTILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2000). La Prueba lícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Segunda Edición. E Editorial Aranzadi S.A. Navarra-España. Pág. 30.

- c) Que no en todos los casos de infracción de un derecho fundamental cabe hablar de prueba prohibida, sino que debe ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

Ante eso, el profesor JAIME VEGAS, refiere que el marco constitucional de la actividad procesal probatoria está integrada “de una parte, por las exigencias de carácter general derivadas de los principios procesales constitucionalizados y, de otra, por exigencias de carácter más concreto, referidas no tanto a la actividad probatoria en general, sino a determinadas diligencias de prueba, en la medida en que dichas diligencias pueden entrar en colisión con ciertos derechos fundamentales del inculcado”¹⁷². Y, respecto a las exigencias derivadas de los principios procesales constitucionalizados, como da cuenta Eduardo DE URBANO CASTILLO¹⁷³ se encuentran incluidos el principio de contradicción, el derecho a la asistencia de letrado y la intermediación, oralidad y publicidad del proceso, con las excepciones conocidas de la prueba documental respecto a la oralidad, la prueba pre-constituida en cuanto a la intermediación y las limitaciones legales establecidas, cuando concurren circunstancias especiales, para la publicidad, cuando ésta puede perjudicar a los intereses de la justicia (y cuya legitimidad ha sido reconocida por las Sentencias del Tribunal Constitucional: 96/1987 [RTC 1987,96], 176/1988 [RTC 1988,176] y 65/1992 [RTC 1992,65]).

Ahora bien, en lo correspondiente a las limitaciones de los derechos fundamentales, corresponde citar al Auto del Tribunal Supremo Español de 18 de junio de 1992 (Ponente: Exmo. Sr. Ruíz Vadillo), emitido en el *Caso Naseiro*. En el citado documento, se destaca lo siguiente: “No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley”¹⁷⁴.

Tampoco se trata de aceptar que los derechos fundamentales tienen un carácter absoluto; por el contrario, en el complejo entramado que genera la convivencia

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2000). *La Prueba lícita Penal*. Estudio Jurisprudencial. Segunda Edición. E Editorial Aranzadi S.A. Navarra-España. Pág. 30.

social, son susceptibles de modulación. En este sentido, dice HERNÁNDEZ: “Un fundamento ético o valorativo no supone, como es evidente, que lo así fundado tenga un carácter absoluto y no susceptible de modulaciones, sino que al contrario sugiere la necesidad de ponderar los valores en juego”¹⁷⁵.

Establecer la intangibilidad absoluta de los derechos fundamentales de cara a la investigación penal sería sin eufemismos, como lo explican Raúl NÚÑEZ OJEDA y Claudio CORREA ZACARÍAS¹⁷⁶, condenar a muerte cualquier expectativa de contar con un sistema procesal penal. La actividad investigativa mantiene una relación indisoluble con los derechos fundamentales, regulando su afectación. Así lo afirma HORVITZ al señalar que “(...) es evidente que (...) durante la investigación preparatoria se produce de modo inevitable una tensión entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprometidas con dicha persecución (...)”¹⁷⁷.

Finalmente, lo que se pretende destacar con lo anterior, es que las reglas de exclusión probatoria por ilicitud constituyen un nudo donde pueden enfrentarse y eliminarse, suprimirse o reducirse, distintos derechos fundamentales e intereses constitucionalmente legítimos. Los problemas en materia probatoria estarán representados, por un lado, por los derechos esenciales amagados (la propiedad de quien vio incautada su especie, la intimidad de quien sufrió la irrupción policial en su hogar, etc.) y, por otro, el interés estatal en la persecución penal, al que aluden diversas normas constitucionales y es, por cierto, pilar básico de una sociedad mínimamente organizada.

VII. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro de este marco, es preciso destacar la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 29 de marzo de 1990 (RJ 1990,2647) (Ponente Excmo. Sr. Delgado García), en la cual, en su fundamento de derecho segundo, se admitía que: “Tradicionalmente la doctrina, en los supuestos como el ahora examinado,

¹⁷⁵ Citador por NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. (2016). La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/817/472>>. Pág. 220. [Consulta 20 junio de 2016].

¹⁷⁶ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. Ob Cit. Pág. 200

¹⁷⁷ Citado por NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. . Ob Cit. Pág. 200

venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual”.

Por otro lado, la citada sentencia expone que: “Cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica -Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 25/81, de 14 de julio (RTC 1981\25), entonces la perspectiva cambia y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos, cuya protección adquiere, incluso, un rango de carácter internacional por el deber contraído por algunos Estados, como España, por convenios pactados con otros, en aras de conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda en definitiva prevalecer, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, y, por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso. En nuestro Derecho, como un supuesto más de actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas a que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil”.

Se puntualiza además que: “Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”.

Claramente, la sentencia en mención marca, en cuestión de criterios, un antes y después de la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114) y de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578 y 2635 y ApNDL 1975-85, 8375) que dice que no surtirán efecto las pruebas

obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

A partir de esto, como explica Jaime VEGA TORRES¹⁷⁸, si la prueba obtenida ilícitamente ha sido admitida y practicada, el juzgador no podrá tomarla en cuenta para la formación de su convencimiento, porque de hacerlo, condenando sobre el resultado probatorio ilícito, debería considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Dicho cambio de criterio es fundamentado por el Tribunal Constitucional Español, en la posición preferente de los derechos fundamentales que ocupan en el ordenamiento jurídico, dada su condición de inviolables (art. 10.1 CE).

Más adelante, la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985 (RTC 1985,107) se suma a esta perspectiva. Así, en su fundamento jurídico segundo expresa que: “en el proceso no pueden hacerse valer, ni admitirse por el juzgador, pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales, con la consecuencia de que la hipotética recepción jurisdiccional de instrumentos así obtenidos (aunque no sean ellos los únicos que fundamentan la convicción del juzgador) implicaría una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), productora de la consiguiente lesión de un derecho fundamental, que habría de ser reparada por este Tribunal”.

No obstante lo indicado hasta ahora, en lo respectivo al momento de configuración de la ilicitud probatoria, el Tribunal Constitucional Español se pronuncia en la Sentencia 64/1986, la cual puntualiza que: “Es verdad que la Sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1984 decretó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y tal doctrina debe ahora reiterarse. Sin embargo, tal doctrina en el caso presente no podría llevar nunca a la estimación del amparo por las siguientes consideraciones: a) la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él,

¹⁷⁸ Citado por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. Ob Cit. Pág. 32.

pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”.

Ahora bien, respecto al valor que jurisprudencialmente se le había otorgado a la prueba ilícita, en opinión de José María PAZ RUBIO: “No existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico”¹⁷⁹. Lo que existe es una garantía objetiva del orden de la libertad de la cual deriva “la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución”¹⁸⁰. Para el citado autor, el fundamento principal del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Español se resumía en que la recepción de las pruebas obtenidas conculcando derechos fundamentales implica la ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y que, además, implicaría la confirmación de la desigualdad entre las partes en juicio (art. 14 CE).

Aunado a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los Casos Schenk (12 de julio de 1988 [TEDH 1988,4]), Scheinchelbauer (16 de diciembre de 1970) y Edwards (16 de diciembre de 1992 [TEDH 1992,81]), ha esbozado diferentes criterios, los cuales se esquematizaran, siguiendo a Eduardo DE URBANO CATRILLO¹⁸¹, de la siguiente forma:

- La exclusión de las pruebas ilegales es consecuencia de la garantía a un proceso equitativo.
- Se viola la noción de proceso equitativo si se impide la contradicción, por lo que el acusado tiene derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación.
- Los procedimientos de investigación basados en la violencia, la astucia o el engaño no son admisibles.
- Sin embargo, la apreciación del carácter equitativo o no de un proceso debe hacerse en conjunto, pues la existencia de pruebas ilícitas puede verse contrarrestada por otras lícitas.
- La segunda instancia permite subsanar las ilicitudes producidas en la fase anterior.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ DE URBANO CATRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. Ob Cit. Pág. 33.

- La acumulación de irregularidades vulnera la garantía a un proceso equitativo aun cuando aquellas, consideradas aisladamente, no violaran por sí mismas el Convenio Europeo.

Bajo lo expuesto, Eduardo DE URBANO CATRILLO plantea la siguiente interrogante: “¿Cuál es el modo de conjugar el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar con el derecho de los particulares a preservar sus derechos fundamentales, en particular su intimidad?”¹⁸²

Dicha interrogante, a decir del citado autor, “abre el debate de los límites de los límites o restricciones que puede soportar un ciudadano cuando la maquinaria policial/judicial entra en su ámbito”¹⁸³.

Este tema es tratado también en el Auto de 18 de junio de 1992 (RJ 1992,6102), en el “Caso Naseiro”, que, como da cuenta DE URBANO CATRILLO¹⁸⁴, si bien es cierto, se centró en el tema de las intervenciones telefónicas ilegalmente practicadas, contenía consideraciones relevantes en cuanto al tema indicado.

Al respecto, el más Alto Tribunal considera como una posible solución, el principio de proporcionalidad. Así, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979), como puntualiza DE URBANO CATRILLO¹⁸⁵, hace referencia a que las medidas de intervención, en términos generales, serán las exclusivamente necesarias, y es necesario lo que corresponde a una exigencia social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima que persigue la injerencia. Dicha proporcionalidad se proyecta, dice José María PAZ RUBIO¹⁸⁶, en diferentes direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados, trascendencia de la cuestión. Debiendo considerarse en forma equilibrada, armónica y motivada.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Ídem.

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ Citado por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. Ob Cit. Pág. 33.

VIII. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa, en sentido lato, puede comprenderse como aquel derecho constitucionalmente reconocido con el que cuenta toda persona para solicitar ante el órgano Jurisdiccional, una solución justo frente a un determinado litigio.

En nuestro ordenamiento constitucional se encuentra previsto en el Art. 139°, inciso 14, cuando se menciona que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con su defensor de su elección y a ser asesorado por este desde que es citado o detenida por cualquier autoridad”.

En un sentido estricto y específicamente en el ámbito penal, por el derecho de defensa las partes deben estar en la posibilidad –tanto en el plano jurídico como fáctico- de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. Así, parte esencial del derecho de defensa es que el justiciable goce de oportunidades reales, para proponer e incorporar la prueba que estime conveniente a sus pretensiones de defensa, ello es manifestación de la garantía a un juicio justo o al debido proceso.

El Código Procesal Penal Peruano de 2004 reconoce expresamente el derecho a la defensa como uno de sus principios fundamentales en el artículo IX del Título Preliminar

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad”.

En consecuencia, el derecho de defensa constituye una de las principales garantías –objetiva u subjetiva- para un efectivo reconocimiento y ejecución de

todos los derechos que por ley son reconocidos a todos los individuos que se vean inmersos en el marco de un proceso.

En cuanto a esto, en la doctrina española, como expresa DE URBANO CATRILLO citando a ORTELLS RAMOS y TAPIA FERNÁNDEZ: “El elemento central de proceso debido, lo constituye el derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 CE y que debe interpretarse, por imperativo del art. 10.2 CE, conforme a lo establecido en los arts. 6.3 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 14.3 d) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York”¹⁸⁷.

Así, para VÁZQUEZ ROSSI: “El derecho de defensa, constituye así, en cuanto a su contenido objetivo, subjetivo y reaccional los pilares institucionales de todo sistema procesal, por cuanto una pluralidad de derechos dependen de él. Razón por la cual, también, la regulación del derecho de defensa no puede ser meramente formal sino que además tiene que ser operativo, para que garantice el ejercicio efectivo de las facultades de que disponen las partes en representación de sus intereses”¹⁸⁸.

Además, el autor en mención precisa que el derecho de defensa comprende tres manifestaciones: “la asistencia letrada la autodefensa y el derecho a la justicia gratuita, en su caso, implica la consagración dinámica del principio de contradicción, *audiatur et altera pars*, que supone la igualdad de las partes en el proceso”¹⁸⁹.

Seguidamente, para hacer efectivo el citado planteamiento, dice Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI: “Las partes tiene que poder ejercer, lo que desde el medioevo constituyen los tres mementos cruciales de todo proceso: *la citatio, defensio y ordo probationum*”¹⁹⁰.

De esta forma, es posible describir al derecho defensa conforme a lo señalado por DE URBANO CATRILLO y TORRES MORATO: “(...) como la posibilidad de alegar

¹⁸⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Sexta Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra-España. Pág. 43.

¹⁸⁸ Citado por GARCÍA SÁNCHEZ Noelia y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (junio 2014). Las Garantías Constitucionales-El derecho de defensa del imputado. Universidad de Salamanca. En Línea. <Publicación disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125584/1/TG_GarciaSanchez_Garantias.pdf>. Pág. 17. [Consulta 22 de junio 2016].

¹⁸⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 43.

¹⁹⁰ Citado por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 44.

y probar, contra-alegar y deducir prueba de descargo, de un lado, y capacidad y posibilidades reales y efectivas de defensa, ante actuaciones contrarias a derecho, y muy singularmente, pruebas ilícitas de otro”¹⁹¹. En tal sentido, por el derecho de defensa, toda persona tiene la posibilidad de acreditar los hechos que le son favorables, así como de combatir acusaciones fundadas sobre medios de prueba espurios.

Respecto a esto, se pronuncia el Tribunal Supremo Español en su Sentencia 79/2012 de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012,199) (Caso Garzón-Escuchas a Abogados), en la cual estima que: “El derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina totalmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas”. Además, la mencionada sentencia cita que: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, (Caso Azko y Akcros/Comisión) que cita otras anteriores en el mismo sentido, que “(...) el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión...”.

De esta forma, como dan cuenta Noelia GARCÍA SÁNCHEZ y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: “En la actualidad, estos derechos que conforman el derecho de defensa, forman parte de las garantías implícitas en las tradiciones constitucionales europeas, que regulan la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa. Y a pesar de no recogerse expresamente en el CEDH, según el TEDH estos derechos gozan de un reconocimiento general en estándares internacionales que garantizan la existencia de un juicio justo conforme al artículo 6 CEDH”¹⁹². Concretamente el artículo 6 del CEDH establece que las garantías que en él se reconocen se aplican en todas las fases del proceso judicial incluidas las diligencias previas o preliminares, lo contrario supone una violación del derecho a un proceso justo y equitativo.

¹⁹¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 44.

¹⁹² GARCÍA SÁNCHEZ Noelia y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Ob Cit. Pág. 10.

Ahora bien, como expresan DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: “Para poder determinar si se ha producido una situación de indefensión, esto es, una vulneración del derecho de defensa, hay que analizar la infracción concretamente producida, ponderando dos elementos: su incidencia en el fallo y la responsabilidad en el mismo”¹⁹³. O, dicho de otro modo, se produce indefensión, cuando se priva a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se situó a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria. De esta manera, como expresan los autores en mención: “La infracción debe desequilibrar el proceso, por causa de la autoridad jurisdiccional, aunque no se deba directamente al órgano judicial, pues este como garante de los derechos es el responsable del debido cumplimiento de las garantías que asisten a todas las partes implicadas en el proceso”¹⁹⁴.

En síntesis, el contenido esencial del derecho de defensa queda vulnerado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses. Así, es posible afirmar que este derecho tiene un aspecto positivo y otro negativo; el primero consiste en las facultades procesales que tiene el imputado en el proceso y el segundo consiste en la prohibición de la indefensión.

IX. INDEFENSIÓN Y PRUEBA ILÍCITA

Dentro de este marco, resulta preciso citar la Sentencia de 21 de mayo de 1986 [RTC 1986,64] del Tribunal Constitucional Español, en la cual puntualmente señala que: “(...) la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, *pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión*”.

Además, en la STC de 9 de diciembre de 1987, el máximo Tribunal indica que: “(...) El derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 C.E. consagra

¹⁹³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 45.

¹⁹⁴ Ídem.

de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, es también de aplicación a los demás procesos. Este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en que se integra, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en el art. 24.1 C.E.¹⁹⁵.

Asimismo, el Tribunal Supremo Español, también se pronuncia al respecto, cuando en la Sentencia de 7 febrero de 1992 [RJ 1992,1108] expresa que: “La segunda parte del expresado motivo primero del recurso debe ser asimismo rechazada. No sólo por la reiteradísima doctrina de esta Sala en orden a que las irregularidades procesales sólo dan lugar si se cometen en la fase sumarial o instructoria a la consecuencia de no poder ser tomadas en cuenta las pruebas así producidas como aptas para enervar la presunción de inocencia (...) pero sin producir efectos de retroceso procesal; sino también porque el derecho de defensa, (...) es la de asegurar la igualdad de las partes (...), sólo despliega eficacia cuando se produce indefensión efectiva. Y ello no ocurre en este caso, en el que los procesados -salvo uno- negaron los hechos imputados y en las fases del proceso en que se materializó la acusación contaron con Letrado de su elección para la asistencia procesal que estimaron adecuada y conforme a sus intereses”.

Más adelante, el Tribunal Supremo Español, en la Sentencia del 31 de octubre de 1988 (RJ 1988,8810) (Ponente Montero Fernández-Cid), en palabras de DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, el Tribunal emplea el término de “funcionalidad de la prueba”, como criterio básico en materia de admisión o denegación probatoria el valor o eficacia que cabe atribuir a una prueba en cuanto incide sobre el derecho a la plena defensa dentro del proceso¹⁹⁶. En el citado caso se debatía si el atestado, cuyo valor de mera denuncia postula el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podía ampliarse mediante el testimonio de los agentes policiales intervinientes en el atestado y que comparecieron –

¹⁹⁵ En esta línea: la Sentencia TEDH 30 de marzo de 1989. Citada por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 45.

¹⁹⁶ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 45.

parcialmente- en el Juicio Oral. El Tribunal estimó válida esa prueba ya que pudo someterse a contradicción de las partes, indicando que: “(...) la procedencia de rechazar este primer motivo dimana del dato de que en el mismo escrito de calificación se propuso como testifical -y parcialmente se practicó- para el juicio oral la declaración de los agentes policiales intervinientes en el atestado, pudiéndose someter su testimonio a la contradicción de las partes. A mayor abundamiento, la prueba documental admitida y practicada -muy similar en sus contenidos a la denegada- ha sido escasamente esgrimida en sus resultados por el recurrente. No se detecta así mediante el acuerdo denegatorio indefensión alguna (...)”.

En torno a ello, DE VEGA RUIZ¹⁹⁷ estima que la indefensión se puede considerar como el último fundamento de todos los derechos fundamentales, ya que cualquier alegación que se realice en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, también en defensa de la presunción de inocencia, busca –en definitiva- que: “el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar, ante la justicia”¹⁹⁸.

Luego, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 17 de septiembre de 1993 [RJ 1993,6696], refiere que: “(...) Ha de señalarse que no toda irregularidad procesal origina la nulidad de la actuación (sea en legalidad constitucional o en legalidad ordinaria), de la misma manera que tampoco tiene por qué desembocar aquélla en indefensión. En este supuesto, la falta de notificación de la pericial que se practicó inicialmente para determinar la composición y la naturaleza de la sustancia, así como la falta de asistencia del referido acusado a la prueba o incluso la inexistencia de una resolución concreta que autorizara su destrucción, no implican ni mucho menos la indefensión que el art. 24.1 de la Constitución establece”.

Asimismo, reconoce la citada Sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, la constante declaración del Tribunal Constitucional en cuando a:

a) Que únicamente si se comprobase que el fallo pudo haber sido otro mediante la práctica de la prueba omitida cabría hablar de indefensión;

¹⁹⁷ Citado por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 46.

¹⁹⁸ Ídem.

b) Que no se vulnera derecho fundamental alguno en los supuestos en los que no se lleva a efecto la diligencia probatoria, incluso aunque fuere pertinente, si el punto concreto de que se trata se halla sobradamente acreditado, esto es, porque la omisión del medio propuesto en ningún caso podría tener influencia en el contenido del fallo; y

c) Que cualquier vicio procedimental que afecte a las posibilidades de defensa no puede calificarse sin más como atentatorio a la tutela efectiva, ya que, en ocasiones, en el mismo proceso aparecen posibilidades para reparar probables indefensiones iniciales.

Ante esto, DE VEGA RUIZ comenta que: “Sólo podrá tener relevancia constitucional por provocar indefensión, aquella denegación que siendo solicitada en tiempo y forra oportuno no resultase razonable y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar sus alegaciones”¹⁹⁹. Además autor refiere que: “Únicamente la denegación de un prueba pertinente origina la indefensión”²⁰⁰.

Continuando con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en la Sentencia de fecha 2 de junio de 1995 (RJ 1995,4527) (Ponente Excmo. Sr. Moyna Hernández), la Sala en el caso de la de declaración del acusado prestada sin la presencia de letrado, por renuncia de aquél, declara que se presentado una situación de indefensión y; en consecuencia, debe determinarse la nulidad o falta de validez probatoria de dicha declaración.

Por el contrario, como explican DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO²⁰¹, en la STC 173/2000, de 26 de junio (RTC 2000,173), se considera que no existe indefensión en el caso en que el Juez de lo Penal denegó varias diligencias previas a la celebración del Juicio Oral, así como dos testificales y una pericial a practicar en la vista oral, ello dada la pasividad del recurrente en la fase de instrucción, pues en ella no propuso una sola diligencia de investigación, ni recurrió la decisión de dar por concluida la misma, conformándose con los datos fácticos recogidos hasta ese momento, pese a que los mismos apuntaban indiciariamente su responsabilidad, dado el contenido de las manifestaciones testificales prestadas en el juicio de faltas y la realidad de los daños y las lesiones

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 47.

acreditados mediante la presentación de la factura de reparación de los primeros, y el parte médico indicativo de las segundas. En cuando a las pruebas a celebrar en el juicio oral, el Tribunal explica que estas no fueron propuestas de la manera debida, es decir, como exige el artículo 656 LECri, esto es, indicando los nombres, apellidos, domicilio y quien debería aportarlos al juicio.

En resumen, para que exista indefensión debe haberse producido la transgresión de normas procesales que supongan una limitación al derecho de defensa. Por lo tanto, no cualquier violación puede llegar a afectar el debido proceso. La impartición de justicia debe encontrarse por encima de cuestiones procedimentales.

SUBCAPÍTULO 4

BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

I. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La destacada relevancia del reconocimiento y de la protección de los derechos humanos en el plano internacional ha sido el desenlace del grave perjuicio y menoscabo causado en estos; antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial. Este fuerte impacto en los derechos humanos motivó que la sociedad llegara a un acuerdo común en lo concerniente a su resguardo. Lo que dicho de otro modo se traduce en el consenso de contar con instrumentos e instituciones que, a nivel internacional, serían creados para su reconocimiento, tutela y/o amparo. Ante la situación planteada -entonces- la tutela de estos derechos ya no se agotaría en la competencia del Estado nacional, sino que se extendería a un plano internacional, en donde existirían mecanismos e instituciones que garanticen su vigencia. De hecho, tal y como se apreciará en los siguientes párrafos, esta pretensión o exigencia de amparo de los derechos humanos, a escala global, inició con su reconocimiento en instrumentos normativos internacionales, en donde quedaron positivamente pactados en tutela de todo sujeto de derechos. En atención a esto, concluimos el presente epígrafe sosteniendo que la positivización de los derechos humanos, en diferentes tratados y otros instrumentos normativos internacionales, no ha sido más que la materialización de un proceso que la doctrina denomina: *“la internacionalización de los derechos humanos”*.

Ahora bien, son instrumentos normativos de nivel internacional en materia de derechos humanos; los pactos o convenciones, protocolos facultativos, declaraciones y resoluciones, cuyo efectivo cumplimiento y correcta implementación constituyen labores que corresponden a la competencia de los órganos de control, lo cuales en atención a su finalidad concreta, efectúan gestiones de supervisión.

Habiéndose dilucidado la génesis de este proceso, corresponde ahora poner los reflectores en la concretización del mismo.

El proceso de internacionalización de los derechos humanos empieza a “concretarse” al término de la Segunda Guerra mundial, en el año 1945²⁰². Las grandes violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en este catastrófico enfrentamiento generaron que representantes de 50 países se reunieran en la ciudad de San Francisco-EE.UU y firmaran la conocida Carta de las Naciones Unidas, la cual fue génesis de la Organización de las Naciones Unidas. En esta Carta, las Naciones plasman los siguientes objetivos:

- Preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra,
- Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre,
- Promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

Sumado a esto, es pertinente reconocer a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la creación de una comisión para que se encargase de la redacción de una declaración de los derechos fundamentales, labor que finalmente culminó el día 10 de diciembre del 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que, finalmente, es norma imperativa y base común de todos aquellos instrumentos globales y regionales que versen sobre derechos humanos, así como también, de los deberes de los Estados miembros de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

Con referencia a lo expuesto en el epígrafe precedente, los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y que conforman la denominada “Carta Internacional de los Derechos Humanos”, son:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre del año 1948.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de diciembre de 1966 y sus dos Protocolos Facultativos (el primer

²⁰² Antes del año 1945 también existieron procesos de internacionalización de derechos humanos llevados a cabo en el marco del Derecho Internacional Humanitario y dentro de la Sociedad de Naciones, se aprobaron Tratados específicos en temas relacionados a la esclavitud (abolición de la esclavitud y la trata), y a los refugiados; asimismo, se creó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1919. Sin embargo, es con la Carta de la ONU que se reconocen los derechos y libertades fundamentales del hombre que, además, se consagran para todos, sin distinción alguna. En consecuencia, es recién a raíz de esta Carta que el proceso de internacionalización de los derechos humanos empieza a concretarse.

Protocolo Facultativo, de fecha 16 de diciembre de 1966, está referido al reconocimiento que hacen los Estados Parte respecto de la competencia del Comité de DD.HH. para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, este protocolo establece el procedimiento correspondiente; el segundo Protocolo Facultativo, de fecha 15 de diciembre de 1989, versa sobre la eliminación de la pena de muerte)

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de fecha 16 de diciembre del año 1966 y su Protocolo Facultativo del 10 de diciembre del 2008.

Al respecto, existen –además- otros instrumentos normativos internacionales que pese a no estar contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, por versar sobre esta materia, resultan significativos. Dentro de ellos, los más destacados son los siguientes:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre del año 1965.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del 18 de diciembre del año 1979.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre del año 1984.
- Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre del año 1989.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, del 18 de diciembre del año 1990.
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre del año 2006.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del 10 de diciembre del año 1999.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo del año 2000.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del 25 de mayo del año 2000.
- Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 18 de diciembre del año 2002
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 12 de diciembre del año 2006.

Dicho lo anterior, se incide nuevamente en recalcar que estos no son los únicos instrumentos normativos en materia de derechos humanos, existen otros, como por ejemplo, aquellos relacionados a los derechos de los trabajadores, que son decisiones dictadas en el marco de las funciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Es oportuno destacar en este estadio, la relación existente entre la soberanía de los Estados y los instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos, vínculo desprendido del proceso de internacionalización de estos derechos. Esta relación nace, básicamente, cuando el Estado decide, en el marco de su soberanía, ser parte de uno de estos instrumentos normativos internacionales. En cuanto decide ello, pasa a ser lo que conocemos como un Estado Parte. La consecuencia inmediata de este vínculo conlleva una suerte de limitación en el ejercicio de la soberanía del Estado Parte, ya que su actuación a partir de entonces estará sujeta y regida por lo dispuesto en el instrumento normativo internacional suscrito, o dicho de otro modo, del que forma parte. Aunado a esto, el Estado también tiene la posibilidad de salirse del ámbito regulatorio de este instrumento, mediante la figura de la denuncia, lo que indudablemente genera, entre otras consecuencias, un costo político. Sin embargo, no olvidemos que los Estados tiene la responsabilidad, al margen de

sus sistemas políticos, económicos o culturales, de promover la protección y ejercer la defensa de los derechos humanos, atendiendo a los criterios, principios y normas sobre los que se elaboran los instrumentos normativos internacionales de protección de derechos humanos. Entonces, cabe resaltar que la protección de los derechos humanos no depende únicamente de las iniciativas de los Estados, ni a otras exigencias extraídas de sus circunstancias internas. Así también, existen a nivel mundial y regional, sistemas de protección de los derechos humanos, a los que toda persona puede dirigirse en aras de solicitar la tutela de sus derechos. Además de mecanismos de cooperación, cuya labor se enfoca en la implementación eficaz de normas internacionales, sobreponiéndose la defensa de los derechos humanos a los intereses de los Estados.

Bajo las anotaciones precisadas, es correcto afirmar, entonces, que la internacionalización de los derechos humanos es, sin lugar a dudas, un proceso. Sin embargo, resulta coherente advertir que como todo proceso ha de tener un inicio y un fin, su inicio en este apartado ha sido esclarecido, pero su fin o culminación no es posible materializarla ahora, toda vez que la lucha por los derechos humanos aún no termina. Cabe resaltar, entonces, que como lo menciona Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ²⁰³, para una efectiva tutela de derechos no basta con el reconocimiento de estos, sino que es necesario el replanteamiento de instituciones y categoría jurídicas que garanticen su efectiva realización y protección. Es por ello que, tanto a nivel nacional como internacional, la tutela efectiva de los humanos constituye uno de los paradigmas emancipatorios del Siglo XXI.

II. DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido -y es- fuente de inspiración y modelo de creación de diferentes instrumentos normativos en materia de derechos humanos, no solo en el plano internacional sino que también su trascendencia ha impactado en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

²⁰³ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Constitución y Proceso Penal. En Línea. <Publicación disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_02.pdf>. Pág. 01. [Consulta 08 de abril 2016].

En efecto, si observamos los criterios, principios y normas que componen las Constituciones y legislaciones nacionales de los países en los que rige el denominado Estado Democrático y Social de Derecho, se advertirá claramente que estos se encuentran en consonancia con aquellos que inspiran y componen la Declaración Universal de Derechos humanos. Es de precisar además que el impacto que esta última ha tenido a nivel nacional, se ha extendido y ha cobrado relevancia incluso en los Tribunales Jurisdicciones, en donde es comúnmente citada por los propios magistrados en la fundamentación de sus decisiones.

Bajo esta premisa, la internacionalización de los derechos humanos compone una suerte de tendencia que ha marcado un serio impacto en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, de modo tal que ha conllevado a lo que algunos tratadistas denominan: la *constitucionalización de los derechos humanos*. Se coincide, en consecuencia, con lo expresado por el profesor Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ*, en cuanto sostiene que: “este impacto normativo se expresa en la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados”²⁰⁴.

En relación con esto, y teniendo en cuenta que la positivización de derechos se plasma en su reconocimiento expreso, muy someramente podríamos decir que dicha denominación proviene del reconocimiento de estos derechos y su consecuente incorporación en las diferentes Cartas Fundamentales a escala global. FERRAJOLI nos explica mejor el panorama de lo que es una Constitución, al expresar lo siguiente: “Las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos no son sino estos pactos sociales en forma escrita, cuyas cláusulas son los principios y los derechos fundamentales que, de “naturales”, devienen, merced a su estipulación, “positivos” y “constitucionales”²⁰⁵. Para el aludido jurista italiano:

“La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –que impone obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos- ha incorporado de hecho a la democracia una dimensión “sustancial” en añadidura a la tradicional dimensión “política”, meramente “formal” o

²⁰⁴ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 01.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. (Noviembre de 2005). El garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. Segunda Edición. Editorial Cordillera S.A.C. Bogotá-Colombia. Pág. 174.

“procedimental”. Si de hecho las normas formales de la Constitución – aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos- garantizan la dimensión formal de la “democracia política” que concierne al *quién* y al *cómo* de las decisiones, sus normas sustanciales –aquellas que establecen los principios y los derechos fundamentales- garantizan lo que bien podemos llamar la dimensión material de la “democracia sustancial” , dado que se refieren al *qué cosa* no puede ser decidida o debe ser decidida por cualquier mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos por ella establecidos”²⁰⁶.

Como ya lo habíamos mencionado, la trascendencia de los derechos humanos reflejada en su reconocimiento o positivización constitucional y/o supranacional es importante pero no suficiente para la garantía de su efectiva y eficaz protección. La vigencia de los derechos fundamentales requiere, más allá de su reconocimiento expreso, de una tutela efectiva. En mérito a esto, es correcto sostener que si no se cuentan con instituciones o categorías jurídicas que constituyan el instrumento para su realización, la declaración de estos derechos es solo una formalidad.

Hechas las consideraciones anteriores, en el ámbito de derecho penal material, la trascendencia de los derechos humanos se ve reflejada en el establecimiento de principios limitadores a la función/facultad punitiva del Estado. En términos específicos, la materialización del *ius punendi* estatal se advierte de la potestad que el Estado tiene para determinar, a través de sus órganos, que conductas constituyen ilícitos penales, que tipo de sanciones merecen y, finalmente, como han de ejecutarse las mismas. Ahora bien, es preciso resaltar que esta facultad sancionadora, como expresión del poder estatal, ha de ir acorde con el modelo de Estado que reconoce la Constitución. En el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el poder estatal no es ejercido de modo absoluto, sino que se encuentra sometido a límites expresados en principios que nacen de bases constitucionales. En este sentido, por la naturaleza de los mismos, estos principios son vinculantes tanto para el legislador como para los tribunales jurisdiccionales.

²⁰⁶FERRAJOLI, Luigi. Ob Cit. Págs. 169-170

Por lo tanto, cuando el ente estatal promulga y aplica normas penales, debe hacerlo en afinidad con los principios de justicia garantistas, cuya base constitucional, como lo hemos anotado ya, es vinculante. Así, como refiere MUÑOZ CONDE: “la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, reconocidos por la Constitución y que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio”²⁰⁷.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia recaída en el Expediente 00012-2006-AI, de fecha 15 de diciembre de 2006, ha establecido:

“(…) en el Estado democrático y social de derecho, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”.

Ahora bien, en el marco del proceso penal, el impacto de la constitucionalización de los derechos humanos, como lo indica Eduardo MONTEALEGRE LYNETT²⁰⁸, es un fenómeno reconocido ampliamente y que ha consistido en la incorporación a los textos constitucionales de los derechos humanos, dándoles así la categoría de fundamentales y, a su vez, de diferentes garantías procesales que han ido configurando y delineando un determinado modelo de proceso.

Cabe señalar además que esta constitucionalización del proceso penal no tiene un origen reciente, sino que, como lo menciona Hamilton CASTRO TRIGOSO²⁰⁹, citando a GÓMEZ COLOMER y a TIEDEMANN, en el marco de la tradición eurocontinental de la cual el Perú forma parte, este fenómeno puede ser rastreado desde la Revolución Francesa, la cual reconoció límites concretos a la facultad punitiva del Estado al establecer la proporcionalidad de las penas y el *nullum*

²⁰⁷ Citado por LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Págs. 1-2.

²⁰⁸ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (2005). Constitución y sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Lima-Perú. Pág. 22.

²⁰⁹ CATRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 35

crimen, nulla poena sine lege en el artículo 8º de la Declaración de 1789. Además, en España la Constitución de Cádiz de 1812, contenía ya preceptos procesales penales.

Así, en lo que concierne al proceso penal, que por su naturaleza está relacionado con la aplicación de la potestad sancionadora o punitiva del Estado, como lo indica Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ²¹⁰, su concepción estará directamente relacionada con el grado de efectividad que, en su ámbito, se dé a la protección de los derechos fundamentales. En atención a esto, Luis Miguel REYNA ALFARO, muy acertadamente puntualiza: “El respeto de los derechos fundamentales fijados por la Constitución Política en el ámbito del proceso penal sirve como baremo para establecer el carácter liberal o autoritario de un Estado”²¹¹. En cuanto esto, no resulta casual, entonces, lo sostenido por el procesalista alemán James GOLDSCHMIDT, quien en el año 1935 señalaba que: “Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”²¹², así como tampoco no es extraño que MUÑOZ CONDE destaque el carácter ideológico del proceso penal, al señalar que: “cualquier opción que se adopten en sus instituciones fundamentales refleja inmediatamente una determinada imagen del individuo, del Estado y de la sociedad”²¹³. De la misma forma, el maestro Claus ROXIN²¹⁴ concretamente concebía al proceso penal como el “sismógrafo de la Constitución del Estado”.

Como puede observarse, existe una relación innegable entre el derecho procesal penal y el derecho constitucional o entre el proceso penal y la Constitución, esta relación se extrae de la consagración de los principios constitucionales reflejados en el proceso penal, lo que en términos generales se bautiza como la *constitucionalización del proceso penal*.

²¹⁰ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 02.

²¹¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Pág. 180.

²¹² Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Pág. 180.

²¹³ Ídem.

²¹⁴ Ídem.

III. CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL

Como ya se ha indicado en el apartado anterior y como lo refiere expresamente el Dr. Pablo TALAVERA ELGUERA²¹⁵, el Estado tiene dos deberes primordiales: (I) garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, de otro, (II) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. En este sentido reza el artículo 44° de la Constitución Política del Estado peruano:

“Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)”

Tal y como lo menciona el citado precepto constitucional, el Estado tiene como uno de sus principales deberes: asegurar la convivencia social y/o mantener la seguridad de la colectividad, lo que se traduce en proteger a la población de las amenazas contra esta. Ahora bien, para materializar esta obligación el Estado hace uso de su *potestad sancionadora*²¹⁶, cuyo fundamento se encuentra en su *ius punendi* o poder punitivo. Así, en materia penal, como lo manifiesta César LANDA ARROYO²¹⁷, el Estado cuenta con diferentes mecanismos que le permiten concretizar dicho deber, y que incluso le permiten llegar a interferir, por ejemplo, con el derecho fundamental a la libertad, privando al individuo que amenace la seguridad de la población, de su gozo. De esta forma, el proceso penal, por su propia naturaleza, está orientado a la aplicación de la potestad punitiva del Estado, de ahí que su importancia puede ser deducida del hecho de que se trata de la más grave intervención del poder estatal en el ámbito de los derechos de las personas y, por lo tanto, debe sujetarse a límites precisos enmarcados en la Carta Fundamental, la misma que indudablemente cumple un rol importante. En este respecto Domingo GARCÍA RADA sostiene que el proceso penal es: “(...) el medio que establece la ley para lograr la pretensión punitiva del Estado”²¹⁸.

²¹⁵ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 19.

²¹⁶ La potestad sancionadora del Estado se manifiesta de diferentes formas: (i) la vía Penal del Poder Judicial, (ii) la vía administrativa del Poder Ejecutivo y (iii) la vía parlamentaria del Congreso.

²¹⁷ LANDA ARROYO, César. La Constitucionalización del Derecho Procesal Penal: El Nuevo Código Procesal Penal Peruano En Perspectiva. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592/16041>>. Pág. 183. [Consulta 09 de abril 2016].

²¹⁸ Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Pág. 34.

Recientemente VEGA BILLÁN recoge el mismo pensamiento de GARCÍA RADA al señalar que el proceso penal es: “el medio que establece la ley para que el Estado pueda aplicar su facultad punitiva”²¹⁹, ya que es en su ámbito e interior en donde se encuentra legitimado para investigar y descubrir los actos delictivos y en cuanto corresponda sancionar a los responsables de los mismos; la finalidad es la eficacia del derecho penal material traducida en la salvaguarda de la seguridad colectiva como uno de sus primordiales deberes. En suma, es un derecho público que como afirma BAUMAN, cuida preponderantemente: “*el bienestar y la seguridad de la colectividad*”²²⁰.

Ahora bien, resulta pertinente precisar que en un Estado Democrático y Social de Derecho, la potestad punitiva del Estado se encuentra limitada por principios y derechos fundamentales. De ahí que en el fundamento N° 26 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha 13 de febrero de 2009 recaída en el Expediente N° 00033-2007-PI/TC, el supremo intérprete de la Constitución establece que:

“En este sentido, la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, el ius puniendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales será el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado.”

²¹⁹ Ídem.

²²⁰ Citado por ORTIZ NISHIHARA, Mario Humberto. (2011). La perspectiva constitucional del nuevo proceso penal. En Línea. <Publicación disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2011/02/14/la-perspectiva-constitucional-del-nuevo-proceso-penal/>>. Lima-Perú. [Consulta 09 de abril 2016]

Dentro de este marco, resulta oportuno desarrollar el otro deber inmediato del Estado, aquel que se enmarca en la garantía de la plena vigencia de los Derechos Humanos. Al respecto, es posible inferir que a partir de este se erige la exigencia al ente estatal de un proceso penal desarrollado sobre la base de los principios y garantías que emanan de la Constitución y que inspiran la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho. En esta perspectiva, César LANDA ARROYO explica que: “Si la potestad sancionadora está limitada por los derechos fundamentales y por una serie de principios que la Constitución reconoce, es natural que el CPP reproduzca y permita concretizarlos en la vía penal”²²¹. En relación a esto, el Dr. Dino Carlos CARO CORIA manifiesta que: “por garantías constitucionales del proceso penal debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *latu sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada *búsqueda de la verdad material* y los *derechos fundamentales del imputado*”²²².

En lo esencial, las garantías constitucionales del proceso penal son el límite y marco de la justicia penal y, de esta manera, resulta correcto afirmar que entre ambos deberes existe una marcada e importante relación.

En efecto, como bien lo indica CARO CORIA²²³, todo sistema procesal penal reconoce básicamente dos bloques de garantías procesales: genéricas y específicas. Así, dentro de las primeras tenemos: el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Dentro del segundo bloque tenemos a aquellas que derivan de las primeras y que tienen un ámbito propio de protección, tales como: igualdad de armas, igualdad ante la ley, intermediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de la prueba prohibida o ilícita, etcétera.

²²¹ LANDA ARROYO, César. Ob Cit. Pág. 183.

²²² CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. En Línea. <Publicación disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30342/27388> >. Pág. 1028. [Consulta 15 de abril de 2016]

²²³ *Ibidem*. Pág. 1029.

En consecuencia, el Estado no puede llevar a cabo una investigación penal vulnerando los derechos fundamentales del procesado, como tampoco puede someter a éste a un proceso penal que no observe las garantías previstas en la Constitución y ello es así porque el Estado ha de concretizar su otra trascendental obligación: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. De esta manera, como bien lo expresa Pablo TALAVERA ELGUERA: "La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal penal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal; lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos"²²⁴.

Entonces, como lo expresa Hamilton CASTRO TRIGOSO²²⁵ el conocimiento de cómo debe ser el proceso penal se da a partir de los preceptos contenidos en la Constitución y puede ser logrado considerando los derechos fundamentales jurisdiccionales y el conjunto de la Constitución, especialmente el modelo de Estado Constitucional de Derecho, la dignidad de la persona humana y la igualdad.

En líneas generales, la Constitución es el pilar jurídico fundamental sobre el cual se constituye un Estado Democrático y Social de Derecho y, como tal, es fundamental para regular el ejercicio de la función penal del Estado, tutelando los derechos fundamentales y excluyendo arbitrariedades. De allí pues que para Víctor BURGOS MARIÑOS²²⁶, la necesidad de consolidar un Estado Democrático y Social de Derecho que garantice la plena vigencia, el respeto y la tutela de los derechos fundamentales conlleva a entender a estos propios derechos como límites en el ejercicio del poder estatal.

De las anotaciones que preceden, resulta notable la relación existente entre el proceso penal y la Constitución. Así, para RODRÍGUEZ HURTADO²²⁷ esta

²²⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 19

²²⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 36

²²⁶ Citado por LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 02.

²²⁷ RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. (2007). "La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 NCPP". En A.A.V.V., Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Editorial Idemsa. Lima-Perú. Pág. 857

relación estriba en que el proceso penal no sólo se conforma en observancia de pautas constitucionales, sino que también, como expresa Arsenio ORÉ GUARDIA²²⁸, podemos advertir que la propia Constitución contiene un programa procesal penal que proyecta un determinado modelo de proceso. En atención a esto RODRÍGUEZ HURTADO manifiesta que: “El mecanismo procesal, desde la orilla constitucional, asume orientación, principios, modelo y vigas maestras; es más, la Carta Política y de Derechos deja en él impronta inocultable. Por eso es que el proceso penal de un Estado democrático no puede menos que adherir esa opción, contemporáneamente robustecida por la globalización de los derechos humanos y la vigencia de los tratados internacionales sobre la materia”²²⁹.

Aunado a esto, también resulta correcto afirmar que esta relación se manifiesta además en la pretensión del ente estatal de concretizar los deberes que le son atribuidos por mandato constitucional. Sin duda alguna en el contexto del proceso penal es en donde la consecución de estos deberes se hace más preocupante, ya que es sobre el mismo escenario que ambos deberes se ubican en extremos diferentes y ello puede significar que, en determinados casos, la satisfacción de uno pueda implicar la insatisfacción de otro. Resulta, por lo tanto, evidente que la permanente tensión entre los intereses del Estado tendientes a garantizar la seguridad colectiva, la plena vigencia de los derechos humanos y las libertades individuales, a decir de José María ASECIO MELLADO: “Se presenta con mayor intensidad en el proceso penal”²³⁰.

De lo expuesto en el epígrafe anterior, es posible concluir que si la investigación penal y el juzgamiento del procesado se han dado dentro de los límites impuestos por la observancia de los principios, las garantías y los derechos que la Constitución reconoce y que sirven de fundamento para el desarrollo de un debido proceso penal, el nexo existente entre el proceso penal y la Constitución no presenta detrimento alguno. En un plano más didáctico, esto quiere decir que si la sentencia que condena al procesado es el resultado un debido proceso penal, la relación entre los deberes del Estado estaría en notable armonía, siendo que

²²⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. (1993). Estudios de derecho procesal penal. Primera Edición. Editorial Alternativas. Lima-Perú. Pág.3.

²²⁹ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. (2013).La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal. Derecho PUCP. En Línea. <Publicación disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/8907/9312>>. Pág. 342. [Consulta 09 de abril 2016].

²³⁰ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 19.

habría cumplido cabalmente el nombrado precepto constitucional de: garantizar; por un lado, la seguridad colectiva y; por otro, la vigencia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, la situación es compleja cuando ambos deberes se contraponen y la preponderancia de los derechos fundamentales del procesado se sobrepone a los de la propia víctima y; en consecuencia, a los intereses de la seguridad colectiva. Sin duda alguna, esta situación se presenta aún más tensa cuando en el proceso penal la prueba relevante resulta ser prohibida o ilícita. Aquí, la relación entre la Constitución y el proceso penal se mantiene incólume si se opta por la aplicación absoluta de la regla de exclusión. Entonces, si la única prueba relevante –que demuestra la culpabilidad del procesado- es excluida del proceso, el juez se queda sin sustento para un fallo condenatorio, por lo que finalmente resolverá declarando la absolución del procesado. Como es de verse, dicha resolución judicial, puede a primera vista resultar legítima; sin embargo, no podría sostenerse que la misma sea justa ni siquiera para el imputado, mucho menos para la víctima, ni para la sociedad en su conjunto.

Vemos entonces que en el contexto del proceso penal, un extremo garantismo puede significar, entre otras cosas, la ineficacia del derecho penal que implica – además- la ineficacia del Estado frente a los deberes a él atribuidos por mandato constitucional.

Para PICÓ I JUNOY, lo relevante es: “Examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal”²³¹.

La legitimidad del proceso penal proviene de su base constitucional y su éxito dependerá del equilibrio que logre entre los dos extremos que en él se encuentran permanentemente enfrentados. Por un lado, la eficacia del derecho penal material que conlleva el restablecimiento de la seguridad colectiva; y por otro, el respeto a

²³¹ Citado NEYRA FLORES, José Antonio. Ob Cit. Pág. 03.

las garantías y derechos fundamentales no solo del inculcado. Extremos que, finalmente, terminan materializando los deberes del Estado.

IV. MARCO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL PERUANO

En el Perú, “el diseño constitucional del proceso penal” –así llamado por Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ²³²- se rige por lo establecido en el Artículo 1° de la Constitución Política del Estado, el cual, a la letra, dice:

“Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

En este sentido, resulta evidente que la potestad de administrar justicia debe enmarcarse dentro de los límites que la Constitución establece, en estricta observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que se mencionan en el citado precepto constitucional y que, además, constituyen el pilar fundamental de un Estado Democrático y Social de Derecho. Por consiguiente, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como lo menciona Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ²³³, son valores fundamentales de la *sociedad, del Estado y del Derecho*.

Esta perspectiva surge de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte, esto es, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos normativos garantistas. Siendo que su observancia radica en lo dispuesto por el artículo 55^o²³⁴ de la Constitución Política del Estado peruano, en mérito al cual estos instrumentos normativos de nivel internacional son parte del derecho nacional.

Al respecto, el Código Procesal Penal peruano del 2004 –más adelante NCPP-ha dado respuesta a estas exigencias democráticas y garantistas planteadas por la Carta Fundamental, adoptando un modelo procesal penal que se encuentra en conformidad con el modelo procesal penal vigente en la mayoría de países que se

²³² LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 02.

²³³ *Ibidem*. Pág. 03.

²³⁴ “Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

rigen en un Estado Democrático de Derecho. Es por esto que Tomas Aladino GÁLVEZ VILLEGAS señala que este nuevo modelo procesal penal: “obedece a la tendencia predominante en el mundo occidental, de consagración dentro del ordenamiento jurídico, de los Derechos Fundamentales, valores y principios, como referentes básicos y preeminentes del sistema normativo en general”²³⁵.

Así, en la Exposición de Motivos del NCPP²³⁶ se precisa que países como: Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador, cuentan con códigos de proceso penal modernos. Y, como es de verse, esta tendencia en la legislación comparada tiene su génesis en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esta exigencia constitucional en el proceso penal, se refleja en los derechos, principios y garantías que el NCPP prevé para la materialización de derecho al *debido proceso*, cuya naturaleza es constitucional e incluso supranacional. De allí que, como lo refiere REYNA ALFARO²³⁷ citando a KUHLEN, existe una relación recíprocamente necesaria entre la Constitución y el Derecho Procesal, que se ostenta en que el derecho procesal penal es concebido como un derecho constitucional reglamentado.

Ahora bien, respecto a este modelo procesal penal pauteado por la Constitución de 1993, resulta de relevancia atender lo dispuesto en los artículos 138°, 143°, 158° y 159° de la citada Carta Fundamental, los cuales expresamente refieren lo siguiente:

“Artículo 138°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los

²³⁵GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. (agosto 2012). NUEVO ORDEN JURIDICO y JURISPRUDENCIA. Jurista Editores. Primera Edición. Lima-Perú. Pág. 64.

²³⁶ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 957. En Línea. <Publicación disponible en <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2004/Julio/29/EXP-DL957.pdf>>. Pág. 01. [Consulta 17 de abril de 2016]

²³⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob Cit. Pág. 179.

jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

“Artículo 143°.- El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica”.

“Artículo 158°.- El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría”.

“Artículo 159°.- Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación”.

Como es de advertirse, en los artículos 138° y 143° se establece que la potestad de administrar justicia y su ejercicio corresponden al Poder Judicial, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia y demás Cortes y Juzgados que determine su ley orgánica.

En los artículos 158° y 159° la Constitución consagra al Ministerio Público como un órgano autónomo al cual le asigna diferentes roles, siendo algunos de estos los siguientes: conducir, desde su inicio, la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, así como participar activamente en el proceso judicial. Así, al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público, lo obliga; en consecuencia, a adecuarse a los cauces constitucionales.

Al respecto Pedro ANGULO ARANA expone que: “la actividad que ahora se encomienda al fiscal resulta netamente nueva; puesto que antes, lo que se denominaba investigación fiscal, dentro de la actividad indagatoria, constituía apenas una actividad de averiguación elemental, para proveer fundamentos razonables a la formalización de la denuncia. Ello quería decir, simplemente, comprobar la veracidad del hecho y sus características de delito. Luego, la responsabilidad por la investigación formal en sí, pasaba al juez. (...) Ahora en cambio, el fiscal aparece responsabilizado de dirigir la actividad policial de investigación de los delitos, lo cual supone ejercer un vasto control de una actividad cada vez más técnica, que posee sus propias dificultades y aristas y que es realizada por integrantes de otra institución. Por otro lado, el fiscal tiene especial interés en el accionar policial, específicamente en relación a la adquisición de prueba y al respeto a los derechos fundamentales del justiciable”²³⁸.

En esta línea, Víctor CUBAS VILLANUEVA refiere: “Como podemos apreciar en nuestro país, las funciones y atribuciones del Ministerio Público han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, conforme al Código de Procedimientos Penales de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979 hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal del 2004 decreto legislativo 957 convirtiendo así al Fiscal en Investigador. Con esto se superan los problemas de supuesta inconstitucionalidad del modelo procesal propuesto en 1991 y se ratifica la voluntad del legislador de implementar un nuevo modelo procesal penal, que el Dr. Florencio Mixán denomina “acusatorio garantista”²³⁹.

²³⁸ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 12-13.

²³⁹ Ibídem. Pág. 13.

Esta nueva función constitucional del Ministerio Público es desarrollada también en el inciso 2 del artículo 60° del NCPP, el cual a la letra establece que: *“El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”*.

Además, el inciso 2 del artículo 61° del citado cuerpo normativo detalla este rol de la siguiente manera:

“Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que corresponda, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo”.

De esta forma, como lo expresa Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ: “no solo se establece una nueva función constitucional del Ministerio Público, sino que se redefine el rol del fiscal, al otorgarle un verdadero rol protagónico en el proceso penal, como es la “conducción” de la investigación del delito. Así también, se redefine las etapas del proceso penal, estableciéndose la etapa de la investigación preparatoria la cual estará a cargo del Fiscal”²⁴⁰.

Resulta claro entonces, como lo indica Hamilton CASTRO TRIGOSO²⁴¹, que el Constituyente ha optado por un proceso penal en el que las funciones de investigación del delito y postulación, de un lado, y de juzgamiento, por otro, son ejercidas o desarrolladas por dos sujetos diferentes, diferenciación que para la doctrina más autorizada es esencial para la configuración del modelo acusatorio.

Así, en esta perspectiva, en la Exposición de Motivos del NCPP²⁴², se confirma lo sostenido líneas arriba al afirmarse que: “(...) la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de

²⁴⁰ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 12.

²⁴¹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 36

²⁴² Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 957. Ob Cit. Pág. 02.

oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.” En este sentido, como lo refiere José Antonio NEYRA FLORES²⁴³, el NCPP ha implementado el denominado “sistema acusatorio contradictorio o garantista”, siendo que, como lo expresa FERRAJOLI²⁴⁴ la función garantista del derecho, como tal, estriba en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades. De este modo, en su aplicación al Proceso Penal se determina en la tutela de los imputados contra la arbitrariedad policial u judicial.

Ahora bien, respecto a las garantías constitucionales, la Constitución Política del Perú de 1993 emplea en su artículo 139° la expresión de principios y derechos de la función jurisdiccional, lo cuales –para efectos del proceso penal- son los siguientes:

- a) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (139.1);
- b) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (139.2);
- c) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (139.3);
- d) La publicidad de los procesos (139.4);
- e) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5);
- f) La pluralidad de la instancia (139.6);
- g) La indemnización por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (139.7);
- h) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (139.8);
- i) El principio de la inaplicabilidad de la analogía en materia penal (139.9);

²⁴³ NEYRA FLORES, José Antonio. Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/2399-9306-1-PB.pdf >. Lima-Perú. Pág. 01. [Consulta 8 de abril de 2016]

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Ob Cit. Págs. 115-123.

- j) El principio de no ser penado sin proceso judicial (139.10);
- k) El principio de lo más favorable al procesado (139.11);
- l) El principio de no ser condenado en ausencia (139.12);
- m) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (139.13);
- n) El principio de inviolabilidad del derecho de defensa (139.14);
- o) El principio de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (139.15);
- p) El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (139.21);
- q) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22).

En relación a lo citado en el artículo 139.14, Hamilton CASTRO TRIGOSO refiere que: “El proceso penal es inimaginable sin la vigencia del derecho de defensa. Lo contrario sería una pantomima de proceso. La idea de un fiscal que acusa y de un juez que falla debe ser completada con un tercer elemento de la misma importancia: la defensa”²⁴⁵. De esta forma, resulta correcto lo manifestado por Luigi FERRAJOLI, en cuanto refiere que: “la defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes”²⁴⁶.

Respecto al artículo 139.4 que prevé el principio de publicidad de los procesos, es necesario precisar que, como lo indica CASTRO TRIGOSO²⁴⁷, su importancia radica en que su observancia permite eliminar el secreto que es un rasgo distintivo del sistema inquisitivo, siendo de este modo posible que la sociedad pueda ejercer el control sobre los actos del proceso penal. En atención a esto, la oralidad cumple,

²⁴⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 36.

²⁴⁶ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 36.

²⁴⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 38.

a su vez, un rol fundamental que caracteriza el modelo acusatorio. Es por ello que FERRAJOLI²⁴⁸ tiene razón al sostener que la oralidad y publicidad del proceso penal son rasgos “estructurales y constitutivos” del modelo procesal penal acusatorio.

En líneas generales, resulta correcta la afirmación de Hamilton CASTRO TRIGOSO, en cuanto manifiesta que: “la estricta división entre acusación y decisión, roles ejercidos por personas diferentes: el fiscal y el juez; irrestricto derecho de defensa, publicidad y oralidad, elementos todos ellos que parecen constituir la estructura fundamental del proceso penal a partir de las prescripciones constitucionales”²⁴⁹.

En función a lo expuesto, el Título Preliminar del citado cuerpo normativo (NCP) ha reconocido y consagrado los principios y derechos que la Constitución prevé como pautas y bases para el desarrollo de un proceso penal democrático, siendo estos los siguientes:

Artículo I.- Justicia Penal - Tutela procesal efectiva - Debido proceso

Artículo II.- Presunción de inocencia

Artículo III.- Interdicción de la persecución penal múltiple - Principio de ne bis in idem

Artículo V.- Competencia judicial - Rol del Poder Judicial

Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos - Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal - Ley procesal penal: vigencia e interpretación

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba - Legitimidad de las pruebas

Artículo IX.- “Derecho de Defensa - Derecho de defensa

²⁴⁸ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 38.

²⁴⁹ Ídem.

Artículo X.- “Prevalencia de las normas de este Título - Naturaleza de las normas del Título Preliminar

Ciertamente, como lo expresa el abogado Arsenio ORÉ GUARDIA, citando a César SAN MARTÍN CASTRO: “El nuevo Código Procesal Penal significa la constitucionalización del proceso penal, es decir, los principios y garantías consagrados en el texto iusfundamental son compaginados sistemáticamente en el sillar edificativo de este cuerpo de normas. Básicamente, el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal ha adoptado un “núcleo duro” de estos principios rectores tributarios del debido proceso y que inspiran el modelo procesal penal acusatorio con rasgos adversativos que define a este nuevo código penal adjetivo”²⁵⁰.

Finalmente, Richard LLACSAHUANGA CHÁVEZ²⁵¹ tiene razón al referir que el modelo de proceso penal que recoge el nuevo Código Procesal Penal peruano del año 2004 se forma sobre la base de los principios contenidos en la Constitución Política del Estado peruano, siendo que en este cuerpo normativo se encuentran establecidas las bases formales de un proceso penal democrático.

²⁵⁰ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Las Garantías Constitucionales del debido proceso en el nuevo Código Procesal Penal-. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-procesal-penal/Las-garantias-constitucionales-del-debido-proceso.pdf>>. Lima –Perú. Pág. 04. [Consulta 16 de abril de 2016].

²⁵¹ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Ob Cit. Pág. 11.

SUBCAPÍTULO 5

TEORÍA DE LA *PRUEBA PROHIBIDA O ILÍCITA*²⁵²

I. ASPECTOS GENERALES DE LA *PRUEBA PROHIBIDA*

La actividad procesal o, más concretamente, la actividad probatoria –en cuanto encaminada a lograr convencer al Juez sobre la realidad de los hechos que son sometidos a su decisión- se encuentra disciplinada por diferentes principios que regulan la aportación y la admisión de la prueba al proceso. Dichos principios son los siguientes: legitimidad, preclusión, pertinencia, idoneidad o conducencia, utilidad, inmaculación y licitud.

Al respecto, el principio de licitud de los medios probatorios se constituye en uno de los requisitos básicos para la admisión y posterior valoración de la prueba. Es así que, en mérito a este principio, se plantea la exigencia de fuentes de prueba y/o medios probatorios no contaminados de ilicitud. En consecuencia, aquellas en cuyo procedimiento de captación se haya incurrido en la afectación de algún derecho fundamental del procesado no tendrán eficacia ni validez y tampoco deberán admitirse al proceso.

Además, cabe precisar que -como lo indica Hamilton CASTRO TRIGOSO²⁵³-, el tratamiento de la prueba ilícita no está vinculado únicamente con el proceso penal, concebirlo así constituiría una indebida reducción del problema. Ante esto parece pertinente citar lo expresado por GORPHE, en cuanto expresa que: “nuestro sistema de pruebas depende, en principio, de la naturaleza del hecho que haya de ser probado, y no de la índole de la jurisdicción ante la cual se deba sustanciar el caso”²⁵⁴.

En el ámbito penal, en términos generales, tanto la acusación fiscal como la defensa técnica han de ser fundadas en pruebas lícitas o, dicho de otro modo, en pruebas cuyo origen no haya sido viciado por el empleo de mecanismos de

²⁵² Se emplea en la presente investigación la denominación de “Prueba Ilícita o Prohibida” siendo la misma así estudiada en la doctrina tanto nacional como internacional. Sin embargo, se precisa que tal denominación no resulta técnicamente acorde ya que el término “prueba” es empleado en estricto cuando la evidencia supera el filtro de admisibilidad probatoria.

²⁵³ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 57.

²⁵⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 58.

captación de resultado vulneratorios de derechos fundamentales cuya vigencia se encuentra garantizada por la Constitución.

Como es de verse, la propia concepción de la prueba ilícita involucra una connotada injerencia en los derechos fundamentales, de ahí que la relevancia de su tratamiento abarque tanto el ámbito procesal como el ámbito constitucional.

La problemática planteada por la prueba ilícita, se encuentra –entonces– íntimamente relacionada con lo que concierne a los derechos fundamentales. Ello debido a que la ilicitud de la prueba es determinada precisamente por la vulneración de derechos fundamentales en su modo de obtención. Ante esto, se coincide con Hamilton CASTRO TRIGOSO²⁵⁵, en cuanto refiere que la prohibición de la valoración de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico o, en otras palabras, de su primacía, la cual, a su vez, deriva de la vigencia de la Constitución, puntualmente de la regulación de los derechos fundamentales. No puede; en consecuencia, negarse la vinculación existente entre Constitución y derechos fundamentales, por un lado, y prueba ilícita, por otro.

Ahora bien, cuestionar si corresponde excluir o no del proceso penal a la prueba ilícita o, en todo caso, buscar la flexibilización o el replanteamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita, supone plantear un conflicto de supremacía entre la pretensión punitiva del Estado (que busca materializar la exigencia social de seguridad), por un lado, y el respeto de las garantías y derechos fundamentales del procesado, por otro. En efecto en el escenario del proceso penal existen ya dos extremos en permanente tensión; por un lado tenemos a la eficacia del derecho penal material que conlleva el restablecimiento de la seguridad colectiva; y por otro, el respeto a las garantías y derechos fundamentales. Siendo la prueba ilícita un tema que involucra la afectación de derechos fundamentales, resulta evidente que por su propia naturaleza la consideración de una eventual admisión de esta puede suponer, para cierto sector, una afectación que involucre el resquebrajamiento del modelo de Estado que buscamos consolidar: Estado Social y Democrático de Derecho.

²⁵⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 59.

En definitiva, y siguiendo lo indicado por Trinidad del Pilar LUENGO MONTT²⁵⁶, la prueba ilícita lleva en sí una innegable noción de límite, la cual se basa en que la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la cual pueda llegarse a cualquier precio, por estimarse de mayor valor ciertas razones que lo exigen. En esta línea, como lo expresa LUENGO MONTT: “Muchos autores coinciden en sostener que la renuncia a la verdad es el precio que las sociedades democráticas y el estado de derecho paga por la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana”²⁵⁷.

En cuanto a la referida aplicación de la regla de exclusión del material ilícito, corresponde destacar ahora que su aplicación absoluta ha sufrido una suerte de tendencia en lo respectivo a la admisión de su flexibilización. Así, tenemos propiamente a las excepciones plateadas a tal aplicación. Estos presupuestos que se consolidan en excepciones a la regla de exclusión, han sido desarrollados y aplicados tanto en la jurisprudencia nacional como en la jurisprudencia internacional; sin embargo, ha de destacarse que dicho tratamiento no se encuentra marcado por una regulación legislativa dada, por lo que su aplicación – por lo menos en la jurisprudencia nacional- no es vinculante. Es en atención a esto que—como precisa Hamilton CASTRO TRIGOSO-, “para el juzgador siempre representará un problema decidir en el caso concreto la posibilidad de admitir excepciones a la regla que prohíbe valorar aquel material probatorio obtenido en tales condiciones”²⁵⁸.

Resulta evidente que la apertura del debate en cuanto a la admisión o no de la prueba ilícita, en el contexto referido a los procesos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú, es consecuencia, justamente, en palabras de Hamilton CASTRO TRIGOSO, de: “la instauración de un conjunto de procesos penales vinculados con la actuación delictiva de una serie de ex funcionarios gubernamentales del régimen político que gobernó durante la década 1990-2000”²⁵⁹.

²⁵⁶ LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar. (2008). “Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales”. Universidad De Chile-Facultad De Derecho-Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile-Chile. En Línea. <Publicación disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-luengo_t/pdfAmont/de-luengo_t.pdf>. Pág. 03. [Consulta 17 de abril de 2016]

²⁵⁷ Ídem.

²⁵⁸ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 9.

²⁵⁹ Ibídem. Pág. 10.

Puntualmente, en lo referente a la exclusión de la prueba ilícita existen dos posturas enfrentadas entre sí. Tenemos, por un lado, a aquella para la cual debe prevalecer el interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad de modo tal que la prueba obtenida ilegítimamente ha de ser admitida a proceso sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Por otro lado, tenemos a aquella para la cual el derecho no puede avalar una conducta antijurídica de modo tal que de ella no derive provecho para quien hubiera vulnerado derechos fundamentales en aras de su obtención. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional no ha de reconocerle eficacia a la misma.

En líneas generales, la eventual flexibilización de la regla de exclusión y el establecimiento de diferentes excepciones para su aplicación puede resultar una salida frente a la exigencia o demanda social de seguridad y justicia. Sin embargo, de lo expresado por Hamilton CASTRO TRIGOSO citando a ZAFFARONI: “La flexibilización de la regla de exclusión de la prueba ilícita y la elaboración de numerosas excepciones a la misma, podrían ser expresiones del derecho penal del enemigo, en tanto avances de una forma autoritaria de derecho procesal penal”²⁶⁰. Al respecto, ZAFFARONI²⁶¹ ha escrito que: “en la medida en que legitime (el derecho penal) el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía (...)”

Sin embargo, suscribimos lo indicado por GÖSSEL en el sentido que “(...) la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal-penal, sino que antes bien constituye una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el ciudadano”²⁶². En consecuencia, no puede ser admitida la idea de obviar el requerimiento de la sociedad al Estado de una garantía de seguridad adecuada frente al alto crecimiento de los índices de criminalidad.

Dentro de este marco, es pertinente precisar que la problemática puesta en relieve por la teoría de la prueba ilícita no se agota en lo hasta aquí citado, sino que por el contrario inicia en su denominación o terminología la cual, atendiendo a su

²⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 60.

²⁶¹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Pág. 60.

²⁶² *Ibidem*. Pág. 59.

concepción, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial dista mucho de ser unánime.

En lo concerniente a esto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES²⁶³ señala que algunas de las denominaciones empleadas con frecuencia para referirse a ella son términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias²⁶⁴, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. Denominaciones que frecuentemente vienen siendo empleadas como sinonimias o equivalencias.

Dicho lo anterior, de manera concordante, el magistrado Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN²⁶⁵ resalta la problemática expuesta en torno a la denominación de aquella operación mediante la cual una determinada fuente o medio de prueba se excluye del proceso y de la valoración deviniendo en inutilizable. El citado autor destaca que ella es objeto de diversas denominaciones en la doctrina comparada. Por ejemplo, en Alemania se le conoce con la terminología de prueba prohibida, en EE.UU., como exclusiones probatorias o reglas de exclusión y en Latinoamérica generalmente se emplea la denominación de prueba ilícita.

En nuestro país la terminología más usada de manera indistinta es la de “prueba prohibida” o “prueba ilícita”, tal como lo podemos comprobar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Así, por ejemplo, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-20030HC/TC) se emplea el término “Prueba Ilícita” entendida como “... (...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (...)”, mientras que en el caso Químpier Herrera (STC N° 00655-2010-PHC/TC) se utiliza el término de “Prueba Prohibida” descrito como un derecho fundamental, en la Corte Suprema tenemos la ejecutoria, recaída en el recurso de nulidad R. N° 05-02-2008-Lima de 4 de mayo de 2009, que prescribe: “La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales(...)” y la Ejecutoria Suprema N° 342-2001- Lima de 17 de

²⁶³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (Mayo 2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de Seguretat Pública. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/User/Downloads/194215-260507-1-PB%20(8).pdf >. Págs. 131-132. [Consulta 20 de abril 2016].

²⁶⁴ Fue Ernst Beling quien inició el estudio de este tema, bajo el rubro de “prohibiciones probatorias” (Bewerisverbote).

²⁶⁵ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 45.

setiembre 2004 que consigna: “(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; (...)”

En cuanto a esto -en la doctrina española- Gimeno SENDRA²⁶⁶ marca una distinción entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Bajo la concepción del nombrado autor, prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley (no sólo la Fundamental sino también la legislación ordinaria), mientras que prueba prohibida es aquella que surge de la violación de normas constitucionales tuteladoras de derechos fundamentales.

Por su parte, distinta es la opinión de Joan PICÓ I JUNOY²⁶⁷, para quien las denominaciones de prueba ilícita y prueba prohibida no se excluyen, sino que este último constituye un concepto gráfico y expresivo empleado para denominar las consecuencias o efectos prohibidos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de su admisión y valoración. Al respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²⁶⁸ prefiere emplear el término de prueba prohibida ya que, en su opinión, es más general y abarca todos los supuestos.

En mérito a lo expuesto en el párrafo precedente, como lo manifiesta Trinidad del Pilar LUENGO MONTT²⁶⁹ citando a PELLEGRINI, en la doctrina española la concepción de la prueba ilícita corresponde a una de las más amplias categorías de prohibida. Es decir, entre ambas existe una relación de género y especie. En consecuencia, prueba prohibida es, en términos generales, aquella obtenida con contravención de normas legales o principios del derecho positivo y, por su parte, prueba ilícita es, en términos específicos, aquella cuya concurrencia se encuentra supeditada a que la norma o principio vulnerado correspondan a la Constitución o a instrumentos internacionales a ella igualados en su jerarquía. Además, eventualmente, configura una prueba ilícita aquella cuya obtención viola una norma inferior siempre que esta tenga por objeto la protección de libertades públicas o de derechos personalísimos.

²⁶⁶ Citado por GINER ALEGRÍA, César Augusto. (2008). Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 26. En Línea. <Publicación disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>>. Pág. 579. [Consulta 18 de abril de 2016].

²⁶⁷ Ídem.

²⁶⁸ Ídem.

²⁶⁹ LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar. Ob Cit. Pág. 11.

Por su parte, Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ con el propósito de esclarecer lo hasta aquí mencionado, plantea una concepción de la prueba prohibida o ilícita enmarcada en dos niveles: “El primero, referido al ámbito de la prueba prohibida o ilícita y centrado en el marco del debido proceso, cuyo ámbito de protección es el contenido esencial de los derechos fundamentales; y un segundo nivel, referido al plano legal ordinario que se centra más en el cumplimiento los requisitos y presupuestos legales de admisibilidad, pertinencia y legalidad de la prueba en el proceso.”²⁷⁰ Es en este último supuesto, cuando se produce la inobservancia de formalidades (violación de una regla procesal), tiene lugar la denominada prueba irregular, defectuosa o incompleta.

De este modo, como lo explica Víctor BURGOS MARIÑOS: “Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace Pastor Borgoñón, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace Carnellutti. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del afectado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de la formalidad procesal)”²⁷¹.

En términos puntuales, se suscribe lo establecido en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores²⁷², en donde se plantea que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En consecuencia, desvincular conceptualmente los citados términos de aquel cuyo concepto abarca la inobservancia de reglas procesales, al cual se le atribuye la denominación de prueba irregular, es lo relevante, ya que generan efectos jurídicos procesales diferentes.

²⁷⁰ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 15.

²⁷¹ BURGOS MARIÑOS, Víctor. (2004). Principios rectores del nuevo CPP peruano”. Conferencia dictada en el XIII Taller sobre justicia penal y derechos humanos organizado por CEAS. Lima-Perú. Pág. 78.

²⁷² Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. “Problemática en la aplicación de la norma pena, procesal y penitenciaria”. Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 49

En esta perspectiva, el Pleno Jurisdiccional Superior Penal sobre la “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, se refiere a los efectos de la invalidez tanto de la prueba ilícita como de la prueba irregular, expresando que ambas tienen efectos totalmente distintos. Así, como bien lo expresa Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ²⁷³, el efecto de la prueba prohibida o ilícita en su primer nivel, por tratarse de la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es la exclusión de la prueba del proceso. Por otro lado, en lo referente al segundo, por tratarse de la violación de la legalidad ordinaria –la misma que se produce en la obtención, admisión y/o actuación de la prueba-, su inobservancia no produce la inexistencia de la prueba, siendo posible subsanar el vicio en el plazo legal establecido o repetir el acto que ocasionó la nulidad. De lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida: la exclusión. Sin embargo, resulta preciso mencionar que esta modalidad de prueba ilícita – *prueba irregular*- no genera el efecto reflejo, es decir, que su invalidez no se extiende a aquellas que pudieran derivar de esta, siempre que su obtención o incorporación sea lícita.

A continuación, para efectos de la correcta distinción entre la denominada prueba ilícita, propiamente dicha, y prueba irregular, MIRANDA ESTRAMPES²⁷⁴ propone iniciar identificando las diferencias existentes entre dos principios: *legalidad* y *licitud*. Así, en mérito al primero de los nombrados las pruebas han de obtenerse e incorporarse al proceso en atención a los principios y normas que la ley prevé para tal efecto. Por su parte, el principio de licitud de la prueba exige que toda prueba deba obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.

Complementariamente, como lo destaca Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ²⁷⁵ respecto al procedimiento para impugnar la prueba ilícita, el NCPP no ha regulado el momento ni la forma procesal de hacerlo; salvo lo dispuesto en el fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, el cual a la letra dice:

“Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente, en los casos en los que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre

²⁷³ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”. Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 15.

²⁷⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 132.

²⁷⁵ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 15-16.

que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el Artículo 71 del NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba, axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba, regulado en el artículo 159 del acotado código, que establece 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. Lo notado hace viable que en la Audiencia de Tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección²⁷⁶.

Por consiguiente, el fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 posibilita vía tutela de derechos²⁷⁷ cuestionar aquellos elementos probatorios en cuya captación hayan mediado mecanismos o procedimientos ilegales o viciosos. Así, una vez determinada su ilicitud el Juez determinará su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos que han de concurrir para solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente, como puntualmente lo refiere J. Fernando BAZÁN CERDÁN, es que: “éste sea la base de sucesivas medidas o diligencias, no exista una vía propia para alcanzar dicho propósito y

²⁷⁶ Fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116. En Línea. <Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2010.pdf>. Pág. 16. [Consulta 01 de mayo 2016]

²⁷⁷ Artículo 71° inciso 4 del NCPP: “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

exista una vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el art. 71° del NCPP²⁷⁸. La posibilidad de excluir elementos probatorios obtenidos previa vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado se encuentra fundada en lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, así como también en su artículo 159°, los cuales establecen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

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

“Artículo 159°.- Utilización de la prueba

- 1. 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”.*

Por otro lado, Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ manifiesta que, en cuanto al momento procesal en que procede excluir la prueba, existen diferentes posturas, “como aquella que precisa que en cualquier estado del proceso se puede promover una articulación de nulidad de actuados que conlleve un previo y especial pronunciamiento, o como aquellas otras que sostienen que la dilucidación se hace al momento de emitirse el fallo, o al dictarse una resolución que importe un necesario juicio sobre la imputación, o cuando se trata de admitir determinada prueba²⁷⁹. Adicional a ello, el citado autor expresa que: “Un efecto adicional a la

²⁷⁸ BAZÁN CERDÁN, J. Fernando. AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116). En Línea. <Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc/4.+Jueces+-+J+Fernando+Bazan+Cerd%C3%A1n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc>>. Pág. 75. [Consulta 01 de mayo 2016]

²⁷⁹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 16.

ineficacia total de la prueba es que puede derivar en responsabilidad penal para el agresor, pudiéndose cometer delitos como abuso de autoridad, violación de la libertad personal, contra la intimidad, etc.”²⁸⁰. En cuanto a la prueba irregular, añade el autor que: “se puede articular una nulidad y ser resuelta como resolución de carácter interlocutorio, cuyo efecto es la subsanación de los vicios o repetir el acto, observando los presupuestos que la ley ordinaria establece”²⁸¹.

En torno a lo precisado, se finalizará el presente acápite con las anotaciones reflexivas siguientes: si sostenemos que la finalidad de la exclusión de la prueba ilícita es la autolimitación al Estado en la investigación penal: ¿por qué se excluyen las pruebas ilícitas obtenidas por terceros ajenos al ente estatal? Si concebimos que ello deviene de la posición preferente de los derechos fundamentales entonces: ¿no es acaso el derecho a la seguridad pública un derecho fundamental? O, en todo caso: ¿el derecho al debido proceso, en mérito al cual se excluye la prueba ilícita, no exige acaso una decisión judicial justa? Y si esto fuera así, ¿no es acaso la averiguación de la verdad de los hechos condición necesaria para la justicia de la decisión?

En palabras más sencillas, como lo dice Brenda PAREJA MUJICA²⁸², importa analizar si la aplicación de la regla general de prohibir un medio de prueba de cargo “ilícito” puede perjudicar otros derechos fundamentales que se pudieran contraponer, sean explícitos (como el derecho a probar, al debido proceso, el secreto a las comunicaciones e inviolabilidad de documentos, entre otros) o implícitos, (tales como el interés público o el derecho a la verdad).

Como es de verse, la teoría de la prueba prohibida o prueba ilícita es uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad.

²⁸⁰ Ídem.

²⁸¹ Ídem.

²⁸² PAREJA MUJICA, Brenda. (2017). Modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9615/PAREJA_MUJICA_MODELO_DE_CONTROL_CONSTITUCIONAL_PARA_LA_ADMISION_DE_LA_PRUEBA_DE_CARGO_CON_VIOLACION_A_DERECHOS_FUNDAMENTALES_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_PERUANO.pdf?sequence=1 >. Pág. 82. [Consulta 03 de enero 2018].

II. PRUEBA ILÍCITA, PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA IRREGULAR

Al respecto, como bien lo refiere GUARIGLIA²⁸³, la teoría de la prueba ilícita constituye uno de los temas más complejos y polémicos de la dogmática. Y, como lo explica María Francisca ZAPATA GARCÍA: “Desde las primeras formulaciones de la prueba ilícita se advierte una diversidad de conceptos doctrinales que apuntan a la misma idea”²⁸⁴. Por ejemplo, en el Derecho continental europeo se conocen como *prohibiciones de prueba* y en el derecho anglosajón como la *exclusionary rule* o regla de exclusión.

En atención a esto, resulta oportuno destacar que fue Ernest von BELING²⁸⁵ quien inició el estudio de esta institución, bajo el rubro de *prohibiciones probatorias*. Así, según José María ASECIO MELLADO, el origen del concepto se remonta al año 1903, año en el que Ernest von BELING señaló: “La prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto a la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”²⁸⁶.

Ahora bien, la problemática derivada de la concepción de la prueba ilícita o prohibida subyace en mérito a la inexistencia de unanimidad en la doctrina en cuanto a las denominaciones que pueden emplearse para referirse a la misma institución. Para José María ASECIO MELLADO dicha problemática puede deberse, en primer lugar, al propio término de “prueba ilícita”, en tanto viene siendo empleado para “designar un conjunto de supuestos, difícilmente reconducibles a la unidad en que la prueba es inadmisibles”²⁸⁷ y, en segundo lugar, a que el propio concepto no es “unívoco, siendo más bien de carácter gráfico e indicador de muy distintas situaciones de irregularidades probatorias cuya solución, pues, no puede

²⁸³ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Segunda Edición. J.M. Bosh Editor. Barcelona-España. Pág. 19.

²⁸⁴ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. (2004). La Prueba Ilícita. Primera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile-Chile. Pág. 17.

²⁸⁵ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. Ob Cit. Pág. 17.

²⁸⁶ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Págs. 50-51.

²⁸⁷ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 22.

ser nunca idéntica²⁸⁸. En consecuencia, esta falta de unanimidad, como bien lo dice GUARGLIA²⁸⁹ no es solo un problema que se agota en un asunto de índole semántico, sino que resalta la confusión existente sobre lo que debe entenderse por lo prohibido, los alcances de la prohibición y cómo funciona la regla de exclusión.

En lo particular, es relevante destacar que en tanto en la dogmática como en la jurisprudencia nacional e internacional, no existe consenso en lo respectivo a la denominación a emplearse para referirse al concepto que comprende la prohibición de valorar pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales. Así, el desacuerdo se produce en el uso de las denominaciones: prueba ilícita, prueba prohibida, y prueba irregular, siendo que para cierto sector doctrinal son términos equivalentes; y para otro, son términos referidos a instituciones diferentes.

En atención a esto, es preciso señalar, como lo refiere Elky Alexander VILLEGAS PAIVA²⁹⁰ un sector de la doctrina distingue entre prueba prohibida y prueba ilícita, asignando a la primera de las mencionadas el concepto propio de aquella prueba que ha sido obtenida por violación de derechos fundamentales, mientras que a la segunda, le asignan el concepto de aquella prueba obtenida con infracción de normas ordinarias del proceso, y que a diferencia de las anteriores, puede ser objeto de valoración en determinadas circunstancias. A esta última, en esta investigación denominamos prueba irregular, dejando como términos homólogos los de prueba ilícita y prueba prohibida, en cuanto ambos se entienden referidos a la vulneración de derechos fundamentales.

No obstante lo indicado y al margen de la problemática expuesta en cuanto a su denominación o terminología, lo que resulta relevante es identificar y determinar conceptualmente lo que ha de entenderse por: “contenido ilícito o prohibido” de una fuente o medio de prueba, independientemente de la denominación utilizada.

Para estos efectos, cabe precisar que, a nivel doctrinal, existen diferentes autores que proponen diversos conceptos atribuibles a la denominación “prueba ilícita”.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 61.

²⁹⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. (Octubre del 2015). La prueba en el proceso penal. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima - Perú. Pág. 204

Dentro de ellos tenemos a quienes proponen una concepción de prueba ilícita bajo un criterio amplio o genérico. Por otro lado, existen también quienes, por el contrario, proponen una noción de prueba ilícita mucho más restringida y que, dicho sea de paso, es la de mayor aceptación.

Ante esto, para María Francisca ZAPATA GARCÍA: “Las definiciones discurren desde unas muy generales, como por ejemplo la que explica la Prueba Ilícita como aquella que “ofende la dignidad humana”, o la que es contraria a la Constitución, la ley, la moral o las buenas costumbres, hasta llegar a formulaciones más estrictas que centran el enfoque en la vulneración de normas de rango constitucional”²⁹¹.

Así, en la doctrina comparada, para un primer sector representado en España por SILVA MELERO, como lo refiere Augusto GINER ALEGRÍA²⁹², la prueba ilícita es aquella que *atenta contra la dignidad de las personas*. En tal sentido, es preciso hacer mención del inciso 1 del artículo 10° de la Constitución española, el cual prescribe: “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Así también resulta conveniente citar el artículo 549° del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborada en 1974, el cual a la letra dice: “El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleado procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”.

Estando a lo precisado en el epígrafe que precede, es de advertirse que la noción de prueba ilícita se circunscribe a aquel medio de prueba que atente contra la dignidad de la persona, la cual constituye pieza clave dentro de esta concepción.

Desde una perspectiva distinta, MONTON REDONDO²⁹³ es de la opinión de conceptualizar a la prueba ilícita como aquella que resulta afectada por una conducta dolosa –en cuanto a su modo de obtención-, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. De modo

²⁹¹ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. Ob Cit. Pág. 17.

²⁹² GINER ALEGRÍA, César Augusto. Ob Cit. Pág. 580.

²⁹³ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 20.

concordante con Manuel MIRANDA ESTRAMPES²⁹⁴, es de notar que según tal postura, la ilicitud de la prueba y su consecuente ineficacia son resultado de la aplicación del principio en virtud del cual “nadie se puede aprovechar de su propio dolo”.

Ahora bien, otros autores, como lo refiere César Augusto GINER ALEGRÍA²⁹⁵, parten del concepto de ilicitud único para el ordenamiento jurídico general. Así, identifican la ilicitud con la idea de violación de la norma o con lo que es contrario a una norma de Derecho. Por lo tanto, siguiendo lo precisado por VÉSCOVI²⁹⁶, deviene en ilícita aquella prueba que es obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, independientemente de la categoría o naturaleza de estas últimas: ya sean estas constitucionales o legales (procesales o no), o incluso disposiciones o principios generales. Para VÉSCOVI²⁹⁷, la ilicitud de una prueba puede provenir de la violación de una regla expresa, sea cual fuere su rango –legal, constitucional o reglamentario-, y también de la vulneración de normas no expresas.

Parte de esta última concepción, enmarcada en un criterio amplio, Devis ECHANDÍA, quien define a las pruebas ilícitas como aquellas: “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”²⁹⁸.

En atención a esta última postura, como es de advertirse, la ilicitud de una prueba no es determinada únicamente por la violación de normas procesales, sino de cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluso de los principios generales. Es de notarse entonces el apartamiento de los planteamientos esbozados, en la doctrina italiana, por CORDERO²⁹⁹, quien siguiendo el pensamiento de GOLDSCHMIDT en lo relativo a la independencia y autonomía de las normas procesales respecto de las materiales, sostiene la necesidad de la infracción de normas procesales para la exclusión en juicio de una prueba ilícita. De esta

²⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 20.

²⁹⁵ GINER ALEGRÍA, César Augusto. Ob Cit. Pág. 580.

²⁹⁶ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 20.

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Íbidem. Pág. 21.

²⁹⁹ Ídem.

manera, la obtención ilegal de una fuente de prueba no impide su incorporación a proceso, siempre y cuando se respeten las normas que regulen tal ingreso. De modo totalmente distinto Federico SAINZ DE ROBLES³⁰⁰ y José Luis ALBACAR LÓPEZ³⁰¹, siguiendo la clasificación planteada, también en la doctrina italiana, por NUVOLONE, distinguen entre prueba ilegítima y prueba ilícita, señalando que la primera de las nombradas tiene lugar cuando a violación es de un precepto procesal y, en cuanto la segunda, sostienen que tiene lugar frente a la infracción de normas de carácter material. Esta distinción es destacada también por GALANTINI quien emplea el término *prova illecito* “*per designare la prova ottenuta a seguito d’ una violazione della norma penale sostanziale*”³⁰² y el de *prova illegittima o irrituale* “*per indicare la prova acquisita in spregio di norme processuali contenenti divieti probatori*”³⁰³.

Dadas las precisiones que anteceden, tiene razón MIRANDA ESTRAMPES³⁰⁴ cuando refiere que -en el ámbito probatorio- la ilicitud de la prueba no siempre está vinculada a la comisión de un hecho punible. Por esta razón, para que una prueba sea considerada como ilícita, no es necesario que la conducta desplegada para su obtención sea constitutiva de infracción penal. De esta manera, como refiere el autor, opta por una concepción amplia.

En lo referente a lo que ha de entenderse por *infracción del ordenamiento jurídico*, tenemos que varios autores han tratado de esbozar una serie de elementos que permitan conceptualizar de modo genérico, a partir de esto, a la prueba ilícita. Dentro de ellos tenemos a DENTI³⁰⁵ quien explica a las pruebas ilícitas como aquellas que son obtenidas mediante la violación de derechos tutelados por normas diferentes y, en primer lugar, por normas constitucionales. Entonces, la prueba ilícita sería aquella generada no solo ante la infracción de normas de constitucionales, sino también de normas con simple rango de ley.

Otra concepción amplia respecto a la prueba ilícita es aquella sostenida por algunos autores que parten de la tesis mantenida en la doctrina italiana por

³⁰⁰ Ídem.

³⁰¹ Ídem.

³⁰² Ídem.

³⁰³ Ídem.

³⁰⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 21.

³⁰⁵ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 21.

CONSO³⁰⁶, según la cual todas las normas referentes a las pruebas penales son normas de garantía para el acusado y; en consecuencia, ha de considerarse toda su disciplina como un instrumento de defensa del imputado. En tal sentido, todas aquellas infracciones o violaciones a las normas que disciplinan la actividad probatoria –de ofrecimiento, admisión y valoración de pruebas-, deben estimarse como prueba ilícita, en tanto conlleva la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Por otra parte, en oposición a las diferentes concepciones esbozadas, existen autores que optan por un concepto mucho más restringido de la prueba ilícita. En esta perspectiva, su noción se enmarca en una obtención de la misma mediante la vulneración de derechos y garantías fundamentales, siendo tales solo aquellos que se encuentren expresa o implícitamente en la Constitución.

Esta última postura expuesta es seguida por MINVIELLE³⁰⁷, quien expresa que únicamente podrá hablarse de prueba ilícita, cuando comparezca un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad. En atención a esto, puede afirmarse que esta concepción se encuentra acorde con la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Para Brenda PAREJA MUJICA: “Todo esto como garantía de las reglas de juego que impone un Estado de Derecho y que van a proteger, en sentido estricto, la constitucionalidad de los derechos fundamentales, reflejándose, de este modo, una garantía constitucional objetiva, como es la “exclusión de la prueba obtenida de modo ilícito”³⁰⁸.

En la legislación Española, como puede advertirse, el concepto de prueba prohibida se encuentra en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el que prescribe: “No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos y libertades fundamentales”. Los partidarios de esta última postura –en España-, sitúan su fundamento en lo expuesto en la STC 114/1984, del 29 de noviembre, así como también en el artículo 11.1 de la L.O.P.J.

³⁰⁶ Citado por GINER ALEGRÍA, César Augusto. Ob Cit. Pág. 580.

³⁰⁷ Citado por LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar. Ob Cit. Pág. 15.

³⁰⁸ PAREJA MUJICA, Brenda. Ob Cit. Pág. 57.

Siguiendo a la doctrina española, PICO I JUNOY Y GONZÁLES MONTES³⁰⁹ circunscriben el concepto de prueba ilícita a la afectación de derechos fundamentales, en el modo de obtención o práctica de esta. Puntualmente PICO I JUNOY expresa: “El derecho a la prueba conjuntamente con otros consagrados también como fundamentales por nuestra Carta Magna, obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible, al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan solo puede comportar necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es en nuestro caso, la inadmisibilidad de dicha prueba. La interdicción de la admisión de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entraña con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”³¹⁰. Bajo esta perspectiva, GONZÁLES MONTES³¹¹ justifica esta concepción manifestando que ello tiene sentido dado que los límites del derecho a la prueba constitucionalmente consagrados deben suponer una infracción del mismo rango. Así, solo pueden considerarse ilícitas aquellas pruebas en cuya obtención se hayan vulnerado derechos fundamentales de igual o superior rango que el derecho a la prueba. Desde esta postura, se advierte la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular, las cuales se conciben como instituciones que generan efectos jurídicos diferentes

En esta perspectiva, para la jurista ítalo-brasileña ADA PELLEGRINI, la prueba ilícita es aquella “recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad”³¹².

Por su parte, Manuel MIRANDA ESTRAMPES postula que: “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 51.

³¹¹ PAREJA MUJICA, Brenda. Ob Cit. Pág. 57.

³¹² Citada por ZAPATA GARCÍA, María Francisca. Ob Cit. Pág. 18.

derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”³¹³. Así, en esta misma línea de pensamiento, para Elena MARTÍNEZ GARCÍA, la prueba irregular es: “aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales”³¹⁴.

Para estos efectos de esta distinción, Manuel MIRANDA ESTRAMPES³¹⁵ propone partir por diferenciar entre dos principios que disciplinan la actividad probatoria: el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la misma. En lo esencial, el principio de legalidad de la prueba exige elementos de prueba que se obtengan e incorporen al proceso en observancia de los principios y normas previstos en la ley y el principio de licitud exige que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.

La identificación de estos dos principios resulta relevante toda vez que, como refiere Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “En base a estos principios, podemos empezar –y en la medida que es el primer problema con el que se topan quienes estudian o aplican esta figura- por diferenciar conceptualmente dos categorías: prueba irregular y prueba ilícita, con un significado y alcance distinto”³¹⁶.

La concepción de la prueba irregular implica la inobservancia de normas de procedimiento, violación de la legalidad ordinaria en la obtención o incorporación de la prueba al proceso, en este caso no hay afectación de derechos fundamentales. Por otro lado, la afectación de estos últimos acarrea a la denominada prueba prohibida o también conocida en su denominación como prueba ilícita, ilegalmente obtenida, prueba clandestina, etc; la cual -a decir de Manuel MIRANDA ESTRAMPES, es: “Aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales”³¹⁷.

En cuanto a las consecuencias jurídicas atribuidas a cada institución, como lo indica MIRANDA ESTRAMPES³¹⁸, destacar la anterior diferenciación conceptual

³¹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 133.

³¹⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 68.

³¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 132.

³¹⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 203.

³¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 133.

³¹⁸ Ídem.

tiene una enorme repercusión desde el punto de vista del resultado, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja (prueba derivada), se deben predicar con exclusividad a la denominada prueba ilícita. Ello, como afirma MIXAN MASS, porque: “el carácter ilegítimo (invalido) y la consiguiente ineficacia de la prueba resultan de haberla obtenido perpetrando una infracción jurídica y ética que afecta derechos fundamentales tutelados por la Constitución”³¹⁹. En cambio, la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.

En atención a esto, El Tribunal Supremo español, en sentencia de 2 de noviembre de 1993 que vale la pena citar por su claridad, ha establecido que: “Cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo”³²⁰.

Aunado a esto, José María ASECIO MELLADO³²¹ precisa dos realidades en cuanto a los efectos de la prueba ilícita o prohibida:

1. Implica la limitación de los datos que puedan obtenerse en una investigación, preservando ciertos aspectos que forman parte de la intimidad, entendido este concepto de modo material, en tanto lo íntimo no es equivalente a lo privado u oculto.
2. La prueba ilícita restringe los medios que pueden ser utilizados para la investigación, reflejando la prohibición de que en esta se vulneren derechos fundamentales.

En atención a esto, ASECIO MELLADO plantea conceptualizar a la prueba ilícita como aquella “obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este

³¹⁹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 48.

³²⁰ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 69.

³²¹ ASECIO MELLADO, José María. (2008). Ob Cit. Pág. 22

concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva necesariamente a acudir a otras categorías. Tal concepto, no obstante, no es tampoco absoluto, como tampoco lo son los derechos fundamentales, sino que debe ser aplicado en cada caso con la relatividad apropiada a cada situación concreta³²². El autor atribuye, claramente, a la prueba ilícita una categoría de origen constitucional que tiene lugar en dos situaciones: la primera, referente al momento en el que tiene lugar: obtención y no práctica; y la segunda, referente a que dicha obtención se realice con infracción de derechos fundamentales de eficacia directa.

En la doctrina chilena, Julián LÓPEZ MASLE, desde una perspectiva restringida, define a la prueba ilícita como: “la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen afectación de garantías fundamentales”³²³. Así también, CHAHUÁN la entiende como aquella: “prueba obtenida o producida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter personal”³²⁴.

En la doctrina nacional, el César SAN MARTÍN CASTRO, expone que prueba ilícita es: “aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuando la labor de la obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola el contenido esencial del derecho”³²⁵.

A decir del magistrado Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “la prueba prohibida o ilícita, es aquella cuya obtención implica o comporta implícitamente la vulneración o infracción de derechos fundamentales”³²⁶. En esta línea, el citado

³²² *Ibidem*. Pág. 23.

³²³ NAZZAL MORGUES, Rodrigo Bernardo. (2017). Prueba ilícita en materia penal: análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema periodo 2014-2016. Universidad de Chile. Santiago de Chile-Chile. En línea. <Publicación disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146456/Prueba-il%C3%ADcita-en-materia-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Pág. 11. [Consulta 03 de enero de 2018]

³²⁴ *Idem*.

³²⁵ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 47

³²⁶ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 50.

autor marca la siguiente precisión: “Se entiende por obtención, a la captación del resultado probatorio, mediando un mecanismo o método ilícito, que se ha aplicado a la fuente de prueba, siendo dicho resultado probatorio suministrado al proceso, respecto del que corresponde determinarse por el juez, según el caso su inutilización o en su caso en atención a su relevancia, su invalidez”³²⁷.

Al mismo tiempo ROSAS YATACO, en lo referente también manifiesta: “La prueba ilícita es aquella que se obtiene con infracción de derecho fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuando a la labor de la obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismo que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”³²⁸.

La Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, estableció como definición de prueba prohibida o ilícita lo siguiente: “La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable”³²⁹.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC de 15 de setiembre de 2003, adopta el mismo criterio de la Corte Suprema en cuanto a la prueba ilícita: “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”³³⁰. Por esta razón, en palabras de Percy GARCÍA CAVERO: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (...) puede concluirse que la

³²⁷ Ídem.

³²⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 47-48

³²⁹ Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009. En Línea. <Publicación disponible en http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf>. Pág. 20. [Consulta 20 de marzo 2016].

³³⁰ Citado en el Boletín N° 06 Proyecto Anticorrupción. (septiembre 2011). La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos PUCP. En Línea. <Publicación disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf>. Pág. 04. [Consulta 20 de marzo 2016].

imputación penal no podrá sustentarse en aspectos del hecho que se han probado ilegítimamente, aun cuando el Juez tenga la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, la eficacia de la persecución cesa de forma relevante ante los derechos fundamentales del procesado³³¹. Sobre esto corresponde por lo tanto mencionar que la prohibición impuesta al juzgador de admitir o valorar la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales implica un freno frente al ejercicio de investigación orientado al descubrimiento de la verdad, en tanto no pueden afectarse los derechos fundamentales del procesado en aras de tal averiguación.

No obstante lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC, el mismo Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, reconoce a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental, al indicar que: “(...) en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución (...)”³³².

A propósito de la definición arribada por GARCÍA CAVERO³³³, cabe precisar que aun cuando la prueba ilícitamente obtenida por regla general carece de efecto legal y deviene en ineficaz; sin embargo, al atribuírsele como consecuencia inmediata, tal ineficacia y la exclusión del proceso, se menoscaban, entre otros, los actos de investigación conducentes a la determinación de la responsabilidad penal del procesado, la averiguación de la verdad y el propio derecho de la víctima –frente a una prueba ilícita relevante en el caso-, que si bien es cierto se trata de una prueba vulneratoria de un derecho de rango constitucional, su tratamiento no puede realizarse de modo genérico, cual fórmula matemática en la resolución de una controversia., sobre la base de un criterio de igualdad absoluta en la resolución de casos concretos y disímiles. En esta línea, como lo expone ASENSIO MELLADO citando a NOYA FERREIRO: “El examen de la infracción al derecho fundamental que se produzca en un caso y los efectos que de ella han de derivarse no pueden realizarse nunca de forma general, sino que hay que ponderar cada situación en concreto; más aún, y como manifiesta el Tribunal Constitucional español en su sentencia 63/1984, de 21 de mayo, no puede

³³¹ Citado en la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA. Ob Cit. Pág. 20.

³³² Boletín N° 06 Proyecto Anticorrupción. Ob Cit. Pág. 04.

³³³ Ver página 177.

aplicarse un criterio de igualdad absoluta ante situaciones desiguales, ya que ello llevaría, en fin, a incurrir en arbitrariedad”³³⁴.

La prueba ilícita en su tratamiento como derecho fundamental, no es más que la propia limitación establecida al derecho de prueba, lo que implica que la admisibilidad de un medio probatorio se encontrará sometido no solo a condiciones de pertinencia, utilidad y oportunidad, sino también de licitud.

En la referida sentencia recaída en el Expediente N° 655-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional en su fundamento 15° se refiere a la prueba prohibida, al expresar que: “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, mas no de los derechos de rango legal o infralegal”.

Cabe destacarse que respecto a la ilicitud de la prueba, la Corte Suprema estima que esa se presenta en su modo de obtención y actuación; sin embargo, el Tribunal Constitucional hace solo referencia a la ilicitud en el momento de la obtención de la prueba.

Asimismo, los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, señalaron en forma concordante con el Tribunal Constitucional, que la prueba prohibida sólo puede ser aquella que es ilícita en su obtención³³⁵, al referir que: “(...) lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba”³³⁶.

En el acotado Pleno Jurisdiccional, se hace también expresamente una marcada diferencia entre la prueba ilícita y prueba irregular, al manifestar que: “Es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGÑOÑON, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de

³³⁴ ASENCIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 23.

³³⁵ Ídem.

³³⁶ Ídem.

carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal). Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz³³⁷.

En esta línea de pensamiento, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA expresa que por prueba ilícita o prohibida “debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales, ya sea que estén reconocidos directamente en la Constitución o indirectamente por poseer una naturaleza análoga a aquellos expresamente recogidos en la carta fundamental o por fundarse en la dignidad del hombre (art. 3 de la Constitución)”³³⁸. A su vez, el autor continúa distinguiendo a esta de la prueba irregular, indicando que esta última “sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa legal ordinaria sin afectación nuclear a los derechos fundamentales”³³⁹. Retomando la expresión de MIRANDA ESTRAMPES, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, también destaca la importancia de la diferenciación entre los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular, al indicar que: “Esta diferenciación conceptual tiene una marcada importancia y repercusión en el desarrollo no sólo teórico sino sobre práctico de este instituto, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita , mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación o convalidación”³⁴⁰.

En la práctica, como lo refiere CASTRO TRIGOSO citando a GÁLVEZ MUÑOZ: “Una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o

³³⁷ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. Ob Cit. Págs. 77-78

³³⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 204

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ Ibídem. Pág. 205.

investigación. En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta³⁴¹.

Finalmente, al margen de las nociones individuales de los autores citados en torno al concepto de prueba ilícita o prohibida-siendo tales denominaciones utilizadas frecuentemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de la República y también en la doctrina nacional para ser referencia a una misma institución-, se suscribe la concepción que entiende a la prueba ilícita o prohibida como aquella que constituyendo un límite a la averiguación de la verdad, ha sido *obtenida* previa vulneración de derechos fundamentales, de tal modo que la producción de la ilicitud decae en la fuente de prueba, únicamente en el momento de su obtención. En consecuencia, se excluye así de este concepto a aquella denominada *irregular*, quedando este último término restringido para las que en su adquisición han vulnerado leyes ordinarias. Aquí se observa que por prueba irregular ha de entenderse a aquella que se cuestiona por vicios en una formalidad esencial (procesal). Es decir, existe una vulneración de una norma legal, infra constitucional. La disimilitud sustancial con la prueba ilícita reside en que esta última afecta el contenido esencial de un derecho constitucional.

De lo expuesto, cabe acotar la importante distinción entre la prueba ilícita y la prueba irregular, debiendo por tanto concebir a la prueba prohibida como aquella en la que se lesionan derechos fundamentales (constitucionales) para generar su obtención, sin embargo la prueba irregular es aquella que ha sido obtenida con inobservancia de determinadas formalidad (vulneración de la norma procesal), los efectos que desencadenan las mismas son por tanto diferentes, en el primer caso de aplicará la regla de exclusión (salvo las excepciones que se precisarán en adelante), y en el segundo caso cabe la subsanación, siempre y cuando se haga dentro del plazo establecido legalmente, de lo contrario tendrá efecto similar al de la prueba prohibida (exclusión).

³⁴¹ Citado por CASTRO TIRGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 67.

De este modo, se culmina este apartado asumiendo como términos homólogos y equivalentes a las denominaciones: “prueba ilícita” y “prueba prohibida”, siendo que además son así empleados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano³⁴², la Corte Suprema de Justicia y por un sector mayoritario de la doctrina para referirse a aquella prueba cuya génesis se vincula a la vulneración de algún derecho fundamental. Aquí, es preciso destacar que el concepto que se asume, en la investigación, respecto a la prueba ilícita, comprende únicamente a la infracción del derecho fundamental en el momento de la obtención de la fuente de prueba, no siendo extensible a la infracción de derechos procesal constitucionales, por las razones que se expondrán en lo sucesivo de la investigación.

Además, se destaca la distinción existente entre los citados términos y el concepto relativo a la prueba obtenida con infracción legal ordinaria, a la cual se le asigna la denominación de prueba irregular.

III. LA ILICITUD DE LA PRUEBA

En atención a la configuración de la ilicitud de la prueba, resulta necesario referir la concepción que en esta investigación se asume de esta institución, pues como ya se precisado precedentemente, se suscribe la concepción restringida de la misma, según la cual la infracción, en la obtención de la fuente de prueba, recae sobre derechos fundamentales.

En este contexto, el art. 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (español), dispone que: “los Derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”. Además, más adelante, en su art. 11.1, afirma que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Aunado a esto, el artículo 287° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica, en relación a la ilicitud de la prueba, que: “Cuando algunas de las partes entendieran que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado

³⁴² En la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado como sinónimos las expresiones de “prueba ilícita”, “prueba prohibida” y “prueba inconstitucional”.

derechos fundamentales habrá que alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”.

Como ha de apreciarse, el precepto contenido en el artículo 11.1 de la L.O.P.J – que también en un apartado posterior se desarrollará más estrictamente-, establece la prohibición de admisión de materiales probatorios obtenidos mediante la vulneración de derechos fundamentales. Inclusive, en atención a su precepto, cierto sector de la doctrina considera que el citado precepto se extendería también a la prohibición de valoración por el juez.

Por otro lado, escapan del citado precepto aquellos supuestos en los que la infracción recaiga sobre derechos de naturaleza distinta, es decir, de derechos infraconstitucionales.

La doctrina constitucional ha sido clara al expresar que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba puede conducir necesariamente a la configuración de la ilicitud de la prueba. De esta manera, la interpretación expansiva del precepto contenido en el art. 11.1. L.O.P.J no se extiende a los supuestos de infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni siquiera aduciendo la vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E) pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal. Encuentran sentido entonces las palabras de Alberto JORGE BARREIRO, cuando expresa que: “No toda infracción de una norma procesal puede subsumirse dentro de las garantías a que alude el artículo 24.2 de la Constitución Española, pues ello nos llevaría a constitucionalizar cualquier formalismo procesal de escasa relevancia”³⁴³.

Hasta el presente, se extrae que la configuración de la ilicitud de una prueba resulta de la infracción de derechos fundamentales. Por tanto, resta ahora por precisar si tal noción comprende la vulneración tanto de derechos fundamentales de índole sustantivo como procesal. Asimismo, en cuanto al momento de la producción de la ilicitud, señalar en el que tiene lugar la configuración de esta institución.

³⁴³ Citado por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Pág. 50.

El desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial, de los cuestionamientos plasmados en el epígrafe precedente tendrá lugar en el apartado siguiente.

IV. PRUEBA ILÍCITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿SUSTANTIVOS O PROCESALES?

Como se ha precisado precedentemente, la prueba ilícita restringe sus efectos a los supuestos en los que la captación del resultado probatorio se logre mediante la afectación de derechos fundamentales. La concepción restringida de esta institución se explica, como lo refiere María Francisca ZAPATA GARCÍA³⁴⁴, en el cumplimiento de un rol de garantía de la vigencia de los derechos fundamentales - garantizados por la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país-, siendo su respeto y promoción el límite y deber de las autoridades jurisdiccionales establecidas por la Constitución.

En atención a esto, es posible advertir que el eje central del estudio de la teoría de la prueba ilícita se centra en los derechos fundamentales, ello es así evidentemente- porque su generación supone la observancia de estos o, más precisamente, de su contenido esencial.

Dadas las precisiones anteriores, resulta oportuno identificar cuáles son esos derechos fundamentales, cuya afectación en el modo de obtención de una prueba, la hacen ilícita. En principio ha de considerarse que pueden ser susceptibles de afectación, todos los derechos fundamentales de la persona reconocidos en el Capítulo I del Título I de la Constitución.

Sin embargo, como lo refiere Elena MARTÍNEZ GARCÍA³⁴⁵, dada la naturaleza de lo que es materia concreta del proceso penal, en la doctrina se ha señalado que los derechos fundamentales que aparecen generalmente más expuestos a ser quebrantados o inobservados por los agentes de la persecución penal o incluso también por particulares, son los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a no declarar contra uno mismo, etc. Ergo, no son los únicos.

³⁴⁴ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. Ob Cit. Pág. 57.

³⁴⁵ Citada por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 72.

De modo referencial, César SAN MARTÍN CASTRO³⁴⁶ destaca el segundo párrafo del artículo XI del Título Preliminar del Proyecto de Código Procesal Penal peruano de 1995, el cual señalaba que: “carecen de objeto legal los elementos de prueba obtenidos mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad de domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como las demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de la persona.”

Al respecto, nuestra Constitución vigente prevé expresamente dos prohibiciones para la valoración de pruebas, ubicadas en su artículo 2°, incisos 10 y 24. En tal sentido, dichos preceptos, a la letra, dicen lo siguiente:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.”

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

³⁴⁶ Ibídem. Pág. 73.

Como es de verse, dichos preceptos se encuentran referidos a la ineficacia de los documentos privados obtenidos con violación del secreto e inviolabilidad y de declaraciones obtenidas por violencia. Ahora bien, al ser expuesta expresamente la invalidez de los elementos de prueba obtenidos mediante la vulneración de los citados derechos, Hamilton CASTRO TRIGOSO³⁴⁷ estima que la razón puede deberse a la consideración del constituyente de que estos dos derechos fundamentales – al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y a la integridad física, moral y psíquica -, eran dos de los derechos más expuestos o con mayores posibilidades de afectación.

Ahora bien, en la doctrina española -como refiere HAMILTON CASTRO³⁴⁸-, la cuestión a discutir ha sido lo concerniente a la determinación de la índole del derecho fundamental afectado –procesal o sustancial- como exigencia para la configuración de la ilicitud de la prueba. De esta manera, se ha debatido si la vulneración de los derechos fundamentales de índole procesal puede dar lugar a la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. Como es de verse, esta cuestión guarda estrecha relación con aquella otra que concerniente al momento en el que se produce la ilicitud, es decir si esta se produce en el momento de la obtención de la prueba (fuente de prueba) o, en el momento de su admisión o incorporación al proceso (medio de prueba). En cuanto a esto último, podría afirmarse que si se concibiera que la ilicitud de la prueba es producida en el momento de su obtención, entonces quedaría excluida la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Sin embargo, como lo explica José Manuel ALCAIDE GONZÁLEZ³⁴⁹, también son susceptibles de violación durante la obtención de fuentes de prueba derechos fundamentales de índole procesal, aunque el artículo 24° de la Constitución española reduce las posibilidades de ilicitud probatoria.

Ahora bien, en cuanto a la discusión de la naturaleza del derecho fundamental vulnerado, como señalan José DÍAZ CABIALE y Ricardo MARTÍN MORALES³⁵⁰: “Esto no quiere decir que no existan supuestos, los menos, en que la vulneración

³⁴⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 73.

³⁴⁸ Ibidem. Pág. 74.

³⁴⁹ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. (2012). La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles Jurisprudenciales comparativos. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona-España. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf?sequence=1>>. Pág. 261. [Consulta 20 de junio de 2017].

³⁵⁰ Idem.

de derechos fundamentales de naturaleza procesal dé lugar a la aplicación de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita. Esencialmente nos estamos refiriendo a los derechos a ser informado de la acusación formulada, a la defensa de letrado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional³⁵¹. Como es versee, para DIAZ CABIALE³⁵², en aquellos otros casos en los que se violen derechos de contenido procesal del artículo 24º CE, sobre el derecho al proceso con todas las garantías, no entrará en aplicación lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ³⁵³, porque se tratará de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes al proceso, más no en la obtención de las mismas.

Bajo las nociones esbozadas, José Manuel ALCAIDE GONZÁLEZ³⁵⁴ plantea la posibilidad de que la ilicitud de la prueba puede darse tanto extra como intra procesalmente. En el primer caso, puede que la vulneración del derecho fundamental procesal sea efectuada por la Policía, un agente encubierto o el Ministerio Fiscal, que en la actividad investigadora se rigen por los principios de exclusividad jurisdiccional y de intervención indiciaria. En el segundo caso, tal vulneración puede darse bajo la tutela del Juez. Por ejemplo, cuando se ejecuta un interrogatorio sin comunicarle al procesado los derechos que le asisten o al proceder al interrogatorio del testigo vinculado en parentesco con el imputado, no informándosele que no tiene obligación de declarar.

Entonces –siguiendo la línea de pensamiento de CABIALE-, los demás casos, al margen del momento de la obtención de la fuente de prueba, darán lugar –únicamente- a meras irregularidades procesales en la prueba; ya sea en la proposición, admisión o práctica. En consecuencia, no se subsumen en el supuesto previsto en el artículo 11.1 LOPJ, quedando fuera de cobertura del mismo. Sin embargo, ello no implica que esos mismos hechos puedan ser traídos al proceso mediante otros medios probatorios practicados regularmente.

Esta última postura es ratificada por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 64/86, de 21 de mayo, al establecer la siguiente concepción: “Prueba

³⁵¹ Ídem.

³⁵² Citado por ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Ob Cit. Pág. 261.

³⁵³ Art. 11.1 LOPJ. “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.” (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

³⁵⁴ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Ob Cit. Pág. 262.

prohibida es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, esto es, que la idea de prueba prohibida está íntimamente referida al momento crucial de la obtención de la pruebas siendo, por el contrario, reconducibles a la interdicción de la indefensión las lesiones que se originen en las situaciones de admisión y práctica de las pruebas”. Además, en la citada resolución se afirma que la aplicación del artículo 11.1 no se extiende a aquellos casos en los que las violaciones se produzcan “en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, ya que “los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión” y, por lo tanto, al ámbito del artículo 238° LOPJ, el cual se restringe a los defectos que pudieran darse en la incorporación de la fuente al proceso en el que provocase indefensión.

MARTÍNEZ GARCIA³⁵⁵ y otros sectores de la doctrina española se muestran de acuerdo con DIAZ CABIALE en lo concerniente a la posibilidad de subsumir en el artículo 11.1 LOPJ otros supuestos que no impliquen necesariamente la vulneración de derechos y libertades fundamentales de índole sustantivo ya que consideran que existen, además, otras muchas garantías de rango constitucional que exigen una reflexión al respecto. Por ejemplo, la prueba documental que corresponde a la propiedad de un sujeto (art. 33° CE) y que es obtenida por la Policía mediante el pago de droga, supondría la afectación del derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43° de la CE; mas no, del derecho a la integridad física, consagrado como un derecho fundamental en el artículo 15 del citado cuerpo normativo. Por tanto, es posible advertir que –para el autor- restringir el campo de acción del artículo 11.1 de la LOPJ únicamente a derechos y libertades fundamentales *strictu sensu*, supondría un problema.

Por otro lado, Jaime VEGAS TORRES, en referencia al artículo 11.1 de la LOPJ española que regula la regla de exclusión, manifiesta que “(...) es, a nuestro juicio, aplicable en todos aquellos supuestos en los que en la práctica de una prueba procesal se hayan desconocido o vulnerado derechos o libertades fundamentales del inculpado, entre los cuales está el derecho a que en la práctica de la prueba se respeten las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación impuestas (...)”³⁵⁶. Y, más adelante, completando la idea, señala: “Nos inclinamos,

³⁵⁵ Citado por ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Ob Cit. Págs. 261-262.

³⁵⁶ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 75.

pues, por una interpretación amplia del alcance del art. 11.1 LOPJ, precepto que sería aplicable tanto a las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas en la obtención de las fuentes de prueba como a las cometidas en la admisión y práctica de los medios de prueba y sea cual fuere la naturaleza del derecho fundamental lesionado (incluyendo, por tanto, los derechos fundamentales de carácter procesal)³⁵⁷.

De modo concordante, Luis GÁLVEZ MUÑOZ señala que: “Para nosotros, como para la totalidad de la doctrina, la limitación de la regla de exclusión a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos tiene escaso fundamento...pues todos los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza, son fundamento del orden político y social, tienen carácter inviolable y, lo que ahora es más relevante, se configuran como reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia”³⁵⁸.

Como ha de advertirse de los epígrafes que preceden, DIAZ CABIALE, MARTÍN MORALES, VEGAS TORRES Y GALVEZ MUÑOZ coinciden en lo concerniente a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en cuanto no ha de restringir su ámbito a los derechos fundamentales de índole sustantivo (únicamente) sino que además a aquellos derechos fundamentales de naturaleza procesal. Sin embargo, no se advierte unanimidad en cuanto a momento de la configuración de la prueba ilícita (obtención, ofrecimiento y práctica de la prueba). Para Díaz Cabiale la ilicitud se puede dar tanto por la afectación de derechos fundamentales sustanciales o procesales únicamente en la obtención de la fuente. Sin embargo, para Vegas Torres la producción de la afectación del derecho fundamental (procesal o sustancial) que produce la ilicitud puede darse tanto en el momento de la obtención o la práctica de la prueba.

Sin embargo, como da cuenta GALVEZ MUÑOZ³⁵⁹, el criterio del momento procesal o pre-procesal en el que concurre la producción de la ilicitud por la afectación de un derecho fundamental ha sido reemplazado por el Tribunal Constitucional español por el de la naturaleza procesal o sustantivo del derecho fundamental afectado. Esto es reflejado –también– en la STC 81/1998 de 2 de

³⁵⁷ Ídem.

³⁵⁸ Ídem.

³⁵⁹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilto. Ob Cit. Pág. 74.

abril, la cual señala explícitamente que la aplicación de la regla de exclusión se enmarca en la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva y que tratándose de la infracción de derechos fundamentales de naturaleza procesal, se deberá acudir a la normatividad de la “interdicción de la indefensión”.

El citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional español establece que la vulneración del derecho fundamental sustantivo es aquel que merece la aplicación de la regla de exclusión. Criterio manifiestamente opuesto al esbozado por DIAZ CABIALE.

Ahora bien, para efectos de una mejor comprensión de las reflexiones expuestas, ha de puntualizarse que, como lo explica CASTRO TRIGOSO³⁶⁰, los llamados *derechos fundamentales procesales*: tutela judicial efectiva, juez natural, defensa, información de la acusación, juicio público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilización de los medios de prueba, no declarar contra sí mismo y no declararse culpables, presunción de inocencia y no declarar en casos presuntamente delictivos por razones de parentesco o secreto profesional, se encuentran expresamente previstos en el artículo 24° CE, dentro de la rúbrica general “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

En el Perú, los citados derechos se encuentran contemplados en el artículo 139° de la Constitución Política vigente, como “*principios y derechos de la función jurisdiccional*”, en el Capítulo concerniente al Poder Judicial, a excepción de la presunción de inocencia que sí está considerado dentro de la rúbrica “Derechos fundamentales de la persona”, en el literal e) del inciso 24 del artículo 2 del citado cuerpo normativo.

La situación descrita en el párrafo que precede, como lo explica CASTRO TRIGOSO³⁶¹ podría suponer que la vulneración de estos derechos de naturaleza procesal, al no estar expresamente previstos en la Constitución dentro del grupo de derechos fundamentales, no daría lugar a la aplicación de la regla de exclusión.

Sin embargo, no ha de olvidarse que el artículo 3° de la norma suprema, utilizando la técnica del *numerus apertus*, permite elaborar un concepto más amplio de derechos fundamentales, independientemente de su previsión expresa en el

³⁶⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Pág. 75.

³⁶¹ *Ibidem*. Págs. 75-76.

Capítulo I del Título I, atendiendo a su vinculación con los principios de dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno. Así, si en el desarrollo de la actividad probatoria no se respetan las garantías mínimas del debido proceso, los derechos a contar con un abogado defensor, a no declarar contra sí mismo o contra los parientes dentro de los grados de parentesco y afinidad establecidos por ley, etc., se estaría atentando contra la idea misma del Estado democrático de derecho y de la dignidad de la persona humana, razón por la cual, frente a una infracción de tal naturaleza, nada impediría la aplicación de la regla de exclusión.

Finalmente, de acuerdo con ASECIO MELLADO³⁶², en esta investigación se suscribe aquella postura considera que la prueba ilícita es aquella que versa sobre infracciones operadas en la obtención de la misma, no siendo –por tanto– extensible a las infracciones de derechos fundamentales de naturaleza procesal, generados en el trámite de admisión o práctica del medio probatorio. Siendo para estos últimos casos, aplicación del derecho a la presunción de inocencia en tanto garantiza la interdicción de la indefensión o, en todo caso, la sanción de nulidad derivada del incumplimiento de meras formalidades o requisitos procesales.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el párrafo que precede, se evitará –además– la conversión del artículo 3° de la Constitución Política peruana en la justificación de una aplicación irracional de la regla de exclusión, afectándose, entre otros principios y/o derechos, el de la averiguación de la verdad.

V. FUNDAMENTO DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA

Conviene en este apartado destacar la relevancia de la jurisprudencia española que al respecto se ha pronunciado.

La jurisprudencia constitucional ha establecido ya desde la sentencia 114/1984³⁶³, de 29 de noviembre, la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios

³⁶² ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 36.

³⁶³ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril.

de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales.

Precisamente, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia 107/1985, de 7 de octubre, el Tribunal Constitucional de España reitera lo ya expuesto en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, al indicar que: "(...) en el proceso no pueden hacerse valer, ni admitirse por el juzgador, pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales, con la consecuencia de que la hipotética recepción jurisdiccional de instrumentos así obtenidos (aunque no sean ellos los únicos que fundamentan la convicción del juzgador) implicaría una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), productora de la consiguiente lesión de un derecho fundamental, que habría de ser reparada por este Tribunal(...)".

Además, en el fundamento jurídico quinto en la sentencia 49/1996, de 21 de marzo, expone: "(...) una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas de Monserrat Santaeularia se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria. Al no proceder así la Audiencia Provincial de Barcelona y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resultó violado el derecho a la presunción de inocencia del peticionario de amparo".

Ahora bien, frente a la prohibición de la valoración de la prueba obtenida mediante la conculcación de derechos fundamentales, en el fundamento jurídico segundo de la citada resolución, el TC de España revela la razón que justifica tal prohibición al indicar que: "La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 C.E.); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 C.E.)" Además, empleando los términos de la STC 114/1984, continúa indicando que: "constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 C.E.), implicando también una inaceptable

confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución, pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido".

De esta manera, la jurisprudencia constitucional española estima que la eventual admisión o valoración de material probatorio ilícito podría suponer el menoscabo de otros derechos fundamentales, como el derecho a un proceso con todas las garantías, la igualdad de las partes en el mismo y a la presunción de inocencia. Aunque respecto a este último, el TC de España precisa, en el fundamento jurídico tercero de STC 81/1998, de 2 de abril, que: "ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida".

Así también, el Tribunal Supremo Español en el fundamento jurídico cuarto del auto de 18 de junio de 1992, reconoce que: "(...) Nadie niega en España, se ha dicho por la doctrina científica, la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la Constitución) y con el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial." Al mismo tiempo, señala que: "Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba «prohibida» cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido, debe resolverse el problema a través de la llamada ponderación de intereses involucrados que, en otras ocasiones, han utilizado el TEDH, el Tribunal Constitucional y esta Sala para decidirse, en relación con situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales en liza, en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de

infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad. En definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), se ha ocupado también del problema de la admisibilidad de la prueba ilícita. En uno de sus primeros pronunciamientos (STEDH 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza) debía pronunciarse respecto a la admisibilidad o no de una cinta en un proceso penal, en la que se había registrado una conversación telefónica sin la respectiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del Estado suizo demandado, lo cual resolvió desde la perspectiva del *proceso justo, previsto* en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en mérito al cual: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Ante esto, para el Alto Tribunal, únicamente le corresponde determinar si el proceso, considerado en su conjunto, fue justo. Así, determina que la simple admisión de la prueba obtenida ilegalmente no significa la vulneración del derecho a un proceso justo. De esta manera, para asumir que en el proceso se han vulnerado todas las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho, ha de examinarse el proceso en su conjunto. El TEDH, en atención a esto, descarta que se hubiera vulnerado el derecho de defensa, ya que el demandante tuvo la posibilidad, que aprovechó, de discutir su autenticidad y de impugnar su uso, después de haber aceptado al principio que se escuchara. En nada afecta a la cuestión que sus esfuerzos en el sentido dicho fracasaran.

De esta forma, el TEDH concluyó que el uso de la grabación litigiosa como prueba de convicción no privó al demandante de un proceso justo y, por consiguiente, no infringió el artículo 6.1. Además, no le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo. Esto implica un examen de la “equidad” en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del

Convenio, la naturaleza de la violación constatada. Ello, así ha quedado plasmado en la sentencia del caso que se trata, cuando la mayoría del Tribunal ha entendido que el artículo 6 del Convenio no regula “la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde, ante todo, al Derecho interno”. Según ella, el Tribunal no podía “excluir en principio y en abstracto la admisibilidad de una prueba conseguida ilegalmente como la de que se trata» y «sólo debía averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, había sido un proceso justo»³⁶⁴.

Finalmente, el Tribunal desestimó las alegaciones del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal no había vulnerado su derecho a un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio.

De lo expuesto, puede concluirse que el TEDH no niega la posibilidad de que la forma en la que se desarrolle el procedimiento de obtención de fuentes de prueba pueda tener incidencia directa en el derecho a un proceso justo, implicando la vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6 del citado Convenio.

VI. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Dentro de este marco, cabe destacar que son innumerables las clasificaciones de esta institución que la doctrina ha esbozado. En cuanto a ello, es posible advertir que abarcar a la totalidad de ellas excedería el propósito del presente trabajo, es por ello que –en términos sintéticos- únicamente se expondrán las clasificaciones más relevantes. Ello con la finalidad de facilitar la comprensión de la institución que nos convoca.

6.1. POR EL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE LA ILICITUD

Según el momento en el que se produce la ilicitud, para cierto sector doctrinal es posible distinguir a la ilicitud extraprocesal e intraprocesal.

6.1.1. ILICITUD EXTRAPROCESAL

En cuanto a este supuesto se tiene que nos encontramos frente a una ilicitud producida en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, encontrándose, por tanto, fuera del ámbito o marco del proceso propiamente

³⁶⁴ Apartado 46 de la Sentencia del STEDH 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza.

dicho. Por ejemplo, tenemos el caso de los documentos obtenidos en un allanamiento ilegal y después son incorporados al proceso.

Entonces, dicha ilicitud afecta –según MIRANDA ESTRAMPES- “la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba”³⁶⁵.

Conviene en este acápite exponer lo correspondiente a aquellas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se pronuncian respecto a la calidad del agente infractor. Así, se tienen aquellas que limitan la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por autoridades o funcionarios públicos más no a los particulares. Así como también existen posiciones que proponen la exclusión de la prueba ilícita, sin atender a la condición del agente, ello prestando atención al efecto disuasorio de esta.

VIGORITI³⁶⁶, cuya fuente de inspiración es la jurisprudencia norteamericana, refiere que la prohibición de utilización de la prueba ilícita se limita a aquellos supuestos en los que dicha ilicitud hubiese sido producida por una autoridad, y no cuando hubiese sido cometida por un particular, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que este último hubiera incurrido.

Así, en el caso US vs CALANDRA³⁶⁷, el juez Lewis F. Powell, escribiendo para una mayoría de 6 a 3, manifiesta que:

“The Supreme Court held that the exclusionary rule does not apply in grand jury proceedings. The purpose of a grand jury is to determine whether a crime was committed and whether to charge someone in connection with that crime. Using the exclusionary rule would interfere with that purpose. The exclusionary rule is also meant to deter police misconduct, not provide a new constitutional right.

³⁶⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004) Ob Cit. Pág. 28.

³⁶⁶ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004) Ob Cit. Pág. 28.

³⁶⁷ En el citado caso, el Juez William J. Brennan, disintió y escribió: “that application of the exclusionary rule should not depend on whether it deters police misconduct. The exclusionary rule gives meaning to the Fourth Amendments protection against unlawful search and seizure” (que la aplicación de la regla de exclusión no debería depender de si disuade la mala conducta policial. La regla de exclusión da sentido a la Cuarta Enmienda de protección contra la búsqueda y el decomiso ilegales). El juez William O. Douglas y el juez Thurgood Marshall se unieron al disenso.

Justice William J. Brennan dissented, writing that application of the exclusionary rule should not depend on whether it deters police misconduct. The exclusionary rule gives meaning to the Fourth Amendments protection against unlawful search and seizure. Justice William O. Douglas and Justice Thurgood Marshall joined the dissent³⁶⁸.

Corresponde recordar aquí que en la jurisprudencia norteamericana, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostiene que la *exclusionary rule* no es un derecho constitucional implícito de la cuarta enmienda, sino un mecanismo procesal establecido por el Poder Judicial para prevenir futuras violaciones a la Constitución por parte de los agentes policiales. Entonces, la regla de exclusión no entra en juego cuando se tratan pruebas cuya obtención ilegal corresponde a un particular, dado que su fundamento radica en el control de las actuaciones policiales mediante su efecto disuasorio (*deterrent effect*).

Al respecto, en algunos casos incluso se ha llegado a inoperar la regla de exclusión probatoria en supuestos de obtención ilícita de la prueba por parte de agentes u oficiales policiales extranjeros, es el caso *BRUALY vs US*, de 1967, en donde el Tribunal –por mayoría- determinó que la prueba ilícita era válida pues la habían producido ilegalmente agentes policiales mejicanos, fuera del territorio estadounidense.

Frente a esto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES³⁶⁹, opina que el tratamiento de la regla de exclusión o *exclusionary rule*, debe ser el mismo independientemente de quien o quienes lleven a cabo la labor de búsqueda y obtención de la fuente de prueba. En esta línea, para PASTOR BORGONÓN: “no tiene sentido que se mantenga que los funcionarios, que recogen fuentes de prueba sirviendo al interés público en la averiguación de la verdad, están limitados en su labor investigadora por las restricciones que impone el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, interés que se considera debe prevalecer, y que los particulares, que sirven un interés privado, están sujetos a un control menor en los que se

³⁶⁸El Tribunal Supremo sostuvo que la regla de exclusión no se aplica en los procedimientos del gran jurado. El objetivo de un gran jurado es determinar si se cometió un delito y si se debe acusar a alguien en relación con ese delito. Usar la regla de exclusión interferiría con ese propósito. La regla de exclusión también pretende disuadir la mala conducta policial, no proporcionar un nuevo derecho constitucional.

³⁶⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 28-29.

refiere al modo en que han obtenido las fuentes de prueba que pretenden incorporar al proceso³⁷⁰.

El fundamento a esta, su postura, se cita en lo preestablecido en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en donde se proclama la “nulidad radical de todo acto – público, o en su caso, privado, violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución”.

Ahora bien, para MIRANDA ESTRAMPES³⁷¹ los supuestos de ilicitud extraprocesal suelen ser los de mayor frecuencia. Por lo menos así lo reflejan los casos analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional españoles, cuando en la mayoría de los casos sometidos a sus conocimientos se refieren al momento de búsqueda, obtención, localización y recogida de fuentes de prueba, en el marco de la investigación policial y/o judicial. Sin embargo, pese a ser estos supuestos en la práctica los más frecuentes, para el autor citado ello no quiere decir que sean los únicos, porque la ilicitud puede darse además *intraproceso*, concepción que no se comparte.

Finalmente, como se ha precisado en el acápite anterior, la concepción acogida de la prueba ilícita –en esta investigación- restringe su marco conceptual al momento de la obtención de la fuente, dejando fuera de este a aquellos supuestos de “ilicitud” producidos en la admisión o práctica del medio probatorio. Sin embargo, la aclaración expuesta no excluye que abarquemos el estudio de una supuesta “ilicitud intraprocesal”, ya que de ello se derivará la mayor comprensión de la concepción de prueba ilícita en esta investigación asumida.

6.1.2. ILICITUD INTRAPROCESAL

La ilicitud intraprocesal es, como lo dice SILVA MELERO³⁷², aquella que afecta el acto procesal, es decir, se produce en la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso. Este es el caso del interrogatorio al acusado mediante el empleo de medios coactivos.

³⁷⁰ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 29.

³⁷¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 29.

³⁷² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 30.

Al respecto, PASTOR BORGONÓN³⁷³ sitúa a las prohibiciones probatorias en dos apartados fundamentales, teniendo en cuenta la distinción entre fuente y medio de prueba: a) aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos –búsqueda y obtención de las fuentes de prueba-, y b) las derivadas de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso –admisión y práctica de medios de prueba.

Tal y como es de advertirse, esta clasificación responde a la diferenciación –Carneluttiana- entre fuentes y medios de prueba. Así, CARNELUTTI³⁷⁴ sostenía que correcta distinción entre fuentes y medios de prueba es sumamente útil para diferenciar la prueba ilícita o prohibida de la prueba ilegal. Para el citado autor, la prueba ilícita o prohibida es la referida a la obtención de la fuente de prueba, la cual luego se pretende introducir al proceso por un medio de prueba, y la prueba ilegal se da cuando el medio de prueba se realiza contraviniendo la norma que lo regula.

En este punto, resulta necesario realizar la siguiente acotación en tanto a la consideración del momento en el cual se produce la afectación al derecho fundamental.

Vemos pues, que para MIRANDA ESTRAMPES³⁷⁵, la *ilicitud* puede producirse en dos momentos distintos: en el momento de obtención de las fuentes de prueba, y en el momento de la incorporación de estas fuentes al proceso.

En esta línea, el jurista Carlos FIDALGO GALLARDO emplea el adjetivo genérico de *actividad probatoria irregular* para referirse a “todo el amplio espectro de –valga la redundancia- irregularidades que pueden producirse en ella: desde las más flagrantes violaciones de derechos fundamentales, hasta las infracciones de la más humilde ordenanza municipal”³⁷⁶. Para el autor, partiendo de este marco general es posible distinguir las consecuencias procesales que procedan aplicar en función de la naturaleza y grado de la irregularidad acaecida.

³⁷³ Ibidem. Pág. 31.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 30.

³⁷⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. (2003). Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1.LOPJ. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Primera Edición. Madrid-España. Pág. 12.

Entonces, en atención a lo expuesto en el párrafo que antecede, FIDALGO GALLARDO³⁷⁷ expone cuales son los actos que componen dicha actividad probatoria, siendo estos los siguientes:

- Los actos pre-procesales y extraprocesales por los que se obtienen fuentes de información –personas o cosas- presumiblemente relevantes para un proceso judicial (obtención de fuentes de prueba).
- Los actos procesales de incorporación de las fuentes al proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba).
- Los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en las fuentes (práctica de medios de prueba).
- El proceso de valoración de esa información por el juzgador a efectos de comprobar la verdad de las afirmaciones de hechos controvertidos (valoración del resultado de la actividad probatoria).

Por consiguiente, la infracción del derecho fundamental que da lugar a la configuración de la prueba ilícita, para el citado autor, puede darse en cualquiera de los momentos de la actividad probatoria citados. Así, comprende que tanto la vulneración de derechos fundamentales sustantivos y procesales independientemente del momento en el que se produzcan dan lugar a los efectos de la prueba ilícita.

Cinta COSTA TORNÉ³⁷⁸ entiende que la infracción al derecho fundamental puede darse en el momento de obtención (fuente de prueba) o práctica (medio de prueba) de la prueba. Ante esto, se advierte que para la citada autora, en ambos momentos la infracción de derechos fundamentales da lugar a la denominada *prueba ilícita*.

En la doctrina nacional, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA³⁷⁹ suscribe lo expuesto por jurista español mencionado. Además, coincide con MIRANDA ESTRAMPES³⁸⁰, en cuanto este último refiere que para considerar las actuaciones probatorias como ilícitas, resulta indiferente el momento concreto (pre-procesal o procesal) en el que se haya ejecutado la afectación del derecho fundamental, lo

³⁷⁷ Ídem.

³⁷⁸ COSTA TORNÉ, Cinta. (2012). La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. Revista de Derecho UNED, núm. 11. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/11128-16075-1-PB%20(1).pdf>. Pág. 141. [Consulta 21 de marzo 2016].

³⁷⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 206

³⁸⁰ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 206.

verdaderamente relevante es precisamente la constatación de que se trate de la violación de un derecho de esa naturaleza (constitucional).

Por otro lado, para José María ASECIO MELLADO, la prueba ilícita: “Constituye una categoría procesal, con origen constitucional y que tiene lugar ante dos situaciones muy concretas; la primera, que se origine en el momento de la obtención de la prueba, no de su práctica (STC 64/86, del 21 de mayo); la segunda, que dicha infracción lo sea con infracción de derechos fundamentales de eficacia directa, esto es, no meramente programáticos”³⁸¹. De esta manera, para el autor: “La prueba ilícita versa sobre infracciones operadas en un momento determinado, el de la obtención de la misma, no siendo extensible a las infracciones de derechos constitucionales procesales, que se generan en el trámite de la admisión o en el de la práctica del medio probatorio, situaciones estas en las que será de aplicación el derecho a la presunción de inocencia en tanto garantiza la interdicción de la indefensión o la sanción de nulidad derivada del incumplimiento de meras normas o requisitos procesales”³⁸².

De lo hasta aquí anotado, sobresale o se evidencia claramente la falta de consenso a nivel doctrinal en lo que respecta al momento en el que la vulneración del derechos fundamental da lugar a la denominada prueba ilícita. Como se ha visto, para cierto sector, la infracción de los derechos fundamentales puede darse en cualquiera de los momentos de la actividad probatoria, siempre que tal infracción se ejecute sobre derechos de índole constitucional. Sin embargo, para otro sector, la infracción a los derechos fundamentales que configura la prueba ilícita, únicamente puede ser aquella que es producida en el momento de la obtención.

Por su parte, en la doctrina italiana se defiende la aplicación del artículo 191° C.P.P. italiano, el cual proclama la inutilización de las pruebas obtenidas violando las prohibiciones legalmente establecidas, tanto en la fase de investigación y búsqueda de fuentes de prueba como en la fase probatorio propiamente dicha.

El criterio sostenido en esta investigación, como ya se ha precisado líneas arriba, es el de considerar que únicamente constituye prueba ilícita aquella que es

³⁸¹ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 36.

³⁸² Ídem

obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva. Siendo la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal o la inobservancia de la legalidad ordinaria en el momento del ofrecimiento, admisión o práctica de la prueba supuesto que quedan excluidos del marco conceptual de la prueba ilícita y por tanto de sus efectos. Lo propio a la situación de dichos supuestos exceptuados será tratado en las páginas siguientes, a efectos de generar mayor convicción de la postura aquí expresada.

6.2. POR SU IRREGULAR OBTENCIÓN O POR SU IRREGULAR INCORPORACIÓN AL PROCESO

En la doctrina argentina, CAFFERATA NORES³⁸³ distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación irregular al proceso. De esta manera, según el autor citado la ilegalidad de una prueba puede originarse por dos motivos: por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso.

6.2.1. POR SU IRREGULAR OBTENCIÓN

6.2.1.1. CUANDO UN DATO PROBATORIO VIOLA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES RECONOCIDAS CONSTITUCIONALMENTE

Para CAFFERATA NORES³⁸⁴, cuando un dato probatorio viola las garantías individuales reconocidas constitucionalmente, este ha de considerarse ilegal y; en consecuencia, no podrá ser empleado a por el Juzgador para fundamentar su decisión. Este es el caso, por ejemplo, de la prueba recogida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la que por infringido tal garantía de rango constitucional carece de valor probatorio y deberá dejarse sin efecto aquella resolución dictada en contra del imputado si en ella se valoran pruebas recogidas en un allanamiento o un secuestro ilegal. Igualmente, sostiene el autor, la nulidad de una sentencia fundada en la confesión del acusado obtenida contraviniendo la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo.

³⁸³ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 31.

³⁸⁴ Citado por ORRILLO CARHUAJULCA, Juana. Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la jurisprudencia peruana. ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio? Revista do mestrado em direito. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/2568-8481-1-PB.pdf >. Págs. 55-57. [Consulta 22 de junio 2017]

6.2.1.2. CUANDO SE UTILIZAN CIERTOS MÉTODOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Dentro de este marco, como lo explica CAFFERATA NORES³⁸⁵, los métodos a los que se aluden pueden ser: la coacción directa, física o psíquica, sobre las personas, empleadas para obligarlas a proporcionar datos probatorios. Es el caso, por ejemplo, del uso de drogas de la verdad, en contra de su voluntad para obligarlo a decir lo que no quiere. Entonces, esa declaración carecerá de eficacia para formar el convencimiento del Juez.

6.2.1.3. POR IMPERIO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

Para CAFFERATA NORES³⁸⁶, esta situación que se da cuando el imputado no puede ser obligado a producir pruebas en contra de su voluntad, pues dichas normas lo reconocen como un sujeto incoercible del proceso penal. Por ejemplo, en el Perú de modo expreso se establece la siguiente prohibición:

El artículo 2º inciso 10 de la Constitución Política del Perú, dice: “(...) Los documentos obtenidos con violación de este precepto [al secreto y a la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados] no tienen efecto legal (...)”. Además, en su inciso 24, literal h), también refiere que: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos humillantes. (...). Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

El artículo 157º numeral 3 del Código Procesal del 2004, no es ajeno a la prohibición expuesta al señalar que: “No pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.” El artículo 159º del mencionado cuerpo normativo, también establece 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”.

³⁸⁵ Ibidem. Pág. 56.

³⁸⁶ Ídem.

6.2.2. POR SU IRREGULAR INCORPORACIÓN AL PROCESO

En cuanto a esto, cabe precisar que –en cuanto al ingreso del dato probatorio al proceso-, este deberá observar el procedimiento establecido en la ley para tal efecto. Es el caso, por ejemplo, del testigo que prestará declaración, la cual debe realizarse previa juramentación de este.

6.3. ATENDIENDO A LA CAUSA QUE ORIGINA LA ILICITUD

Siguiendo la clasificación explicada por MIRANDA ESTRAMPES³⁸⁷, atendiendo a la causa originaria de la ilicitud podemos distinguir entre a) las pruebas expresamente prohibidas por la ley, b) pruebas irregulares y/o ilegales, y c) pruebas obtenidas o practicadas con infracción de derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales).

SERRA DOMÍNGUEZ³⁸⁸, por su parte, realiza la siguiente clasificación atendiendo también a las causas que motivan la ilicitud del *medio de prueba*: a) pruebas expresamente prohibidas por la ley, b) pruebas realizadas en forma distinta a la regulada por la ley, al intentar burlar mediante su práctica las formalidades legalmente establecidas en garantía de las partes, y c) pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas reconocidas en la Constitución.

Como ha de notarse, ambos autores adoptan una concepción amplia de la prueba ilícita no constreñida únicamente a aquellos supuestos de obtención o práctica de pruebas con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, pese a considerar que estas últimas no agotan el contenido de su concepción, reconocen que constituyen el capítulo más importante dentro de la prueba ilícita.

En esta línea, para MIRANDA ESTRAMPES³⁸⁹ el artículo 11.1 L.O.P.J. no representa ninguna limitación a la concepción amplia de la prueba ilícita, argumentando que: “el mismo, en realidad, no establece ningún concepto o definición de prueba ilícita. Si analizamos el *iter parlamentario* del referido

³⁸⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 31-48.

³⁸⁸ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 31.

³⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 32.

precepto encontraremos elementos suficientes para concluir que el mismo no pretendía ni agotar el complejo problema de la prueba ilícita, ni dar una definición o concepto de la misma, sino simplemente ajustarse a los declarado en la STC 114/1984". De distinta opinión es PICÓ JUNOY³⁹⁰, para quien de la evolución parlamentaria del precepto se pretende la progresiva regresión del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita.

6.3.1. PRUEBAS EXPRESAMENTE PROHIBIDAS POR LA LEY

Como lo explica MIRANDA ESTRAMPES³⁹¹, toda prueba ilícita es por sí una prueba prohibida en tanto al Juez o Tribunal le está impedida su admisión y valoración como elemento probatorio. Por tanto, la prohibición haría referencia a las consecuencias que se derivan de tal ilicitud.

Ahora bien, como lo refiere el citado autor, si se considerara que las prohibiciones probatorias procederían del reconocimiento y consagración constitucional de las garantías, principios y derechos fundamentales, entonces no resultaría absurdo sostener que aun no existiendo una norma legal expresa de carácter prohibitivo, serían, de todos modos, vedadas todas aquellas actuaciones o prácticas de prueba que vulneraran tales derechos fundamentales. De esta manera, nos situamos frente a lo que denominarían prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no establecidas expresamente como tales en la ley. Así, en esa línea, DE MARINO, D'ALBORA, y LOZANO-HIGUERO PINTO³⁹² toman en consideración tanto las prohibiciones legales expresas y tácitas, incluyendo en el concepto de prueba ilícita no solo aquellas prohibiciones reconocidas expresamente en el ordenamiento jurídico, sino también aquellas derivadas, implícitamente, del sistema de principios y garantías del contradictorio y de los derechos y garantías restantes fundamentales de los justiciables.

Sin embargo, se coincide con lo sostenido por PÉREZ MARÍN, en cuanto indica que: "El tema de las prohibiciones probatorias debe ser excluido del ámbito de las pruebas ilícitas. Si se pretendiera utilizar dichos medios de prueba el órgano

³⁹⁰ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 32.

³⁹¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 32.

³⁹² Citados por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 32.

judicial deberá rechazarlos, no porque se trate de una prueba ilícita, sino simple y llanamente porque la LECrim prohíbe su utilización”³⁹³.

Pese a lo hasta aquí expuesto en el presente acápite, se procederá en mérito a lo explicado por MIRANDA ESTRAMPES³⁹⁴, quien adopta un concepto más restringido de *prohibiciones probatorias*, de tal manera que las limitara a aquellos supuestos en los que exista una norma legal expresa de carácter prohibitivo. Entonces, para el autor, la prueba sería ilícita por sí misma, porque la ley declara su inadmisibilidad.

Visto desde esta perspectiva, se podrán distinguir entre prohibiciones legales de carácter general (si las mismas van referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general) y prohibiciones legales de carácter singular (si tienen un alcance mucho más limitado).

En la doctrina española, SERRA DOMÍNGUEZ³⁹⁵ explica que no existen leyes que contengan prohibiciones generales de un medio de prueba en concreto, afirmación que si bien es cierto afirma en lo relativo al ámbito del proceso civil³⁹⁶; sin embargo, no deja de ser aplicable en el marco procesal penal. Así, señala que no existen en el proceso penal (español) prohibiciones genéricas de determinados medios probatorios, ya sean testificales, periciales, documentales, entre otros. Por el contrario, estima que lo que si existen son prohibiciones probatorias de carácter singular.

Al respecto, refiere MIRANDA ESTRAMPES que: “en la actualidad se puede afirmar que son escasas tales disposiciones normativas de carácter prohibitivo. Nuestro legislador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos³⁹⁷, no establece un elenco más o menos amplio de prohibiciones probatorias, sino que desde una óptica distinta, fija imperativamente los requisitos o presupuestos que deben observarse en la obtención y práctica de las pruebas, de tal modo que la

³⁹³ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 33.

³⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 32.

³⁹⁵ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 33.

³⁹⁶ La única excepción a dicha afirmación puede situarse en el artículo 672° LECrim, que consiste en la prohibición de admisión, con carácter general, de la prueba testifical en los artículos de previo pronunciamiento

³⁹⁷ Ejemplo, artículo 126 del Código de Procedimiento Penal de Portugal.

actuación tanto de los particulares como de los poderes públicos se ajuste a tales previsiones”³⁹⁸.

Entre las prohibiciones legales de carácter singular es posible destacar las siguientes:

6.3.1.1. PROHIBICIONES QUE AFECTAN A LA MATERIA OBJETO DE INVESTIGACIÓN O DE PRUEBA

En la doctrina española, MIRANDA ESTRAMPES³⁹⁹ explica que aquí suele mencionarse como ejemplo típico a aquellas materias clasificadas como *secretas* o *reservadas*, como sucede con los secretos policiales. Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁴⁰⁰ es de opinión distinta, en tanto considera que, dada la regulación de esas cuestiones en el ordenamiento jurídico, no corresponde hablar en este caso de prohibiciones de investigación.

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 417° de la LECrim, en su inciso 2, establece que:

“Artículo 417. No podrán ser obligados a declarar como testigos. -

2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.”

En nuestro ordenamiento jurídico, nuestro nuevo Código Procesal Penal, prevé dicha situación en el literal b) del inciso 2 del artículo 165°, el cual, a la letra expresa lo siguiente:

³⁹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 33.

³⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 34.

⁴⁰⁰ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 34.

“Artículo 165. Abstención para rendir testimonio. -

2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado:

b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia”.

Al respecto, para Manuel MIRANDA ESTRAMPES aunque dicho supuesto se configure como un excepcional deber general de testificar, dicho precepto encierra en sí un límite a las facultades judiciales de investigación de los hechos punibles. Ahora bien, como explica el citado autor: “El testigo no podrá ser obligado a declarar, aunque si decide voluntariamente prestar testimonio su declaración no quedará invalidada a efectos probatorios, a salvo su responsabilidad por divulgación”⁴⁰¹. Como es de verse, no existe una prohibición específica dirigida al Juez del proceso de no recibir dicha declaración. Ahora bien, para MORALES PRATS⁴⁰², cualquier decisión judicial en contra de la libre decisión de testificar convierte en ilícita la declaración y por tanto, la prueba testimonial.

Ahora bien. Es necesario precisar que el tema tratado en el presente acápite merecería un tratamiento mucho más exhaustivo; sin embargo, ello no constituye el objeto de la presente investigación, siendo por ello explicado en términos genéricos.

⁴⁰¹ Ídem.

⁴⁰² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 34.

6.3.1.2. PROHIBICIONES QUE AFECTAN A DETERMINADOS MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA

Dentro de este marco MIRANDA ESTRAMPES⁴⁰³ destaca, a modo de ejemplo, la prohibición en el proceso penal de la obtención de las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza.

Se sitúa dicha prohibición en el artículo 389° párrafos 2 y 3 de la LECrim, dispositivo normativo que además prohíbe en los interrogatorios del procesado la utilización de preguntas indirectas, capciosas o sugestivas. La misma prohibición rige para el interrogatorio de testigos previsto en los artículos 439° y 709° del citado cuerpo normativo. En cuanto a esto, para FENECH⁴⁰⁴ dicha exigencia conlleva la prohibición del denominado método del diagnóstico del hecho (propugnado por WERTHEIMER y KLEIN), el cual, en palabras de MIRANDA ESTRAMPES, consiste en: “El aprovechamiento de los vestigios o trazos dejados por el hecho punible en la mente del imputado mediante la utilización de palabras estimulantes que le hagan pronunciar otras, en virtud de la asociación de ideas, por las cuales pueda venirse en conocimiento de ideas relacionadas con el hecho y que sirvan de base a la investigación de la verdad a partir del interrogatorio del imputado”⁴⁰⁵.

Retomando el eje central del tema tratado en este apartado, MIRANDA ESTRAMPES⁴⁰⁶ refiere que entre los motivos que dan lugar al denominado recurso de revisión, se tiene lo expuesto en el artículo 954° inciso.3 de la LECrim, el cual menciona: “la confesión del reo arrancada por violencia o exacción”. Además, el artículo 393° LECrim, que prohíbe los interrogatorios largos que pretenden hacer perder al procesado la necesaria serenidad de juicio. Además, se tiene el artículo 396° inciso 2 LECrim, que prohíbe que se haga al proceso cargos o reconvenciones. En cuanto a esto último, ASECIO MELLADO⁴⁰⁷ señala que entre los métodos prohibidos en el interrogatorio pueden distinguirse a: a) medios que influyen psíquicamente en el sujeto y que afectan bien a su voluntad,

⁴⁰³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

⁴⁰⁴ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

⁴⁰⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

⁴⁰⁶ Ídem.

⁴⁰⁷ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

o bien a su facultad de comprensión o a su memoria, b) medios que inciden físicamente en el sujeto y que afectan a su voluntad en sentido amplio, y c) métodos de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan a la voluntad del sujeto.

En el marco procesal penal peruano, el nuevo Código Procesal Penal regula lo propio en sus artículo 88° inciso 4 y 376° inciso 2 literal d), los cuales expresan lo siguiente:

“Artículo 88.- Desarrollo de la declaración.-

3. En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión”.

“Artículo 376.- Declaración del acusado.-

2. Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:

d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas”.

Así también, los artículos 119° inciso 2 y 170° inciso 6 del citado cuerpo normativo al exponer lo siguiente:

“Artículo 119.- Interrogatorio.-

3. El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y después, si es necesario, se le interrogará. Las preguntas que se le formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas”.

“Artículo 170.- Desarrollo del interrogatorio.-

6. No son admisibles las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. El Fiscal o el Juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal”.

Como es de verse, de los dispositivos normativos citados se infiere que en nuestro proceso penal, tanto como en el proceso penal español, resulta totalmente inadmisibles la utilización de cualquier procedimiento o medio de prueba que tienda a restringir o limitar la libertad de las declaraciones testimoniales.

Por consiguiente, como lo dice MIRANDA ESTRAMPES: “De todas formas, opinamos, que aún en el caso de que tales preceptos de la LECrim no existieran, el respeto a la dignidad de la persona del imputado (art. 10.1 C.E.), la consagración constitucional de derecho a la vida y a la integridad física, y la prohibición constitucional de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 C.E.), imponen necesariamente la exclusión de cualquier medio de investigación que suponga la utilización de violencia física o incluso psíquica”⁴⁰⁸.

En esta línea, afirma MORENO CATENA: “La prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes supone la ilicitud de todo tipo de conductas o normas que impliquen o permitan una actuación de este corte por parte de cualquier poder del Estado”⁴⁰⁹.

Además, para el Tribunal Constitucional español, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24 inciso 2 de la Constitución de España, son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa. En el Perú, dichas garantías gozan de consagración constitucional tácita; sin embargo, son taxativamente reconocidas en el artículo IX inciso 2 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal como contenido del derecho de defensa.

⁴⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

⁴⁰⁹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

“Artículo IX. Derecho de Defensa:

2.- Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Para MIRANDA ESTRAMPES⁴¹⁰, la prohibición de declarar contra sí mismo o de confesarse culpable prestan cobertura al derecho de defensa en su manifestación pacífica, en tanto se ejerce con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer la imputación, quien; en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso de la forma que estime conveniente a sus intereses. De tal manera, en ningún caso puede ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguno, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

Refiere el citado autor que son además métodos de investigación prohibidos en el marco del actual proceso penal: el narcoanálisis y el detector de mentiras, el suero de la verdad.

En cuanto a esto último, el Tribunal Supremo español en la S.T.S. 26 de noviembre 1991, teniendo como ponente a RUÍZ VADILLO, declara que: “la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad”⁴¹¹.

⁴¹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 35.

⁴¹¹ También la S.T.S. 22 de mayo de 1982, en la que se rechaza la admisibilidad del narcoanálisis sin excepciones, porque, según expresaba, ello supondría: “un desprecio de la persona humana, en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano...”.

La doctrina moderna, encabezada por PALLÍN, se establece que: “Para realizar los interrogatorios acusadas de un hecho delictivo no se pueden utilizar, ni siquiera con la autorización de la persona interesada, métodos o técnicas susceptibles de influir sobre la libre determinación de la persona o que alteren la capacidad de recordar o de valorar la trascendencia de los hechos”⁴¹².

Finalmente, se suscribe la posición expuesta por el Tribunal Supremo español, en lo correspondiente a ineficacia de los métodos de interrogatorio mencionados, debiendo ser ineficaces para formar el convencimiento del Juez. Además, debe recordarse que en los supuestos de prohibiciones legales, la ineficacia probatoria o su inadmisión devienen de la consecuencia expresamente prefijada en la ley, porque como lo dice MIRANDA ESTRAMPES: “Si la infracción de la prohibición legal no llevara aparejada dicha consecuencia carecería de razón de ser y tendría un alcance puramente formal”⁴¹³.

6.3.1.3. PROHIBICIONES CONCRETAS QUE AFECTAN A DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA

En este apartado, se encuentran aquellas que proscriben que el sistema de justicia penal admita o valore determinados medios de prueba, por recaer en las mismas prohibiciones expresas en el ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico peruano, el nuevo Código Procesal Penal reconoce las siguientes: a) las testificales anónimas, no hay testigo anónimo en el proceso penal, en todos los casos el testigo deberá estar debidamente identificado por sus generales de ley (art.170 inc. 4), b) el testimonio de una persona que no está obligada a declarar por su relación de parentesco con el imputado (art. 165 inc. 1 concordado con el art. 163 inc. 2), c) los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio (art. 212 inc. 3), d) un testigo o un imputado que hace uso de su derecho de abstenerse de declarar (Título Preliminar NCPP art. XIII inciso 2, caso del testigo el art. 163 inc. 2 y en caso del imputado el art. 71 inc. 2 letra “d” concordado con el art. 376 inc.1).

⁴¹² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 40.

⁴¹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 41.

6.3.1.3.1. PRUEBA TESTIFICAL: LOS TESTIGO-PARIENTE

En atención a la prueba testifical, en la doctrina española, MIRANDA ESTRAMPES⁴¹⁴ refiere que en la LECrim entre otros textos procesales penales, se recogen una serie de excepciones frente a la obligación general de testificar en el proceso penal (art. 410 LECrim). Como dice el citado autor: “tales excepciones se basan en los siguientes criterio: a) por la propia calidad del testigo (art. 411° LECrim), b) por su parentesco con el inculpado (arts. 416.1 y 707 LECrim), c) por su profesión: sacerdotes (art. 416.2 LECrim, 437.2 L.O.P.J. y 32.1 Estatuto General de la Abogacía), procuradores (art. 438.2 L.O.P.J., arts. 38.2.f) y art. 39.e) Estatuto de los Procuradores), miembros del Ministerio Fiscal (art. 50° E.O.M.F.), jueces y magistrados (art. 396 L.O.P.J), d) así como una exención general de la prohibición de testificar cuando la declaración pueda perjudicar al declarante o a un pariente próximo”⁴¹⁵.

Al respecto, las excepciones a la obligación de testificar que derivan de la relación de parentesco entre el acusado y testigo (art. 410° LECrim), merecen especial atención toda vez que como lo explica el citado autor, la propia Constitución española reconoce en el último párrafo del inciso 2 del artículo 24°, que “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco,...no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. En esta línea, la LECrim en el inciso 1 del artículo 416° expresa: “están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendiente y descendiente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales sanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261”. Del mismo modo, párrafo 1 del artículo 418° del referido cuerpo normativo, indica que: “ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuy contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416”.

Como es de advertirse, la legislación española, como muy acertadamente expresa MIRANDA ESTRAMPES, “concibe el secreto familiar desde el punto de vista de una mera facultad o derecho o correlativamente como inexistencia de un deber de

⁴¹⁴Ibidem. Pág. 42

⁴¹⁵Ídem.

declarar, que asiste al testigo, y no como una verdadera prohibición de la declaración⁴¹⁶. Lo que en otras palabras quiere decir que el testigo que guarda relación parental con el acusado no se encuentra obligado a declarar, lo que no impide que pueda hacerlo voluntariamente. Pensamiento que guarda consonancia con la regulación de tal supuesto en el ordenamiento jurídico peruano.

6.3.1.3.2. LOS TESTIMONIO DE REFERENCIA

Continuando con la legislación española, en relación a los denominados testigos de referencia, MIRANDA ESTRAMPES⁴¹⁷ destaca el artículo 813° de la LECrim que prohíbe su admisión en los procesos por injurias o calumnias recaídas en palabras; en consecuencia, serán inutilizables como medios de prueba. Así también, el artículo 297° inciso 2 de la mencionada Ley niega validez al testimonio directo de los funcionarios de la policía judicial, al expresar que únicamente tendrán valor las declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio. De la misma manera, el artículo 710° de la misma Ley se refiere a la prohibición de utilización de los testigos de referencia cuando no den razón de su ciencia o no faciliten los datos de identificación del testigo presencial o directo.

En los supuestos citados, como lo refiere MIRANDA ESTRAMPES: “La declaración del testigo de referencia no podrá ser objeto de valoración por el Tribunal para formar su convicción, actuando como un supuesto específico de prohibición probatoria⁴¹⁸”.

En el Perú, se ha encargado del tema la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad 173-2012 Cajamarca, cuando en el considerando tercero explica que: “Es evidente afirmar -como lo reconoce la doctrina procesalista- que los testigos de referencia u oídas tienen un carácter supletorio y un peso más relativizado, respecto del juicio de credibilidad, que el testigo fuente o presencial; de ahí que siempre se requiere que se revele la identidad de este último y que se agoten los medios para que aquél preste su testimonio. El problema persecutorio que presenta pasa por su fiabilidad y por su contenido, en relación con los hechos que son objeto de enjuiciamiento”.

⁴¹⁶ Ídem.

⁴¹⁷ Ibídem. Pág. 46.

⁴¹⁸ Ídem.

Continúa explicando que: “Si se entiende, además, que el valor del testimonio de referencia no sólo está ligado al crédito que su versión pueda merecer, sino que apunta a reafirmar una prueba directa en sus componentes de veracidad y competencia a partir de la información que el testigo ha recibido de segunda mano, cabe enfatizar que en el caso de autos este último componente está ausente: no hay prueba directa respecto del asesinato del agraviado, de la autoría del imputado Portal Tanta”. Finalmente: “El citado acusado nunca admitió los hechos y rechazó las versiones de los testigos de referencia. Él sería la fuente de información, pero al negarse y no existir prueba en contrario que avale en algo lo expuesto por los testigos de referencia, así sea prueba periférica -es necesaria la corroboración o confirmación de su relato incriminador, por lo menos de ciertos aspectos del mismo, por medios objetivos de prueba; no es posible otorgarle mérito y considerarla prueba suficiente para enervar la garantía de presunción de inocencia. El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo; no es admisible como prueba única para desvirtuar la presunción de inocencia”.

6.3.2. PRUEBAS IRREGULARES Y/O ILEGALES

En lo concerniente a las pruebas irregulares o ilegales, como ya se ha explicado precedentemente, ha de entenderse que éstas son aquellas en cuya obtención se ha vulnerado la legalidad ordinaria y/o –como lo expresa MIRANDA ESTRAMPES⁴¹⁹, se ha practicado sin las formalidad legalmente establecidas para la obtención y práctica de esta prueba. De esta manera, el citado autor expresa: “es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley”⁴²⁰.

Como ha de advertirse, MIRANDA ESTRAMPES⁴²¹ mantiene una concepción amplia de la prueba ilícita, en la que la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta, sino más bien una modalidad de esta última. Sin embargo, se suscribe lo expuesto por PICÓ JUNOY⁴²², quien refiere que por prueba irregular ha de entenderse a aquel elemento probatorio que ha sido obtenido o practicado

⁴¹⁹ *Ibidem*. Pág. 49.

⁴²⁰ *Idem*.

⁴²¹ *Ibidem*. Pág. 50.

⁴²² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 50.

con vulneración de preceptos que no gozan del status jurídico privilegiado de los artículos 14º al 29º de la Constitución de España. De esta manera, el autor incluye las fuentes de prueba logradas de modo ilegal así como los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido en la ley, siempre que no se hayan vulnerado derechos fundamentales. En consecuencia, la diferencia que existe entre la prueba ilícita y la prueba irregular, ilegal o defectuosa, recae en la naturaleza de la norma que infringe. Si se trata de una norma constitucional, nos encontramos en frente a una prueba ilícita. Y, si se tratase de la violación de otros preceptos, ante una prueba irregular.

En este punto, se difiere de lo sostenido por Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴²³, en tanto se asume la concepción restringida de la prueba ilícita, la cual marca una separación entre esta y la prueba irregular, se piensa además que la producción de la ilicitud (infracción a derechos fundamentales), para que configure la categoría de prueba ilícita o prohibida ha de producirse únicamente en el momento de la obtención de la fuente prueba, no en momento diferente.

Ahora bien, el presente tema ya ha sido tratado con exhaustividad en uno de los apartados precedentes, cuya denominación es: *PRUEBA ILÍCITA, PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA IRREGULAR*, siendo por ello innecesario reiterar el estudio de esta prueba.

6.3.3. PRUEBAS OBTENIDAS O PRACTICADAS CON INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

Al respecto, el profesor SERRA DOMÍNGUEZ⁴²⁴ distingue entre: a) aquellas cuya realización es por sí misma ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero cuya incorporación al proceso se da en forma lícita.

Así, el citado profesor considera no solo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino además a aquellas cuya realización vulnera los derechos fundamentales de las personas, pudiendo incluso integrar delito. SERRA DOMÍNGUEZ⁴²⁵ ejemplifica este último supuesto, destacando aquellas pruebas en las que se anula o disminuye la voluntad del sujeto del medio de

⁴²³ Ídem.

⁴²⁴ Ídem.

⁴²⁵ Ídem.

prueba, declaraciones, orales o escritas, obtenidas con violencia o intimidación, en estado de hipnosis, a través del suero de la verdad u otros análogos.

En atención a esto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴²⁶ refiere que el fundamento de tal pensamiento se halla en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas. Así, independientemente de que exista o no una norma procesal que prevea su inadmisión en el proceso, si la prueba vulnera tales derechos, no ha de ser admitida. Este último supuesto es denominado por la doctrina como prohibiciones tácitas o implícitas.

Estando a lo señalado, para el citado autor⁴²⁷, están ubicadas en esta última *categoría* de prueba ilícita, todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado, de cualquier forma, los derechos fundamentales de las personas, cuyo reconocimiento Constitucional garantiza su vigencia. Así, frente a estas pruebas, la doctrina emplea la denominación de prueba inconstitucional.

Aunado a esto, en la doctrina, como da cuenta Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴²⁸, se viene distinguiendo entre derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros se conciben como aquellos derechos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna; por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 C.E.). En consecuencia, la violación de los mismos deviene en inconstitucional. Por otro lado, los derechos fundamentales relativos sin podrían ser susceptibles de limitaciones o restricciones, siempre que para esos efectos se cumplan con los presupuestos o requisitos preestablecidos en la ley; por ejemplo, la motivación de la resolución limitativa de derecho: derecho a la intimidad, el secreto a las comunicaciones y a la inviolabilidad de domicilio. De no observarse tales presupuestos, entonces los resultados obtenidos en la investigación a partir de la afectación de estos serían inutilizables.

José María ASECIO MELLADO⁴²⁹ alude a los denominados derechos fundamentales absolutos reconociéndolos como susceptibles fragmentariamente de limitaciones en el marco de la investigación penal, bajo ciertas condiciones.

⁴²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 51.

⁴²⁷ Ídem.

⁴²⁸ Ídem.

⁴²⁹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 52.

Puntualmente, el citado maestro expresa: “en todo caso debe atenderse al principio de proporcionalidad para determinar cuál sea el ámbito de plena eficacia de los derechos fundamentales”⁴³⁰. En cuanto a dicho principio, el autor destaca los siguientes requisitos a la hora de coartar un derecho esencia:

1. Sospecha de intensidad relevante, la cual habrá de ser mayor en tanto más compleja sea la medida restrictiva a adoptar.
2. Indispensabilidad de la limitación a los fines de la investigación penal. Si el resultado pretendido es alcanzable por otra vía menos gravosa, a ella habrá que acudir con preferencia.
3. Proporción entre la intromisión en el derecho y la gravedad de los hechos indagados así como la posible pena a imponer.

Finalmente, para ASENCIO MELLADO⁴³¹ no hay justificación de la lesión de un derecho fundamental frente a la presencia de ilícitos poco graves o, de otro modo, de escasa relevancia.

6.4. POR LA EXTENSIÓN DEL VÍNCULO CAUSAL ENTRE EL ACTO ILÍCITO Y EL ELEMENTO PROBATORIO

En el presente apartado se deben distinguir las “pruebas ilícitas en sí mismas” y aquellas “ilícitas por derivación” o denominadas también “pruebas reflejas”.

6.4.1. PRUEBAS ILÍCITAS EN SÍ MISMAS

La prueba ilícita en sí misma es aquella en cuya *obtención* se emplean métodos o procedimientos ilegales que importan de modo directo e inmediato la afectación o vulneración de derechos fundamentales. Así, a modo de ejemplo, se tiene el caso de la confesión que se extrae directamente del sometimiento del imputado a actos de tortura. También es el caso del ingreso al domicilio de una persona, sin la autorización judicial correspondiente, e incautar en dicho domicilio diversos elementos de prueba, entre ellos –por ejemplo- una agenda cuyo contenido involucra datos de terceras personas.

Para LOCKHART, en la prueba ilícita en sí misma o -también denominada- *prueba directamente obtenida con vulneración de derechos fundamentales*, “existe

⁴³⁰ Ídem.

⁴³¹ Ídem.

siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección”⁴³².

Ante esto, Hamilton CASTRO TRIGOSO refiere puntualmente que: “Cuando hablamos de prueba directa en el ámbito de las prohibiciones probatorias, nos estamos refiriendo a aquella que es resultado inmediato de la infracción de un derecho fundamental. Dicho de otro modo, es aquella cuya concreta causa es la afectación de un derecho fundamental”⁴³³.

Por otro lado, como ya se ha señalado precedentemente, la exclusión de la prueba directamente obtenida con afectación de derechos fundamentales tiene su causa en -justamente- la consagración constitucional de estos últimos y en su consecuente posición preferente en el marco constitucional y en el ordenamiento jurídico general. Ahora bien, es precisamente este fundamento el que -como da cuenta LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ⁴³⁴-, emplea el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.

Dentro de este marco, en el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución prevén los artículos 2.10 y 2.24h, supuestos que proscriben la obtención de documentos privados con vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de los mismos y la obtención de declaraciones obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la integridad física, moral y psíquica, respectivamente.

Por otro lado, se advierte que el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal peruano; así como su artículo 159° guardan consonancia con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español en cuanto al empleo en sus enunciados de la expresión “directa o indirectamente”, para hacer alusión a la proximidad (o nexo causal existente) entre el acto ilícito (la afectación de los derechos fundamentales) y la fuente de prueba (elemento de prueba). Sin embargo, ello no siempre fue comprendido así.

Al respecto, como refiere RODRÍGUEZ SOL⁴³⁵, en España las expresiones “directa en indirectamente” eran inicialmente empleadas para hacer alusión al

⁴³² Citado por NAZZAL MORGUES, Rodrigo Bernardo. Ob Cit. Pág. 12.

⁴³³ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 76-77.

⁴³⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 77.

⁴³⁵ Ídem.

momento en el cual se había efectuado la vulneración del derecho fundamental, relacionando el mismo a los conceptos de fuente y medio de prueba. Así, el término “directamente” se concebía referido a la infracción de los derechos fundamentales en el momento de la obtención de la fuente de prueba, y, por otro lado, el término “indirectamente” se encontraba enfocado en la infracción de los derechos fundamentales en el momento de la incorporación de la fuente de prueba al proceso, a través del medio de prueba. Sin embargo, como expresa el mencionado autor, la doctrina mayoritaria había optado por considerar que los términos “directo” o “indirecto” debían tomarse como referentes al mediato o mediato origen de la prueba respecto a la afectación del derecho fundamental, lo cual implica la introducción de lo que hoy se conoce como la teoría refleja de la prueba ilícita.

6.4.2. PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN

Las pruebas ilícitas por derivación son aquellas que no comportan una afectación directa a los derechos fundamentales, sino más bien indirecta. Comprende un acto por sí mismo lícito, pero que deriva de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales. En esta misma línea, para Marcelo MIDON la prueba derivada supone “una prueba adquirida de modo regular, pero a la que se llega merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal”⁴³⁶.

A modo de ejemplo de prueba ilícita por derivación se cita el caso de un allanamiento ilegal en el que se incauta una agenda cuyo contenido versa sobre datos de terceras personas y, en mérito a estos datos, la policía cita a declarar a una de estas terceras personas (declaración efectuada con todas las formalidades de ley), obteniendo así una prueba inculpativa contra el imputado. En el citado hecho, podría afirmarse que la declaración de la tercera persona constituiría una prueba ilícita derivada, por tener su causa en la agenda incautada, la cual representa una prueba ilícita directamente obtenida con infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

De esta manera, Hamilton CASTRO TRIGOSO, no se aparta de las consideraciones expuestas al definir a la prueba derivada como “aquella en sí misma lícita pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida con

⁴³⁶ Citado por NAZZAL MORGUES, Rodrigo Bernardo. Ob Cit. Pág.11.

vulneración de derechos fundamentales”⁴³⁷. Para la mejor comprensión de esta figura, el autor propone el ejemplo de la interceptación telefónica, en mérito a la cual la Policía obtiene información relevante y en base a ella realiza un registro domiciliario (observando todas las formalidades y garantía previstas en la ley) en el cual se logra incautar droga. Además, se tiene el ejemplo propuesto por ROXIN⁴³⁸ el cual se refiere a la confesión obtenida del imputado mediante el suministro de estupefacientes (drogas) para que hable, siendo del contenido de tal declaración que la Policía toma conocimiento del lugar en el cual se encuentra el cadáver, y en función a ello realizan las diligencias correspondientes en el lugar y encuentran restos de sangre pertenecientes al imputado. Como ha de advertirse, en los dos ejemplos citados, el hallazgo de droga en el registro domiciliario y el descubrimiento de las muestras de sangre correspondientes al imputado en el lugar en el que se encontraba el cadáver, son actos en sí mismos lícitos ya que en su ejecución o desarrollo se han respetado las formalidades y garantías preestablecidas en la ley; sin embargo, derivan de actos iniciales ilícitos ya que constituyen la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la dignidad de la persona, respectivamente.

Aunado a esto, se trae a colación un suceso ocurrido en Piura, el cual es expuesto por Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁴³⁹, el citado asunto gira en torno a una dama piurana, la cual es denunciada por el delito de aborto, la policía en mérito a la investigación que ejecutaban realiza un registro en el domicilio de la investigada, al parecer con su consentimiento. El registro efectuado tenía como finalidad recoger evidencias relacionadas con el supuesto delito de aborto; sin embargo, en la ejecución de tal diligencia la policía encuentra aproximadamente 1kg de droga cáñamo o *cannabis sativa* (marihuana), razón por la cual la denunciada fue detenida y procesada por el delito de tráfico de drogas⁴⁴⁰. El autor da cuenta de que las pruebas derivadas del allanamiento fueron cuestionadas de ilicitud, dado que el registro se hizo para investigar el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, más no para la incautación y decomiso de drogas. Ante esto, es preciso mencionar que nos situamos frente a un supuesto que amerita invocar a la excepción de buena fe, la cual emerge de la actuación de los policías, quienes al encontrar la

⁴³⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 79.

⁴³⁸ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 79.

⁴³⁹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 54.

⁴⁴⁰ Atestado N° 032-2000-DIVINCRI-DCVCS-PNP-División de Investigación Criminal de Homicidios de Piura. Citado Por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Pág. 54.

droga, creyeron actuar conforme a ley al detener a la investigada y ponerla a disposición de la autoridad competente.

Dicho lo anterior, Hamilton CASTRO TRIGOSO⁴⁴¹ pone en evidencia el cuestionamiento que desencadena el origen mediato ilícito de esta prueba en cuanto a su aprovechabilidad. Efectivamente, resta por poner en relieve la determinación de su eficacia o no, es decir, determinar si debe ser aprovechable por ser en sí misma lícita, o si debe ser excluida por derivar de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales. Según Carlos E. EDWARDS⁴⁴², haciendo referencia al fundamento de la regla de exclusión, refiere que contiene una connotación ética y axiológica, ya que el Estado no puede beneficiarse de la obtención ilícita de una prueba, aun cuando esta sea derivada. En atención a esto, el aludido autor, ante la eventual admisión de la prueba derivada, manifiesta que: “Si lo analizamos axiológicamente, desde la perspectiva del valor justicia, la regla de exclusión se queda a mitad de camino, al invalidar la prueba que es consecuencia directa del acto ilegal, pero no comprende la prueba derivada; sería injusto que únicamente se beneficiara con la invalidez probatoria aquél que hubiese sufrido directamente la ilegalidad, pero no quien también la sufre, aunque indirectamente... Si consideramos esta doctrina desde el plano de la eticidad, ella implica un verdadero comportamiento ético por parte del Estado; así, el servicio de justicia no puede beneficiarse con la obtención ilegal de una prueba, aunque la misma sea derivada de la ilegalidad inicial”⁴⁴³.

Sobre el asunto también se pronuncia MARTÍNEZ GARCÍA, quien refiere que: “en el fondo, hablar de pruebas ilícitas supone pronunciarse sobre qué forma quiso darle el legislador a nuestro proceso y qué debe prevalecer en el proceso, si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos”⁴⁴⁴. En esta misma perspectiva, José Antonio DÍAZ CABIALE, y Ricardo MARTÍN MORALES refieren que: “La exclusión de la prueba que se ha obtenido gracias a la lesión directa o indirecta de un derecho fundamental es un imperativo de la propia naturaleza de los derechos fundamentales e integra el contenido de un derecho fundamental de naturaleza procesal”⁴⁴⁵. De igual modo, Marina GASCÓN ABELLÁN expone que:

⁴⁴¹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 79.

⁴⁴² Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 79-80.

⁴⁴³ Ídem.

⁴⁴⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 80.

⁴⁴⁵ Ídem.

“El reconocimiento del efecto reflejo no obedece, pues, a ninguna concesión “súper garantista”, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia”⁴⁴⁶.

Por otro lado, se oponen a la inutilización de la prueba derivada o refleja de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales, CORDERO y PASTOR BORGONÓN⁴⁴⁷.

De esta forma, manifiesta Hamilton CASTRO TRIGOSO⁴⁴⁸ que los que postulan la admisibilidad de la prueba derivada lo hacen bajo el sustento de la prevalencia en el proceso de la búsqueda de la verdad a *cualquier precio*.

Ahora bien, resulta evidente que al consignar a esta prueba como derivada del acto ilícito originario, es exigible que entre ambos exista un nexo causal. Por ello, como bien lo menciona LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “Si entre ambos actos se aprecia una relación de causalidad, independientemente de que entre los dos se interpongan otros actos, la solución ha de ser la de su no utilizabilidad”⁴⁴⁹. En atención a esto, lo relevante ante este supuesto radica en identificar la relación causal entre el acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales y el acto derivado o reflejo, es decir, este último debe ser consecuencia del primero. Sin embargo, la determinación o identificación de tal nexo implica una tarea que no se encuentra exenta de complejidades.

Ahora bien, la prueba derivada o refleja guarda relación con la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), teoría cuya génesis se ubica en la jurisprudencia norteamericana, específicamente, como lo refiere Maximiliano HAIRABEDIÁN⁴⁵⁰, en los casos *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* de 1920 y *Nardone vs. United States* de 1939, casos en los que mediante interceptaciones telefónicas las autoridades habían llegado a obtener información relevante. En términos generales, la mencionada doctrina plantea que la exclusión de la prueba derivada se debe a su contaminación por el acto inicial viciado.

⁴⁴⁶ Ídem.

⁴⁴⁷ Ídem.

⁴⁴⁸ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 80.

⁴⁴⁹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 80.

⁴⁵⁰ Ibídem. Pág. 81.

Puntualmente sostiene que si la raíz está contaminada, la contaminación se transmite también a los frutos.

Finalmente, cabe puntualizar que la doctrina de los frutos del árbol envenado pese a haber tenido una aceptación general, actualmente viene relativizándose a partir del planteamiento de diferentes *excepciones* que estudian la ruptura o atenuación de ese vínculo causal, postulando así la admisión de pruebas aparentemente derivadas, por estimarse que la contaminación del acto inicial no la alcanza. De este tema nos ocuparemos con mayor detenimiento en las páginas siguientes.

VII. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

En la legislación, jurisprudencia y doctrina comparadas, en lo referente a la obtención ilícita de fuentes de prueba o pruebas, ya sea directa o indirectamente, se asumen diversos tipos de consecuencias jurídicas, dentro de ellas se tienen: nulidad, invalidez, ineficacia, inutilizabilidad, prohibición de valoración, exclusión probatoria, inadmisibilidad, entre otras.

Dentro de este marco, como indica Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN⁴⁵¹ resulta interesante atender a las opciones, que respecto a los efectos de la declaración de ilicitud de la prueba, han sido acogidas en los sistemas procesales comparados, los cuales varían de acuerdo a la tendencia adoptada en cada caso, así se tiene:

- Estados Unidos: Regla de Exclusión
- Italia: Inutilizabilidad
- España: Ineficacia y Nulidad
- Francia: Nulidad
- Alemania: Prohibición de valoración o prohibición de aprovechamiento
- Portugal: Nulidad
- Colombia: Nulidad y Exclusión
- Brasil: Inadmisibilidad
- Chile: Exclusión

⁴⁵¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Págs. 94-95.

Ahora bien, ha de señalarse que a nivel doctrinal no se encuentra consenso en cuanto al tema tratado en este apartado, es decir, en lo respectivo a los efectos que desencadena la declaración de ilicitud de una prueba. Además, dicha falta de acuerdo se extiende también a la determinación del momento en el que deba calificarse tal ilicitud.

Dichas posturas se van a desarrollar en las páginas siguientes. Sin embargo, es de puntualizarse que en nuestro sistema (peruano) al igual que el de Italia, en lo respectivo a la primera problemática expuesta, se ha optado por considerar que la consecuencia de la determinación del carácter prohibitivo de la prueba es la *inutilización*.

En este orden de ideas, atendiendo a la segunda problemática señalada, conviene referir que cierto sector doctrinal refiere que la prueba prohibida ha de ser calificada en cuanto a su licitud o ilicitud, en el momento de su aportación al proceso, de tal forma que devenga en inadmisibles. Se trata de una calificación liminar. Ahora, otro importante sector doctrinal sostiene que dicha calificación ha de realizarse en el momento de su valoración.

Al respecto, como da cuenta Pablo TALAVERA ELGUERA⁴⁵², en España, en su sentencia 114/84 de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional consideró la inadmisibilidad así como la prohibición de valoración de la prueba ilícita, en aquellos casos en los que esta hubiese sido obtenido mediante la vulneración de derechos y libertades fundamentales. Tal doctrina jurisprudencial se tradujo en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *no surtirán efecto las pruebas obtenidas*, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La referida norma se enmarca dentro del instituto de las nulidades de actuaciones, consecuencia jurídica respecto de la cual, como se ha referido, no existe a nivel doctrinario un común acuerdo, ni tampoco respecto a si solamente debe comprenderse entre las consecuencias de inadmisibilidad de la prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas, o también a la que se produzca en el momento de su admisión o práctica en el proceso judicial.

⁴⁵² TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 159.

Por su parte, ORTELLS RAMOS y DÍAZ CABIALE⁴⁵³, excluyen del ámbito de aplicación del artículo 11.1 L.O.P.J. los supuestos de vulneración de derechos fundamentales procesales, y reconducen su régimen jurídico al de las nulidades procesales. De esta solución discrepa ASECIO MELLADO⁴⁵⁴, para quien por obtención de la prueba cabe entender no solo la actividad de investigación de la fuente de prueba, sino también la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba mediante mecanismos inadmisibles en tanto violan derechos fundamentales.

Concretamente, como lo refiere Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN⁴⁵⁵, estos aspectos son materia actual de discusión tanto en la Doctrina Euro Continental y la Doctrina Angloamericana. Dichos debates versan, como se ha dicho, sobre el contenido de nulidad absoluta que puede adoptar la prueba ilícita o, sobre la posibilidad de que esta sea objeto de valoración en consideración de otros intereses de carácter superior.

Considérese ahora lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia del Expediente T 233-07⁴⁵⁶, de 29 de marzo de 2007, en los términos siguientes:

“La Corte Constitucional ha dicho al respecto que si la prueba ilegal o inconstitucional es crucial para la adopción de la providencia judicial, esto es, si su incidencia en la decisión judicial es de tal magnitud que, de no haberse tenido en cuenta, el fallo racionalmente habría podido ser otro, el juez de tutela está obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso del afectado. Concretamente, en materia penal, la Corte Constitucional ha establecido que el error fáctico por apreciación de prueba ilegítima no afecta a la integridad del proceso, a menos que su peso en la definición de la responsabilidad penal sea decisivo, es decir, que sin la prueba ilícitamente apreciada, la conclusión judicial respecto de la responsabilidad del procesado habría sido posiblemente distinta”

⁴⁵³ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 159.

⁴⁵⁴ Ídem.

⁴⁵⁵ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 95.

⁴⁵⁶ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Págs. 95-96.

Además, puntualizó la citada Corte en la sentencia en mención que;

“Frente a la consideración de la Sala Penal según la cual la grabación que se hizo valer en el proceso fue convalidada por el imputado al haber admitido en la indagatoria que la reunión video grabada era la que sostuvo en Yopal, esta Sala debe precisar que *la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución* como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales *impide considerarla válidamente en el proceso*, así el demandante admita que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal. La Corte Constitucional reitera en este punto que la inconstitucionalidad de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso penal, pese a su convalidación por parte del procesado. En este punto debe ponerse de relieve que la frase utilizada por la Carta es la de “nulidad de pleno derecho”, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta o radical de la validez del acto”.

En el Perú, el magistrado César SAN MARTÍN CASTRO refiere al respecto lo siguiente: “Nosotros, desde ya, aunque existe un sector minoritario en contrario, partimos de una consideración de principio: la prueba prohibida no puede ser admitida y, en su caso valorada en sede jurisdiccional”⁴⁵⁷.

En la Doctrina Española, se advierte que PICO I JUNOY asume la postura de nulidad absoluta con respecto a la prueba prohibida. En estricto señala que: “La nulidad absoluta de la prueba ilícita conlleva necesariamente la insubsanabilidad (...). Ello significa que la ilicitud de la prueba no puede convalidarse ofreciendo al litigante perjudicado por la misma la posibilidad de defenderse y contradecir su contenido”⁴⁵⁸.

En pocas palabras, lo dicho hasta aquí, no hace más que evidenciar las diferentes posturas existentes en torno a los efectos de la prueba ilícita, así como también, en cuanto a al momento en el que corresponde calificar tal ilicitud y rechazarla. A efectos de una mayor comprensión de la disyuntiva, las mencionadas se estudiarán en las páginas que suceden.

⁴⁵⁷ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 96.

⁴⁵⁸ Ibídem. Pág. 97.

7.1. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN

Dentro de este marco, en cuanto a los efectos de la prueba ilícita (entendida como aquella en cuyo procedimiento de obtención se han conculcado derechos fundamentales del proceso), es posible afirmar que en el ámbito jurídico se sostiene, como efecto directo e indirecto –referido este último a los efectos extendidos a la prueba ilícita indirecta o refleja que se estudiará en el apartado siguiente-, la prohibición de su admisión al proceso, valoración o de su utilización,

Al respecto, cabe precisar que –como lo explica Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴⁵⁹- en la doctrina italiana se viene empleando el término *inutilizzabilità* para aludir a la consecuencia jurídica (*sanzione processuale*), la cual deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, consistente en su ineficacia. Así, dicho término ha sido introducido en la normativa del actual artículo 191° del Codice di Procedura Penale de 1988, el cual dice: “1.1 Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’ inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

Aunado a esto, en la doctrina nacional también –dicho término- ha sido introducido en las consideraciones de diferentes autores, dentro de ellos tenemos a Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, quien expresa que: “La prueba ilícita, en el sentido aquí expuesto, esto es, en cuanto obtenida con vulneración de derechos constitucionales, tendrá como efecto su inutilizabilidad, lo cual conlleva, a su vez, la prohibición de su admisión así como de su valoración en el proceso”⁴⁶⁰.

En fin, en cuestión de terminología, como señala Hamilton CASTRO TRIGOSO citando a GÁLVEZ MUÑOZ: “Circulan en la doctrina y la jurisprudencia, como se sabe, diversas etiquetas terminológicas para referirse a esta consecuencia, a saber: ineficacia, nulidad, inprovechabilidad, inutilizabilidad, inadmisibilidad, inapreciabilidad, etc.”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 94

⁴⁶⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 225.

⁴⁶¹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 82.

A modo de conclusión de estas primeras precisiones GÁLVEZ MUÑOZ refiere que todas las denominaciones parecen referirse a lo mismo, es decir, “que las pruebas así obtenidas no pueden tener eficacia alguna en el proceso”⁴⁶².

Como a de advertirse, la exclusión de la prueba ilícita como consecuencia de la prohibición de admisión y valoración de esta, ha sido mayoritariamente aceptada, en tanto, la consecución de la verdad material en el proceso no podía hacerse sobre la base de pruebas conseguidas con infracciones de derechos fundamentales⁴⁶³.

Para José María ASECIO MELLADO⁴⁶⁴, lo mencionado líneas arriba implica que la exclusión de la prueba ilícita sea declarada en el momento mismo en el que se conozca de este material ilícito, puesto que no se trata simplemente de la prohibición de su valoración. Es decir, esto último implicaría que dicha prueba solo se analizara en la etapa del juicio oral y, de ser así, la ilicitud derivada de la conculcación de derechos fundamentales produciría efectos menos intensos – incluso- que una nulidad procesal, cuya declaración puede operarse de oficio cuando es conocida.

En la legislación peruana, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, prescribe lo siguiente:

“Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

- 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.*
- 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.*

⁴⁶² Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 82.

⁴⁶³ Posición de la puede concluirse una aplicación de tal regla de modo restringido, lo que en atención a casuística actual no resulta ser una salida idónea ni responsable frente al tratamiento de esta institución. Las precisiones al respecto se realizarán en otro apartado, en tanto no corresponde en este acápite su desarrollo.

⁴⁶⁴ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 226.

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

Ahora bien, cabría preguntarse en este estadio acerca de lo que ha de entenderse por *la ineficacia de la prueba ilícita* o, en atención al citado precepto, que ha de comprenderse por “*carecen de efecto legal*” las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

En atención lo indicado en el epígrafe anterior, Hamilton CASTRO TRIGOSO citando a GUARIGLIA revela que: “Entendemos que ineficaz es lo contrario a eficaz que, a su vez, significa capacidad, aptitud o poder para generar el efecto, consecuencia o propósito perseguidos. Por tanto, lo que es ineficaz no genera el efecto, consecuencia o propósito perseguidos. En el campo de la prueba procesal, ésta persigue la acreditación de los enunciados sobre los hechos del proceso con miras a la convicción o certeza respecto de los mismos por parte del juez. Consiguientemente, puede sostenerse que la prueba ilícitamente obtenida no debe generar efecto o consecuencia alguna en la formación de la convicción o certeza del juzgador sobre los hechos o enunciados del proceso”⁴⁶⁵.

Para Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, la alusión en el citado precepto a “*carecen de efecto legal*”, implica “un concepto más amplio que aquel otro de “*prohibición de valoración*”, pues carecer de efectos implica, precisamente ni producir ninguno, ni directos, ni indirectos y pronunciarse inmediatamente que es conocida para, precisamente, evitar que los produzca”⁴⁶⁶.

Asimismo, para la comprensión de lo expuesto, resulta necesario identificar la diferencia entre la nulidad e ineficacia en la obtención de la fuente de prueba, ya que ¿la nulidad de los actos procesales no produce también la ineficacia de los actos viciados?

Para la doctrina tradicional, dice Hamilton CASTRO TRIGOSO: “La nulidad alude a la inobservancia de las formas establecidas por la ley para el cumplimiento de

⁴⁶⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 82-83.

⁴⁶⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág.226.

un acto procesal⁴⁶⁷. Al respecto, tenemos los artículos: 150, 151, 152 y 154 del Código Procesal Penal de 2004, referidos a la nulidad absoluta, nulidad relativa, convalidación de los vicios de nulidad relativa y a los efectos de la nulidad, respectivamente.

De los preceptos mencionados se tiene que a diferencia de la nulidad relativa, la nulidad absoluta -supuestos en los que figuran los supuestos de inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución- es insubsanable. Así, el efecto principal de la nulidad es, como dice Hamilton CASTRO TRIGOSO, “la anulación de todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él”⁴⁶⁸.

En esta línea, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA sostiene que: “la exclusión de la prueba ilícita-a diferencia de lo que sucede con la nulidad de actos procesales- es insubsanable y no puede ser convalidada por lo que su mantenimiento, aunque fuere solo por un determinado periodo en el proceso, carece de sentido, salvo que se pretenda dar efectos que la ley no ampara”⁴⁶⁹.

Como complemento, afectos de una mayor comprensión respecto de la diferenciación existente entre nulidad y exclusión probatoria, Hamilton CASTRO TRIGOSO⁴⁷⁰, plantea las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, es necesario no perder de vista que la nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio ya que comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba.
2. En segundo lugar, no ha de olvidarse que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro de la Constitución y, en general, dentro del ordenamiento jurídico del país. Esta trascendencia iusfundamental o, si se quiere, constitucional, no está necesariamente presente en la regulación de la nulidad procesal que está referida más bien a las

⁴⁶⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 83.

⁴⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 83.

⁴⁶⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág.226.

⁴⁷⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 85.

irregularidades, graves y menos graves, presentadas en el trámite del proceso.

Finalmente, Hamilton CASTRO TRIGOSO sostiene que: “Aun cuando es indudable que las causales de la nulidad, fundamentalmente las que se vinculan con la nulidad absoluta, pueden tener una connotación constitucional – ausencia del abogado defensor, incompetencia de los jueces, etc.-, no es su esencia. De allí que en materia de nulidades rija el principio de taxatividad por el cual ellas pueden ser invocadas y declaradas únicamente si están previstas por la ley, lo que no sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad dimana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales. Es por ello que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento”⁴⁷¹.

En la doctrina española, el problema de la diferenciación entre la nulidad de pleno derecho regulada en el artículo 238.3 de su Ley Orgánica del Poder Judicial y la ineficacia de la prueba ilícita prevista en el artículo 11.1 de la misma ley, también ha sido objeto de discusión.

Al respecto, José Antonio DÍAZ CABIALE y Ricardo MARTÍN MORALES, señalan tres argumentos muy interesantes a efectos de distinguir a la exclusión probatoria de las demás causas de nulidad: “a) La exclusión probatoria extiende la competencia funcional del órgano jurisdiccional en la medida en que, por ejemplo, tiene que enjuiciar previamente si determinadas actuaciones policiales son vulneratorias de derechos fundamentales, lo que no sucede tratándose de la nulidad de pleno derecho. b) La exclusión probatoria no sólo implica la ineficacia directa del acto vulneratorio sino que también extiende un efecto reflejo o indirecto sobre los actos que se deriven del originario”⁴⁷². Así, señalan que “es importante no confundir los supuestos de prueba refleja con el juego del artículo 238.3 (...)”⁴⁷³.

Ante esto, dichos autores citan como ejemplo el caso siguiente: se trata de un registro domiciliario sin orden judicial en el que no cabe utilizar la droga incautada, ni la declaración del testigo cuya existencia se conoció en el marco de dicha diligencia (exclusión de prueba ilícita). Sin embargo, si el registro se realiza con

⁴⁷¹ Ídem.

⁴⁷² Citados por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 85.

⁴⁷³ Ibídem. Pág. 86.

orden judicial, pero sin las formalidades procesales exigidas como la presencia de testigos (no es prueba ilícita porque la causa del hallazgo de la droga no es la lesión del derecho de defensa –ausencia de testigos), la nulidad generará la ineficacia del registro, impidiendo la utilización de la droga, la declaración del policía que lo practicó, pero no la del testigo cuya existencia se conoció durante el registro.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte que los citados autores distinguen a ambos, partiendo de los efectos reflejos de prueba ilícita. Es decir, entienden que los efectos reflejos se generan de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, mas no de la nulidad de una prueba que no se constituye en esa categoría -piénsese en la prueba irregular o ilegal-.

De modo opuesto, para Manuel MIRANDA ESTRAMPES: “El incumplimiento de las normas procesales penales que regulan la obtención y/o práctica de las pruebas, en cuanto que cumplen, como regla general, una función de garantía, debe tener el mismo tratamiento y efectos que los supuestos de pruebas inconstitucionales”⁴⁷⁴. Para el autor: “Las pruebas irregularmente practicadas son pruebas de valoración prohibida, por cuanto su utilización como prueba de cargo podría vulnerar el derecho a la presunción de inocencia”⁴⁷⁵. Ante esto, precisa el autor, tratándose del incumplimiento de meras formalidades sin mayor trascendencia o de la colisión de normas procesales que no cumplen una función garantista, “no existiría obstáculo alguno para su admisión y valoración por el Tribunal sentenciador”⁴⁷⁶.

Dadas las precisiones anterior, corresponde ahora trabajar puntualmente: la prohibición de admisión y la prohibición de valoración, respectivamente. Para estos efectos, se recurrirá a la explicación realizada por Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴⁷⁷, en el siguiente apartado.

⁴⁷⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 86.

⁴⁷⁵ Ídem.

⁴⁷⁶ Ídem.

⁴⁷⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Págs. 95-103.

7.1.1. LA *INUTILIZZABILITÀ* COMO PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA

Para iniciar el presente tema, resulta relevante mencionar a las dos vertientes existentes que versan sobre la ineficacia de la prueba ilícita; así tenemos a aquella que estatuye que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse a nivel de admisión; y por otro lado, a aquella que entiende que ha de establecerse a nivel de valoración.

Conviene subrayar en este apartado –entonces- la precisión dada por Antonio GIMÉNEZ PERICAS⁴⁷⁸, en lo respectivo a las tendencias de la práctica forense o procesal norteamericana y continental. Así, se advierte que en la práctica procesal norteamericana se hace uso de la *exclusionary rule*, de manera tal que el medio de prueba obtenido ilícitamente se rechaza en el momento de su aportación, es decir, de su pretendida admisión. Sin embargo, la práctica procesal llevada a cabo en el derecho continental difiere de la norteamericana, en tanto el rechazo suele operar en la sentencia.

Ante esto, Valentín SILVA MELERO precisa lo siguiente: “Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”⁴⁷⁹. Esto es, que la ilicitud de la prueba -en principio- ha de rechazarse en el momento de su aportación al proceso, sin embargo, si lograrse ingresar a este, en ningún caso ha de ser útil para fundamentar una sentencia.

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que en un primer momento se alude a la prohibición de la admisión de la prueba, lo que en líneas generales persigue que la prueba ilícitamente obtenida no ingrese al proceso, de ninguna forma, ya que de darse el caso, no podrá ser empleada para condenar. El rechazo de esta en el momento de aportación de pruebas, se sustenta en que si lograrse su ingreso al proceso, podría tornarse susceptible para fundamentar otro tipo de resoluciones; por ejemplo, acusación, medidas cautelares, etc., lo cual no es considerado legítimo.

Lo dicho en el epígrafe anterior implica, como lo expresa Manuel MIRANDA ESTRAMPES, que: “El control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en

⁴⁷⁸ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Págs. 95.

⁴⁷⁹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Págs. 95.

sede de admisión de las pruebas. Corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales⁴⁸⁰. Al mismo tiempo, el autor sostiene que: “Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes⁴⁸¹. Además, el autor acota que: “Un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita⁴⁸²”.

En esta línea de pensamiento, MUÑOZ SABATE manifiesta que: “Nuestra concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de hacer viables la tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrando su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada⁴⁸³”.

A efectos de darle mayor visión a lo expuesto en el epígrafe que precede, es posible afirmar que seguir la posición que postula la ineficacia de la prueba ilícita en sede de admisión, implica que el tribunal que ha de juzgar el asunto al momento de adoptar la decisión condenatoria o absolutoria ni siquiera conocerá del elemento probatorio que se vio contaminado por la ilicitud, por cuanto será el Juez de Garantía (en el Perú: Juez de Investigación Preparatoria), en una fase previa al desarrollo del Juicio Oral, en la audiencia de preparación del mismo, el encargado de excluir o no dicha prueba. Por ende, si adopta la decisión de excluirlo, y dicha decisión no es revocada por la Corte de Apelaciones respectiva

⁴⁸⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 138.

⁴⁸¹ Ídem.

⁴⁸² Ídem.

⁴⁸³ Citado por NAZZAL MORGUES, Rodrigo Bernardo. Ob Cit. Pág. 28.

en sede de apelación, el Juicio Oral tendrá que necesariamente desarrollarse sin dicho elemento probatorio, sin que puede introducirse por ningún medio en atención a la exclusión. Por el contrario, si la calificación de ilicitud se realizada en sede de valoración de la prueba, ocurrirá que el elemento probatorio será necesariamente rendido a través de algún medio de prueba en el Juicio Oral, y por ende será conocido por el Tribunal enjuiciador, el cual se encontrará sujeto a la prohibición de valorar dicho medio al momento de formar su convicción. Entonces, los jueces una vez que conocen las circunstancias de su obtención, y deciden declararlo ilícito, tendrán que hacer un ejercicio mental que consiste en una supresión hipotética, pues no pueden considerarlo de modo alguno para fundar la sentencia. El problema radica justamente en que una vez establecido el contacto de esta prueba y el juez, este último ya tomó conocimiento de su contenido o información y, bajo el deber de rechazo, se obliga la supresión, y puede inconscientemente no dejar de influir en su convicción.

Ahora bien, en la legislación española, atendiendo al contenido del artículo 11.1 de la L.O.P.J, la expresión “*no surtirán efecto*”, a criterio de Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴⁸⁴, no hace referencia exclusiva al momento de valoración de la prueba, sino que también compromete al momento procesal de su admisión, por más que expresamente no lo haya considerado así.

De manera semejante, Víctor MORENO CATENA⁴⁸⁵ criticaba la redacción del citado artículo, en lo respectivo a la omisión del legislador de contemplar la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente, siendo que tal precepto fija las luces únicamente en el valor de los mismos, lo que hace sobreentender que su ingreso se efectuó.

En consonancia con los autores citados, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁴⁸⁶, plantea que la mejor forma de conseguir que las pruebas ilícitas no surtan efecto, es justamente impidiendo que ingresen a la causa, y que si en todo caso han logrado su ingreso, corresponde excluirlas. En apoyo de esta tesis, continuando con la legislación española, corresponde citar el artículo 90.1⁴⁸⁷ del Real Decreto

⁴⁸⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Págs. 95-96.

⁴⁸⁵ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 96.

⁴⁸⁶ Ídem.

⁴⁸⁷ El citado precepto declara que: “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen

Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, norma que prevé expresamente como causal de inadmisión de pruebas, a aquellas que hayan sido obtenidas con la conculcación de derechos fundamentales o libertades públicas. A su vez, en el Proyecto Profesorado de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en el año 1974, el artículo 549º, en su párrafo segundo, establecía que: “En el caso de que cualquiera de los medios expresados se hubiera admitido y resultasen que se hallan comprendidos en la prohibición del presente artículo, el Tribunal los tendrá como no propuestos, mandando devolverlos al representante si se tratara de documentos o de alguno de los medios del artículo 547 –que se refería a los medios mecánicos de reproducción-, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que se hubiera contraído”.

En el derecho comparado, la Constitución brasileña del 5 de octubre de 1988 establece en su artículo 5.1, núm. LVI, la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, lo que para BARBOSA MOREIRA⁴⁸⁸, resulta una solución radical.

Se encuentra en esta línea, a decir de Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴⁸⁹, el artículo 283.3⁴⁹⁰ de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, al extender el juicio de admisibilidad de las pruebas, no únicamente a su pertinencia y utilidad, sino más bien a su licitud. Así también, el artículo 287.1 del citado cuerpo normativo, prescribe que: “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”.

Frente a las notables insuficiencias en la regulación legal del trámite de admisión o inadmisión de pruebas que dificultan el proceso penal español, partiendo del artículo 11.1 de la L.O.P.J, que al parecer guarda silencio en esta materia. El Tribunal Constitucional español, expresamente, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, afirmaba en su fundamento jurídico quinto que: “El concepto de

y del sonido, salvo que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.”

⁴⁸⁸ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 96.

⁴⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 96.

⁴⁹⁰ El citado precepto, declara a la letra que: “nunca de admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por ley”.

“medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución, pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido”. Entonces, de acuerdo al criterio del TC en la sentencia en mención, la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas ilícitamente se fundamenta en la *impertinencia* – en sentido amplio- de estas pruebas. Sin embargo, para Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁴⁹¹, la equiparación que realiza dicho tribunal, de los términos *pertinencia* y *licitud*, no resulta muy afortunada.

Al respecto, para PICÓ JUNOY⁴⁹², el hecho de que tanto la impertinencia como la ilicitud de la prueba produzcan idéntica consecuencia jurídica (inadmisión), no significa que ambos caracteres deban confundirse, pues tienen una diferente configuración conceptual, respondiendo su inadmisión a motivos o causas distintas. Tampoco ha de confundirse con aquellos otros juicios relativos a su conducencia, o relevancia.

Entonces, dice Manuel MIRANDA ESTRAMPES: “A los efectos de evitar la desnaturalización del concepto técnico-procesal de *pertinencia* sería deseable que, de *lege ferenda*, el legislador consagrara expresamente en nuestro texto procesal penal la ilicitud de las pruebas propuestas como causa autónoma de inadmisión procesal, distinta de la impertinencia de las mismas”⁴⁹³. De todas formas dice el autor: “esta falta de previsión legislativa, insistimos, no es obstáculo para defender en la actualidad la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas al amparo precisamente de lo dispuesto en el artículo 11.1 L.O.P.J, cuando proclama que “no surtirán efecto”⁴⁹⁴.

Además, explica José María ASECIO MELLADO, que: “Sostener, como en ocasiones se ha hecho que no puede declararse en una fase temprana (la exclusión de la prueba ilícita) por cuanto pueden aparecer posteriormente otros elementos probatorios, significa tanto como atribuir a la prueba ilícita un valor incriminatorio evidente y, lo que es peor, una situación compleja desde un punto de vista meramente procedimental, pues al momento de valorar la relación de

⁴⁹¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 98.

⁴⁹² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 98.

⁴⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 98.

⁴⁹⁴ *Ibidem*. Págs. 98-99.

causalidad entre las diferentes pruebas habría siempre que contar materialmente con la ineficaz, la que debería haber sido excluida físicamente de las actuaciones”⁴⁹⁵.

En suma, en el proceso penal peruano, corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, en sede de admisión, el adecuado control sobre la ilicitud de las pruebas que se ofrezcan en la acusación y; en consecuencia, examinar que estas no se hayan obtenido con vulneración de derechos constitucionales. De haber sido evidenciada la presencia de alguna prueba ilícita por el juez, entonces, corresponde que dicho magistrado de oficio, la excluya, no siendo necesario que dicha exclusión sea instada por las partes. Para ello, se advierte que el artículo 150 del Código Procesal Penal de 2004 faculta declarar de oficio la nulidad de las actuaciones procesales que adolezcan de defectos que afecten el contenido esencial de los derechos y garantías constitucionales. Además, el artículo 155.2 del cuerpo normativo en mención, consagra la inadmisión de las pruebas prohibidas por la ley, dentro de las cuales pueden incluirse a las pruebas ilícitamente obtenidas.

En efecto, si en el desarrollo de las diligencias preliminares o en la Investigación Preparatoria se pretende incorporar una fuente de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y el juzgador no ha declarado su exclusión de oficio, el imputado, en atención al artículo 71.4 del CPP de 2004, puede hacer uso de la vía de tutela ante el juez de la Investigación Preparatoria, en defensa de sus derechos, solicitando la inadmisión de la prueba ilícita como una medida de corrección.

En cuanto a esto, la Corte Suprema de Justicia, de la República peruana, en el Acuerdo Plenario N. ° 4-2010/CJ-116, ha señalado que:

“Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 CPP. La

⁴⁹⁵ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 226.

posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona –que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del CPP y de la utilización de la prueba- regulado en el artículo 159 del acotado Código- que establece 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. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección”⁴⁹⁶.

Como es posible advertir de la lectura del citado extracto del Acuerdo Plenario en mención, la Audiencia de Tutela de Derechos, dada su naturaleza residual, será la vía idónea para solicitar la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, cuando no exista una vía propia para ese propósito. En otras palabras, dicha audiencia será el camino correcto siempre y cuando no exista en el ordenamiento jurídico procesal otro mecanismo para la reclamación del derecho afectado. De esta manera, de existir otros instrumentos específicos para tal efecto, la Audiencia de Tutela de Derechos no será la vía pertinente.

Respecto a lo anotado, cabe acudir al fundamento jurídico décimo del acuerdo en mención, el cual expresamente señala que:

“Los derechos protegidos a través de esta audiencia son los que se encuentran taxativamente en el artículo 71 del CPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos imputados, (ii) conocimientos de las causas de detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv)

⁴⁹⁶ Corte Suprema de Justicia de la República. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116. F. J. n.º 17

designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, inmediatamente, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones legales, (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado”.

Ahora bien, habiendo precisado lo anterior, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA⁴⁹⁷ crítica que únicamente los derechos expuestos el artículo 71 del Código Procesal Penal peruano de 2004 sean protegidos vía la Audiencia de Tutela, ya que de esto se infiere que los demás derechos fundamentales (no contenidos en dicho precepto normativo) que no tengan una vía propia, quedarían desprotegidos del proceso penal, siendo la única opción la de recurrir a los procesos constitucionales.

Sin embargo, lo prefijado en el mencionado Acuerdo Plenario, a tenor del artículo I numeral 3 del Título Preliminar del CPP de 2004, que faculta a las partes a ejercer sus facultades y derechos previstos en la Constitución, y del artículo X del Título Preliminar del citado cuerpo normativo, resulta un tanto incompatible.

Sin ir muy lejos, como lo señala Elky Alexander VILLEGAS PAIVA⁴⁹⁸, el propio artículo 71 del CPP de 2004, en su numeral 1, señala expresamente que “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”. De esta

⁴⁹⁷ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 228.

⁴⁹⁸ Ídem.

forma se advierte que el precepto en mención no restringe la protección únicamente a los derechos enunciados en su numeral 2.

Asimismo, el cuarto numeral de este mismo artículo del Código Procesal Penal, que regula la procedencia de la audiencia de tutela, no la restringe a cuando se haya afectado alguno de los derechos expuestos en el segundo numeral de este artículo (art. 71 CPP), sino que por el contrario prescribe que el imputado puede acudir en vía de tutela en los siguientes supuestos:

- Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a las disposiciones del artículo 71 del CPP de 2004, en clara referencia a los numerales 1 (derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la Ley) y 2 (los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la policía).
- Cuando los derechos del imputado no son respetados. En este supuesto se refuerza lo regulado en el numeral 1 del artículo 71 del CPP de 2004, pues no infiere que está referido a todos los derechos del imputado regulados en la Constitución Política y dispersos en el CPP de 2004, con excepción de aquellos para cuya tutela existan mecanismos procesales específicos.
- Cuando el imputado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas.
- Cuando existan requerimientos ilegales.

Entonces, en atención a lo expuesto, seguida la noción de SÁNCHEZ CÓRDOVA, la Audiencia de Tutela de Derechos: “No se restringe a estos supuestos (art. 71.2 CPP) sino más bien a cualquier estado de indefensión o perjuicio, siempre que no exista otro medio idóneo para resguardar los derechos de las partes”⁴⁹⁹.

Ahora bien, ha de mencionarse también que otro momento procesal en el que puede solicitarse la inadmisión de la prueba obtenida ilícitamente es, como lo indica Elky Alexander VILLEGAS PAIVA⁵⁰⁰, en la audiencia preliminar (arts. 351 y 352 del CPP de 2004), momento en el que las partes tendrán la posibilidad de

⁴⁹⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 230.

⁵⁰⁰ Ibídem. Pág. 231.

debatir sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida y; en consecuencia, el juez deberá decidir sobre la misma. Además, las partes o, en todo caso, la Fiscalía deben solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la única prueba existente sea ilícita o las otras, tengan su causa en esta.

Todo esto, porque lo que se trata de impedir con la prohibición del ingreso de la prueba ilícitamente obtenida al proceso (excluyéndola) es, en principio, que el Tribunal enjuiciador, en la etapa del juicio oral, entre en contacto con esta prueba y tome conocimiento de la información contenida en esta. En concreto, colocar la barrera contra la prueba ilícita en sede de admisión tiene como fin evitar los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita.

7.1.2. LA INUTILIZZABILITÀ COMO PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Sobre esto, conviene precisar que ya se había hecho mención de aquellas dos vertientes que tratan sobre la ineficacia de la prueba ilícita y, en cuenta a eso, se ha desarrollado en el apartado anterior aquella que impide el ingreso de la prueba ilícita al proceso (inadmisión) con motivo de su inutilizabilidad, por lo tanto, corresponde ahora estudiar a aquella que coloca la barrera en el momento de su *valoración*, esto, si la prueba ilícitamente obtenida llegara a ser incorporada al proceso.

En relación con esto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES refiere que, esto aplica: “Para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento, de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia”⁵⁰¹.

De esta manera, se advierte que dicho juzgador no podrá basar su convicción en pruebas así obtenidas. Lo que dicho de otro modo significa que los resultados probatorios no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente como para destruir la presunción de inocencia. Y; en consecuencia, para Manuel

⁵⁰¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 101.

MIRANDA ESTRAMPES, “la prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida”⁵⁰².

Con respecto a este punto, GUARIGLIA se refiere a la prohibición de valoración de la prueba ilícita, declarando lo siguiente: “Significa sustraer del conocimiento de los jueces no el objeto de prueba, lo cual solo sucede en la prohibición de *temas de prueba, o limitaciones absolutas*, sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba”⁵⁰³. Concluye el autor expresando que: “En resumen, lo característico de la prueba ilícita es su carencia de validez y eficacia probatoria, lo que se traduce en la práctica en la prohibición de valoración para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria”⁵⁰⁴.

En la doctrina italiana TONINI refiere que: “L’inutilizzabilità è un tipo di invalidità che si traduce direttamente in un limite al libero convincimento del giudice. I divieti probatori, per opera dell’art 191, costituiscono una sorta di “prova legale negativa” nel senso che il legislatore esclude alcuni elementi di prova dal materiale che è utilizzabile dal giudice per prendere una decisione e motivarla (La inutilizabilidad es un tipo de discapacidad que se traduce directamente en un límite a la convicción libre del juez. Las prohibiciones de prueba, según el artículo 191, constituyen una especie de “prueba legal negativa” en el sentido de que el legislador excluye algunas pruebas elementales del material que puede utilizar el juez para tomar una decisión y motivarla)”⁵⁰⁵. Dicho brevemente, la característica atribuida a la prueba ilícita es su carencia de validez y de eficacia probatoria, lo que implica, a decir de Manuel MIRANDA ESTRAMPES, “la prohibición de valoración para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria”⁵⁰⁶. De esta forma, como explica el autor, “para el caso en que el juzgador hubiere infringido esta prohibición formando su convicción sobre la base

⁵⁰² Ibídem. Pág. 102.

⁵⁰³ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 102.

⁵⁰⁴ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 161.

⁵⁰⁵ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 102.

⁵⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 102.

de una prueba ilícitamente obtenida, la sentencia de condena que dicte podrá combatirse mediante los recursos legalmente establecidos”⁵⁰⁷.

Es así que, como continúa explicando Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁵⁰⁸, a efectos de hacer posible el control de la ilicitud o licitud de las prueba por la vía de los recursos, la jurisprudencia exige que cuando el Tribunal sentenciador considere que una prueba es inválida, ya sea por no respetar las garantías constitucionales o la legalidad ordinaria, deberá recoger en el *factum*, tanto el contenido de la misma como las circunstancias de su práctica. Ello, con la finalidad de que el Tribunal superior que deba revisar la sentencia, pueda pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre su toma o no en consideración de tal diligencia, por causas de ilicitud o nulidad. Esto implica, además, el deber de motivación impuesto en el artículo 20.3 de la C.E., en lo concerniente a la exposición de los motivos o razones sobre las cuales decidió la licitud o ilicitud de una prueba.

Ahora bien, en el marco del proceso penal regulado en el Código Procesal Penal peruano de 2004, si la prueba ilícita llegase a ser incorporada al proceso, en atención del artículo 159° del citado cuerpo legal, el juez deberá excluirla de la valoración, por no poder emplear, directa ni indirectamente, aquellas fuentes o medios de prueba que hayan sido obtenidos con vulneración del *contenido esencial* de los derechos fundamentales de la persona.

Al respecto, en cuanto a la posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para solicitar que se declare la ineficacia de la prueba ilícita, se advierte que ello es posible, ya que se trata de la vulneración de derechos fundamentales, tales como: el derecho a la integridad, no autoincriminación intimidación, secreto de las comunicaciones, entre otros. Asimismo, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA sostiene que: “debemos recordar que el acudir a los procesos constitucionales solo debe ser de forma subsidiaria conforme a lo estipulado en el artículo 5°, inciso 4 del Código procesal constitucional, por lo que solo después de haber agotado los mecanismos internos que tiene la justicia ordinaria, en nuestro caso el proceso penal en concreto, se podrá acudir en un segundo momento a la justicia

⁵⁰⁷ Ídem.

⁵⁰⁸ Ídem.

constitucional”⁵⁰⁹. En atención a esto, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido que únicamente se puede evaluar la ilicitud de medios probatorios por medio de un hábeas corpus contra resoluciones judiciales, esto es, cuando exista una sentencia que defina la situación jurídica de un procesado.

Entonces, en una primera etapa del proceso penal, es posible hacer uso de la tutela de derechos para solicitar la exclusión del material ilícito del proceso y de modo consecuente, se repare el derecho fundamental vulnerado, luego se tiene la audiencia de control de acusación y el juicio oral. Y, como señala Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, “solo después de ello, se podrá acudir a la justicia constitucional”⁵¹⁰. Además, recalca el autor que la prueba ilícita no solo puede ser empleada para acusar o dictar sentencia de condena, sino que puede además ser empleada como sustento para requerir –por ejemplo- alguna medida cautelar. Es el caso de la Prisión Preventiva, cuando en la audiencia se toma en cuenta alguna prueba ilícita para sustentar la resolución que declara fundado dicho requerimiento, y si además es confirmada ante el recurso de apelación que se haya interpuesto al respecto. En este –refiere el autor- es viable a acudir al proceso constitucional de hábeas corpus, a efectos de solicitar el cese inmediato de la vulneración de la libertad individual del imputado.

Para concluir, la postura Asumida por el Perú, es la de del criterio de inutilizabilidad o ineficacia probatoria, como consecuencia de la inadmisión de una fuente de prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales o, como explica Pablo TALAVERA ELGUERA⁵¹¹, la exclusión de valoración de un medio de prueba que se incorporó indebidamente al proceso, o su derivada o efecto reflejo. La inadmisibilidad rige entonces no solamente funciona para el caso de la prueba impertinente, inútil o inconducente, sino también en el supuesto de la prueba obtenida ilícitamente. Finalmente, en cuanto a la ineficacia probatoria, es decir, a su no valoración, se trata de una consecuencia prevista de manera expresa en la Constitución Política del Perú cuando se señala en el artículo 2°.10 que “los documentos obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”; y en

⁵⁰⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 232.

⁵¹⁰ Ídem.

⁵¹¹ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 161.

el artículo 2°.24.h), cuando prescribe que “carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”.

7.1.2.1. EL EFECTO PSICOLÓGICO DE LA PRUEBA ILÍCITA

En las páginas que anteceden se advierte que la regulación de la prueba ilícita en los distintos ordenamientos jurídicos es divergente; sin embargo, de la interpretación sistemática de los preceptos relacionados al tema en el ordenamiento jurídico nacional, es posible concluir que cuando una prueba es calificada de ilícita en sede de valoración, el Tribunal Sentenciador ha de inutilizarla para fundar su convicción dado que ella carece de las cualidades exigidas para constituirse como una prueba de cargo válida.

Al respecto, uno de los problemas que desencadena el ingreso de la prueba ilícita al proceso, es el denominado efecto psicológico que puede generar en la conciencia del tribunal, el cual bajo el deber de rechazarla, ha de suprimir obligatoriamente de su psiquis la información proporcionada por esta; no obstante, dicha actividad no podrá evitar la incidencia causada por esta prueba en el subconsciente del juzgador o, en todo caso, no podrá eliminar toda la influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso.

Así, dicha problemática abarca, para Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁵¹², la eventual incidencia que pueda llegar a tener los elementos de prueba ilícitos en la conciencia del juzgador.

Como lo explica SOOD⁵¹³, los jueces cuando van a decidir sobre un caso, se encuentran con dos tipos de metas a alcanzar. De un lado, cumplir su deber que como magistrado tiene respecto al cumplimiento de la ley y, de otro, como cualquier persona cuenta con un sentido interno de que es “justo” o “correcto”, meta que también busca cumplir. Cuando estas dos aspiraciones no se ven enfrentadas, no se genera ninguna dificultad. El problema radica, pues, en cuanto se presentan enfrentadas, de tal manera que el juez lejos de optar por alguna de estas: aplicación de la ley vs convicción de justicia, se inclinará por elaborar una

⁵¹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 109.

⁵¹³ Citado por INIGUEZ ORTIZ, Eduardo y FEIJOÓ CAMBIASO, Raúl. (2017). El poder oculto de la prueba ilícita: Una aproximación psicológica. Editorial Themis. En Línea. <Publicación disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19820/19866>>. Pág. 174. [Consulta 17 agosto 2017]

teoría del caso o solución que le permita incluir su idea de justicia dentro de los límites de la ley.

Lo dicho en el párrafo anterior, traducido en lo referente a la prueba ilícita, en palabras de Eduardo IÑIGUEZ ORTIZ y Raúl FEIJOÓ CAMBIASO quiere decir que: “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”⁵¹⁴.

Ahora bien, recurriendo a la doctrina española, en palabras de Joan PICÓ I JUNOY: “El efecto psicológico de la prueba ilícita lo podemos definir como el reflejo indirecto que la prueba ilícita puede causar en el enjuiciamiento judicial de los hechos consistente en valorar inconscientemente los datos que la misma incorpora”⁵¹⁵. Así, “al juez se le obliga a desechar toda la información que aporta la prueba ilícita, pero lo cierto es que habrá visto lo que no tenía que haber visto o habrá oído lo que no tenía que haber oído, y ello, inconscientemente, puede causar efecto en el enjuiciamiento final de los hechos litigiosos”⁵¹⁶.

Conviene citar en este punto el principio de la probática de “todo lo que prueba es prueba aunque no sea prueba”, desarrollado por MUÑOZ SABATÉ. En virtud de tal principio, Joan PICÓ I JUNOY explica que: “Existen huellas invisibles para la investigación que aparecen en la motivación de la sentencia por el juez, muchas veces sin plena conciencia de ello. Y esto es precisamente lo que sucede con la prueba ilícita, pues en las millones de neuronas del córtex cerebral del juez circulan los resultados logrados con la ilicitud probatoria que, por mucho que lo intente, no podrá acabar de eliminar”⁵¹⁷.

Visto desde esta perspectiva, en la línea de pensamiento de MIRANDA ESTRAMPES⁵¹⁸, la declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta

⁵¹⁴ IÑIGUEZ ORTIZ, Eduardo y FEIJOÓ CAMBIASO, Raúl. Ob Cit. Págs. 174-175.

⁵¹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. (Mayo 2012). El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita. Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL. En Línea. <Publicación disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>>. Pág. 35. [Consulta 20 agosto 2017].

⁵¹⁶ Ídem.

⁵¹⁷ Ibídem. Pág. 36.

⁵¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 110.

insatisfactoria, pues una vez que el juzgador ha tomado contacto con esta prueba, resulta muy complejo que pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio de la causa. En consecuencia, puede afirmarse que precisamente esta, la principal virtud de la regla de exclusión del Derecho Norteamericano, mediante la cual se evita la admisión de las pruebas ilícitamente obtenidas al proceso.

Aunado a esto, SILVA MELERO, destaca que: “Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, caso de haberlos sido, no deben ser tenidos en cuenta, lo que es bastante difícil porque, independientemente de su origen vicioso, puede influir en la valoración de la prueba –en conjunto- o –conforme a conciencia- pues no cabe eludir las influencias de tipo psicológico al formar su convencimiento”⁵¹⁹.

Ante la situación problemática expuesta, Joan PICÓ I JUNOY⁵²⁰ cita posibles soluciones, las cuales serán resumidas en el siguiente párrafo:

- En primer lugar, aceptando la imposibilidad de que el juez pueda subjetivamente desvincularse de la realidad fáctica introducida por la prueba ilícita, puede defenderse que el resultado de la misma, una vez incorporada en el proceso, debe poder ser valorado conjuntamente con el resto de los medios probatorios, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que haya podido incurrir el causante de la violación del derecho fundamental en la obtención de la prueba (posición con la que autor no se muestra de acuerdo).
- La segunda solución postula la recusación del juez que ha tenido contacto con dicha prueba al objeto de garantizar plenamente que no surta efecto alguno.
- Otra posible solución es articular un procedimiento en el que la admisión y práctica de la prueba se atribuya a dos órganos jurisdiccionales distintos: el primero, encargado de sustanciar la preparación del juicio (así, en el proceso civil, admitir la demanda y contestación y celebrar la audiencia previa; o en el proceso penal, dirigir la investigación de los hechos que

⁵¹⁹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 110.

⁵²⁰ Ibídem. Págs. 36-37.

tienen apariencia de criminalidad, y el segundo, encargado de celebrar el juicio —con práctica de la prueba— y dictar sentencia).

- Finalmente, la cuarta solución consiste en controlar la ineficacia de la prueba ilícita mediante la motivación de la sentencia. (Posición que ha sido implícitamente recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se prevé en algunos preceptos (así, por ejemplo, sucede con el art. 54.3 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado).

Frente a esta última solución, MIRANDA ESTRAMPES estima que: “No es suficiente con las exigencias que derivan de la necesaria motivación fáctica de las sentencias”⁵²¹, ya que como expone DE MARINO⁵²², dicha solución pudiere ser aceptada siempre que la prueba prohibida fuere la única prueba relevante, pero lo normal es que concurren varias pruebas y, en este caso, las pruebas prohibidas pueden influir en la fuerza de convicción de las demás. O, dicho de otro modo, como explica el mismo Joan PICÓ I JUNOY: “Cabe que el juez inconscientemente sobrevalore la prueba lícita más allá de lo razonable”⁵²³. Sin embargo, PICÓ I JUNOY refiere que: “El sentido común debe imponerse por encima de cualquier solución radical, por lo que entiendo que la debida motivación judicial (...) es suficiente para lograr el razonable equilibrio entre la justa necesidad de evitar que una prueba ilícita tenga efecto alguno y la humana función de juzgar”⁵²⁴.

Al respecto, más realista sería, a decir de MIRANDA ESTRAMPES⁵²⁵, aquella solución en mérito de la cual se aparta del proceso al juez o miembros del jurado que han tenido contacto con el material ilícito. Es decir, dicho juzgador tendría que abstenerse y en caso de no hacerlo, correspondería su recusación. Postura defendida por SENTÍS MELLEDO, quien expresa que: “La única manera correcta me parece que será eliminar del proceso al juez, separarlo de los autos en que tales elementos figuran y que él no podido por menos haber conocido”⁵²⁶.

En resumen, no puede negarse que efectivamente el conocimiento al que tiene acceso el juzgador, proporcionado por la prueba ilícitamente obtenida, puede inconscientemente influir en su convicción, lo cual como se ha señalado ya, esta

⁵²¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 110.

⁵²² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Págs. 110-111.

⁵²³ PICÓ I JUNOY, Joan. OB Cit. Pág. 37.

⁵²⁴ Ídem.

⁵²⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit, Pág. 112.

⁵²⁶ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit, Pág. 112.

proscrito. Ahora, en cuanto a las posibles soluciones transcritas, ha de señalarse que ninguna de ellas cumple a carta cabal la finalidad que persigue sin soslayar otros intereses. Es así que en esta investigación la regla de exclusión de la prueba ilícita en cuanto referida a la proscripción de su admisión a proceso es también cuestionada, puesto que no se considera sea la solución frente a la problemática que en sí plantea la presencia de la prueba ilícita en cuanto al enfrentamiento que acarrea entre el derecho fundamental del investigado, derecho a la verdad, el derecho de la víctima y demás derechos también merecedores de tutela jurídica.

Es más, la regla de exclusión no se configura como una solución que opta por reconciliar dichos extremos enfrentados, sino que por el contrario se inclina a favor de uno de ellos, esto es, al correspondiente a la salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado. Ante ello, entonces, cabe analizar si este remedio realmente corresponde a sus fines, o existen otros mecanismos que puedan ser más eficaces y, si es así, el fundamento atribuido –a la fecha- a la regla de exclusión, carecería de sustento.

7.2. LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA –DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO (THE FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE)

El reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita corresponde también a una de las cuestiones problemáticas que deriva del estudio de la teoría de la prueba ilícita o prohibida

En líneas generales, la eficacia refleja de la prueba ilícita supone la extensión de la ilicitud de la prueba originariamente obtenida (afectando el contenido esencial del derecho fundamental incoado) a todas aquellas pruebas que deriven su conocimiento a partir del conocimiento de la originariamente ilícita. Es decir, han de entenderse como efectos reflejos a aquellos supuestos en los que la prueba derivada pese a haber sido obtenida de modo lícito, ha de rechazarse, en tanto tiene su causa en conocimientos seguidos en forma ilícita (prueba originaria o directa).

Dicho lo anterior, resulta preciso destacar la relación existente entre la prueba ilícita por derivación y la *doctrina del fruto del árbol envenenado*. Por lo tanto, se hace necesario el desarrollo de la citada teoría.

El origen de esta doctrina, lo encontramos en la jurisprudencia estadounidense, concretamente en la sentencia de 1920 en el caso *Silverthone Lumber Co. vs. United States*. Luego en 1939 en la sentencia del caso *Nardone vs. United States*.

Entre otras aportaciones, la sentencia *Silverthone Lumber Co. vs. United States*, constituye a nivel jurisprudencial el punto de arranque de la “doctrina del fruto del árbol envenenado”. En el citado caso ocurrió que se entregó documentación, cuya existencia había sido descubierta por Agentes Federales mediante un allanamiento ilegal. Dos magistrados, en un voto singular, expresaron que en su opinión, la acusación no podía emplear la información obtenida durante un registro inconstitucional para luego solicitar la emisión de una autorización judicial que ordene la entrega de documentos, cuya existencia allí fue conocida. Entonces, si el registro es inconstitucional era el “árbol envenenado” y, en consecuencia, la toma de conocimiento de tales documentos, eran su “fruto”, también envenenado. Pues, en concreto, para el Juez Oliver Wendell Holmes: “(...) la esencia de un provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte, sino que no sea utilizado en absoluto”⁵²⁷.

En conclusión, en el citado caso, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos, sino también el resto de las pruebas obtenidas o recabadas a partir de los mismos no eran utilizables.

Además, la citada sentencia continuaba diciendo: “Por supuesto esto no significa que los hechos así obtenidos se conviertan en sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se consigue mediante una fuente independiente pueden ser probados como cualquiera otros, pero el conocimiento adquirido por la acción ilícita del gobierno no puede ser utilizado por él de la manera propuesta”.

Como ha de advertirse, el Juez Holmes ya había tratado lo que en adelante sería denominada la excepción o la doctrina de la fuente independiente, que a decir de Carlos FIDALGO GALLARDO, “no es excepción a la doctrina del fruto del árbol envenenado sino consecuencia de su misma lógica de encadenamiento de causas y consecuencias”⁵²⁸.

⁵²⁷ *Silverthone Lumber Co. vs. United States*. (1920). 251 U.S. 385. Pág. 392.

⁵²⁸ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 435.

En esta misma línea de pensamiento, en el caso *Nardone vs. United States*, el Tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Así, el Ponente Juez Frankfurter, señaló que: “Prohibir el uso directo de ciertos métodos, pero no poner límites a su pleno uso indirecto solo provocaría al uso de aquellos mismos medios considerados incongruentes con estándares éticos y destructivos de la libertad personal”. Además, en este caso la Corte Suprema configuró la *attenuation doctrine*, en mérito a la cual, la prueba derivada ha de ser admitida si la relación entre la obtención de pruebas y el origen ilegal de la fuente de conocimiento es lo suficientemente débil, como para que la violación originaria no llegue a manchar la prueba refleja.

Más adelante, como da cuenta Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁵²⁹ se tiene el caso *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en un supuesto en que el acusado fue sujeto a una detención ilegal, aunque se le informó de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la Enmienda V, se estimó que la exclusión alcanzaba también a las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicho conexión o relación causal.

Ahora bien, habiéndose dilucidado el origen de la doctrina en mención, en la doctrina española, según Carlos FIDALGO GALLARDO⁵³⁰, bajo la denominación de la doctrina del fruto del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), se recogen todas aquellas reglas jurisprudenciales, en virtud de las cuales los materiales probatorios obtenidos lícitamente, a cuyo conocimiento se haya llegado como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios ilícitos, están igualmente viciados de ilicitud y por tanto deben ser también inadmitidos en la fase decisoria del proceso penal.

⁵²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 139.

⁵³⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 434.

Por su parte, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, se muestra partidario de esta doctrina al expresar que: “La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas”⁵³¹.

En la doctrina de Argentina, Jimena Celeste KEDIKIAN RENAUDEAU⁵³² entiende que por la doctrina del fruto del árbol envenenado la ilegalidad de la prueba inicial invalida todas aquellos actos que con ella tengan un relación directa o indirecta. Es decir, deben suprimirse todos los actos que sean consecuencia de la actividad ilícita. O, dicho de otro modo, el conocimiento adquirido con base en el acto viciado también comprende el acto regular como efecto directo, reflejo y necesario del acto irregular, es decir, como fruto del árbol envenenado.

Por su parte, para el autor colombiano Jairo PARRA QUIJANO: “Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basados en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”⁵³³.

En la doctrina nacional, afirma Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ expresamente que: “Esta teoría sostiene que se deben excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas. Aquí hay ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto a los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se pueden aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita”⁵³⁴.

También, para Juan Carlos CABRERA ZEGOVIA⁵³⁵ existen efectos reflejos de la prueba ilícita en aquellos supuestos en los que la prueba ha sido obtenida de modo lícito, pero se ha llegado a ella en atención a conocimientos derivados de actos ilícitos. Es el caso del detenido, que en un interrogatorio ilegal revela el lugar en

⁵³¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 113.

⁵³² Citada por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 90.

⁵³³ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 53

⁵³⁴ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 53

⁵³⁵ Ídem.

el que se ocultó las armas y el botín del robo, la Policía acude al Fiscal y este solicita al Juez la orden de allanamiento que permitirá ingresar al predio en donde se tras encontrarse lo revelado por el detenido, se levanta el acta correspondiente (incautación o secuestro).

Por consiguiente, los efectos reflejos de la prueba ilícita son aquellos referidos a la extensión de la aplicación de la regla de exclusión, es decir, la prohibición de valorar pruebas ilegales alcanza también a las pruebas que se deriven de aquéllas, acogiendo la doctrina del fruto del árbol envenenado. Entonces, vale precisar que la extensión de la sanción de ilicitud no solo recaería sobre la prueba originaria, sino también por sobre todas aquellas otras pruebas que tienen como fuente a la prueba originariamente ilícita, por lo que las mismas deben también quedar excluidas, en atención al nexo causal existente entre ellas.

Ante esto, Hamilton CASTRO TRIGOSO, citando a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, expresa: "(...) lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originariamente violatorio de derechos fundamentales y el acto consecuencia del primero". Agrega, "sin embargo, que el establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado que desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tienen la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces"⁵³⁶.

Ahora bien, corresponde ahora determinar el alcance y los límites de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

Al respecto, un sector de la doctrina viene sosteniendo la exigencia de un *nexo de causalidad* entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada de esta. Esto es, como explica Manuel MIRANDA ESTRAMPES, "que existirá una relación causal cuando las pruebas derivadas, siendo en sí mismas consideradas lícitas tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita"⁵³⁷.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas que se derivan en cadena, ha de señalarse que también existe una excepción que ha desarrollado la doctrina, denominada

⁵³⁶ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 54.

⁵³⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 117.

“el nexo causal debilitado o excepción de la mancha diluida”, precisamente porque en la cadena de derivación de las pruebas, se van presentando factores que pueden ir atenuando la conexión causal, tema que más adelante se desarrollará con mayor precisión.

A modo de conclusión, cabe precisar que la eficacia refleja de la prueba ilícita involucra una relación causal entre la prueba ilícita primigenia y la prueba derivada, que cuando dicha causalidad se atenúa, encontramos entonces el debilitamiento de la regla de exclusión, lo que supone que no siempre y en todos los casos la doctrina del fruto del árbol envenenado será aplicable, ello en virtud de las excepciones establecidas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita derivada o refleja. Aunque, desde otra perspectiva, el autor español José María ASECIO MELLADO⁵³⁸, plantea la posibilidad de admisión de la prueba refleja, atendiendo a las siguientes reglas:

- Primero: la necesidad de admitir un efecto reflejo en todos aquellos casos, en que de lo contrario resultaría burlada la propia prohibición de utilización, ello sería así, en general, en los supuestos de intervención de las comunicaciones o interrogatorios ilícitos, en los que se extrajeran datos no tutelados por la orden de interceptación y, en el caso de los interrogatorios ilícitos habría que adherirse a la posición de inprovechabilidad de cualquier resultado reflejo.
- Segundo: Cabría la posibilidad de convalidación de la prueba refleja siempre que se subsana la anterior. Por ejemplo, nuevo interrogatorio con métodos lícitos. Por el contrario sería dudoso extender una nueva orden de intervención más amplia que recogiera –a posteriori- los datos aparecidos casualmente en la interceptación ilegítima o legítima.
- Tercero: En general habría que realizar en cada caso la real relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la lícita en aquella fundamentada. Igualmente será susceptible de contrastación la proporcionalidad entre la lesión del derecho fundamental, su incidencia en la nueva prueba y el hecho perseguido.

⁵³⁸ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 55.

Conceptualmente, la comprensión de la prueba derivada o refleja no presenta mayor complejidad. Sin embargo, lo complejo de su tratamiento se expone en la determinación de esta en el plano fáctico, ello a la luz de las diferentes exigencias doctrinales y jurisprudenciales que demarcan su configuración. De esta manera, el análisis de las reglas señaladas en el epígrafe anterior y de las diferentes *excepciones* a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba refleja cobra relevancia, en tanto propugnan la admisibilidad de la prueba derivada de una ilícita.

VIII. TEORÍAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como bien decía José Carlos BARBOSA MOREIRA⁵³⁹, existen dos posiciones radicales, en cuanto a las consecuencias jurídicas o procesales de la prueba obtenida ilícitamente. Según la primera postura, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud en su modo de obtención no ha de anular su eficacia probatoria y; en consecuencia, esta ha de ser admitida y valorada, de modo que se configure en un elemento útil para formar el convencimiento del juez, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Por otro lado, para la segunda postura, el derecho no puede acreditar o legitimar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilícitamente obtenida.

8.1. POSTURAS FAVORABLES A SU ADMISIÓN Y VALORACIÓN

Tradicionalmente un importante sector doctrinal se inclinaba en favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Y, como explica Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁵⁴⁰, incluso se afirmaba que estas no se encontraban afectas de nulidad y podían ser empleadas por el órgano jurisdiccional para formar su convicción sobre los hechos de las causa.

Entre otros argumentos, el argumento matriz en favor de la validez de la prueba ilícita se encontraba en la proclamación de la *verdad material* como fin del proceso

⁵³⁹ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 151.

⁵⁴⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 53.

penal y; en consecuencia, de la prueba procesal. De esta manera, todo aquello que pudiera ser utilizado para la consecución de la verdad material habría de ser valoración por el juzgador, a efectos de lograr su convicción. Además, como explica MIRANDA ESTRAMPES⁵⁴¹, se consideraba irrelevante para los efectos de su apreciación, el modo de obtención de las pruebas, ya que en cuanto al agente infractor de la norma, se admitía el establecimiento de eventuales sanciones (disciplinarias, civiles o penales).

En esta perspectiva, MUÑOZ SABATÉ decía que: “Ciertamente la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse el resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito”⁵⁴².

En España, la Sala 2 del T.S, en la sentencia de 29 de marzo 1990 (R. Ar. 2647), respecto a la fundamentación de la admisibilidad de la prueba ilícita, resume en su fundamento de derecho segundo que: “Tradicionalmente la doctrina, en los supuestos como el ahora examinado, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual”.

Además, otro de los fundamentos esgrimidos a favor de la utilización de la prueba ilícita es aquel basado en el principio de libre apreciación o valoración de la prueba. Al respecto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES expresa que: “Tal interpretación suponía, en realidad, una distorsión del verdadero significado de dicho principio”⁵⁴³, ya que como refería WALTER⁵⁴⁴ no ha de entenderse a tal como libertad de utilización. De modo concordante VESCOVI⁵⁴⁵ decía que el principio de libre apreciación de la prueba no conlleva la autorización a pronunciarse sobre la base de una prueba ilegítimamente obtenida o

⁵⁴¹ Ídem.

⁵⁴² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 54.

⁵⁴³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 54.

⁵⁴⁴ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 54.

⁵⁴⁵ Ídem.

inválidamente constituida. Entonces, la libre apreciación de la prueba se encuentra referida únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos.

Se suscribe lo expuesto por MARTÍ SÁNCHEZ, quien apunta que: “Si se viola un derecho fundamental para buscar la realidad, un hecho delictivo “no inventado”, podrá, o incluso deberá, sancionarse a quien así se comporte, para limitar abusos de ese modo de actuar, pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe, pues de esa manera se extralimita la protección del derecho fundamental del posible autor y se recorta en exceso el derecho de todos los demás ciudadanos, incluida la víctima”⁵⁴⁶. Y, aunque parezca una afirmación involucionista, ello no es así, puesto que, como se ha ido afirmando ya a lo largo de esta investigación, la sobreprotección de los derechos del procesado o extremo garantismo del proceso penal, frente a la presencia de la prueba obtenida ilícitamente, de generar la impunidad del hecho sometido a investigación, no hacen más que anular los derechos colectivos de la sociedad y, como dijo el autor citado, de la propia víctima. Por lo tanto, se considera que restarle valor probatorio a la prueba ilícita conlleva convalidar un mal por otro mal. En este sentido, la ilicitud del actuar del ente persecutor o agente infractor no convierte en lícito el actuar del imputado, y, por tanto, las consecuencias de tal acto no debiesen ser probatorias, dejando a salvo la admisibilidad y valoración de la prueba.

Por otro lado, juez norteamericano Cardozo, en el caso *Defoe vs. United States* de 1926, admitía que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por la vulneración cometida.

Entre estos extremos, como refiere acertadamente Pablo TALAVERA ELGUERA⁵⁴⁷ se han propuesto soluciones más matizadas. Existen quienes consideran que la complejidad del problema que comporta la prueba prohibida repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Y, ello tiende a ser así por el alto costo jurídico y social que conlleva la exclusión de evidencias o de pruebas ilícitas en desmedro del interés estatal público y demás derechos fundamentales subjetivos. Así, visto desde esta perspectiva, continúa el autor: “Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en

⁵⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 56.

⁵⁴⁷ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Ob Cit.* Pág. 151.

sus varios aspectos. Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida”⁵⁴⁸.

En resumen, quienes asumen esta postura, la cual se suscribe, no desprecian el respeto y protección de los derechos fundamentales, pero en atención a los fines del proceso penal, y haciendo una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, consideran que debe prevalecer la reconstrucción de la verdad material. Por lo tanto, proponen otro tipo de consecuencias a la ilicitud, que, sin afectar la eficacia probatoria de la fuente de prueba, sanciona el acto ilícito (agente infractor).

8.2. POSTURAS CONTRARIAS A SU ADMISIÓN Y VALORACIÓN

Frente a un minoritario sector doctrinal que apoya la admisibilidad y valoración de la prueba ilícita, para VIVES ANTÓN⁵⁴⁹, en contraposición, estima que solo la verdad obtenida con el respeto de las reglas básicas que impone el respeto a los derechos fundamentales, puede ser jurídicamente válida. Para el autor, dichos derechos trazan y delimitan el camino a seguir para la adquisición de conocimientos jurídicamente válidos. Así, aquellos elementos obtenidos mediante la transgresión de los derechos fundamentales, deben rechazarse. No se cuestiona que su *verdad* resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración.

En Estados Unidos, la posición que aboga por la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, es la denominada regla de exclusión (exclusionary rule), que constituye una barrera puesta a la incorporación de la prueba ilícita en sede de admisión.

En España, esta postura se traduce en el artículo 11.1 de la L.O.P.J y, en cuanto a esta norma, Manuel MIRANDA ESTRAMPES destaca que: “En la actualidad la discusión se centra en determinar el alcance de la regla de exclusión contenida en dicho precepto, una vez descartadas las posturas favorables a la admisión de

⁵⁴⁸ Ídem

⁵⁴⁹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 56.

esta última (el autor se refiere a la prueba ilícita) en aras al principio del predominio de la *verdad material* en el proceso penal⁵⁵⁰.

Como ha de advertirse, la discusión frente a la eventual admisibilidad y eficacia de la prueba ilícita ha sido aparentemente superada al acogerse legislativamente la *exclusionary rule*, pese que esta no resulte en una solución saludable ni idónea.

En la presente investigación, se pretende reabrir dicho debate, pero centrando – en principio- el análisis crítico en la naturaleza y fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

IX. MECANISMOS DE CONTROL DE LA PRUEBA ILÍCITA

Dentro de este marco corresponde el desarrollo de dos temas: la apreciación de oficio o a instancia de parte y el momento procesal oportuno para denunciar la ilicitud.

En cuanto a lo primero, en la doctrina española, destaca MIRANDA ESTRAMPES⁵⁵¹, el silencio del contenido del artículo 11°.1 de la L.O.P.J española, frente al control de la ilicitud probatoria, es decir, que no esclarece si la misma ha de realizarse de oficio por el juzgador, o en su caso, Tribunal o a instancia de parte.

Al respecto, algunos autores sostienen la necesaria alegación de la parte interesada, pues consideran que lo contrario podría suponer la aceptación tácita de los resultados de la prueba obtenida de modo ilícita. En esta línea de pensamiento, GIMÉNEZ PERICAS, precisa que: “Si no se alega ante el Tribunal la vulneración específica de un derecho fundamental lesionado por una actuación irregular o tajantemente ilegal e la obtención de la fuente de prueba la parte hipotéticamente lesionada ha aceptado tácitamente el resultado de la pesquisa, la aportación del material ocupado, etc., interviniendo en el debate contradictorio sobre los datos aportados”⁵⁵².

La postura expuesta en el párrafo que antecede, es apoyada por cierto sector doctrinal en el artículo 793.2 LECri, la cual regula la denominada Audiencia

⁵⁵⁰MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 56.

⁵⁵¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 143.

⁵⁵² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 143.

Saneadora en el Procedimiento Ordinario, cuyo tenor era el siguiente: “(...) a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la vulneración de un derecho fundamental (...)”. Más adelante, lo prestablecido en la citada norma se mantiene en el artículo 786°.2 según la redacción de la Ley 38/2002.

En cuanto a esta posición, Manuel MIRANDA ESTRAMPES estima que: “El hecho de que dicho precepto condicione a la instancia de parte la apertura del turno de intervenciones no es obstáculo para que el Juez pueda apreciar de oficio que la prueba ha sido obtenida ilícitamente”⁵⁵³.

De modo concordante, frente a una eventual aceptación tácita del resultado probatorio obtenido ilícitamente, FERNÁNDEZ ENTRALGO refiere que: “La posibilidad de una ratificación tácita del acto ilegítimo de obtención de prueba obligaría a plantear el siempre espinoso problema de la disponibilidad de los derechos y libertades fundamentales”⁵⁵⁴. Y, en este mismo sentido, para PICÓ I JUNOY⁵⁵⁵, no cabe la convalidación tácita de derivada de la actitud pasiva del litigante, que perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia.

Ahora bien, como estima FERNÁNDEZ ENTRALGO⁵⁵⁶ la doctrina actual se inclina por aquella posición en la que el control de la legitimidad de las pruebas debe realizarse de oficio por el órgano jurisdiccional, quien podrá rechazarlas por *impertinentes*, cuando tengan un origen viciado de ilicitud. En consecuencia, no sería, en virtud de la posición del autor, necesario que la ilicitud de la prueba sea alegada por la parte interesada, siendo que además ha de rechazarse la posibilidad de convalidar el resultado probatorio derivado de una práctica ilícita, derivada de la pasividad de la parte hipotéticamente perjudicada por esta prueba.

En todo caso, para Manuel Miranda Estrampes ya sea en el procedimiento de admisión o en el acto del juicio oral, si el juez estimara que alguna de las pruebas propuestas es ilícita, con carácter previo a cualquier pronunciamiento, ha de conceder audiencia a las partes para que pueda desarrollarse el debate respectivo. Así, para MONTERO AROCA: “Que no parece razonable que el juez,

⁵⁵³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 143.

⁵⁵⁴ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 144.

⁵⁵⁵ Ídem.

⁵⁵⁶ Ídem.

sin que las partes puedan debatir la cuestión, declare la ilicitud en la obtención de una fuente de prueba, pues ello podría significar, poner a la parte que propuso el medio en situación de indefensión”⁵⁵⁷. En atención a esto, lo que se pretende es que en la resolución que resuelva tal incidente se respeten los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, de forma similar a la fase de enjuiciamiento.

Ahora bien, en cuanto al momento procesal oportuno para denunciar la ilicitud, hay quienes sostienen que la eficacia práctica de la teoría de la prueba ilícita depende, en gran medida, de la solución que se adopte en este ámbito. Lo que en términos generales implica evitar, como se ha explicado con anterioridad, los efectos psicológicos de las pruebas ilícitas.

En este orden de ideas, Manuel MIRANDA ESTRAMPES refiere que: “La expresión “no surtirán efecto” que utiliza el artículo 11° .1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, no significa que se haga referencia exclusivamente al momento de la valoración o apreciación de la prueba, sino que comprende también el momento procesal de su admisión”⁵⁵⁸.

En este sentido LOPEZ BARJA DE QUIROGA señala que: “Precisamente la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa y, si han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella; es decir procediendo a su exclusión material”⁵⁵⁹.

La inadmisión de una prueba ilícita, es precisamente para el citado autor una especie de filtro, que garantizará su no incorporación al proceso, y por lo tanto será efectiva su exclusión material y se evitará de esta forma, el peligro del contacto entre este elemento ilícito y el juez.

En España, la jurisprudencia ha establecido que la prueba ilícita puede ser controlada en el momento procesal de admisión y al efectuar la valoración probatoria. Así, como precisa Pablo TALAVERA ELGUERA⁵⁶⁰, en la jurisprudencia española se viene exigiendo que cuando el Tribunal sentenciador considere que una determinada prueba es inválida por no respetar las garantías constitucionales

⁵⁵⁷ Ídem.

⁵⁵⁸ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. 161.

⁵⁵⁹ Ibídem. Págs. 161-162.

⁵⁶⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. 162.

o de legalidad ordinaria, la sentencia deberá recoger en el *factum*, tanto el contenido de la misma como las circunstancias de su práctica, para que el Tribunal superior que deba revisar la sentencia pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre la toma o no en consideración de tal diligencia por razones de ilicitud o nulidad.

En EE.UU. se emplea la moción de supresión de evidencia, de esta manera como refiere Pablo TALAVERA ELGUERA, “El mecanismo de control de la prueba ilícita más utilizado es la moción de supresión (*motion to suppress*). La audiencia de supresión únicamente se celebrará si el acusado interesado en la exclusión de determinados materiales probatorios presenta una moción de supresión, la cual se define como “el instrumento (procesal) por el que la cuestión de si determinados materiales probatorios deberían ser excluidos en razón de su obtención en violación (de derechos constitucionales) se plantea ordinariamente en un caso criminal”⁵⁶¹. En este orden de ideas, agrega el autor que: “La moción de supresión debe formularse necesariamente por escrito, y en ella deberán especificarse las pruebas cuya exclusión se pretende, y explicitar con cierto detalle el fundamento legal o constitucional que se invoca, sin que sea suficiente afirmar genéricamente que las pruebas son inadmisibles por ser “ilegales” o inconstitucionales”.⁵⁶²

Finalmente, Pablo TALAVERA ELGUERA dice: “Por lo general, el Juez que dirige la audiencia de supresión debe decidir sobre la moción de supresión antes del juicio oral, en cuyo caso el acusado deberá reiterar su moción si no quiere que su derecho recaiga. La regla de exclusión se aplica a instancia de parte interesada y debidamente legitimada, por el cauce de la moción de supresión presentada en tiempo y forma, de cuya consideración concluye el juez que se produjo una violación constitucional en la obtención de las pruebas que se pretende aportar al juicio”⁵⁶³.

En la legislación Chilena, de acuerdo al análisis de la regla de exclusión contenida en el artículo 276 del Código Procesal Penal se optó por sancionar la ineficacia de la prueba ilícita en sede de admisibilidad. Esto quiere decir que la oportunidad procesal donde se discuta la ilicitud de un elemento probatorio será en la audiencia

⁵⁶¹ídem.

⁵⁶² ídem.

⁵⁶³ ídem.

de preparación de juicio oral, en la cual, mediante una resolución fundada pronunciada por el Juez de Garantía, éste deseche la prueba. Además, dicho sistema prevé una segunda oportunidad para hacer valer la ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente, esto es, mediante la interposición de un recurso de nulidad, para que sea la Corte Suprema la que decida si debe excluirse o no dicha prueba.

Ante esto, en la doctrina nacional, Pablo TALAVERA ELGUERA da cuenta que: “En el trámite procesal de admisión, el juez debería de rechazar, incluso de oficio, la prueba obtenida ilícitamente. Se considera que este es el momento oportuno para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba que trata de incorporarse al proceso, no pudiendo contentarse con que la prueba sea relevante –pertinente y útil- para el caso en cuestión. La ilicitud de la prueba, insistimos, debe actuar como causa de inadmisión procesal. No sería necesario, además, que la ilicitud fuera alegada por alguna de las partes”⁵⁶⁴. Entonces el momento oportuno para realizar el análisis sobre la “ilicitud” o “licitud” de una prueba es el momento procesal de admisión y nada impediría que el rechazo de la prueba ilícita pueda ser de oficio por el juez. Esto es, pese a que el Código Procesal Penal de 2004 no regula el momento procesal en el que se puede plantear la exclusión de la prueba ilícita. Pero, en atención a su artículo 155°.2 el juez en la fase de admisión de pruebas debe excluir las pruebas prohibidas por la ley, entre las cuales se encuentra la prueba ilícita. Y, dicho momento de admisión no es otro que la audiencia preliminar (arts. 351° y 352°). Sin embargo, ello no significa en modo alguno que en la Investigación Preparatoria no se pueda al amparo del art. 71°.4 solicitar al Juez de Investigación Preparatoria se excluya la prueba ilícita. Además, el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 contempla la posibilidad de solicitar vía Tutela de Derechos la exclusión de prueba ilícita (actos de investigación obtenidos afectando derechos fundamentales); este supuesto exige que los medios de prueba o actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación. Entonces, como lo expresa Juan Carlos PORTUGAL SÁNCHEZ: “Si bien la audiencia de tutela de derechos constituye el mecanismo apto para excluir evidencia, cierto es también, que ante una derrota en ella, por defecto, es posible plantear, por su manifiesta ilicitud, la exclusión de

⁵⁶⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 162.

la prueba dentro del control de admisibilidad probatorio que realiza el Juez de Investigación Preparatoria en el marco de una audiencia de control sustancia de la acusación, o bien, por último, solicitar su inutilización de valoración en juicio oral. Son dos los momentos, entonces, en donde es posible impulsar la exclusión de prueba prohibida, y uno para impulsar su inutilización”⁵⁶⁵.

Por otro lado, en cuanto a la legitimación de la parte, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, refiere que: “No es necesaria una especial legitimación ni quien invoque la *inutilizabilidad* de las pruebas, es decir, no ha de requerirse que el peticionario haya sido objeto en sí mismo de la lesión del derecho fundamental presuntamente vulnerado”⁵⁶⁶.

Ante esto, VESCOVI⁵⁶⁷ considera que no es necesario que la parte contra quien se pretende introducir la prueba en el juicio, cuente con una legitimación especial, es decir, que sea sujeto pasivo de la violación legal. En opinión del autor, la parte en el juicio cuenta con dicha legitimación por principio, derivada justamente por esta calidad.

Además, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵⁶⁸ da cuenta de lo sostenido en la jurisprudencia de España, concretamente en la S.T.S. de 8 de marzo de 1999 (R. Ar.1954) en donde se cuestionaba la legitimación del condenado para alegar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia, al no ni remitente ni destinatario del encargo. Ante esto, se admitió “su legitimidad para alegar la nulidad de una diligencia o prueba por haberse obtenido con violación de derechos fundamentales de un tercero, puesto que incluso el Tribunal enjuiciador de oficio debe dejar de ponderar pruebas en cuyo desarrollo haya mediado transgresión de tales derechos...”. Esta doctrina ha sido mantenida también en pronunciamientos posteriores: SS.T.S. 1 junio 2001 (R. Ar. 4587), 20 julio de 2001 (R. Ar. 6504).

⁵⁶⁵ ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, NEYRA FLORES, José Antonio, PAÚCAR CHAPA, Marcial y PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos. (2018). La Prueba en el Proceso Penal Peruano. Centro de Estudios de Derecho procesal Penal. Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. En Línea. <Publicación disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2017/proceso_penal.pdf>. Pág. 63. [Consulta 13 marzo 2018].

⁵⁶⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 144.

⁵⁶⁷ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). Ob Cit. Pág. 143.

⁵⁶⁸ Ídem.

El Tribunal Constitucional del Perú, ha manifestado -al respecto- que al ser la licitud uno de los principios que regula la actividad probatoria de las partes, corresponde al órgano jurisdiccional verificar que tal principio se cumpla.

Además, por las funciones de saneamiento y preparación a juicio, se considera que la solicitud de exclusión de prueba ilícita puede ser presentada en la fase intermedia o en la de enjuiciamiento, sin embargo el estadio procesal más oportuno es en la primera. Y, dicho procedimiento de exclusión debe seguir las características básicas del juicio.

En definitiva, no ha de obviarse que frente a estos mecanismos de control que buscan impedir el ingreso de la prueba ilícita al proceso o, en todo caso, determinan su exclusión o inutilizabilidad, existen las doctrinas inmerecidamente denominadas “excepciones”, que permiten apartarse de la aplicación restringida de tal regla. Que aunque pueden resultar muy cuestionables, forman parte del fenómeno del debilitamiento de la regla de exclusión.

SUBCAPÍTULO 6

LA REGLA DE EXCLUSIÓN - UN ESTUDIO COMPARADO

I. DEFINICIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Para abordar adecuadamente el presente tema, resulta necesario manifestar que, en orden a la creación o génesis de esta regla, cuyo nacimiento se encuentra en la Jurisprudencia Estadounidense, su concepción, es decir, sus límites y alcances se han reconsiderado en más de una ocasión. Por ello, se iniciara su estudio partiendo de una concepción más acorde al inicio de su creación y, en lo posterior de este capítulo, en el apartado correspondiente su fundamento, la extensión de su concepción se hará más notable.

Resume adecuadamente lo expuesto, Carlos FIDALGO GALLARDO, al definir a la regla de exclusión de la siguiente manera: “La regla de exclusión (*exclusionary rule*), elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, es aquella regla jurisprudencial según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidas por las enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Décimo cuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el Juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados”⁵⁶⁹.

La institución arriba definida, para FIDALGO GALLARDO constituye: “(...) la respuesta jurídica establecida por el ordenamiento estadounidense para una cuestión que se plantea en todos los sistemas procesales del mundo: cuál es el tratamiento que debe darse en juicio a los materiales probatorios obtenidos mediante acciones contrarias al ordenamiento jurídico, cuando se pretende aportarlos a un proceso judicial porque se considera que contienen información esclarecedora de los hechos enjuiciados”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 50.

⁵⁷⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. (mayo 2003). La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos De América. Madrid-España. En Línea. <Publicación disponible en <https://www.moreana.es/wp-content/uploads/2013/10/Fidalgo-La-regla-de-exclusio%C2%A6%C3%BCn.pdf>>. Pág. 15. [Consulta 15 de julio 2016]

Como es posible leer del citado concepto, el autor conceptualiza a la *exclusionary rule*, de modo descriptivo e integrando los diversos elementos que la configuran en su génesis, es por ello que restringe a la misma, únicamente a supuestos de vulneración derechos fundamentales de naturaleza procesal y, además, la enmarca únicamente en la actuación ilegal de agentes federales, sin considerar las infracciones en las que pudieran incurrir particulares.

Al respecto, es imperioso precisar que lo expuesto por el autor, a tenor de lo hasta aquí dilucidado en la investigación, no resulta incorrecto ni mucho menos incompleto, sino que pone en relieve la importancia de conocer su fundamento, es decir, la razón para la cual se concibió.

Visto desde esta perspectiva, muy correctamente refiere MIRANDA ESTRAMPES⁵⁷¹, que el fenómeno de universalización de la regla de exclusión, hace que su naturaleza, alcance y efectos dependa de cual sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento.

Por consiguiente, de la fundamentación de la que se parta, derivaran importantes consecuencias, ya que como explica ASECIO MELLADO: “El margen de actuación de los tribunales en su apreciación, la posible delimitación de la prueba derivada o la existencia misma de esa prohibición no inmediata, la competencia de los Tribunales Constitucionales que puede ponerse en duda si la prueba ilícita no deriva de la infracción de un derecho fundamental y la forma y momento de la apreciación de la infracción, toda vez que, en suma, podría equipararse sin mayores reparos a la nulidad de los actos procesales y quedar sujeta a sus mismas o similares consecuencias”⁵⁷².

Una aproximación a su fundamento, se tiene del caso *Weeks v. United States*, del año 1914, a partir del cual el más Alto Tribunal Estadounidense ha esbozado numerosas sentencias, que como explica el mismo autor, “han ido añadiendo o quitando elementos a la regla, precisando los presupuestos de su aplicación y el ámbito sustantivo al que se extiende, definiendo más agudamente sus perfiles, o

⁵⁷¹ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 207.

⁵⁷² Ídem.

reconsiderando los fundamentos y resultados de anteriores decisiones a la luz de las circunstancias sobrevenidas”⁵⁷³.

En los últimos tiempos, por influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericana, se acoge un fenómeno de extensión del término *regla de exclusión*, con el que se está haciendo referencia a la expulsión del proceso penal de todas aquellas pruebas (directas o reflejas) obtenidas conculcando derechos fundamentales o garantías constitucionales.

En el Perú, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal recepciona la regla en mención y también una prohibición de valoración probatoria. En general, en los Códigos Procesales Penales latinoamericanos aprobados en los últimos años se incorpora la regla de exclusión, estableciendo la prohibición de admisión y valoración de aquellas pruebas ilícitamente obtenidas. Incluso, en algunos de estos se ha reconocido expresamente la eficacia refleja de la prueba ilícita.

Recientemente, el Código de Procedimiento Penal de Colombia, recoge esta regla en su artículo 23°, el cual declara lo siguiente: “Art. 23. *Cláusula de exclusión*. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

La consecuencia, de la regla de exclusión, es –entonces-, la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida, aplicable tanto a la prueba directa u originariamente ilícita, como a la derivada de esta. De esta forma, el órgano jurisdiccional no podrá emplear dichas pruebas viciadas para formar su convicción.

Lo dicho hasta aquí supone, como expresa Carlos FIDALGO GALLARDADO, que: “La actual configuración de la regla de exclusión es el resultado del proceso de decantación e integración de diversos elementos dispersos, que han ido formando un complejo entramado de Derecho Jurisprudencial a medida que nuevos

⁵⁷³ FIDALGO GALLARDADO, Carlos. Ob Cit. Pág. 50.

pronunciamientos judiciales iban abordando nuevos aspectos y procuraban resolver adecuadamente los problemas que se le planteaban”⁵⁷⁴.

En la actualidad puede afirmarse que la regla de exclusión se erige como un principio de origen jurisprudencial, derivado de la consecuencia jurídico-procesal de toda prueba, en cuyo procedimiento de obtención se ha vulnerado derechos fundamentales. Entonces, cuando una prueba -que sirva para verificar la comisión de un delito- haya sido obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos en la constitución, resulta ser procesalmente inadmisibles y; en consecuencia, ha de ser rechazada o excluida como elemento de juicio.

En esta perspectiva, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA estima que: “Se denomina regla de exclusión a la exigencia de que aquellas fuentes o medios de pruebas que hayan sido obtenidas o incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales, no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir, no deberán ser admitidas ni valoradas en el proceso”⁵⁷⁵.

Sin embargo, como se ha citado antes, el estudio del fundamento de la regla de exclusión, no ha de concebirse como un simple capricho teórico, sino que ha de ser entendido como un referente a partir del cual se comprenderá su naturaleza, sus alcances, restricciones, efectos, particularidades y problemas. En consecuencia, la concepción que de ella se tenga, deriva del modelo teórico de su fundamento con el que se la explique.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

En principio, después de la promulgación de la *Bill of Rights*, y durante sus primeros ciento veinte años de vigencia, se siguió la norma tradicional del *Common Law*. Esto es, que era aceptado y admitido que la vulneración de las disposiciones constitucionales en el desarrollo de las investigaciones, no impedía la admisibilidad de las pruebas ilícitamente obtenidas, ellas serían valoradas en atención a su relevancia probatoria intrínseca y la fiabilidad de la información en ellas contenida. De esta manera, (i) no se privaba al proceso penal de los

⁵⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 49.

⁵⁷⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *Ob Cit.* Pág. 207.

elementos de juicio necesarios para esclarecer los hechos de la causa, (ii) el delincuente era sancionado penalmente por el delito cometido y (iii) no se privaba a la víctima de delito ni a la sociedad como tal de la satisfacción de ver al perturbador de la convivencia social, sancionado conforme al ordenamiento jurídico. En cuanto al perjudicado por el agente infractor –que podía ser el acusado o un tercero-, se preveía su compensación por los daños y perjuicios derivados de la afectación de su derecho vulnerado. Para ello, el agente infractor tenía la obligación de tal indemnización (*damages*) a través del correspondiente proceso civil, sin perjuicio de las eventuales sanciones penales y/o administrativas a que hubiere lugar.

El criterio tradicional expuesto en el epígrafe anterior se mantuvo hasta el año 1914, en el que la Corte Suprema Federal, en la sentencia del caso *Weeks vs. United States*, establece la idea de que la Constitución implícitamente exige la exclusión de los materiales probatorios obtenidos con la vulneración de los derechos procesales constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones civiles, penales, administrativas o de otro tipo a que hubiere lugar. Esta idea, como da cuenta Carlos FIDALGO GALLARDO⁵⁷⁶, acabó imponiéndose en los años sesenta, y así actualmente es lugar común en la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en los Estados Unidos. Es así que para el Juez Wendell Holmes (*Silverthorne Lumber Co vs. United States*), sin la regla de exclusión las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Décimo cuarta serían una fórmula vacía.

Ahora bien, también es posible afirmar que, pese a que el origen directo de la regla de exclusión se encuentra en la Sentencia del caso *Weeks vs. United States*, la Sentencia del caso *Boyd vs United States*, en 1886, pese a no introducir la regla de exclusión, es considerada como el primer paso en el camino a su adopción. Así, en el citado caso la regla de exclusión estuvo relacionada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE.UU, por ello, como expresa Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, “en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU⁵⁷⁷, así tenemos el

⁵⁷⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 83.

⁵⁷⁷ Las Enmiendas Cuarta y Quinta señalan lo siguiente: Artículo IV: No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas. Artículo V: Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de

caso Boyd vs United States, en 1886, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se cuestionó una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad. La Corte excluyó la prueba por considerar que la aportación de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quién fue obligado a hacerlo, violaba la Cuarta y Quinta Enmiendas Constitucionales⁵⁷⁸.

En este punto, corresponde precisar que, como ha de notarse, se ha indicado al inicio de este apartado que el origen de esta institución tuvo lugar a partir de la Sentencia del caso *Weeks vs. Uniter States*, sentencia comprendida como el arranque de la línea jurisprudencial de la regla de exclusión; sin embargo, lo cierto es que existe cierto sector que sitúa a la misma en la Sentencia del caso *Boyd vs United States* en el año 1886, como es el caso de autor citado. Sin embargo, ha de precisarse que, como explica Carlos FIDALGO GALLARDO, “*Boyd* es más bien un antecedente, “la primera pista de que una regla de exclusión podría ser introducida en el futuro”⁵⁷⁹. Para el autor “*Boyd* aporta ideas y muestra determinadas tendencias y actitudes que treinta años después serían decisivas para la introducción de la regla de exclusión”⁵⁸⁰.

Puntualmente en *Boyd*, se afirmó que los documentos privados no podían ser objeto de confiscación en ningún caso, por lo que cualquier autorización y confiscación de tales materiales sería *irrazonable* y; en consecuencia nula por razón de su objeto. Como ha de advertirse, nada se decía de cualquier otro material no privado, por lo tanto no quedaba cubierto por la posibilidad de exclusión. En tal sentido, en el caso, la exclusión configuraba una especie de subproducto de la prohibición de prestar testimonio involuntariamente de la Quinta Enmienda, aplicable únicamente a documentos tales como papeles o libros –pero no materiales tales como drogas o armas. Ello dado que el carácter irrazonable de la confiscación se sustentaba en la concurrencia del riesgo de autoincriminación forzada. En definitiva, *Boyd* no estatuyó una regla de exclusión basada en la Cuarta Enmienda, sino una embrionaria basada directamente en la

Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.

⁵⁷⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 208.

⁵⁷⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 96.

⁵⁸⁰ Ídem.

Quinta Enmienda, aplicable únicamente a los supuestos de violación de la garantía contra *unreasonable searches and seizures* de la Cuarta, cuando existiese riesgo de autoincriminación prohibida dada la naturaleza documental y privada de los materiales confiscados. Y, como resulta evidente, esta es una idea distinta de lo que más adelante sería la aplicación de la regla de exclusión en el marco de la Cuarta Enmienda.

Lo cierto de la afirmación plasmada líneas atrás, en cuanto a la declaración de que *Boyd* no introdujo en estricto la regla de exclusión, cobra sentido en el análisis de la Sentencia del caso *Adams v. New York* en el año 1904, en donde se confirmó la vigencia de la regla tradicional de Derecho Común, según la cual, como ya se ha precisado, la ilicitud en la obtención de las pruebas no impedía su admisibilidad al proceso penal. En palabras de la Corte: “Aun admitiendo que los billetes de lotería y los materiales (relacionados con el juego) fueron confiscados ilegalmente, de todos modos no hay causa legal para oponerse a su admisión como pruebas (en el juicio). Si la autorización judicial de registro fuera ilegal, o si el agente de Policía que la ejecutase se extralimitase en su autoridad, la persona que emitió la autorización o el agente serían responsables por el ilícito; pero eso no es motivo para excluir los documentos confiscados como prueba si fuesen relevantes para la cuestión debatida, como en este caso lo eran sin lugar a dudas. Cuando se aportan documentos como prueba en juicio, el Tribunal no puede prestar atención a como fueron obtenidos, fuese legal o ilegalmente (...)”⁵⁸¹.

Por ello, como explica Carlos FIDALGO GALLARDO, “no puede calificarle como un paso atrás con respecto a *Boyd*, ya que, como hemos visto, el previo “paso adelante” no había sido dado”⁵⁸².

El paso adelante fue dado, en concreto, diez años después de *Adams*, en donde la Corte Suprema, en *Weeks vs. United States*, introdujo la que es llamada la versión original de la regla de exclusión. El caso comprendía un proceso penal en el que se enjuiciaba un presunto delito federal de utilización del servicio público de correo para el transporte de billetes de lotería. En el desarrollo de la investigación policial, realizado por agentes de la policía federal y agentes estatales, se advierte que la confiscación de la correspondencia del acusado

⁵⁸¹ *Adams vs. New York* 192 US. 585 (1904).

⁵⁸² *Ibidem*. Pág. 105.

realizada por los agentes de la policía federal se había desarrollada si la correspondiente autorización judicial previa. Dichos elementos de pruebas fueron posteriormente aportados a juicio oral como pruebas de cargo. Además, por su parte, los agentes de la Policía Estatal también habían recaudado ilegalmente otros elementos de pruebas privados susceptibles de servir como pruebas incriminatorias.

Corresponde en este punto exponer que la complejidad del caso implicaba además la determinación del ámbito de aplicación de la Constitución de los Estados Unidos y; por consiguiente, sobre la extensión de su autoridad. Al respecto, la Corte Suprema se ajustó a la doctrina jurisprudencial vigente y; en consecuencia, declaró que si las cláusulas de la *Bill of Rights* federal se imponían limitando los poderes de las instituciones federales, era evidente que las exigencias en ella contenidas no se extendían a la instituciones estatales, las cuales se encontraban disciplinadas por sus propios ordenamientos.

La precisión que antecede resulta relevante en tanto en el caso tratado se advierte la actuación ilegal de agentes de la policía federal así como también de la policía estatal y correspondía determinar las consecuencias jurídicas de tal actuación. Así, si se atiende detenidamente al caso, y en atención a los antecedentes jurisprudenciales de la época, la actuación ilegal de los agentes de la Policía Federal en la obtención de los elementos de prueba implicaría su exclusión o rechazo, pues al ser sustancialmente idéntico a *Boyd*, iba en contra de lo que allí ya se había establecido. Sin embargo, la Corte Suprema inicia un nuevo rumbo jurisprudencial estableciendo la proscripción de la admisión de tales pruebas, para la Corte, la admisión por el Tribunal Federal de las pruebas obtenidas por Agentes Federales en vulneración de la IV Enmienda implicaría la aprobación y convalidación judicial de su actual ilícito. De esta manera, la Corte introduce una regla de exclusión entendida como remedio para las violaciones de la Cuarta Enmienda⁵⁸³.

En atención a lo expuesto, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA añade: “El fundamento que inspiraba tal decisión estaba basada en cautelar con la

⁵⁸³ La diferencia, en lo que respecta al criterio jurisprudencial estriaba en que en *Boyd* existió un dubitativo razonamiento jurídico-constitucional, en donde la Corte Suprema se basaba en la aplicación combinada de la Cuarta y Quinta Enmiendas. En *Weeks*, el razonamiento de la Corte se centra únicamente en la Cuarta Enmienda, de allí su relevancia.

exclusionary rule los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos, ello se desprende de uno de los párrafos de la Sentencia: "(...) Mientras que los esfuerzos de las cortes y de sus funcionarios de traer el culpable al castigo son loables, no deben ser ayudados sacrificando los grandes derechos fundamentales asegurados por la Constitución (...)"⁵⁸⁴. Sin embargo, como explica PALACIOS MELÉNDEZ: "Ya desde esta sentencia se empezó a evidenciar que también la *exclusionary rule* era una regla dirigida a disuadir la mala conducta de los funcionarios de la policía, cuando dicha sentencia señala que: "(...) la Cuarta Enmienda no se dirige a la mala conducta individual de los oficiales del Estado. Sus limitaciones alcanzan el gobierno federal y sus agencias (...)"⁵⁸⁵.

En cuanto a la actuación ilícita de los agentes de la Policía Estatal, a la luz de lo señalada en líneas anteriores, la Corte determinó que su actuación ilícita no constituiría una vulneración de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal, ello es así, porque dichos agentes se encontraban regidos en su actuación por el ordenamiento del Estado al que pertenecían (New York) y, en ese momento, allí se mantenía el criterio tradicional de admisibilidad de las pruebas ilícitas, ya explicado al inicio del presente apartado.

Es a partir de esta Sentencia (*Weeks vs. United States*) y en atención al pronunciamiento dado por la Corte en cuanto a la no extensión de la regla de exclusión a la actuación ilícita de los agentes de la Policía Estatal, que empieza a denominarse con ironía a la regla de exclusión, calificando a esta última como la *doctrina de la bandeja de plata (silver platter doctrine)*⁵⁸⁶. Llamada así, en tanto se admitía la eficacia probatoria de los elementos de prueba obtenidos mediante procedimientos ilícitos por agentes de la Policía Estatal en los Tribunales Federales, y tales procedimientos sería calificado de inconstitucionales (ante el mismo Tribunal) de tratarse de agentes de la Policía Estatal.

En atención a lo expuesto en epígrafe que precede, la autora PALACIOS MELÉNDEZ muy acertadamente puntualiza que: "Con esta última apreciación se consolida también lo que se denominó la *silver platter doctrine*, que significaba que la Constitución Federal y la interpretación que de esta se hace no era

⁵⁸⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 208.

⁵⁸⁵ Citada por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 209.

⁵⁸⁶ Expresión acuñada por la Corte Suprema en la sentencia dictada en el caso *Lustig v. United States*, 338 U.S. 74 (1949)

vinculante para las actuaciones de la policía estatal, solo era vinculante para la policía federal. Así el punto de referencia para determinar si nos encontramos ante una violación que mereciera la aplicación de la regla de exclusión era determinar si el hecho fue realizado por funcionarios estatales o federales y no la violación en sí⁵⁸⁷.

Más adelante, en 1920, en el caso *Silverthorne Lumber vs. United States*, se inicia una investigación por un delito federal dirigida contra los responsables de la compañía maderera Silverthorne Lumber & Compañy, por intentar evadir el pago de impuestos. Fueron arrestados en sus domicilios a primera hora de la mañana del 25 de febrero y estuvieron detenidos durante algunas horas. Mientras se encontraban detenidos, algunos agentes federales -mediante la entrada y registro sin autorización judicial a la oficina de su compañía- revisaron todos los libros y documentos que allí se encontraban, y se hicieron de ellos. En el juicio oral, frente a la solicitud de la defensa de los administradores de la corporación, el Juez dispuso la devolución de lo que se había tomado de forma ilegal, basándose en la garantía establecida en la Cuarta Enmienda y el precedente establecido en *Weeks vs. United States*. Ante ello, el Fiscal cumplió con lo ordenado, no sin antes haberse hecho de las fotocopias de tales documentos. El caso fue sobreseído por falta de pruebas. Pero, más adelante, el Ministerio Fiscal se apoyó en tales fotocopias para fundamentar una nueva investigación sobre los mismos hechos. En el desarrollo de tal juicio, el Tribunal solicita a la corporación que aportase los originales de tales documentos, a lo que esta se negó, siendo procesada y sentenciada por desacato (*contempt*). La Corte Suprema revirtió.

En el caso tratado, la complejidad derivaba; primero, de la literalidad del enunciado contenido en la Cuarta Enmienda, el cual no permitía entender que su ámbito de protección sería extensible a las personas jurídicas. Dicha enmienda, trata del derecho de las personas (*the right of the people*) a verse protegidos frente a registros, confiscaciones y arrestos irrazonables y, en ningún caso, puede entenderse que abarque a las personas jurídicas. Sin embargo, la Corte Suprema, al margen de la literalidad del precepto, decidió extender la protección de la Cuarta

⁵⁸⁷ Idem.

Enmienda y; en consecuencia, anuló la condena, por considerar que se habían vulnerado los derechos constitucionales de la empresa.

Ahora bien, frente a la fotocopias de los documentos confiscados ilegalmente, según las palabras del Juez Oliver Wendell Holmes: “La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte, sino que no sea utilizado en absoluto”⁵⁸⁸. El Juez Holmes, consideró que permitir dichas pruebas derivadas del acto ilícito de los agentes (las fotocopias), significaría alentar a aquellos a eludir el precepto constitucional contenido en la Cuarta Enmienda.

De esta manera, dicho caso se constituye el punto de arranque de lo que más adelante configuraría la metáfora jurídica de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Por ello, para Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “El desarrollo de la regla de exclusión prosiguió con los casos *Silverthorne Lumber Co vs United States* de 1920 y *Nardone vs United States* de 1939, en los cuales aparte de declarar ineficaz la prueba misma obtenida ilegalmente, también se hizo lo mismo con las derivadas, doctrina que ha sido conocida mundialmente con la denominación de los frutos del árbol envenenado, utilizada en el caso *Nardone*”⁵⁸⁹.

Además, como expresa Carlos FIDALGO GALLARDO: “(...) de ahí que *Silverthorne* sea también un señal de que el camino que estaba siguiendo la Corte en la interpretación de las garantías contenidas en la *Bill of Rights* era el de expandir el ámbito de la Cuarta Enmienda”⁵⁹⁰.

En 1927, en el caso *Byars vs. United States*, como da cuenta Carlos FIDALGO GALLARDO⁵⁹¹, la Suprema Corte se encuentra frente al supuesto en el que la *silver platter doctrine*, referida en *Weeks vs. United States*, se aplicaba a una situación límite. Sucedió que la Policía Estatal, en una investigación desarrollada de modo conjunto con los agentes federales, obtuvo materiales probatorios ilícitamente, lo cuales, en mérito de lo ya señalado en párrafos anteriores, de haber sido obtenidos por agentes de la Policía Federal, habrían sido inconstitucionales

⁵⁸⁸ *Silverthorne Lumber vs. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

⁵⁸⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 209.

⁵⁹⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 118.

⁵⁹¹ *Ibidem*. Pág. 120.

e inadmisibles. En aquel momento, se consideraba que la *Bill of Rights* únicamente vinculaba a instituciones federales. Sin embargo, del análisis de caso, la Corte concluyó que los agentes estatales actuaban como instrumentos de los agentes federales, con el objeto de evitar, mediante una artimaña legal, que los elementos recaudados fueren excluidos. De este modo, para lo Corte, resultaba aplicable la Cuarta Enmienda y la regla de exclusión. Se anula la condena.

En 1949, en el caso *Wolf vs. Colorado*, el eje central de la cuestión se situó en el ámbito de aplicación de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal, es decir, si la aplicación esta era extensible a los Estados por interpretación de la Décimo Cuarta Enmienda. O, como refiere Carlos FIDALGO GALLARDO, "(...) si las limitaciones al ejercicio de la autoridad pública en ella establecidas se extendían, más allá del nivel federal, a las autoridades de los Estados federados en cuestiones internas, propias de la autonomía estatal"⁵⁹².

Hasta la fecha en que la Corte dictó la sentencia de *Wolf vs. Colorado*, el alto Tribunal Federal, según Carlos FIDALGO GALLARDO⁵⁹³, había procurado mantenerse dentro de sus límites de competencia. Pero, en el caso en mención, la Corte, empleando como pretexto legal la cláusula de debido proceso contenida en la Sección Primera de la Décimo Cuarta Enmienda, según la cual: "Ningún estado privará a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso según ley", inició un carrera en la que "tomo la voz cantante en la configuración de los sistemas de justicia penal a lo largo y ancho de los Estados Unidos, mediante la paulatina extensión de la práctica totalidad de las cláusulas de la *Bill of Rights* relativas a las garantías de los individuos en relación con los procedimientos penales"⁵⁹⁴.

Ahora bien, como da cuenta nuevamente FIDALGO GALLARDO, la sentencia de *Wolf vs. Colorado*, aunque "extendió a los Estados Federados la garantía contra las *searches and seizures*, dejó a los Estados libertad para establecer los medios concretos para los que se harían efectivas sus exigencias en los respectivos ordenamientos internos, por entender que los *remedios* contra las violaciones de la Cuarta Enmienda no formaban parte del núcleo de los derechos en ella

⁵⁹² *Ibidem*. Pág. 122.

⁵⁹³ *Ibidem*. Págs. 124-125.

⁵⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 125.

reconocidos”⁵⁹⁵. Lo que quiere decir que la Corte Suprema configuró a la regla de exclusión, no como un derecho, ni como parte del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Enmienda citada, sino como un mero remedio, entre otros posibles. O, dicho de otro modo, como expresa W. GELLER: “en pocas palabras, el derecho declarado por la Cuarta Enmienda era federal, pero la determinación del remedio fue confiada a los Estados”⁵⁹⁶. Ahora bien, así regiría en el ámbito de los procesos penales federales en defecto de la intervención del Congreso, por ello, como expresa el Juez Hugo Black: “no es un mandato de la Cuarta Enmienda, sino una regla de derechos probatorio de creación judicial que el Congreso podría denegar”⁵⁹⁷.

Como es de verse, en *Wolf vs. Colorado*, la regla de exclusión era considerada expresamente como un simple remedio entre otros posibles y constitucionalmente aceptables, que no formaba parte del núcleo o contenido esencial de los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda.

En 1952, se presenta el caso *Rochin vs. California*, basado en un sujeto llamado Antonio R. Rochin, quien presuntamente traficaba con habitualidad con drogas ilegales. El 1 de julio de 1949, tres sheriffs del condado de Los Ángeles irrumpieron sin autorización judicial en la residencia de Rochin. Al encontrar la puerta de ingreso al domicilio abierta, se dirigieron al dormitorio principal y forzando la puerta logran ingresar al mismo, encontrando en la mesa de noche dos cápsulas, que el sospechoso se llevó a la boca al ser cuestionado sobre las mismas, los policías violentamente lo forzaron a escupirlas. Al no conseguirlo, lo dirigen a un Hospital cercano, en donde un facultativo, siguiendo las órdenes de uno de los agentes y en contra de la voluntad del agente, le introdujo una sonda estomacal por medio de la cual se le suministró una solución emética, provocando de este modo que vomite las cápsulas en un cubo. Los agentes al analizarlas, determinaron que se trataba de morfina. Estas cápsulas fueron las principales pruebas de cargo en el proceso penal estatal que se ejecutó ante el Tribunal de Primera Instancia de California. Pese al cuestionamiento del acusado, en cuanto a la admisibilidad de tal material y a la testifical de los agentes que declararon sobre las circunstancias de la aprehensión, el Estado de California determino que era irrelevante a los

⁵⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 128.

⁵⁹⁶ Citado por FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Ob Cit.* Pág. 129.

⁵⁹⁷ *Idem*.

efectos de su admisión, el modo de obtención del material probatorio, sin perjuicio del remedio pertinente. El acusado fue declarado culpable por el delito de posesión de estupefacientes. El Tribunal de Apelación confirmó tal condena. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de los EE.UU., anuló la condena, fundamentando ello en la cláusula de debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda.

En 1960, con el caso *Elkins vs. United States*, en el curso de las actuaciones judiciales en primera instancia, se admitieron como pruebas principales de cargo, una grabadora y varias cintas de conversaciones interceptadas. Elementos de pruebas obtenidos por agentes estatales en violación de la Cuarta Enmienda. En atención de la *silver platter doctrine*, tanto el Tribunal Federal de Distrito en primera instancia, como el Tribunal de Apelación, en segunda instancia, denegaron las mociones de supresión formuladas por los acusados en los momentos procesales oportunos. La Corte Suprema anuló la condena y al mismo tiempo derogaba la *silver platter doctrine*, enunciando una nueva regla según la cual serían inadmisibles en los procesos penales federales, las pruebas ilícitamente obtenidas por agentes estatales, siempre que el acusado formulase en tiempo y forma oportuna la correspondiente moción de supresión.

Seguidamente, como expone Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “El máximo desarrollo de la regla de exclusión se produjo en los Estados Unidos a través del caso *Mapp vs Ohio* en 1961, a raíz del cual se extendió su aplicación a los procesos penales de todos los estados de la Unión ya sean federales o estatales, cuando estuviese involucrada la Cuarta Enmienda”⁵⁹⁸.

Como expresa Carlos FIDALGO GALLARDO, *Mapp* “se pronunciaba decididamente por el rango constitucional de la regla de exclusión”⁵⁹⁹, por considerarla “una salvaguarda disuasoria clara, específica y constitucionalmente exigida –aunque de forma implícita- sin cuya vigencia la Cuarta Enmienda habría sido reducida a simples palabras”⁶⁰⁰.

Mapp representa la expansión territorial de la aplicabilidad de la regla de exclusión (aplicable únicamente para las violaciones de la Cuarta Enmienda), por tanto,

⁵⁹⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 210

⁵⁹⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Págs. 170-171.

⁶⁰⁰ *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

regirá sobre todos los procesos penales federales y estatales. Así, en los casos de los Estados en los que regían reglas de exclusión propias, se colocó sobre ellas el cuerpo jurisprudencial federal.

No obstante, como puede notarse de la formulación transcrita, *Mapp* asoció ese fundamento constitucional a la pretendida –y no demostrada– eficacia disuasoria de la *exclusionary rule*, y ese fue el punto vulnerable de su fundamentación, que en los años posteriores la debilitaría en diversos aspectos, porque si se demostrara que la regla no tuviese esa pretendida eficacia disuasoria de violaciones de los derechos individuales, la imposición por la Corte Suprema de la regla de exclusión quedaría automáticamente privada de legitimidad constitucional.

En cuanto a la Quinta Enmienda, ya en 1897, la sentencia *Bram vs. United States*, había establecido como regla general que una confesión, para ser admisible, debía darse de modo libre y voluntario. En 1964, con la sentencia *Malloy vs. Hongan*, la Corte extendió la regla de exclusión federal de la Quinta Enmienda a los Procesos Penales Estatales.

Respecto a la Sexta Enmienda (Derecho a la Asistencia de Abogado), *Massiah vs. United States* –en 1958– es el caso más significativo. En él, la Corte Suprema se apartaba de casi doscientos años de precedentes, y determinada aplicable el remedio de la exclusión a la obtención de afirmaciones obtenidas sin la presencia de un Abogado Defensor, en violación de la Sexta Enmienda.

Ahora bien, como precisa Carlos FIDALGO GALLARDO: “A diferencia de lo que ocurre con la regla de exclusión, en su aplicación como consecuencia de las violaciones de las Enmiendas Cuarta y Quinta, la regla de exclusión en el ámbito de la Sexta Enmienda no se extiende a los Estados federados”⁶⁰¹. Además, refiere el citado autor que: “*Gideon vs. Wainwright* extendió el contenido sustantivo del derecho a la asistencia de abogado de la Sexta Enmienda a los Estados federados, pero no se pronunció sobre los remedios procesales aparejados a los casos en los que ese derecho fuese violado”⁶⁰².

⁶⁰¹FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 190.

⁶⁰² Ídem.

En esta misma dirección, así como la *exclusionary rule* tuvo su apogeo, también poco a poco se fue acercando a su decadencia. Muestra de ello fue la sentencia en el caso *Calandra vs Estados Unidos* (1974), en la que se dejó en claro la naturaleza meramente remedial de aquella, cuando señaló que esta: "(...) Es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional de la parte agraviada (...)"⁶⁰³.

De esta manera, en *Calandra*, la Corte Suprema zanja el controversial tema que giraba en torno a la naturaleza constitucional de la regla de exclusión, cuando en definitiva priva de rango constitucional a la citada institución. Dicho pronunciamiento, además, ponía en relieve la primacía del interés público en la represión de la criminalidad y el mantenimiento de la paz social, por sobre los derechos del acusado en los procesos penales.

III. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Como se ha expresado en el apartado anterior, el estudio del fundamento de la regla de exclusión resulta relevante para los efectos de su comprensión como institución, puesto que a partir de su determinación será posible avisorar su concepto y, del mismo modo, los alcances de su aplicación, limitaciones, efectos, etc. Es decir, ha de comprenderse a partir de tal, la justificación (constitucional o no) del rechazo o exclusión de la prueba obtenida mediante procedimientos ilícitos.

Como será posible notar, el origen de la regla de exclusión en el derecho comparado mantiene diferencias notorias, es el caso del modelo norteamericano y los modelos europeos continentales. Sin embargo, es notable la influencia ejercida por la doctrina del Tribunal Supremo Federal Norteamericano, en cuanto a la concepción de esta institución

Entonces, el análisis del fundamento de la regla de exclusión se realizara desde la perspectiva de dos marcos teóricos-explicativos: el modelo norteamericano y el modelo euro-continental.

⁶⁰³ United Stated vs. Calandra, 414 U.S. 38 (1974).

3.1. MODELO NORTEAMERICANO

Sobre la base de lo expuesto en el apartado anterior, es correcta la afirmación que revela que este modelo es caracterizado por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*).

Así, tal y como lo expresa Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “Este modelo propio de la jurisprudencia de los Estados Unidos, se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) llegándose a considerar que el verdadero fundamento de dicha regla es disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*)”⁶⁰⁴.

También en esta línea, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, manifiesta: “Este modelo se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) y es propio del sistema procesal-penal norteamericano. Aunque es cierto que en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU (caso *Boyd vs. US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs. US*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias, sin embargo, con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976)”⁶⁰⁵.

Este efecto disuasorio es conocido como el *deterrent effect*, es admitido como el único fundamento en la actualidad, que sostiene la existencia de la *exclusionary rule*. Esto es reflejado en el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal norteamericano en el caso *Burdeau vs. McDowell*, en 1921, en donde descarta la aplicación de la regla de exclusión cuando las pruebas se hayan obtenido por particulares. También se respalda en el caso *Verdugo-Urquidez vs. Estados Unidos*, en 1990, cuando la Corte establece que no ha de aplicarse la regla de

⁶⁰⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 208.

⁶⁰⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 134.

exclusión frente a pruebas obtenidas ilícitamente por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense, en el caso en mención, se trataba de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México. Otro fundamento lo constituye la *good faith exception*, que permitía el empleo de las pruebas ilícitamente obtenidas, cuando los agentes policiales hubiesen actuado de buena fe, creyendo que actuaban conforme a ley.

Al respecto, precisa Elena MARTINEZ GARCIA: “Nótese que lo que para nosotros es un efecto (persuasión policial de que las transgresiones no son válidas en un proceso), en el sistema norteamericano ha pasado a convertirse en línea argumental en su doctrina y jurisprudencia, de modo que cuando la expulsión de una prueba ilícita no vaya a surtir efecto persuasivo alguno, no vale la pena su expulsión procesal”⁶⁰⁶.

Ahora bien, siguiendo la línea de pensamiento de FIDALGO GALLARDO⁶⁰⁷, no ha de negarse que la aplicación de la regla de exclusión, así se dé con una finalidad disuasoria directa, importa también un reforzamiento de los derechos reconocidos en las Enmiendas constitucionales. Y así, pese a este efecto indirecto, no se trata de una exigencia constitucional, sino de un remedio de creación judicial que, como tal, no descartaría la posibilidad de la aplicación de otros remedios alternativos (sanciones penales, administrativas, etc.), en la medida en que resulten más eficaces a la finalidad disuasoria.

Bajo la expuesto, para MIRANDA ESTRAMPES: “Siendo este su fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento está situación aún no se ha producido”⁶⁰⁸.

En resumen, corresponde resaltar que en el modelo norteamericano, si bien en un principio la doctrina del TS Federal trató de conectar la teoría de la prueba ilícita con el contenido de la IV y V Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos,

⁶⁰⁶ Citada por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 211.

⁶⁰⁷ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 134.

⁶⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 135.

se terminó configurando más como una medida reparadora de la violación detectada. Sin embargo rápidamente se inclinó a la finalidad disuasoria (deterrent effect) de la regla de exclusión (exclusionary rule).

3.2. MODELO EURO-CONTINENTAL

El modelo Euro-Continental como expresa Manuel MIRANDA ESTRAMPES, expone: “(...) al menos en sus orígenes, reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino de origen constitucional. El propio reconocimiento del Estado de derecho, según la concepción del profesor Ferrajoli (1995, 537 y ss.), caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas”⁶⁰⁹.

Así, el Tribunal Constitucional Italiano, en su sentencia N° 34/1973, en un tema de intervenciones telefónicas, estimó la *inutilizzabilità* (inutilizabilidad), en el proceso, de las pruebas obtenidas mediante procedimientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

Al respecto, como refiere VILLEGAS PAIVA y como ya se ha precisado precedentemente: “La doctrina Italiana viene utilizando el concepto de *inutilizzabilità* para referirse a la consecuencia jurídica (sanzione processuale) que deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, consistente en su ineficacia, dicho termino ha sido plasmado normativamente en el artículo 191 del Codice di Procedura Penale de 1988”⁶¹⁰.

Así también, como menciona MIRANDA ESTRAMPES⁶¹¹, la teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán ha de considerarse como un exponente de este segundo modelo. Conforme a lo expuesto por el profesor ROXIN⁶¹², cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 212.

⁶¹¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 135.

⁶¹² Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 135.

tiene importancia alguna para él. No obstante, como expresa GÖSSEL⁶¹³ esta doctrina no está exenta de críticas por amplios sectores doctrinales, pues la distinción entre afectación esencial y accesoria de la esfera jurídica no posibilita la fijación, en sede de revisión casacional, de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces, resultados contradictorios.

El Tribunal Supremo Federal Alemán, prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de forma esencial el ámbito de derechos fundamentales del acusado y no cuando tenga importancia secundaria. Así, MIRANDA ESTRAMPES⁶¹⁴, precisa que el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizados en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la ley fundamental alemana. Con arreglo a esta doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) en la cual no había lugar para injerencias de los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi. En la segunda esfera de protección, la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del ius puniendi, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera, las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta delimitación en esferas o círculos, según exponen en la doctrina alemana ROXIN⁶¹⁵ y JÄGER⁶¹⁶, no está exenta de dificultades en su aplicación práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, como lo demuestra el análisis de la casuística jurisprudencial alemana. Así también, para Kai AMBOS⁶¹⁷, esta teoría

⁶¹³ Ídem.

⁶¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 136.

⁶¹⁵ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 135-136.

⁶¹⁶ Ídem.

⁶¹⁷ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 213.

privilegia una asignación coercitiva a una de las denominadas esferas orientada en sus resultados, según se pretenda admitir o rechazar su utilización.

Por su parte, según la concepción del TCE, la regla de exclusión no tiene como finalidad última disuadir los comportamientos policiales ilícitos, que es lo que ocurre con el modelo norteamericano, sino que en el modelo euro-continental es una consecuencia necesaria que deriva de la propia posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con lo cual dicha regla adquiere la condición de garantía objetiva de naturaleza constitucional. En esta línea de fundamento se situó la STC española 114/1984, de 29 de noviembre, dictada con anterioridad al actual art. 11.1 LOPJ, que configura, en sus orígenes, la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En definitiva, a la luz de tal argumentación, el Tribunal Constitucional español parece acoger ese anclaje constitucional al cual le sería indiferente, si la prueba fue obtenida por una autoridad o por un particular e incluso si la autoridad o sus agentes actuaron de buena fe, en la creencia de no estar vulnerando un derecho fundamental. En este sentido, en el fundamento jurídico cuarto de la STC 11/1984, se establece “la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección I, capítulo II, título I CE”.

En nuestro país, y en otros ordenamientos como el español y el italiano, la fundamentación constitucional de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en la supremacía con que la Constitución visiona a los derechos fundamentales.

Dentro de este marco Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ, al respecto manifiesta que: “La ilicitud de la prueba desde una concepción europea continental siempre ha tenido como fundamento constitucional, el haber estado conectado al derecho con todas las garantías, un derecho constitucional, mas no así en el sistema norteamericano, cuya principal razón o fin ha sido el efecto disuasorio (*deterrent effect*) de las actuaciones policiales ilícitas. En efecto, la posesión que desarrolla la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como

funciones principales el efecto disuasorio (*deterrent effect*) frente a las conductas de los oficiales de la policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener prueba probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida en que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas”⁶¹⁸.

No obstante lo plasmado en el párrafo precedente, como expresa MIRANDA ESTRAMPES: “El Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de desconstitucionalización plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana”⁶¹⁹.

Así, como explica MIRANDA ESTRAMPES⁶²⁰, significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones realizadas en el fundamento jurídico sexto de la STC 81/1998, que dio lugar a la doctrina de la conexión de antijuridicidad, al concluir que “ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. Y, como precisa RODRÍGUEZ RUIZ⁶²¹, este planteamiento se relaciona al criterio jurisprudencial norteamericano al atender al efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, por encima de su papel como garante del disfrute de los derechos fundamentales. En la actualidad, el *deterrent effect* parece ocupar un lugar importante en la justificación de la aplicación de la regla de exclusión por parte del TC español.

En cuanto a la mencionada doctrina de la conexión de antijuridicidad, el TC español ha venido admitiendo excepciones que alcanzan no solo a la eficacia refleja de la prueba ilícita sino a la propia prueba directa. Así, el fundamento

⁶¹⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 52

⁶¹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 136-137.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 137.

jurídico doce de la STC 49/1999 abarca también la doctrina contenida en la STC 114/1984, en lo concerniente a la posición preferente de los derechos fundamentales, pero además introdujo un alcance relevante, al añadir que “En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”. Ante esto, MIRANDA ESTRAMPES⁶²² sostiene que del término *en ocasiones*, el TC español da a conocer que no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y de valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto.

Al respecto, como ha de advertirse y como se señaló al inicio de este apartado, existe una notable influencia ejercida por la doctrina del Tribunal Supremo Federal Norteamericano, y el Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a tal fenómeno, en tanto se ha ido apartando de su inicial criterio jurisprudencia para ir asumiendo paulatinamente la construcción elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión. Por lo que no resulta errónea la afirmación dada por MIRANDA ESTRAMPES, en cuanto estima que: “La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple remedio judicial que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan”⁶²³.

Dicho cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, en lo concerniente al fundamento de la regla de exclusión, implica la recepción de diferentes excepciones frente a la aplicación de la regla de exclusión, las que serán explicadas en lo sucesivo del presente capítulo.

⁶²² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 137.

⁶²³ *Ibidem*. Págs. 137-138.

3.3. UNA APROXIMACIÓN AL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN AL QUE SE ADHIERE EL PERÚ

Abarcando ahora la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional del Perú el fundamento 8 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC caso Alberto Quimper Herrera advierte que: “Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento”.

Ya en la Sentencia del 18 de agosto de 2000, Caso Cantoral Benavides se sostiene acerca del fundamento de la prueba prohibida que: “Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁶²⁴.

Esta posición sustenta por tanto que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba ilícita radica en el derecho a la presunción de inocencia, por lo que cabe acotar aquí que no solo se exige un suficiente actividad probatoria de cargo para desvirtuar este derecho-principio, sino que además estas deben sujetarse a criterios de legalidad, por lo tanto sólo podrán ser utilizadas en el proceso verdaderas pruebas debiendo dejarse de lado la utilización de pruebas obtenidas mediante infracción.

Por otro lado, en el fundamento 10 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC caso Alberto Quimper Herrera, se sostiene: “De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra

⁶²⁴ Citado en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC caso ALBERTO QUIMPERHERRERA. Fundamento 9.

contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Esta posición sostiene que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba ilícita, se encuentra sustentado en el derecho al debido proceso, es decir, que en el seguimiento de un proceso llevado a cabo con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, no cabe la admisión de una prueba que afecta o menoscabe un derecho fundamental, por lo que la misma debe ser excluida y por tanto inutilizada.

Asimismo, en fundamento 11 de la referida sentencia, se sostiene además que: “En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”.

Este fundamento se basa en el derecho a la intimidad personal y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, sin embargo cabe precisar aquí, que si bien es cierto generalmente las afectaciones recaen sobre estos dos derechos, ello no quiere decir que sean los únicos, por lo que considero que no se puede reducir su fundamento a los derechos expuestos.

Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha destacado que: “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se basa asimismo “en la

posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”⁶²⁵.

Esta posición es sustentada ante la incuestionable importancia y protección que la Constitución otorga a los derechos fundamentales, por lo que en este punto cabe la cuestión acerca de si esta protección es absoluta o al contrario puede verse limitada con la finalidad de investigar la comisión de un hecho delictivo.

Por lo expuesto, resulta importante precisar que la exclusión de la prueba ilícita surge como consecuencia de un proceso equitativo, considerándose por ejemplo, que en su obtención pueda haber mediado violencia, astucia o engaño, pero, sin embargo, cabe la posibilidad de que estas pruebas ilícitas puedan verse contrarrestadas por la existencia de pruebas lícitas que deberán valorarse en forma conjunta, lo que implicaría una justificación en la restricción de derechos fundamentales en aras de cumplir con la finalidad legítima del proceso penal en la investigación de un hecho punible.

Respecto a los fundamentos de la resolución mencionada, Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ, alude: “Nuestro Tribunal Constitucional ha ido más allá al sostener en primer lugar, que la prueba ilícita es un derecho y, en segundo lugar, que tiene raigambre constitucional, es decir, que tiene el rango de derecho constitucional, pero con contenido implícito al no estar regulado dicho derecho expresamente en la Constitución”⁶²⁶.

Sobre el particular, el referido autor indica que: “La realidad plasmada en el desarrollo jurisprudencial nos dice otra cosa-la constatación de un fenómeno de debilitamiento progresivo de la regla de exclusión, inmersa así en una profunda crisis de reconocimiento-, esta crisis también se vislumbra en el sistema euro continental con el nacimiento de la denominada doctrina de conexión de antijuricidad”⁶²⁷, que según José Luis GONZÁLES CUSSAC: “Se constituye en un eslabón más de la ya larga cadena de criterios restrictivos en la aplicación de la

⁶²⁵ Sentencia recaída en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC caso Alberto Quimper Herrera. Fundamento 12.

⁶²⁶ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 52.

⁶²⁷ Ídem.

regla de exclusión de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales”.⁶²⁸

No yendo muy lejos, en nuestro país se cuenta con los acuerdos del denominado Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, en el que se han establecido una serie de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba prohibida o ilícita, las cuales se desarrollaran de manera precisa en adelante.

IV. CONTROVERSIA SUBYACENTE A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Dadas las consideraciones precedentes, ha de apreciarse que la instauración de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, únicamente da solución a una de las partes, en su ámbito enfrentadas.

De esta manera, como correctamente afirma Carlos FIDALGO GALLARDO: “Ante la ocurrencia de dos violaciones de derechos (la cometida por el criminal sobre la víctima del delito, y la cometida por el Policía sobre el criminal en la investigación), la regla de exclusión únicamente atiende a la segunda; o al menos considera que la solución de esa parte del problema es prioritaria y hace que el esclarecimiento del crimen (que precisamente dio origen al proceso mismo), y por tanto el castigo del culpable y la satisfacción de la víctima queden en un segundo plano”⁶²⁹.

La regla de exclusión aparece en un escenario en el que se producen dos violaciones de derechos, tal y como se indicó en el epígrafe que precede; por consiguiente, se encuentra ante el enfrentamiento de los derechos agredidos, compleja situación que, mediante sus efectos, soluciona garantizando la protección de los derechos del procesado, otorgándole prevalencia absoluta por sobre varios otros derechos de la misma naturaleza correspondientes a la víctima del delito que dio origen al proceso.

En razón a ello, no deja de tener razón FIDALGO GALLARDO, cuando indica que: “(...) ante la violación de derechos en la obtención de materiales que pretenden incorporarse al proceso como pruebas, el proceso reacciona cerrando sus puertas a esos materiales, asumiendo como un mal inevitable que eso pueda suponer en

⁶²⁸ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 53

⁶²⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Págs. 57-58.

ocasiones que la otra violación de derechos quede impune por falta de pruebas”⁶³⁰.

De esta manera, queda anulado el objeto final de búsqueda de la paz social y resolución del conflicto a través del instrumento del Derecho que es el proceso. Así, en mérito a esta institución, el problema subyace a tal controversia, y no es para menos, se soluciona un mal por otro mal.

Definitivamente, como explica FIDALGO GALLARDO controversia que envuelva la regla de exclusión: “(...) afecta a parcelas tan sensibles como el mantenimiento de la paz y la convivencia social como la necesaria represión de la criminalidad, la eliminación de la impunidad en cuanto generadora de malestar social, los límites a la actuación de las fuerzas del orden y la prevención de los abusos en el ejercicio coactivo de su autoridad, el respeto del ordenamiento jurídico y la adecuada respuesta a las violaciones del mismo, o la seguridad de los ciudadanos frente a la delincuencia, entre otros”⁶³¹.

Finalmente, no ha de obviarse la naturaleza de la misma, lo que deja la puerta abierta frente al planteamiento de otras posibles soluciones que resulten más eficaces e idóneas, en aras de alcanzar una armonización entre los derechos en colisión. Pues, como ya se indicado en apartados anteriores, la regla de exclusión, en cuanto a su extensión y aplicabilidad, dados los serios costos sociales y jurídicos de su práctica, ha sido seriamente cuestionada por diversos representantes de la profesión jurídica, lo que ha generado su atenuación o debilitamiento traducido en la admisión de una serie de excepciones, que permiten la introducción al proceso penal, de determinadas pruebas de origen ilícito, en atención de diferentes presupuestos que deben configurarse para dar origen a su aplicación, que por cierto, resulta muy cuestionable.

⁶³⁰ *Ibidem*. Pág. 58.

⁶³¹ *Ídem*.

V. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

5.1. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA

Las excepciones establecidas a la regla de exclusión y a la doctrina del fruto del árbol envenenado se constituyen en la expresión más evidente de la atenuación por la que la concepción restringida de su aplicación viene atravesando.

La íntima relación que guarda la prueba ilícita con los derechos constitucionales, hace evidente la confrontación permanente de la prueba y el derecho que se supone vulnerado, la regulación que se le ha dado a la prueba ilícita hace denotar que se opta por la exclusión de la misma, al suponer su agresión a los derechos fundamentales; se configura así el siempre presente conflicto del respeto a los derechos fundamentales, por un lado, viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita; y, por otro lado, la exigencia social de la seguridad. Sin embargo, situándonos en el marco de un proceso justo, la impunidad califica como agravante a la sociedad, cuando tiene como fuente a la exclusión de una prueba por considerarse ilícita.

La jurisprudencia, especialmente la norteamericana, como concretamente expone Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁶³², ha tenido un fecundo desarrollo en cuanto a las excepciones de la exclusión de la prueba ilícita, tal vez motivada por la sensación de impunidad que dejaba la exclusión de la prueba ilícita de cargo.

De lo precisado anteriormente respecto a la atenuación o fenómeno de debilitamiento de la regla de exclusión probatoria, es necesario mencionar que en nuestro nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del Título Preliminar, se establecen dos reglas vinculadas a la obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo, además sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona.

⁶³²CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 56-65.

Dicho dispositivo legal hace alusión a la recepción absoluta de la regla de exclusión así como de la doctrina del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal contemporáneo.

Cabe resaltar además que este desarrollo a nivel jurisprudencia y doctrinario, no es más que el resultado de una serie de análisis y estudios que tuvieron su cauce en determinados casos emblemáticos que propusieron y requirieron del Derecho, una respuesta frente la aplicación restringida de la regla de exclusión y a los perjuicios que suponía esta, en la administración de "*justicia*", siendo la principal consecuencia de esta, la *impunidad*.

Se debe agregar que, además este fenómeno de debilitamiento de la regla de exclusión probatoria se ha materializado en el establecimiento de una serie de excepciones que permiten la inaplicación de la regla de exclusión, admitiendo la valoración y actuación de una prueba considerada ilícita.

Estas excepciones cuya introducción se inicia a partir del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales Norteamericanos y posteriormente Europeos, logran avizorarse como un intento de estos, un tanto fallido, encaminado a relativizar la regla de exclusión. Lo complejo de estas teorías no se configura únicamente en su desarrollo teórico, sino también en su aplicación fáctica, que es lo que en principio se considera alarmante.

5.1.1. LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE (GOOD FAITH EXCEPTION)

Resulta oportuno destacar en este punto lo indicado al inicio de este capítulo, por cuanto se expuso la importancia del fundamento de la regla de exclusión, el cual no ha de ser concebido como un simple capricho teórico, sino que ha de ser entendido como un referente a partir del cual se comprenderá la naturaleza de esta institución. Esto quiere decir que de la fundamentación de la que se parte derivan sus alcances, restricciones, efectos, particularidades y problemas.

La *good faith exception*, es introducida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, puntualmente en el caso *United States vs. Leon* en 1984. Según esta doctrina, la admisibilidad de una prueba considerada ilícita, es legítima en la medida en que su obtención, por los funcionarios policiales, se haya dado creyendo que se obraba conforme a derecho, por lo que implica una actuación de

buena fe y con evidente ausencia de dolo. En el caso en mención, los agentes policiales ejecutan un allanamiento en atención a una orden judicial, diligencia en la cual se hacen de diferentes elementos de prueba de cargo, la complejidad del asunto derivó de que la propia orden judicial aparentemente válida resulto defectuosa. La Corte Suprema admitió las mismas, considerando que los agentes policiales actuaron de buena fe, bajo la creencia de que la orden era válida.

Así, como explica, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, en la sentencia *United States vs. Leon*: "(...) se afirma que no procede aplicar la regla de exclusión cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro era válida."⁶³³

A partir de la introducción de esta doctrina, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir de los años ochenta, ha evidenciado su desapego hacia la misma regla de exclusión por ella configurada también jurisprudencialmente. Así, esta *excepción*, es considerada como uno de los más importantes recortes a la aplicabilidad de esta regla.

Sin embargo, desde la perspectiva de la jurisprudencia norteamericana, según Carlos FIDALGO GALLARDO, esta doctrina: "(...) no es propiamente una excepción al remedio procesal de la regla de exclusión, sino una excepción a las mismas exigencias sustantivas de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal"⁶³⁴. Y, dicha afirmación no deja de ser cierta, ya que si la conducta policial en la obtención de pruebas no se considera conculcadora de los derechos individuales, por la buena fe en su actuación, entonces no tiene sentido practicar la regla de exclusión, ya que esta por su sola configuración, amerita la presencia de tal vulneración, es decir, no cabe aplicar este remedio para una violación inexistente.

Para la Corte Suprema Federal, el razonamiento de esta *excepción*, bajo la premisa del párrafo anterior, como explica Carlos FIDALGO GALLARDO⁶³⁵, se sustenta en que la aplicación de la regla de exclusión, en los supuestos en los que

⁶³³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 244.

⁶³⁴ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 445.

⁶³⁵ *Ibidem*. Pág. 446-447.

el agente policial actúe de buena fe, no surtiría ningún efecto disuasorio y, por lo tanto, no aportaría un beneficio capaz de compensar por los costos desencadenados de la inadmisión de materiales probatorios que podrían ser decisivos para probar la culpabilidad.

En casos posteriores como el de *Illinois vs. Krull* en el año 1987, dicha doctrina se aplicó también a un registro realizado por la policía sin autorización judicial por estar aparentemente ajustado a lo establecido en una ley estatal, ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por no ajustarse a la Cuarta Enmienda. Corresponde mencionar también a *Arizona vs. Evans* en 1995, caso en el que el registro y posterior arresto del sospechoso (al esposarlo se le cayó un cigarrillo que despedía un olor a marihuana, procediéndose por ello a registrar su automóvil en el que se encontró una bolsa de dicha sustancia) se realizaron en atención a una orden judicial que había sido anulada, lo que era ignorado por los agentes policiales que intervinieron. En este caso el error le fue atribuido al funcionario encargado de actualizar las bases de datos de la Policía, la Corte Suprema concluyó la aplicación de la excepción tratada.

En buena cuenta, como resumidamente lo expresa Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “Esta doctrina se complementa en 1987 con la sentencia *Illinois Vs. Krull*, que existe la excepción de buena fe de León a los supuestos en que la Policía ha realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional, y en 1995 con la sentencia *Arizona vs. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial. La justificación de la excepción de buena fe es que en estos casos –según el Tribunal Supremo- la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder”⁶³⁶.

Dentro de este marco Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ citando a José GONZÁLES CUSSAC, agrega que: “Se trata de una excepción utilizada en la jurisprudencia norteamericana, al considerar que la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que

⁶³⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 244.

lo hacía dentro de ley. Presupone la existencia de un error, con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y, por consiguiente, se sitúa en el terreno de la imprudencia. Este error puede venir motivado por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta⁶³⁷.

Por su parte, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, explica que esta excepción tiene lugar: “Cuando la policía en el desarrollo de sus investigaciones hubiere actuado de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajustaba al ordenamiento jurídico y no violaba ningún derecho fundamental, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito”⁶³⁸. Esta excepción es común en materia de allanamientos y requisas, cuando por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en juego, en la cual hubo buena fe de los funcionarios actuantes.

Para Marina GASCÓN ABELLÁN⁶³⁹, la excepción de buena fe propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención los funcionarios policiales actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir, de buena fe. (...) Siendo ello así, lo que está en juego, de aceptar esta excepción, es la vigencia misma de la regla de exclusión.

En realidad, en su concepción teórica esta doctrina no es tan amplia, lo que preocupa es la extensión de su ámbito de aplicación, lo que a la actualidad en la jurisprudencia norteamericana viene ocurriendo. Los peligros de su aplicación genérica pueden terminar convalidando o legitimando aquellas actuaciones policiales de mala fe lesiva de los derechos fundamentales, ello porque la delimitación teórica de los supuestos que ameritarían su aplicación, puede resultar tan subjetiva en su aplicación práctica, que puede terminar provocando lo que precisamente quiere combatirse, el quebrantamiento de la seguridad jurídica.

⁶³⁷ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 60-61.

⁶³⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 103.

⁶³⁹ Citada por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 95.

Ahora bien, como se ha precisado precedentemente, la regla de exclusión es configurada por la Corte Suprema Federal como únicamente un remedio de creación judicial, como un medio disuasorio de las fuerzas del orden no exigido por la Constitución, cabe esta aclaración, en tanto la introducción de la excepción tratada solo fue posible tras otorgarle el explicado fundamento a la regla de exclusión. Así, respecto al fundamento de la admisión de esta excepción, Pablo TALAVERA ELGUERA propiamente señala que: “El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho”⁶⁴⁰. En España, la razón de ser de esta excepción se vació de contenido, por cuanto asumen el fundamento de la regla de exclusión no como mero remedio en busca de un efecto disuasorio, sino como una garantía derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales. Lo expuesto, se refleja de la doctrina contenida en la STC 114/1984 de 29 de noviembre, cuando declara la nulidad absoluta de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución. Por ello, como explica MIRANDA ESTRAMPES, desde la perspectiva del modelo continental-europeo, dicha excepción resulta, a primera vista, inadmisibles, pues, “la regla de exclusión se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables”⁶⁴¹.

Tal rechazo en el modelo continental-europeo se ve reflejado en la S.T.S de 10 de febrero de 1995, en dicha sentencia se da el supuesto en el cual una persona abre una carta que contenía droga, bajo la creencia errónea de que iba dirigida a ella, y al comprobar que contenía 20 gramos y medio de cocaína la hizo llegar a la Guardia Civil. Ante esto, la Corte Suprema señaló que:

“Aquí, la intervención de la droga contenida en el sobre ha de producir nulos efectos pues se prescindió total y absolutamente de normas esenciales del proceso, con lo cual resultó patente aquella vulneración. Ahora el contenido de la carta formó parte del acervo probatorio de

⁶⁴⁰ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 61

⁶⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 103.

manera irregular. Por las razones que fueren. La carta fue recogida y abierta por quien se creyó su destinatario, error que si puede ser disculpable desde el punto de vista penal, no impide en cambio la infracción del derecho al acusado atinente. Lo decisivo es señalar que la recepción de la cocaína se hizo sin la garantía legal que la presencia del interesado o del propio Juez, cuando la apertura de la carta, comportan. No se trata de desconfianza en cuanto a la labor vigilante del Benemérito Instituto sino de velar por la escrupulosidad de toda aquella actividad, incluso judicial, que suponga una merma de los derechos constitucionales”.

Esta excepción, como es posible notar, propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales, es decir, no se trata ya simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa anulando la propia aplicación de la regla de exclusión.

Al respecto, en la doctrina nacional Hamilton CASTRO TRIGOSO mantiene una posición crítica frente a esta doctrina, para el autor “no parece plausible hacer depender la validez de una actividad probatoria ilícita de las creencias subjetivas del agente policial traducidas en una supuesta buena fe. Esto conduciría a proporcionarles a los agentes de la persecución penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en actuaciones dolosas y vulneratorias de derechos fundamentales en las que aquella no existe”⁶⁴².

No resulta novedosa la crítica establecida por el autor mencionado, toda vez que ni en los Estados Unidos de Norteamérica existe consenso sobre la admisibilidad de la aplicación de esta excepción, pues, como informa Maximiliano HAIRABEDIÁN⁶⁴³, el voto disidente del juez Brennan en el caso *United States vs. León* dejó sentado que el recurso a la buena fe permitirá a la policía infringir derechos constitucionales, además que Estados como Utah y Nueva Jersey han rechazado su aplicación. Para el citado magistrado, la regla de exclusión era parte integrante de la limitación de la Cuarta Enmienda sobre la invasión gubernamental de la privacidad individual, así, declaró que: “Una comprensión adecuada de los

⁶⁴² CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 95.

⁶⁴³ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 96.

amplios propósitos que pretende cumplir la Cuarta Enmienda demuestra que los principios incorporados en la regla de exclusión descansan sobre una base constitucional mucho más firme que las arenas movedizas de la razón disuasoria de la Corte. Pero incluso si tuviera que aceptar el método elegido por el Tribunal para analizar la cuestión que plantean estos casos, aun así llegaría a la conclusión de que la decisión del Tribunal no puede justificarse⁶⁴⁴.

Ahora bien, dadas las consideraciones expuestas corresponde precisar su tratamiento en el plano nacional. Esta excepción ha sido admitida en el acuerdo plenario nacional de jueces superiores realizado en diciembre del 2004, se aprobó la admisión de la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o del Juez Penal, y se utilicen las máximas de la experiencia, entendiéndose por éstas, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe. Sin embargo, dicho acuerdo, como es sabido, no tiene carácter vinculante; sin embargo, su relevancia se encuentra en que muestra el pensamiento de un sector importante de la judicatura nacional, en cuanto a su desapego de la aplicación restringida de la regla de exclusión.

Lo que deviene además en discutible, no es únicamente lo precisado líneas arriba, sino también la extrapolación de esta excepción, el Perú, no asume el modelo norteamericano caracterizado por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), en el cual se considera que el único fundamento de la regla de exclusión es el de disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (*deterrent effect*), sino más bien el Euro-Continental, por tanto –partiendo de esta premisa- la doctrina de la buena fe no encuentra bases para su aplicación en la realidad jurídica nacional. Lo que se trata de evidenciar, es que si lo que se pretende es generar supuestos de aceptación de la validez de la prueba ilícita, ha de partirse primero por reconfigurar el fundamento de la regla de exclusión, o en todo caso, apartarse de su historia y empezar de cero.

En sí resulta claro que la complejidad que desencadena encontrarse frente al escenario en el que se hacer presente un supuesto de producción de prueba ilícita,

⁶⁴⁴ Ídem.

ha generado que la admisibilidad de esta excepción, cobra legitimidad, ya que como precisa Maximiliano HAIRABEDIÁN, “causa rechazo la idea de invalidar prueba obtenida sin mala intención de los funcionarios actuantes”⁶⁴⁵.

5.1.2. LA EXCEPCIÓN DE TACHA (IMPEACHMENT EXCEPTION): UTILIZACIÓN DE PRUEBAS EXCLUIDAS A EFECTOS DE ATACAR LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL CONFESANTE

Esta excepción es conocida también como la excepción de la destrucción de la mentira del imputado y, como se ha señalado, en mérito a la misma se admite que en la acusación se aporten al proceso evidencias obtenidas ilícitamente, para los efectos –únicamente- de destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio, más no para acreditar su culpabilidad. Es el caso, como propone Hamilton CASTRO TRIGOSO, de “una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la participación de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desacreditar la versión exculpatoria del imputado en este último escenario y probar que está mintiendo”⁶⁴⁶.

La excepción de tacha rige en el marco de la prueba de confesión, fue introducida por la jurisprudencia norteamericana a partir del caso *Walder vs. United States* en el año 1954, en 1950 Walder fue investigado por comprar y poseer estupefacientes (heroína), dichas capsulas fueron obtenidas por los agentes policiales de modo ilícito, tras haberse incurrido en defectos en la ejecución del registro. El caso fue archivado, en mérito a la exclusión de las pruebas relevantes solicitado por Walder, ya que alego que su condena no podía basarse en pruebas ilícitas. Más adelante, en 1952 se le somete a otro proceso por transacciones ilícitas de estupefacientes, la prueba de cargo en la caso estaba constituida por los testimonios de dos drogadictos que afirmaron ante los agentes federales que el procesado les vendió la droga. Lo relevante del caso fue que en la confesión del procesado en el juicio oral, este adujo que “nunca había visto drogas”, lo que se contradecía con la propia evidencia previamente excluida. Ante esto, la Corte Suprema declaró que, en ese caso, el Fiscal podía hacer uso de las evidencias excluidas para atacar la credibilidad de la prueba de confesión.

⁶⁴⁵ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 96.

⁶⁴⁶ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 109.

En el caso en mención, la Corte basó su decisión, como se explica en la sentencia del caso, y como da cuenta FIDALGO GALLARDO⁶⁴⁷, en el hecho de que “si bien la Constitución garantiza al acusado la oportunidad más completa posible para enfrentarse a la acusación en su contra” permitiéndosele “negar todos los elementos de la acusación sin por ello abrir la puerta a la introducción por el Fiscal de pruebas ilegalmente obtenidas”, lo que sucede en el caso es que el acusado no únicamente se limitó a la negación de la acusación, sino que manifiestamente cometió perjurio para protegerse. En tal sentido, la Corte decidió que no era admisible “dejar que el acusado recurriese positivamente la perjurio en su declaración confiando en que el Ministerio Fiscal no podría atacar su credibilidad.

También, en cuanto a esta excepción, resulta relevante mencionar el caso *United states vs. Havens* en 1980, en el cual tuvo lugar su aplicación, en mérito a que el acusado negó en confesión en el juicio oral haber tenido en su posesión determinados objetos cuya tenencia constituía delito, cuando en el curso de la investigación, los agentes policiales le habían confiscado irregularmente justamente esos objetos. En este caso, el acusado pudiendo haberse acogido al privilegio contra la incriminación forzada (Quinta Enmienda) para negarse legítimamente a responder, prefirió optar por el perjurio, lo que no fue aceptado por la Corte.

Como explica Carlos FIDALGO GALLARDO: “*Havens* es digno de mención en este terreno sobre todo por precisar que la excepción de tacha es también aplicable para poner en duda la veracidad de las respuestas del acusado a las repreguntas hechas por la acusación (*cross examination*)”⁶⁴⁸. Como da cuenta el autor, en la sentencia del caso, la Corte precisó que la excepción cubría: “las afirmaciones del acusado hechas respondiendo a las repreguntas *correctamente formuladas y razonablemente sugeridas* por las respuestas a las preguntas de la defensa”⁶⁴⁹.

En palabras de FIDALGO GALLARDO: “Es una excepción propiamente dicha, en cuanto que es un supuesto en el que pruebas inadmitidas en aplicación del régimen ordinario de la *exclusionary rule* pueden surtir efecto, si bien limitado, en

⁶⁴⁷ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 454.

⁶⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 455.

⁶⁴⁹ *Idem*.

el juicio oral⁶⁵⁰. En virtud de la excepción de tacha, para el autor: “ (...) la acusación puede aportar al juicio materiales probatorios inconstitucionales obtenidos, y por tanto inadmisibles para demostrar los cargos formulados contra el acusado, a los solos efectos de poner en duda la veracidad de las afirmaciones del acusado en su confesión en juicio, sea en respuesta a las preguntas de su abogado (*direct examination*) o a preguntas legítimas del *prosecutor* (*cross examination*), cuando de la disconformidad de la confesión con sus declaraciones anteriores al juicio oral sea patente su intención de cometer perjurio para eludir la acción de la Justicia”⁶⁵¹.

En la actualidad, para J.L. KAINEN: “La excepción de tacha legitima las quejas sobre los costos probatorios de las reglas de exclusión y por tanto coadyuva al intento de hacer a estas reglas responsables de los fracasos en la represión de la criminalidad”⁶⁵².

En cuanto a lo expresado por el autor, pese a verse como un fundamento para la oponibilidad de esta doctrina, refleja –al mismo tiempo- los verdaderos efectos de la aplicación o vigencia restringida de la regla de exclusión.

Ahora bien, la problemática que gira en torno a la aplicación de esta excepción, es plasmada por Maximiliano HAIRABEDIÁN⁶⁵³, al destacar que, si se permite la introducción y posterior utilización de pruebas ilícitas al proceso bajo el pretexto de restringir sus efectos únicamente para desacreditar la versión del imputado, lo que no queda claro es como podría ser ello posible si es que al desacreditar la declaración dada por el imputado, lo que la acusación pretende, a la larga, es acreditar la vinculación de este con la comisión del delito, y habiéndose logrado ello, la acreditación de la culpabilidad sería un efecto indirecto.

En el ámbito jurídico nacional, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, los vocales superiores de nuestro país decidieron aprobar por mayoría admitir esta doctrina, siempre y cuando la prueba ilícita no se use para probar la culpabilidad del imputado, “sino

⁶⁵⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 452.

⁶⁵¹ *Ibidem*. Págs. 452-453.

⁶⁵² Citado por FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Págs. 457.

⁶⁵³ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 110.

para acreditar la falsedad de la coartada del procesado⁶⁵⁴; pero como ya se de conocimiento, dicho consenso no es vinculante.

Bajo lo expuesto, corresponde ahora precisar que en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el acusado decide declarar lo hace bajo juramento, lo que implica que no puede mentir, hacerlo conllevaría que incurriera en perjurio.

En atención a esto último es que para Hamilton CASTRO TRIGOSO: “La excepción en cuestión es incompatible con nuestro modelo procesal en la medida en que se reconoce la primacía de la presunción de inocencia por la cual corresponde a la acusación demostrar la culpabilidad del imputado quien, por el contrario, no está obligado a probar su inocencia y, por tanto, se le reconoce su derecho a negar la imputación e inclusive a mentir⁶⁵⁵. Sin embargo, si bien es cierto que al acusado le asiste el derecho inclusive de mentir, lo cierto es que también la Fiscalía tiene el derecho de probar que este miente.

5.1.3. LA EXCEPCIÓN DEL ERROR INOCUO

Esta doctrina, relacionada a la apreciación de la prueba ilícita directa, tiene lugar, como explica Carlos FIDALGO GALLARDO⁶⁵⁶, cuando una prueba inadmisibles no ha sido excluida en primera instancia y se ha dictado sentencia condenatoria, no corresponderá anular dicha sentencia por esa razón, cuando ese defecto, a consideración del Tribunal de Apelaciones, resulte irrelevante para el resulta final del caso. Es decir, su aplicación tiene lugar cuando en el supuesto de haberse excluido el material inadmisibles, la resolución del caso hubiese sido la misma. Por ello, como explica el autor, esta excepción “descansa una conjetura: si el Tribunal *a quo* tiene la certeza hipotética aunque las pruebas inconstitucionalmente obtenidas hubiesen sido excluidas dado el peso del resto de los materiales incriminatorios, no procederá anular la condena de primera instancia⁶⁵⁷.”

En términos generales, esta doctrina, constituye en sí una regla general del ordenamiento procesal estadounidense, en mérito a la cual los errores o defectos en los procedimientos judiciales o de cualquier otro tipo no constituyen causa de anulación del procedimiento o de la decisión, cuando estos carezcan de relevancia

⁶⁵⁴ Acta de la sesión del Pleno de 11 de diciembre de 2004.

⁶⁵⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 110.

⁶⁵⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 458.

⁶⁵⁷ Ídem.

y hubiese certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido tal defecto. Ahora bien, como precisa Carlos FIDALGO GALLARDO⁶⁵⁸ antes de 1967 los Tribunales consideraban que los errores de naturaleza constitucional, como es el caso de los que provocan la aplicación de la regla de exclusión, en ningún caso podían considerarse como *inocuos*; para ellos, los errores que afectasen derechos o garantías de corte constitucional, ameritaban que se siguiese aplicando la regla de anulación automática.

Ya en 1967, en el caso *Chapman vs. California*, se estableció que en determinadas circunstancias no concretadas, la violación de los derechos constitucionales del acusado podría ser calificada como error inocuo. Según la Corte, un Tribunal de Apelación podría considerar como error inocuo si tuviese certeza más allá de la duda razonable de que el error no influyó en la condena.

5.1.4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DOCTRINA DEL BALANCING TEST

En atención al principio de proporcionalidad, GONZALES-CUELLAR SERRANO refiere que “(...) es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”⁶⁵⁹. De aquí que, como explica CASTRO TRIGOSO⁶⁶⁰, surge implícita la idea de ponderación a la que se ve obligado el operador jurídico en cuanto se encuentre en un escenario en el que aparecen enfrentados bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en el que es preciso optar por uno de ellos. Además, añade el autor: “El examen del caso concreto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad exige un análisis en tres niveles que son los subprincipios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad *strictu sensu*. Tales requisitos deben cumplirse en forma concurrente pues, si faltase tan solo uno de ellos, la conclusión sería que nos encontramos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 459.

⁶⁵⁹ Citador por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 97.

⁶⁶⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 97.

⁶⁶¹ *Ibidem*. Pág. 98.

Esta doctrina parte del reconocimiento de la existencia de los principios en el ordenamiento jurídico, que a su vez conlleva la necesidad de aplicar de una nueva forma el Derecho. Y, los derechos fundamentales constituyen, en consecuencia, el ejemplo más claro de principios en el ordenamiento jurídico. Ante esto, frente a los casos en los que estos principios aparecen enfrentados, como es el propio escenario de la prueba ilícita, la ponderación se matiza como una actividad consistente en sopesar esos dos principios que entran en colisión, para de esa manera determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por consiguiente, cuál de ellos determinará la solución del caso.

Cabe destacar que la doctrina de la ponderación de intereses ha sido fuertemente desarrollada en el derecho continental-europeo y, en virtud de tal, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba prohibida o ilícita se encuentra supeditada a la importancia y gravedad del acto lesivo (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual exclusión.

El *balancing test* es la adaptación estadounidense de tal excepción y, como explica José Antonio NEYRA FLORES⁶⁶², tiene su génesis en los Estados Unidos, en donde la regla es la siguiente: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se logrará el efecto disuasorio, entonces no tendrá sentido excluir la prueba prohibida. La explicación del enunciado radica básicamente en el fundamento que en EE.UU se le otorgó a la regla de exclusión, la cual se funda en promover un efecto disuasorio, entendiendo por este como aquel consistente en evitar conductas abusivas y arbitrarias en los agentes o autoridades a cargo de recopilar los elementos de prueba en una investigación penal. Así, como refiere Miguel PÉREZ ARROYO⁶⁶³, esta radica en el efecto que su exclusión puede tener en el comportamiento de los agentes policiales, pues estos deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba. Si dicho efecto preventivo (disuasorio) como lo deseado detrás de la regla de exclusión no se cumplía, entonces, sí valoraría la prueba; aun cuando su adquisición vulnera derechos fundamentales, cuando menos indirectamente.

En concreto, esta doctrina consiste en, como explica RUIZ VADILLO citado por MARTÍ SÁNCHEZ, “hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de

⁶⁶² Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 242.

⁶⁶³ Ídem.

proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación⁶⁶⁴. La ponderación, por tanto, no es una conciliación, no consiste en poner de acuerdo los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de equilibrio entre ellos; por ende, no convierte a la prueba ilícita en lícita sino que, no obstante su ilicitud, es utilizada o valorada, en mérito a otros principios de jerarquía constitucional superior que así lo exigen. Así, en esta perspectiva, refiere Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “Cabe puntualizar que por este principio la prueba ilícita al valorarla no va a significar su transformación o su convertimiento en prueba lícita, puesto que la ilicitud está en la propia naturaleza de la prueba, implícita al carácter de la prueba misma porque su obtención significó la afectación de derechos fundamentales, entonces nadie puede cambiar ello; la prueba ilícita seguirá siendo ilícita siempre; sin embargo, en el juicio de ponderación se le puede preferir y llegar a ser valorada porque otros intereses de jerarquía constitucional de mayor relevancia así lo determinan⁶⁶⁵”.

Esta doctrina sostiene que su aplicación como excepción a la regla de exclusión se encuentra subordinada a la relación de importancia y gravedad que tenga la infracción constitucional así como las consecuencias negativas que tendría la ineficacia e la evidencia ilícita.

La importancia de esta doctrina en la actualidad, radica en que abre el camino para el aporte de prueba por particulares, como explica ROXIN: “cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, pues ser valorado como medio de prueba⁶⁶⁶”.

Como da cuenta Ángel Fernando UGAZ ZEGARRA⁶⁶⁷, esta doctrina fue aplicada en el caso de Pierre Schenk, quien fue acusado de contratar a una persona para dar muerte a su esposa, y mediante una interceptación telefónica sin orden

⁶⁶⁴ Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. En Línea. <Publicación disponible en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf>. Págs. 13-14. [Consulta 20 de julio de 2017].

⁶⁶⁵ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 81.

⁶⁶⁶ Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. . Tema 3: La prueba ilícita y prohibida Ob Cit. Pág. 14.

⁶⁶⁷ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Algunas reflexiones en torno a la prueba ilícita. Instituto de Ciencia Procesal Penal. En Línea. <Publicación disponible en https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_9_reflexiones_prueba_il%C3%ADcit a.pdf>. Págs. 7-8. [Consulta 20 de julio de 2017].

judicial, se obtuvo prueba en su contra. El Tribunal que lo juzgó, como explica Jairo PARRA QUIJANO, consideró que: “el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del señor Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a la esfera íntima”⁶⁶⁸.

En atención al tema, Francisco MUÑOZ CONDE plantea dos situaciones posibles de ponderación para el caso de las grabaciones audiovisuales, ya sean realizadas por órganos estatales o por particulares. En atención a los primeros sostiene que:

“Podemos establecer como principio que las injerencias estatales en la vida privada a través del empleo de medios audio visuales solo deben admitirse en los casos fijados legalmente, bajo control judicial y siempre de acuerdo con el principio de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad. Incluso frente a determinadas manifestaciones del ámbito intangible de la intimidad debería excluirse cualquier tipo de injerencia, siendo discutible si, incluso en los países en los que bajos estrictos presupuestos, se permiten las llamadas grandes escuchas estas serían compatibles con el derecho constitucional fundamental a la intimidad en su núcleo más estricto y reservado. En todo caso, las grabaciones que no cumplan con estos requisitos deben considerarse que violan directamente el derecho fundamental a la intimidad y, por lo tanto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ no pueden surtir efecto como prueba”⁶⁶⁹.

En cuanto al segundo caso, el citado autor asume posición distinta, compartiendo la opinión de ROXIN y la jurisprudencia alemana, señalando que:

“En general, los tribunales, en relación a los delitos más graves han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado (...). La admisión de la valoración como prueba de este tipo de grabaciones entre particulares dependería sobre todo de la

⁶⁶⁸ Citado por UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Ob Cit. Pág. 08.

⁶⁶⁹ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 82.

gravedad del delito que se esté juzgando. En caso de un delito grave, que tenga condena de por ejemplo 15 años de prisión, debe darse la primacía del interés en la averiguación de la verdad, pero cuando se trata de un delito menos grave, que por ejemplo no tenga asignada una pena de prisión, sino de multa, o de prisión inferior a cuatro o dos años que puede ser suspendida, la primacía debe darse al interés privado, es decir, al derecho a la intimidad del acusado y, en consecuencia, prohibirse la valoración de la prueba obtenida y violando ese derecho, porque además ello constituye un delito de escucha o grabación ilegal⁶⁷⁰.

Como ha de advertirse, para la corriente jurisprudencial alemana, este principio es aplicable siempre con carácter excepcional y en atención a la gravedad de delito investigado. De esta manera, si se tratase de un delito grave, ha de prevalecer el interés público y la primacía del interés de la averiguación de la verdad; por el contrario, cuando se tratase un delito que reviste menor gravedad, ha de prevalecer la protección del derecho del particular.

Por otro lado, como expresa UGAZ ZEGARRA⁶⁷¹, la Sala Penal Nacional, en la sentencia del 5 de agosto de 2005 recaída en el Expediente 634-03 -Caso Wilbert Elki Meza Majino y otros- en un caso de juzgamiento por delito de Terrorismo, donde se restó valor probatorio a las pruebas obtenidas en un allanamiento ejecutado sin orden judicial. En principio el Tribunal verificó que los agentes policiales que allanaron la vivienda de la procesada no contaban con una orden judicial, más aún cuando en el momento de los hechos, la ciudad de Lima no se encontraba bajo Estado de Excepción, los agentes policiales tuvieron tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, en el caos no existió consentimiento del titular de la vivienda para el allanamiento policial. En ese estadio la Sala Penal Nacional paso a valorar la prueba ilícita a la luz del principio de ponderación o de excepciones por razón de seguridad pública, magnitud de la imputación o gravedad del delito en el caso concreto, precisando que al violarse el debido proceso “no cabe más que declarar que toda la documentación, diskettes y material encontrados en dicho registro constituyen prueba ilícita, la cual no puede

⁶⁷⁰ *Ibidem*. Págs. 82-83.

⁶⁷¹ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. *Ob Cit.* Pág. 08.

valorarse ni se puede sobre la misma fundamentarse una condena, es radicalmente nula”. Por tanto, la Sala Penal Nacional declaró las pruebas como ilícitas y las inutilizó. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad N° 4824-2005, de fecha 24 de mayo de 2006, confirma la decisión de la Sala Penal Nacional, en cuanto a la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas.

Otro caso de idéntica resolución, lo constituye la Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, caso Lucy Margarita Romero Acosta, la Sala Penal Nacional se encontró frente a una investigación en la que se había ejecutado un allanamiento domiciliario ilegal por parte de los agentes policiales y determina la existencia de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio producido por tal acto de investigación. Lo relevante de esta sentencia es que realiza un análisis sobre la posibilidad de aplicar las excepciones de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, por lo tanto, repasa algunas de las principales. En cuanto a la aplicación de la excepción de la ponderación de intereses, manifiesta que:

“En primer lugar, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, se trata de un allanamiento ilegal de domicilio (...). En segundo lugar, la intencionalidad del infractor, los efectivos policiales actuaron bajo el conocimiento cierto de que para poder ingresar a un domicilio requerían de una orden judicial (...). En tercer lugar, el allanamiento ilegal de domicilio no estuvo orientado a evitar un mal grave o que las fuentes de prueba hubieran sido obtenidas por una situación de estado de necesidad. Por las razones anteriormente expuestas, al no de ser aplicable ninguna de las excepciones a la prueba ilícitamente obtenida, deben de ser excluidos del acervo probatorio (no pueden ser valoradas) las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domicilio (...).”

La Sala Penal Nacional termina determinando la inaplicación de las excepciones analizadas y declara que las fuentes de prueba incautadas irregularmente carecen de valor probatorio y; por consiguiente, las inutilizó.

Al respecto, cita Elky Alexander VILEGAS PAIVA⁶⁷² el Recurso de Nulidad N° 4826-2005/Lima (caso El Polo) en donde Sala Penal Permanente de la Corte

⁶⁷² VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 242-243.

Suprema ha utilizado la justificación conflictual de la ponderación de intereses, y aún más ha elaborado dicho juicio de ponderación sobre la base de la excepción del descubrimiento inevitable, llamado en esta sentencia como es de “caso probable”, veamos”:

“(…) que de autos aparece que miembros de la Dircote venían efectuando un sigiloso seguimiento a los acusados Meza Majino y a su conviviente Anaya Salvarte, quienes cohabitaban en el mismo inmueble, al punto que con el objetivo de la búsqueda y obtención de evidencias o elementos de prueba que los vinculara o asociara con el atentado terrorista en el Centro Comercial El Polo, contando con la anuencia y presencia del representante del Ministerio Público y por la urgencia del caso, en función de los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva en función al seguimiento efectuado, decidieron ingresar a la vivienda, oportunidad en que fueron atendidos por la acusada Anaya Nalvarte quien por registrar una orden de captura (por delito de traición a la patria) fue aprehendida; que en el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de Meza Majino, diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal de nitrato de amonio, que convertida en anfo es utilizado en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio –ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos, la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida- en este caso, la inviolabilidad domiciliaria, -su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución pena- que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia

justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esa circunstancia cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación –su propia dimensión como consecuencia del estrago generado-y, en especial, a las circunstancias que determinan su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia, será determinante; que, en el presente caso, a posteriori, no solo se tiene el concurso del Ministerio Público-que concede garantía de limpieza en el acto de intervención domiciliaria-, sino que con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria –lugar y tiempo de ejecución-y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial, siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado; que esto último ocurrió en el presente caso, pues estando acreditado que uno de los lugares que visitaba el acusado Meza Majino era la vivienda de la acusada Anaya Salvarte, ubicada en la Avenida Rimacpampa sin número sector cuarto B Asentamiento Humano Balnearios-Ventanilla –quien por lo demás tenía una requisitoria por delito de traición a la patria- era muy probable que en dicho lugar se albergaría a dirigentes, cuadros y militantes de la organización terrorista de Sendero Luminoso o bienes delictivos vinculados a la misma; que es así que por lo relevante de la investigación en curso –el momento culminante y decisivo de la actuación policial fiscal-, la gravedad del delito cometido y el tiempo del propio acto de intervención que es

trascendental, en atención a que caía la noche, había pocos efectivos policiales en ese momento y el lugar estaba relativamente aislado, incluso la propia encausada mencionó que con motivo de su detención y de sus gritos advirtió que sus vecinos se acercaron al lugar (véase fojas siete mil treinta y siete) decidieron intervenir simultáneamente a ambos acusados –con una diferencia de treinta minutos-, y evitar de este modo que la acusada Anaya Nalvarte sea avisada de la intervención policial de su conviviente el acusado Meza Majino, que huyera o desapareciera evidencias comprometedoras; que justamente por la oportuna intervención policía garantizada con la presencia del representante del Ministerio Público y en presencia de dos de sus vecinos (Inocente Melchor Gregorio y Elba Ceferina Abanto Cotrina) es que se descubrió un cúmulo de evidencias señaladas en el acto de fojas cuatrocientos noventa del expediente acumulado, y que la vinculan no solo con el acusado Meza Majino sino con el delito de terrorismo y específicamente con el atentado al Centro Comercial El Polo; que, por tanto, el objeto del allanamiento domiciliario no ha sido desproporcionado con los propósitos legítimos perseguidos, tiene justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite; que en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente válido; en consecuencia, debe efectuarse un nuevo juicio oral al respecto⁶⁷³.

Ahora bien, lo preocupante de la aplicación del principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, como muy concretamente dice GUARIGLIA⁶⁷⁴ siguiendo a AMELUNG, es que la teoría de la ponderación puede representar una licencia para que el juez pueda finalmente resolver el caso concreto de acuerdo con sus convicciones políticas o de otra

⁶⁷³ Recurso de Nulidad N.º 4826-2005/Lima. Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 242-244.

⁶⁷⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 102.

índole, dado que la evaluación subjetiva de la actividad que implica la ponderación de los principios no excluye dicha posibilidad.

Así, en atención a lo expuesto por CASTRO TRIGOSO, la aplicación del principio de proporcionalidad –incluida la ponderación como su variante final- “implicaría un recorte bastante discutible de los alcances de la regla de exclusión y de la preeminencia de los derechos fundamentales. Implicaría también aceptar la validez de aquellas posiciones que postulan expresiones autoritarias del derecho procesal penal como reflejo de un derecho penal del enemigo para el que ciertos individuos no deben gozar de las garantías inherentes al Estado de Derecho”⁶⁷⁵.

Finalmente cabe precisar que, el pensamiento de la judicatura nacional parece decantarse por la admisibilidad de esta excepción, ello es reflejado en el acuerdo plasmado en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004. Sin embargo, al no tener ello un carácter vinculante, los órganos jurisdiccionales pueden simplemente apartarse de los criterios esbozados en él.

5.1.5. TEORÍA DEL RIESGO

La teoría del riesgo es una excepción a la aplicación de la regla de exclusión introducida por la jurisprudencia americana en los casos *Hoffa vs. United States* y *Lewis vs. United States*, endonde se diferenció a los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

De conformidad a esta doctrina, cuando -por ejemplo-, una persona voluntariamente se reúne con otra (s), a quien (es) le (s) informa o comunica su comisión o participación en un delito, asume el riesgo de que el receptor o receptores no guarden silencio. Ello es así, porque si el mismo interesado no se preocupa por cautelar sus intereses, el Juez no tiene la obligación de hacerlo.

De igual modo, para Hamilton CASTRO TRIGOSO⁶⁷⁶, cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para revelar o contar sus actividades delictuosas

⁶⁷⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 103.

⁶⁷⁶Ibidem. Págs. 110-111.

o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo el riesgo de ser delatada. Es este el sentido con el que se entiende la teoría del riesgo. Se ha señalado reiteradamente que si el mismo interesado no cuida sus garantías no pretenda que lo haga un juez.

Agrega Elky Alexander VILLEGA SPAIVA, que: “Conforme a esta teoría se tiene que cuando una persona se reúne voluntariamente para revelar o contar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo el riesgo de ser delatada. En otras palabras, si el mismo interesado no cuida sus garantías no pretenda que lo haga un juez”⁶⁷⁷.

Como explica Luciano CASTILLO GUTIERREZ: “Esta teoría se entiende cuando dos personas se comunican y una le expresa o cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo delate”⁶⁷⁸.

Ahora bien, como se ha señalado en el Pleno Jurisdiccional Superior Penal llevado a cabo en Trujillo en diciembre de 2004, “la teoría del riesgo es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc”⁶⁷⁹.

Concretamente, en cuanto a la información probatoria lograda a través de la cámara oculta, en dicha reunión, los magistrados admitieron por mayoría su validez cuando uno de los interlocutores lo consiente, al ser válido su testimonio posterior. Similar posición se adopta frente a los casos de grabaciones de conversaciones telefónicas, cuando sea uno de los interlocutores quien realice dicha operación o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. En mérito de esta teoría, se otorga validez a las pruebas tenidas por particulares a través de cámaras ocultas. En cuanto a los agentes encubiertos, los jueces superiores en lo penal del país reconocen que existe una fuerte oposición para dar validez a la información obtenida por esta vía pues lo consecuente a tal acto

⁶⁷⁷ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 245.

⁶⁷⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 64.

⁶⁷⁹ Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. Ob Cit. Pág. 14.

es recusar el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, debido a “la popularidad” de dicha metodología en la investigación de los delitos contemporáneos, finalmente terminan admitiendo su validez pues “los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables”⁶⁸⁰.

El fundamento de esta excepción reside en la responsabilidad que la persona asume por lo que espontáneamente declara y; en mérito a ello, el Estado no ha de responsabilizarse de tales declaraciones –cuidándolas-, ya que ha de entenderse que cada cual cuida lo que expresa o declara. Y, como explica Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN⁶⁸¹, fue con esta tesis con la que se condenó al ex parlamentario Torres Ccalla.

En cuanto a su razón de ser, el Pleno Jurisdiccional Superior Penal, citado en líneas precedentes, no ha sido ajeno a su determinación, en tanto concluye que: “Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada”⁶⁸².

En la doctrina española, ASECIO MELLADO, en atención a la sentencia de 1 de marzo de 1996, del Tribunal Supremo español, en un caso en el que se cuestionaba la grabación de una conversación entre cuatro personas realizada secretamente por una de ellas, se apoya en el fundamento central de esta teoría, al sostener que “es evidente que quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele (...)”⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida Ob Cit. Págs. 16-17.

⁶⁸¹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 83.

⁶⁸² Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. Ob Cit. Pág. 14.

⁶⁸³ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 110.

En la doctrina brasileña, para Luiz Francisco TORQUATO AVOLIO⁶⁸⁴, la prueba obtenida a través de grabaciones subrepticias sería perfectamente admisible pues cualquier persona puede grabar su propia conversación. Ello porque como en el caso de las cartas, la comunicación de su contenido a terceros por su destinatario, sin el consentimiento del remitente, no constituye delito contra la inviolabilidad de la correspondencia. Sin embargo, para el autor, lo cuestionable, en cuanto a su admisibilidad, sería la divulgación de una conversación confidencial como prueba penal incriminadora.

Para Hamilton CASTRO TRIGOSO⁶⁸⁵, en atención a su adecuada aplicación, corresponde identificar las diferencias existentes entre dos situaciones concretas: la primera, respecto a las intromisiones realizadas por agentes de la persecución penal estatal, las que siempre exigirán la cobertura de un mandato judicial en regla y su producción dentro del marco de una investigación formal. En segundo lugar, respecto a la acción de obtención y aportación de la fuente de prueba por parte de personas particular. Este último es el supuesto al que le es aplicable la teoría del riesgo. Para el autor ello es así “(...) primero porque en la manifestación o expresión de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga a ello; y segundo – núcleo esencial de esta teoría – quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume el riesgo de ser denunciado o delatado, es decir, a que lo dicho en la conversación trascienda de su ámbito inicial”⁶⁸⁶. Y, como puntualmente refiere José María ASECIO MELLADO⁶⁸⁷, además el secreto de las comunicaciones está referido a la garantía contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación y no a una pretendida exigencia de cautela para los intervinientes en ella⁶⁸⁸.

Resulta coherente la sujeción a esta teoría, como refiere Hamilton CASTRO TRIGOSO⁶⁸⁹, en tanto en aquellos casos en los que se graba o filma un acto delictivo como, por ejemplo, un cohecho, resultaría irrazonable pedir en estos casos que la víctima, que es la que aporta la grabación o filmación, tenga que

⁶⁸⁴ Ídem.

⁶⁸⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 111.

⁶⁸⁶ Ibídem. Pág. 113.

⁶⁸⁷ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 113.

⁶⁸⁸ No se encuentran dentro de este supuesto las declaraciones hechas ante interlocutores obligados por el secreto profesional a guardar reserva de lo escuchado: abogados defensores, sacerdotes, psicólogos, etc.

⁶⁸⁹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 113.

obtener previamente una orden judicial para reconocerle validez al aporte. En este sentido, Carlos Alberto CARBONE apunta que “(...) nunca se puede hablar de intimidad reservada para alguien que decide cometer un delito en perjuicio de otro manifestándole sus propósitos”⁶⁹⁰. Además, añade CARBONE⁶⁹¹, que si de la práctica procesal se advierte indiscutible la admisión de carta presentada por su destinatario como prueba en el proceso, lo lógico es que la misma suerte corran las grabaciones o filmaciones presentadas por uno de los interlocutores, y, ello cobra fuerza si el destinatario de las expresiones de quien luego puede resultar imputado es el que las realiza y las allega posteriormente, más aun cuando es agraviado por la conducta de su interlocutor.

Es preciso destacar en este punto el caso ESCHER resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Brasil, el caso es basado en la Interceptación Ilegal de Comunicaciones realizada por personas ajena a la conversación, la Corte expresa que dicho proceder resulta vulneratorio de la Convención. Sin embargo, en dicha sentencia se plasma lo siguiente:

“Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada

⁶⁹⁰ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 113.

⁶⁹¹ Ídem.

*mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación*⁶⁹².

De la remisión a la jurisprudencia nacional, Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia del 07-04-2009 recaída en el Expediente N° 10-2001/Acumulado N° 45-2003-A-V), contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenja Fujimori, ha hecho uso de estos criterios. El caso, como explica VILLEGAS PAIVA⁶⁹³, trataba de audios entregados por el periodista Uceda Pérez cuyo contenido refleja conversaciones entre el Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, Coronel EP Oliveros Pérez, el General EP Rivero Lazo, y algunos agentes de inteligencia operativo integrantes del denominado Grupo Colina, realizadas el 22 de marzo 1994, mientras estos permanecían detenidos en el Cuartel Simón Bolívar, diálogos en los que se refieren a la ley de amnistía ofrecida y hacen gala de los pagos y la protección que les dispensaba el Ejército y el Gobierno, dichas grabaciones fueron cuestionadas por la defensa bajo el argumento de la vulneración de dos derechos fundamentales: intimidad y no incriminación. La defensa alegó que las conversaciones tenían un contenido íntimo, pues se mencionan temas familiares y personales, y al mismo tiempo hacen referencia a hechos que comprometen a los que conversan como posibles autores del delito.

La Sala Penal Especial rechazó lo cuestionado por la defensa, al declarar que:

“No solo es evidente, desde una perspectiva material, que los temas significativos abordados en la conversación no inciden en aquellas áreas privativas de la persona, referidas a un ámbito de la misma propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Todo lo dicho en las conversaciones, incluso las menciones a necesidades económicas y problemas de salud –expuestos de modo genérico, sin mayores precisiones que pudieran denotar la transmisión de un dato comprometedor o que quisiera ocultarse más allá del

⁶⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de 06 de julio de 2009. En Línea. <Publicación disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf >. Pág. 34. [Consulta 11 de enero 2018].

⁶⁹³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 245-246.

círculo de personas allí presentes- no entra dentro del ámbito muy restringido de la personalidad. Los comentarios y expresiones que formula una persona a otra en una charla voluntaria y sin coacción alguna no atentan el derecho a la intimidad ni su grabación puede ser tildada de fraudulenta. No hay, incluso, un recíproco deber de secreto o deber horizontal que implique la persona a quien le es transmitida una comunicación tenga la obligación de discreción o silencio.

El derecho a la no autoincriminación, que es un derecho instrumental que integra la garantía de defensa procesal, funciona respecto de agentes públicos y evita que los imputados –o quienes puedan serlo- sean forzados o engañados a declarar y admitir responsabilidades penales. Este no es el caso de conversaciones sostenidas entre personas naturales en las que voluntariamente se transmiten ideas e intercambian datos y expresiones.”⁶⁹⁴

Otro es el caso citado por José Antonio NEYRA FLORES⁶⁹⁵, en el que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21-2001 “caso miembro del TC”, se pronuncia indicando que:

*“La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-partícipe Vladimiro Montesinos Torres (...) por lo que es él y no al Estado a quien le corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del *vinere contra factum proprium* (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (*to right of the privacy*)”⁶⁹⁶.*

⁶⁹⁴ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia del 07 de abril del 2009 (Expediente. N° 10-2001/Acumulado N.° 45-2003-A-V). Págs. 162 y 163, f.j. N. ° 150. Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 46.

⁶⁹⁵ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, José María. Ob Cit. Pág. 65.

⁶⁹⁶ Ídem.

Esta teoría también fue adoptada, como la cuenta Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN⁶⁹⁷, por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Incidente N° 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, en la Resolución del 18 de julio de 2012, en la cual se señaló que el audio entregado por Herald Andrés Gamarra, que contenía una conversación con Miguel Santiago Ñopo Fernández (en ese momento procesado por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), no podía considerarse prueba ilícita. Así, en su fundamento jurídico N°4.2, cita a REAÑO PESCHIERA, quien indica que:

“A mi juicio, la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas ilícitas y válidas siempre que: a) al menos unos de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter público, lo cual ocurrirá generalmente (...) no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escuchas, esto es, en tales casos en peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor”⁶⁹⁸.

Por tanto, la teoría del riesgo, en cuanto a su consideración como excepción a la aplicación de la regla de exclusión, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA refiere que: “(...) en realidad, la teoría del riesgo no es una verdadera excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, en tanto lo único que se hace con ella es verificar si

⁶⁹⁷ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 84.

⁶⁹⁸ Corte Superior de Lima Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Incidente N° 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, en la Resolución del 18 de julio de 2012. En línea. <Publicación disponible en <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/30162002/jurispnac102.pdf>>. Pág. 4. [Consulta 11 de enero 2018]

ha existido una vulneración a algún derecho fundamental, determinando para ello cuales son las conductas que se enmarcan dentro del contenido constitucionalmente protegido de aquellos derechos, y cuáles no”⁶⁹⁹. Y, una vez logrado ese propósito se procederá a determinar si el material probatorio se reputa ilícito o no, siendo que si efectivamente lo es, deberá ser excluido o rechazado; por el contrario, si de concluye su licitud, dicho material probatoria podrá desplegar plena eficacia en el proceso, en aplicación de la teoría en trato. Por ello, como declara Luciano CASTILLO GUTIERREZ citando a Humberto SÁNCHEZ CÓRDOVA: “Lo que dice esta teoría es que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales toda vez que no hay una afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser un acto que realiza un participante de la comunicación”⁷⁰⁰. Además, en cuanto a los supuestos que ameritan su aplicación, opina el autor que: “(...) no hay violación al derecho a la intimidad del emitente por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emitente asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor”⁷⁰¹. Al respecto José María ASECIO MELLADO expresa categóricamente que: “La grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido no afecta ni el derecho a la intimidad personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio”⁷⁰².

En síntesis, en mérito a la teoría del riesgo se admite la validez probatoria de aquellas evidencias; tales como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc., siempre que quien ejecute dicha acción o entregue la evidencia sea participante de la conversación o comunicación y cuyo contenido de la grabación no se encuentre dentro del ámbito privado de la persona en contra de quien se configura tal elemento como prueba de cargo. Y, al fundamentarse tal teoría en la titularidad del derecho que también le corresponde a quien hace entrega o graba el contenido de los audios o imágenes

⁶⁹⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky, Alexander. Ob Cit. Pág. 246-247.

⁷⁰⁰ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 64.

⁷⁰¹ *Ibíd.* Pág. 65.

⁷⁰² Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 65.

y, en el riesgo que voluntariamente asume quien ante otro(s) en una reunión y conversación revela la comisión del delito o la realización de un delito que no se conocía con claridad en el proceso; no se sitúa propiamente como una excepción a la regla de exclusión, ya que para ello se requiere necesariamente de un supuesto institucional en donde deba por regla general aplicarse la exclusión de la prueba, sin embargo, en los supuestos desarrollados no hay una afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser un acto que realiza un participante de la comunicación ni al derecho a la intimidad personal y; en consecuencia, tal evidencia no puede reputarse inconstitucional, siendo por tanto lícita.

5.1.6. LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA EL IMPUTADO O PRUEBA ILÍCITA IN BONAM PARTEM

La teoría a desarrollar postula la validez de la prueba obtenida ilícitamente, cuando el resultado probatorio favorezca la posición del imputado en el interior del proceso, esto es, cuando el contenido de la información del elemento de prueba revele datos a su favor o acredite su inocencia.

Al respecto, muy apropiadamente dice Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN que: “(...) si bien las garantías de inutilización de la prueba prohibida operan como formas de protección a favor del imputado, tales prohibiciones de valoración probatorias deben operar como prohibiciones de cargo en su contra, pero no pueden operar como prohibiciones de descargo en su favor”⁷⁰³.

En nuestra legislación, esta teoría ha sido recepcionada en el último párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del Código Adjetivo Penal, el cual a la letra indica que: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

Como explica Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷⁰⁴ dicho precepto implica, por ejemplo, que si en el desarrollo de un allanamiento ilegal se obtienen elementos de prueba de los cuales se desprende información que acredite la inocencia del imputado o aporte elementos de descargo, estos no podrían excluirse por su origen ilícito, ello porque la inviolabilidad del domicilio es una garantía

⁷⁰³ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 87.

⁷⁰⁴ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 107.

constitucional establecida en favor del procesado. Y, a la luz de lo prescrito en la norma citada, la inobservancia las garantías constitucionales no pueden hacerse valer en perjuicio de su titular. De la misma manera ocurre cuando de su declaración, el imputado aporta elementos que acreditan su inocencia o que sirven de descargo y dichos elementos no podrán ser invalidados pese a que dicha declaración se haya realizado sin la asistencia de su abogado defensor, puesto que el derecho de defensa técnica es una garantía en favor del procesado, por lo que su inobservancia de ninguna manera podría hacerse valer en su contra.

Esta teoría ha sido también debatida en el Pleno Jurisdiccional Superior Penal llevado a cabo en Trujillo en 2004, en dicho cónclave se aprueba por unanimidad su admisión, indicándose que será válida: “siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra”⁷⁰⁵.

En síntesis, si se avizora el fundamento de la regla de exclusión desde la perspectiva del Modelo Euro-Continental, entonces es posible afirmar que la misma es concebida como un garantía constitucional basada en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y, siendo ello así, no resulta razonable que en su nombre se rechacen o excluyan pruebas que aporten datos para la acreditación de la inocencia del imputado, titular de la garantía vulnerada. Esta situación es explicada por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES al afirmar que: “Se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso: en nombre de los derechos fundamentales, el ius puniendi del Estado priva de libertad a un inocente o, al menos, a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad”⁷⁰⁶.

Sin embargo, como ha de notarse, esta teoría no constituye propiamente una excepción a la regla de exclusión, sea cual sea el fundamento con el que a esta institución de conciba, ello porque ella entra juego –justamente- frente a pruebas de cargo, ya sea por la propia finalidad de garantía que cumple para los derechos del imputado o por su propia finalidad disuasoria; y en los supuestos que ameritan la aplicación de esta teoría, se trata de la admisión de una prueba ilícita descargo,

⁷⁰⁵ Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. Ob Cit. Pág. 16.

⁷⁰⁶ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 108.

esto es, una prueba que sirve para demostrar la inocencia del acusado o para desvirtuar o neutralizar el resultado de las pruebas de cargo y, siendo así, su admisión al proceso penal no ha encontrarse con ningún obstáculo. Entonces, no se trata de otorgarle validez a la prueba ilícita en pro a la eficacia de derecho penal, para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso, eficacia que finalmente no es discutida por su coherencia con el orden constitucional.

Finalmente, conviene resaltar que la teoría tratada ha sido también restringida por la doctrina. Así, como explica MIRANDA ESTRAMPES⁷⁰⁷, no ha de operar frente a los supuestos en los que es el propio imputado quien provoca la ilicitud para neutralizar el ius puniendi estatal.

5.1.7. TEORÍA DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA PARA TERCEROS O LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL AJENA

Al respecto, en atención a esta excepción se considera que las pruebas que han sido obtenidas mediante la vulneración directa de derechos fundamentales, pueden ser admitidas o valoradas para fundamentar la condena de aquellos imputados que no fueron titulares pasivos de la infracción constitucional.

En cuanto a su fundamento, explica Hamilton CASTRO TRIGOSO que este se basa en: "(...) la inexistencia de identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el tercero contra quien se hace valer la prueba así obtenida, lo que implica una desconexión entre la vulneración del derecho y la condena"⁷⁰⁸. Bajo el mismo criterio, Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN señala que: "la razón de valoración de la prueba ilícita se funda en que no hay identidad entre el titular del derecho fundamental vulnerado, y el sujeto sobre el que recae la condena que sería un tercero partícipe o coautor"⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 109.

⁷⁰⁸ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 118.

⁷⁰⁹ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 88.

En resumen, la teoría en estudio se sustenta en que la lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos del sujeto contra quien se pretende hacer valer dicha prueba.

Ahora bien, como da cuenta Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷¹⁰, esta teoría no es ajena a las críticas, siendo en la doctrina alemana ROXIN⁷¹¹ quien indica que no ha de obviarse el derecho del imputado a que se cumplan las normas reglamentarias que garanticen la regularidad del proceso, es decir, el llamado debido proceso, aun cuando en el caso concreto no sirvieran deliberadamente para su protección. Y, como explica GUARIGLIA⁷¹², en tal sentido, resulta irrelevante para la valoración de la prueba ilícita que el derecho lesionado corresponda a un tercero.

Pese a las críticas esbozadas en contra de la adopción de esta teoría, en el Perú, aun cuando no tiene carácter vinculante, resulta relevante por recoger el pensamiento de buena parte de la judicatura nacional, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, en donde los Vocales Superiores Penales del país debaten su adopción, concluyendo finalmente su admisión. La decisión se funda en las consideraciones expuestas.

Finalmente, resta por puntualizar que esta doctrina es un tanto contradictoria, puesto que reconoce la ilicitud de la prueba y sabe que por ello está viciada y es inválida. Sin embargo, le reconoce efectos probatorios frente a la persona que no tiene la titularidad del derecho vulnerado. Si la cuestión es delimitar los efectos de la exclusión de la prueba al titular del derecho vulnerado, entonces no sería grosero afirmar que se estaría ejerciendo el apartamiento del fundamento que caracteriza la naturaleza de la regla de exclusión en el modelo euro-continental, el cual se imita en la legislación y jurisprudencia nacional.

⁷¹⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 118.

⁷¹¹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 118.

⁷¹² *Ibidem*. Pág. 118-119.

5.1.8. LA RENUNCIA DEL INTERESADO

Esta teoría se encuentra basada en la renuncia del propio interesado a la protección de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a no autoincriminación.

En lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷¹³ explica que la cuestión estribaría en establecer (i) si el consentimiento manifestado por el interesado convalida o no el allanamiento y registro efectuados sin orden judicial, fuera de los supuestos de flagrancia, y (ii) quienes están legitimados para consentir un allanamiento de tal naturaleza. En cuanto a la primera cuestión existen posiciones contrapuestas, de tal modo que hay quienes postulan que la garantía de la inviolabilidad del domicilio es irrenunciable y, por tanto, el consentimiento del titular no convalida en allanamiento, deviniendo en inválida la prueba obtenida en el curso de tal diligencia; mientras que otros sostienen la validez plena de la prueba adquirida en dicho contexto, puesto que al existir consentimiento expreso por parte del interesado ya no se está frente a un allanamiento. Frente a esta discusión, Luis RODRIGUEZ SOL⁷¹⁴, muy concretamente precisa que en nuestro ordenamiento una el artículo 2.9 de la Constitución ha prescrito taxativamente que una de las formas válidas de ingreso y registro a un domicilio, al lado del mandato judicial, es la autorización del interesado. Por lo tanto, en nuestra legislación se prevé expresamente la posibilidad del consentimiento. Lo mismo ocurre en España.

Respecto a la legitimidad de quien otorga el consentimiento, el ordenamiento constitucional exige que sea la persona que habita el inmueble quien deba hacerlo. Es decir, si se tratase de un inmueble alquilado, el legitimado para dar el consentimiento es quien habita en él como inquilino, si es el propietario quien otorga el consentimiento, éste debe reputarse inválido.

Resta por precisar ahora, la forma de manifestar dicho consentimiento; es decir, si debe de modo expreso, tácito o basta con la falta de oposición del interesado. En cuanto a esto, definitivamente la falta de oposición del interesado al allanamiento no constituye consentimiento, pues este debe ser dado

⁷¹³ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 114-115.

⁷¹⁴ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 115.

indubitablemente y con anterioridad a la entrada en el domicilio. Por su parte, el consentimiento tácito, como refiere CASTRO TRIGOSO, “es más problemático y difícil de admitir como regla general, en la medida en que no existe una exteriorización expresa de la manifestación del interesado dirigida ex profeso a consentir el ingreso, de tal suerte que la autorización de entrada debe ser inferida a partir de ciertos actos o el comportamiento anterior coetáneo y posterior del legitimado”⁷¹⁵.

Por otro lado, como manifiesta CASTRO TRIGOSO⁷¹⁶, existe consenso en considerar que métodos como el narcoanálisis, la hipnosis, los “sueros de la verdad”, etc., aplicados para obtener declaraciones, vulneran el derecho a la no-autoincriminación y, por tal razón, resultan inaceptables. Sin embargo, la complejidad del tema se inicia frente a supuestos en los que es el propio titular del derecho quien consiente la práctica de dichos métodos y el resultado no le favorece sino todo lo contrario. Desde nuestro ordenamiento constitucional resulta discutible validar el empleo de este tipo de métodos para la obtención de elementos incriminatorios, puesto que se atentan contra el principio de dignidad humana que es la base de la organización social y estatal.

5.1.9. LA “PLAIN VIEW DOCTRINE” Y LOS CAMPOS ABIERTOS

La complejidad que acarrea un supuesto en el que durante el desarrollo de un allanamiento, la policía encuentra elementos de prueba que no guardan relación con los fines y términos del mandato judicial -en mérito al cual se efectúa tal diligencia- pero que por sí constituyen evidencia de la presunta comisión de otro, ha motivado el desarrollo de esta teoría.

Como reseña Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷¹⁷, ha sido la jurisprudencia norteamericana la que ha gestado la “*plain view doctrine*”, que puede ser aproximativamente traducida como la “doctrina de la vista directa” o de “la simple vista”. Esta doctrina es precisamente aplicada para validar secuestros de objetos o efectos que no están expresamente previstos en el mandato judicial emitido para el caso, pero que los funcionarios autorizados encuentran de manera

⁷¹⁵ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 116.

⁷¹⁶ Ídem.

⁷¹⁷ Ibídem. Pág. 117.

circunstancial en el lugar materia del allanamiento y que pueden ser apreciados a “simple vista”.

La excepción de los “campos abiertos”, también de génesis estadounidense, es una variante de esta doctrina y se encuentra referida a las incautaciones de drogas en las que no media orden judicial, en campos abiertos o al aire libre, verbigracia, una plantación de marihuana o amapola en plena selva.

5.2. LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DERIVADA: ¿CUÁNDO UN PRUEBA DERIVADA NO ES “FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO”?

Se inicia el desarrollo del presente apartado cuestionando la denominación que indistintamente se emplea para aludir a aquellos supuestos en los que no correspondería rechazar o excluir del proceso aquella *supuesta* prueba derivada o refleja, supuestos que impropiamente son considerados como excepciones a la doctrina del árbol envenenado, pues en realidad se tratan se una serie de criterios en base a los cuales se desvincula la relación de causa y consecuencia entre la prueba ilícita directa y la supuesta prueba refleja.

Lo expuesto en el epígrafe precedente se torna razonable puesto que la calificación de una prueba como fruto del árbol envenenado deviene justamente de su relación con la prueba directa, por tanto, la ausencia de tal relación o, en todo caso, la omisión de la vinculación en la intensidad exigible entre una y otra prueba, anula la aplicación de esta doctrina, puesto que la misma parte del presupuesto necesario de la vinculación o relación causal.

Así, en términos generales, para que puedan aplicarse excepciones a una regla, primero ha de existir el supuesto que amerita la aplicación de esta último, y en el presente caso, nunca se estuvo ante una prueba derivada. En consecuencia, no es posible considerar como *excepciones* a determinados criterios de desconexión que no hacen más que delimitar la configuración de la prueba derivada, mediante la exigencia de la concurrencia de determinados presupuestos.

Estas cualificaciones son: a) la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*); b) el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principle*), y c) la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*).

5.2.1. LA CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD – CONTAMINACIÓN Y DESCONEJÓN CAUSAL DE LAS PRUEBAS

Tal y como se ha precisado en el apartado correspondiente a la teoría refleja de la prueba ilícita, la prueba derivada se constituye en aquel resultado probatorio en sí mismo lícito, pero que tiene su causa o su origen mediato en una prueba cuyo origen se encuentra viciado por haberse obtenido mediante un procedimiento ilícito, de manera tal que la ilicitud del acto inicial alcanza a la prueba que deriva de esta y; por consiguiente el vicio de la fuente se extiende también a la prueba derivada.

De esta forma, como explica Blanca PASTOR⁷¹⁸ para que pueda considerarse *contaminada* la actividad recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto sea única y exclusivamente consecuencia del primero, es decir, que si ello no es así, la incorporación del material que se reputa derivado será totalmente legítimo, ya que este último es por sí lícito y no guarda vinculación con el acto ilícito. Entonces, de acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos, la prueba que resulte de esta, al ser adquirida lícitamente sin derivación de la otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no debe ser rechazada.

Desde el plano teórico, Manuel MIRANDA ESTRAMPES sostiene que la doctrina de la conexión de antijuricidad, “trata de ofrecer criterios de decisión a los Jueces y Tribunales ordinarios para que ponderen y se pronuncien sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas derivadas. Para ello ya no será suficiente con constatar, simplemente, una relación de causalidad entre unas y otras sino que resulta imprescindible, además, comprobar la existencia de una “conexión de antijuricidad”⁷¹⁹. Es así que la teoría de la conexión de antijuricidad es comprendida como una expresión jurídica en base a la cual se da respuesta a los efectos de la doctrina del fruto del árbol envenenado

⁷¹⁸ Citada por DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág. 57.

⁷¹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 149.

Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana; y su inicio en la jurisprudencia española se encuentra en la Sentencia STC 81/98 de 2 de abril, En ella el Tribunal Constitucional instauró esta doctrina -*conexión de antijuricidad*- para permitir la admisión y valoración de prueba derivada de otra de origen ilícito. Puntualmente en su Fundamento Nro. 4, la sentencia dice:

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

En todo caso, como expresan, Eduardo DE URBANO CASTRILLO y Miguel Ángel TORRES MORATO existe conexión de antijuricidad “cuando se da una relación entre el medio de prueba ilícito y el reflejo, lo suficientemente fuerte para estimar que la ilicitud originaria del primero trasciende a los restantes, hasta el punto de provocar su sanción invalidante”⁷²⁰.

Lo complejo de esto deviene de la determinación de cuándo se da esa relación *lo suficientemente fuerte*, como para producir la contaminación de la prueba refleja, o lo que es lo mismo, determinar cuándo se da la conexión de antijuricidad. Para identificar esta cuestión clave, como exponen Eduardo DE URBANO CASTRILLO y Miguel Ángel TORRES MORATO⁷²¹, la STS 24/2007, de 25 de enero (RJ 2007, 965), propone en los siguientes términos las siguientes reglas para resolver un problema de antijuricidad.

- a) En primer término, ha de partirse de una fuente probatoria afectada en su obtención por la violación de algún derecho fundamental, pues no corresponden los efectos de la prueba ilícita a afectaciones legales ordinarias (irregularidades de carácter procesal), por más graves que estas sean.
- b) La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros

⁷²⁰ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). Ob Cit. Pág.93.

⁷²¹ *Ibidem*. Págs. 94-95.

medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues de no existir conexión causal entre estos y el acto inicial ilícito, estarán desde un principio limpios de toda ilicitud.

- c) Por último, no basta con que entre el material probatorio derivado de la fuente ilícita y esta última exista únicamente una conexión exclusivamente causal, sino que debe existir entre ambas lo que la doctrina denomina: *conexión de antijuricidad*. Es decir; desde un punto de vista *interno*, que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del derecho constitucional infringido por la originaria, sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y; desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

A su vez, respecto a la determinación de la conexión de antijuricidad, en el citado fundamento de la sentencia en mención, se expone lo propio, al indicarse que:

“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al

no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”⁷²².

De esta manera, según Manuel MIRANDA ESTRAMPES, en la citada sentencia se establece que: “(...) para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud”⁷²³.

Entonces, para la identificación de la conexión de antijuridicidad entre una prueba ilícita directa y otra que se repute deriva de esta, ha de acudirse a dos criterios complementarios; de un lado, atender a la vulneración del derecho constitucional infringido por la originaria y el resultado inmediato de tal infracción y; de otro, el análisis del examen de las necesidades esenciales que exige la tutela efectiva del derecho fundamental lesionado. Lo que el Tribunal Constitucional ha calificado la perspectiva interna y externa, respectivamente.

Finalmente conviene precisar que esta doctrina, que delimita la supuesta diferenciación entre la “conexión causal” y la “conexión de antijuridicidad”, ha sido objeto de serias críticas por considerar que plantea una solución irresoluble en la práctica. Esto último amerita un desarrollo más amplio de esta teoría, del cual se prescindirá por no constituir, en concreto, materia de esta investigación.

5.2.2. CRITERIOS DE DESCONEXIÓN

5.2.2.1. LA DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE (*INDEPENDENT SOURCE DOCTRINE*)

La doctrina de la fuente independiente evidencia el rompimiento del nexo causal entre la prueba originariamente ilícita y la prueba presuntamente *derivada*}, al demostrar que esta última no tiene un fundado origen atribuible a la prueba primigenia (prueba ilícita directa), sino que su obtención fue producto del seguimiento de un camino alternativo. Entonces aquellas pruebas que se

⁷²² Citada por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 148-149.

⁷²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 148-149.

pretenden excluir por considerarse derivadas de una violación de derechos anterior, son en realidad resultado de una fuente independiente, en la que la actuación policial se desarrolla con todos los requisitos legales, es decir, en la que no media la conculcación de derechos.

Esta doctrina se remonta a la jurisprudencia norteamericana, al caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, en donde la Corte estimó que los datos que hayan podido ser obtenidos mediante violaciones constitucionales “no se convierten en sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se consigue mediante una fuente independiente pueden ser aprobados como cualesquiera otros”. Así, como precisa Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ, “postuló que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivarse de una fuente independiente. En realidad la fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita, sino una alternativa”⁷²⁴.

Así, Carlos FIDALGO GALLARDO, declara que esta doctrina suele invocarse “en los supuestos en los que la prueba en cuestión fue obtenida en base a dos fuentes, de las cuales una estaba viciada y la otra no. En estos supuestos, aunque la fuente ilegal hubiese obligado por su parte a excluir la prueba derivada, si la obtención de la misma prueba también se realizó a partir de otra fuente adornada de todos los requisitos constitucionales no procederá aplicar la doctrina del fruto del árbol envenenado”⁷²⁵.

De manera concordante se manifiesta Elky Alexander VILLEGAS PAIVA al mencionar: “Se trata en definitiva, de que la prueba ilícita no puede afectar la restante prueba obrante, cuando existe entre esta y aquella una desconexión causal, ya que esta última proviene de una fuente independiente, es decir, no proviene de un árbol envenenado sino de uno perfectamente sano.”⁷²⁶

Entonces esta doctrina establece que cuando además de una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, existen a su vez otras pruebas que en su obtención no se encuentran vinculadas a la primera o, en todo caso, no

⁷²⁴ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 56.

⁷²⁵ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 439.

⁷²⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky ALEXANDER. Ob Cit. Pág. 235.

dependen causalmente de esta, sino que se derivan de una fuente independiente, entonces no procederá aplicar la doctrina del *fruto del árbol envenenado*; es decir, no procederá excluirlas.

A modo de ejemplo, el autor Elky Alexander VILLEGAS PAIVA⁷²⁷, cita el caso de una declaración bajo tortura, en donde el sospechoso confiesa el lugar en el que dejó el arma homicida. Y, paralelamente un testigo declara que conoce donde se encuentra escondida tal arma con la que se perpetró el delito, información que permite encontrarla.

Del ejemplo citado, la confesión bajo tortura constituye un acto viciado y por tanto la evidencia de allí extraída ha de ser excluida. Sin embargo, la declaración del testigo de la cual se obtiene la información que permite a los agentes policiales encontrar y hacerse del arma, no. Ello porque no existe entre una y otra, una conexión de causa-consecuencia, esta ausencia se denota de una operación de supresión hipotética, en la que se concluye que aun prescindiendo del inicial acto viciado (declaración bajo tortura), de todos modos, por las vías legales (declaración del testigo brindada con todas las garantías de ley), se produce la consecuencia del secuestro del arma. Precisamente, la localización del arma homicida al ser producto de la manifestación de un testigo, la misma que fue realizada con todas las garantías de la ley, se determina como el resultado probatorio de una fuente independiente (declaración del testigo) a la prueba ilícita originaria.

Por ello, Alejandro CARRIÓ, nos dice que: “Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida”⁷²⁸.

Sin embargo, si se admite que en los supuestos que se configuran como fuente independiente no existe conexión causal entre la prueba ilícita directa y la que se reputa derivada, por qué ha de considerarse una excepción a la regla de exclusión, si manifiestamente no existe el efecto reflejo requerido.

⁷²⁷ *Ibidem*. Págs. 235-236.

⁷²⁸ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *Ob Cit.* Pág. 57.

En atención a lo expuesto, corresponde destacar que no resulta razonable considerar a esta doctrina como una excepción a la regla de exclusión de la prueba derivada puesto que nunca se estuvo ante una prueba derivada dado que nunca existió una relación de causalidad entre una prueba ilícita y la otra prueba cuyo origen fue producto de una vía alternativa, razón por la cual esta excepción se cuestiona como tal, ya que no puede quebrarse un nexo que nunca existió. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada.

En esta perspectiva, expresa Carlos FIDALGO GALLARDO que: “Es patente que este supuesto no es una excepción propiamente dicha a la doctrina, porque se refiere a circunstancias en la que la prueba no es, de hecho, fruto de un árbol envenenado, sino fruto de un árbol perfectamente sano”⁷²⁹. Además, agrega el autor que: “(...) Si efectivamente no hay conexión entre la ilegalidad originaria y la prueba cuya obtención se pretende relacionar con esa ilegalidad, no tiene sentido extender la exclusión a pruebas obtenidas observando todas las garantías constitucionales”⁷³⁰.

De modo concordante con lo expuesto, GONZÁLES CUSSAC señala que: “En propiedad, no se trata de una auténtica excepción a la regla general, pues precisamente lo que se afirma es la inexistencia del nexo causal entre la prueba inicial y las pruebas derivadas (...), no puede hablarse en puridad de prueba derivada o refleja, si no se acredita justamente ese vínculo, esto es, que derivan o son reflejo de algo anterior. En otras palabras, si se trata de pruebas desconectadas ente sí, no tiene sentido plantearse esta cuestión, sencillamente porque las segundas se han obtenido independientemente de la conseguida con lesión de derechos fundamentales”⁷³¹.

El mismo criterio tiene al respecto MIRANDA ESTRAMPES, quien menciona que: “No se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si esta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, exista una relación de conexión causal, su inexistencia determinara su no aplicación y la posibilidad

⁷²⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 438.

⁷³⁰ *Ibidem*. Pág. 439.

⁷³¹ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 57.

de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal⁷³². Para Manuel MIRANDA ESTRAMPES: “No opera, en realidad, como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada”⁷³³.

En esta misma línea, como explica GASCÓN ABELLÁN⁷³⁴, no constituye esta doctrina una verdadera excepción a la regla de exclusión, en la medida en que el supuesto que exige su configuración supondría un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es adquirida lícitamente y de modo directo, esto es, sin derivación de otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Concuerda con lo referido el autor Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, al sostener que: “Ahora bien si lo que plantea esta doctrina es la ausencia de conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que es reputada independiente, es decir, que la primera no es causa de la segunda, entonces no se trataría de una verdadera excepción, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es obtenida lícitamente y de modo directo, esto es sin afectación de derechos fundamentales. De lo que se trataría aquí es de una confluencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquella y por tal razón aprovechables”⁷³⁵.

Si una prueba no deriva de una fuente ilegal o ilícita, y se presupone por tanto la inexistencia del efecto reflejo, es lógico que esta ilicitud de la prueba originaria, no tenga por qué afectarla, por lo que no cabe lugar a una exclusión.

En lo concerniente a su aplicación fáctica la complejidad se presenta, como refiere MIRANDA ESTRAMPES, “cuando se califica como «prueba independiente» a

⁷³² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). Ob Cit. Pág. 122.

⁷³³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 143.

⁷³⁴ Citada por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 90.

⁷³⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 236.

aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción mediante la ampliación de su campo de operatividad”⁷³⁶.

Como narra Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁷³⁷, esta doctrina se aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. United States* (468 US 796, 1984), en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo la respectiva autorización judicial. Esta última se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que se consideró que correspondía excluir como fuente de prueba a aquellos elementos que se habían encontrado con la entrada inicial (antes de darse el preceptivo mandamiento), además, de determinó la admisión de lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido.

Bajo lo anteriormente expuesto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES⁷³⁸, resalta también la aplicación de esta doctrina en el caso *Bynum vs. United States*, de 1960, en un supuesto en el que se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. En dicha detención ilegal se procedió con la toma de huellas dactilares, las cuales, tras la oportuna prueba pericial, coincidían con las tomadas en el lugar del robo. Sin embargo, esta prueba pericial por derivar directamente de la detención ilegal, se consideró ilícita. Más adelante, la policía presentó una nueva prueba pericial dactilar, basada en las huellas antiguas de Bynum, las cuales se encontraban en los archivos del FBI, y que coincidían con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo. El Tribunal Supremo federal norteamericano determinó que estas últimas no guardaban conexión con las recogidas tras la detención ilegal, de tal manera que las aceptó al considerarlas independientes. En este último caso, el autor considera que no se está propiamente frente a la doctrina de la fuente independiente en el sentido restringido expuesto.

⁷³⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 143.

⁷³⁷ Ídem.

⁷³⁸ Ídem.

Finalmente, muy de modo muy razonable, Manuel MIRANDA ESTRAMPES expresa que: "(...) la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de «prueba independiente». La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aun constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente. Recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como «jurídicamente independiente» el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo transcurrido entre una prueba y otra"⁷³⁹.

Para Jaime CAMPANER MUÑOZ, "esta "excepción" se ha hipertrofiado en EEUU hasta tal extremo que incluso en los supuestos en los que se violan los derechos del detenido en Comisaría y se obtiene del mismo una confesión, se considera que la Policía puede utilizar las pistas o informaciones que ofrezca aquél durante el interrogatorio para llevar a cabo su investigación. Luego, se tolera la utilización de pruebas causalmente conectadas u obtenidas merced a una prueba ilícita¹⁴⁰. Así, en el caso Michigan v. Tucker¹⁴¹, a pesar de reconocerse que la confesión del acusado en Comisaría se obtuvo con vulneración de sus derechos, se permitió la declaración en juicio de un testigo cuya identidad afloró, precisamente, durante la expresada confesión y que, a la postre, incriminó al acusado"⁷⁴⁰.

En síntesis, se está ante esta doctrina cuando la prueba refutada como derivada ha sido suministrada al proceso por una línea de investigación independiente de la prueba ilícita directa, es decir, es producto de un curso causal autónomo o independiente. De tal manera que, del análisis esbozado, en teoría esta doctrina descalifica a la prueba derivada como tal, aduciendo que no lo es por la inexistencia de la relación causal requerida entre una y otra, y por ello ha de ser admitida. Y, como se ha expuesto, la complejidad de esta doctrina no deriva de su configuración teórica, sino de su aplicación práctica, es decir, de la determinación

⁷³⁹ *Ibidem*. Pág. 144.

⁷⁴⁰ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. (2015). La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. Tesis Doctoral. Madrid-España. En Línea. <Publicación disponible en: <http://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>>. Pág. 75. [Consulta 6 de julio 2017].

fáctica de los parámetros que determinan la inexistencia de la relación causal, cuando tal vínculo es aparentemente cierto.

5.2.2.2. LA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN ATENUADA (*ATTENUATED CONNECTION DOCTRINE*)

Se ha desarrollado en el apartado anterior la inaplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado y por tanto de la regla de exclusión, en mérito a la inexistencia del vínculo causal entre la prueba ilícita directa y la que se reputa derivada, supuesto que doctrinalmente asume la denominación de fuente independiente. Pero aquí, en la doctrina de la conexión atenuada, no se niega la existencia de la relación de causa y efecto entre la comisión de la ilegalidad ordinaria y la obtención una prueba, relación que permite calificarla como fruto de la actividad ilícita originaria, pero que; sin embargo, no admite la aplicación de la doctrina del árbol ponzoñoso ni de la regla de exclusión por considerar que dicha conexión se encuentra lo suficientemente atenuada como para que la ilicitud originaria haya podido alcanzar a viciar también la prueba idealmente derivada.

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “Una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o purgando ante el ingresos posteriores de otros actos derivados de prueba que disipan el vicio principal, pues la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas derivadas posteriormente obtenidas se encuentra mitigada por la concurrencia de múltiples situaciones. Así sucede, según esta doctrina, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado”⁷⁴¹.

Con respecto a este punto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, manifiesta: “Esta excepción es, en realidad, una variante de la excepción de la fuente independiente”⁷⁴². Así, en la doctrina nacional, Elky Alexander VILLEGAS PAIVA sostiene que ésta se encuentra: “Muy ligada a la *independent source doctrine*, a tal punto que algunos autores la consideran como una variante de ella, se habla

⁷⁴¹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 237.

⁷⁴² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 146.

excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle, purged taint o tinte diluido*), también de origen jurisprudencial norteamericano, que se cifra en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente, y por consiguiente, aquella prueba derivada puede ser utilizada en el proceso”⁷⁴³.

Ahora bien, como explica Carlos FIDALGO GALLARDO, esta doctrina tuvo lugar en el caso *Nardone vs. United States* en 1939, supuesto en el que la Corte Suprema declaró en *obiter dicta* que los materiales probatorios obtenidos como consecuencia remota de la actuación de la Policía en violación de los derechos procesales constitucionales serían admisibles si la conexión entre la ilegalidad primera y la prueba cuya exclusión se solicita estuviese tan atenuada, de tal manera que pueda borrar la mancha. Más concretamente se desarrolló esta doctrina en el caso *Wong Sun vs. United States* en 1963, supuesto en el cual se había producido una entrada ilegal en un domicilio que motivó la detención de una persona (A); y ésta en su declaración acusó a (B) de haberle vendido la droga ocupada. En mérito a tal declaración se procedió a la detención de B, incautándosele una determinada cantidad de droga, implicando, a su vez, en su declaración a (C), que también fue detenido fruto de la ilegalidad inicial. Más adelante, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C se apersonó voluntariamente en las dependencias policiales efectuando una confesión voluntaria y con previa información de sus derechos ante los agentes policiales que le interrogaron. El Tribunal rechazó todas las pruebas, excepto la última, la confesión de C, la razón que adujo, pese a reconocer la vinculatoriedad existente entre dicha confesión y el registro ilegal, fue la voluntariedad de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos. Ello, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano constituía un acto independiente que rompía la cadena causal.

Del citado ejemplo, dice GUARIGLIA, que al no haber sido C informado de manera previa a su declaración, de la nulidad de la detención y en consecuencia del

⁷⁴³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 236-237.

registro y aprehensión de drogas, su declaración no debió ser considerada válida y por tanto no debió ser admitida.

Al respecto, Manuel MIRANDA ESTRAMPES sostiene: “Como puede observarse, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado y/o atenuado que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada”⁷⁴⁴.

Así, para GONZÁLEZ CUSSAC: “(...) esta excepción opera allí donde, aunque establecida una relación causal, la imputación objetiva –o conexión de antijuricidad- se quiebra por la actuación voluntaria de alguien, (...) en los supuestos de confesiones precedidas de intervenciones declaradas nulas; sin embargo, para que ellas sean admitidas, han de estar informadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como que ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones (doctrina de la advertencia calificada)”⁷⁴⁵.

Otro ejemplo muy similar es aquel registro inconstitucional en el domicilio de X, en el que se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el registro de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga es suya y, ahora sí, esta confesión se considera válida y se incorpora al proceso.

Del citado ejemplo, no puede negarse la vinculatoriedad entre el registro y la confesión, por lo que evidentemente de no haberse ejecutado el registro, la persona de X no hubiera tenido razón para confesar lo que ante sus ojos estaba evidenciado, por lo que cabe la ignorancia del carácter ilegal del mencionado registro. De este modo, es que no puede juzgarse roto dicha conexión causal.

En principio, de los casos expuestos, las confesiones realizadas son cuestionadas en cuanto a su validez en tanto existe la vinculación causal entre estas y el acto ilícito originario, esto es que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente dicha declaración no se hubiera producido y por tanto nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero, como explica Elky Alexander

⁷⁴⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Págs. 146-147.

⁷⁴⁵ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 62-63.

VILLEGAS PAIVA, justamente el argumento medular de esta doctrina (...) es que el nexo causal entre el registro y la confesión está muy debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos), y por tanto que lo ha hecho libre y voluntariamente y no como fruto de coerción o compulsión alguna, es decir, ha confesado cuando podía no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho⁷⁴⁶.

En sí, en virtud de esta doctrina, el elemento de voluntariedad con el que se desarrolló dicha confesión, la independiza jurídicamente de la lesión del derechos fundamental, por ello permite su admisión y valoración en el proceso.

Corresponde en este punto el estudio de la determinación de cuándo se entenderá que dicha conexión ha sido lo suficientemente atenuada como para que la prueba deriva de una prueba ilícitamente obtenida sea admisible. Al respecto, Carlos FIDALGO GALLARDO⁷⁴⁷, resume estos parámetros extraídos de la deducción realizada por la doctrina en mérito a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Así, expone los factores cuya concurrencia puede coadyuvar a esa determinación, sin que la mera presencia de uno de ellos pueda provocar por sí mismo que la *mancha* resulte *purgada*.

- *Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas:* cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas, mayor es la posibilidad de que el Tribunal estime que la mancha ha quedado lo suficientemente atenuado como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión
- *Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas:* referido a la longitud de la cadena de causas y efectos, es decir, cuanto más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas, mayor es la probabilidad de que el Tribunal estime que el fruto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el árbol del cual proviene.

⁷⁴⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 237-238.

⁷⁴⁷ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Págs. 441-442.

- *Gravedad de la violación originaria:* cuanto más grave sea la violación originaria de la cual se genera la posterior obtención de pruebas derivadas, más complejo será que los Tribunales aceptan la admisibilidad de estas últimas.
- *Naturaleza de la prueba derivada:* será más fácil entender atenuada la mancha originaria cuando la prueba derivada son confesiones del sospechoso, dado el elemento de voluntariedad del agente, que cuando son pruebas materiales.

En cuanto al sustento de esta doctrina, para Marina GASCÓN ABELLAN⁷⁴⁸, en los supuestos de confesión voluntaria, si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado; por tanto, la supuesta “voluntariedad” de la confesión debe ser puesta en cuarentena.

Además, la citada autora advierte una seria contradicción cuando se sostiene que el registro es nulo y; en consecuencia, no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro, y esto último por varias razones: primero porque, en su declaración, al acusado se le está preguntando por una pieza de convicción que solo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se está dando validez, porque no darle validez al registro (como debería ser, de acuerdo con la ilicitud de la prueba, como expresa Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “no se entiende con base a qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente”⁷⁴⁹. Y segundo, como expone Alberto JORGE BARREIRO⁷⁵⁰ porque resulta casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria teniendo en cuenta únicamente la declaración autoinculpatoria del acusado, por lo que al producirse efectivamente una sentencia de condena deja entrever que se está tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro. De este modo ANDRÉS IBÁÑEZ declara que:

⁷⁴⁸ Citada por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 238.

⁷⁴⁹ Ídem.

⁷⁵⁰ Ídem.

“En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con pre valimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal”⁷⁵¹.

En la jurisprudencia española, como da cuenta Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷⁵² La STC 86/1995 aparece inspirada en esta excepción al atribuir a la confesión voluntaria del acusado, realizada ante el juez de instrucción y en el acto del juicio oral, la condición de «prueba jurídicamente independiente», afirmando que dichas declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia. De esta manera, la confesión del acusado sería el elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose de este modo al proceso los efectos y los elementos de convicción obtenidos durante la diligencia ilícita.

En definitiva, el Tribunal Constitucional Español en el FJ 7 de la Sentencia 136/2006 del 08 de junio, expresa: “La confesión voluntaria del acusado, practicada previa información de derechos y con todas las garantías, es prueba de cargo suficiente para subsanar o convalidar los hallazgos que se hubiesen obtenido mediante una actuación lesiva de un derecho fundamental, calificándola de prueba jurídicamente independiente.”

En la jurisprudencia argentina, como refiere Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁷⁵³, resulta ilustrativo el caso Rayford, resuelto por la Corte el 13 de mayo de 1986, se

⁷⁵¹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 147-148.

⁷⁵² CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 146-147.

⁷⁵³ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 63.

trataba de un allanamiento ilegal en el cual se secuestró droga, ocasión en la que igualmente el imputado involucró a otras personas como vendedores de esa sustancia, las que fueran también detenidas. La corte declaró que por la regla de exclusión, “los elementos materiales indebidamente obtenidos perderán valor de una vez y para siempre por su espuria adquisición, dada la inmutabilidad del objeto que constituye la evidencia. Por el contrario, la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla. En este aspecto, el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para juzgar sobre la utilidad de sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material”⁷⁵⁴.

En la jurisprudencia nacional, como señala VILLEGAS PAIVA⁷⁵⁵, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia del 7 de abril de 2009 recaída en el Expediente N° 10-2001/Acumulado N° 45-2003-A-V, contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, ha desarrollado la teoría del nexo causal atenuado, en el supuesto en el que la defensa del acusado cuestiona la legalidad de un video cuyo contenido es un reportaje periodístico propalado por el programa televisivo *La ventana indiscreta* titulado “Detrás de Cámaras”, dicho reportaje se realizó sobre la base de la entrevista del periodista Alejandro Guerrero Torres al Gral. EP José Picón Alcalde, en el que se aprecia a Vladimiro Montesinos Torres dando instrucciones al entrevistado sobre lo que tenía de declarar, la defensa señala que dicho material probatorio había sido adquirido ilícitamente.

En este sentido la Sala Penal Especial desestimó el cuestionamiento e la defensa bajo el siguiente argumento:

“Ahora bien, si este documento fílmico se hurtó o no, carece de relevancia constitucional pues en todo caso está probado que uno de los intervinientes en la escena de la entrevista, personal del SIN, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aun si la entrevista se produjo en la sede de esa institución, fue quien grabó lo acontecido. Más allá de cualquier defecto del video,

⁷⁵⁴ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 63.

⁷⁵⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 238-239.

concretamente la edición “cuestionable” de su contenido para configurar un documento fílmico específico acorde con un reportaje de autoridad, se ha producido un supuesto muy claro de “atenuación del vínculo” pues el entrevistador afirmó la realización de conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar.”

Al punto de vista de VILLEGAS PAIVA: “No parece muy clara la argumentación realizada por la Sala Penal Especial para justificar la aplicación de esta excepción a la regla de exclusión. Pues, tal como se ha expuesto, la excepción del nexo o vínculo causal atenuado opera sobre la prueba derivada. La ilicitud de la prueba directa se debilita o atenúa debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero, confesión espontánea, etc., que ya casi dicha ilicitud no existe en la prueba derivada, por lo que la regla de exclusión no puede ser reflejada a la prueba derivada, y es por ello que esta última puede ser aprovechada de acuerdo con esta excepción. En el caso que nos ocupa, el video propalado por el programa La ventana indiscreta sería prueba directa y no derivada, puesto que la defensa alegó que fue adquirido ilícitamente”⁷⁵⁶.

Así, el desarrollo de esta excepción dada por la Sala Penal Especial, se deja de lado lo característico de esta teoría, en cuanto se sostiene que esta ha de aplicarse respecto de presuntas pruebas derivadas de la prueba ilícita originaria, y en el caso citado, la aplicación versa sobre la prueba originaria, lo que en este aspecto resulta cuestionable.

Finalmente, cabe señalar que en la atenuación o debilitamiento del nexo causal que vincula a la prueba ilícita originaria y las aparentemente derivadas, a diferencia de la excepción de la fuente independiente, el nexo no desaparece, sino que se amortigua o aminora. Esta relación de causalidad se encuentra tan debilitada, que se permite la incorporación de la prueba aparentemente derivada al proceso. Lo complejo de esta doctrina radica en la determinación de lo que ha de entenderse por *atenuación*, dada la ausencia de parámetros objetivos que permitan su identificación. Así, los parámetros desarrollados en el presente

⁷⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 239.

apartado constituyen únicamente una aproximación de la que la jurisprudencia norteamericana se ha encargado con la pretensión de clarificar cuándo dicha conexión resulta suficientemente atenuada.

5.2.2.3. LA DOCTRINA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE (INEVITABLE DISCOVERY EXCEPTION)

Existe en la doctrina unanimidad en considerar que el origen de esta doctrina se sitúa en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en la sentencia del caso *Nix vs. Williams* en 1984. En el citado caso, se ejecutó un interrogatorio ilegal al imputado en el que este confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar en donde había enterrado a la víctima. Ante este hecho, la Corte Suprema norteamericana concluyó la exclusión de la confesión del imputado por su origen ilícito; sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuese también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, puesto que adujo que este hubiese sido igualmente descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que ya se estaba ejecutando antes de dicha declaración.

Ahora bien, la aplicación esta doctrina en el citado caso parece razonable hasta que se toma conocimiento del perímetro del área en el cual se encontraba el cuerpo, lo que hace la hipótesis en mérito a la cual se presume que el cuerpo se hubiera encontrado por las vías legales, es decir, por el conducto que ejecutaba paralelamente la policía, sea escasamente razonable.

Puntualmente, la doctrina del descubrimiento inevitable establece la admisibilidad y validez de aquella prueba obtenida como consecuencia de la ilegalidad originaria siempre y cuando su obtención hubiera sido de igual forma exitosa si se hubiese optado por otros caminos legales o lícitos, es decir, si hubiese sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independientemente de la inicial ilicitud cometida.

Esta doctrina opera cuando se admite la procedencia de una prueba, aunque esta haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiere producido de forma inevitable, por otras vías totalmente legales, incluso sin la existencia de la primera.

En palabras de Elky Alexander VILLEGAS PAIVA, en atención a esta doctrina: “(...) las pruebas obtenidas a costa de haber lesionado un derecho fundamental, y por eso deberían estar excluidas del proceso, pueden estar incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas”⁷⁵⁷.

Así, como explica Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ “(...) Lo importante es la existencia de la conexión causal entre la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se excluye, por la hipótesis de que se hubiera descubierto también aquellas evidencias, respetando los derechos fundamentales”⁷⁵⁸.

Ante esto, para GONZÁLEZ CUSSAC, el razonamiento de esta doctrina se centra en que: “El resultado probatorio se hubiese producido igualmente recurriendo a otros medios lícitos. La equivalencia con el recurso llamado curso causal hipotético es más que evidente (...) no existen otros medios de prueba, sino únicamente una hipótesis, una conjetura, o un razonamiento contrafáctico; a pesar de la violación, se afirma que si el procedimiento regular hubiese continuado respetando las reglas procesales, la prueba de hubiese podido obtener de todas maneras”⁷⁵⁹.

Por otro lado, dada la aparente similitud existente entre esta teoría y la doctrina de la fuente independiente, hay quienes suelen confundirlas e incluso considerar que la excepción estudiada es una variante o modalidad de la doctrina del descubrimiento inevitable a la cual denominan: doctrina de la fuente independiente hipotética (*hypothetical independent source doctrine*). Sin embargo, ambas difieren sustancialmente, pues –como explica Carlos FIDALGO GALLARDO-, “esta doctrina necesariamente implica la aceptación de una hipótesis, diferente en su clase con respecto a la aceptación de hechos que motiva la aplicación de la fuente independiente”⁷⁶⁰.

En efecto, como expresa Maximiliano HAIRABEDIÁN⁷⁶¹ la diferencia sustancial reside en que, en virtud de la doctrina del descubrimiento inevitable se admite y

⁷⁵⁷ Ibídem. Pág. 240.

⁷⁵⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 58.

⁷⁵⁹ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 58.

⁷⁶⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 443.

⁷⁶¹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 92.

valora un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente, la razón de tal permisión descansa en una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos – inevitablemente - pudo ser obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la doctrina de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio (presunta prueba derivada) que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, es producto de un curso causal autónomo o independiente. Además, nótese que en este último caso existen dos datos de prueba: el de origen ilícito y el que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, puesto que lo que utiliza el Tribunal es un juicio de hipotético basado en la probabilidad de que la obtención del mismo resultado hubiese sido logrado por conducto regular del proceso. Así, como en concreto dice Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “En el primer caso se requiere que exista una línea de investigación independiente, en el segundo caso basta un juicio de probabilidad hipotético”⁷⁶².

Dada esta última consideración, esta teoría es conocida por Julio MAIER⁷⁶³, como la *supresión mental hipotética*, en mérito a la cual se considera que si el resultado de la prueba ilícita ha podido ser logrado de otro modo o vía legal, entonces ese resultado probatorio debe ser tomado en cuenta.

En esta línea, puntualiza Elky Alexander VILLEGAS PAIVA que en esta doctrina: “(...) no existen otros medios de prueba, sino únicamente, un hipótesis, una conjetura, o un razonamiento contra fáctico: a pesar de la violación, se afirma que si el procedimiento regular hubiese continuado respetando las reglas concursales, la prueba se hubiese podido obtener de todos modos”⁷⁶⁴. En palabras de DÍAZ GARCÍA, “detrás de esta ingeniosa construcción no hay, y esto es lo fundamental, prueba alguna”⁷⁶⁵.

En consecuencia, como cita Carlos FIDALGO GALLARDO: “Corresponde a la acusación probar la conjetura de que los materiales probatorios obtenidos de

⁷⁶² CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 92.

⁷⁶³ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 92.

⁷⁶⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 240.

⁷⁶⁵ Citado CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 92.

forma derivada hubiesen acabado siendo descubiertos inevitablemente por medios lícitos, por el estándar de la preponderancia de pruebas”⁷⁶⁶.

En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo Español, en la STS 974/1997, de 4 de julio, en su fundamento jurídico cuarto, ha desarrollado esta excepción al indicar:

“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”.

En efecto, consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referente a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Es decir que “inevitablemente” y por métodos regulares, ya habría cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia, la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la información telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues-con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento

⁷⁶⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 443.

*realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención*⁷⁶⁷.

La crítica principal de la que ha sido objeto esta doctrina, parte justamente de su configuración basada en una conjetura, que –a decir de Hamilton CASTRO TRIGOSO⁷⁶⁸–, es que la consideración de la probabilidad, alta o muy alta, de producción u obtención lícita del dato probatorio, no elimina su real ilicitud. Pues, lo cierto es que la prueba que se admite tiene un origen ilícito pues el descubrimiento inevitable lícito, nunca se dio en la realidad, es una mera hipótesis.

Contestando esta crítica HAIRABEDIÁN⁷⁶⁹, explica que es requisito fundamental de esta excepción que el descubrimiento sea precisamente “inevitable”, lo cual implica la existencia de certeza sobre su ocurrencia. Sin embargo, Hamilton CASTRO TRIGOSO, refiere que: “Aun cuando ello fuese así, debe decirse al respecto que lo que con certeza haya podido ocurrir el descubrimiento, no implica que realmente haya ocurrido. Además, la certeza sobre la ocurrencia de un descubrimiento lícito no puede ser tal en la medida en que nunca podrá comprobarse por no pertenecer a la realidad sino al mundo de las posibilidades”⁷⁷⁰.

Así, finalmente VILLEGAS PAIVA, sostiene: “Creemos que en todo Estado donde se respete irrestrictamente los derechos constitucionales de las personas, resulta difícil aceptar la argumentación de la excepción del descubrimiento inevitable. ¿A caso es posible que en un Estado Constitucional de Derecho se pase por alto la efectiva lesión de un derecho fundamental solo arguyendo la mera suposición de que igual se podría haber llegado a la verdad aunque no se hubiera dado tal lesión?, tal vez es factible que se hubiera llegado a la tan ansiada verdad que se buscaba en el proceso por otras vías lícitas, sin embargo la única verdad que ha ocurrido, y que no se puede desconocer, es que en realidad se ha producido la lesión de un derecho fundamental”⁷⁷¹.

En síntesis, no puede negarse que la doctrina desarrollada en ese apartado resulta bastante cuestionable, en tanto se fundamenta en una conjetura de probabilidad

⁷⁶⁷ Citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Págs. 240-241.

⁷⁶⁸ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 93.

⁷⁶⁹ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 93.

⁷⁷⁰ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Págs. 93-94.

⁷⁷¹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob Cit. Pág. 241.

que, como se ha indicado, no existe en la realidad. Y, de esta no puede extraerse razón suficiente para validar una prueba que ha sido consecuencia de un acto ilícito. En sí, lo que subyace al establecimiento de las excepciones desarrolladas, tanto de la prueba directa así como de la refleja o derivada es justamente la pretensión de negarle vigencia a la impunidad.

VI. EFECTOS INDESEADOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN (DESCONTENTO SOCIAL)

En cuanto al ciudadano de a pie, como indica Carlos FIDALGO GALLARDO⁷⁷², son varios los autores que afirman rotundamente que la percepción de la mayoría de ciudadanos, frente a la aplicación de la regla de exclusión, es totalmente negativa. Para la generalidad de los ciudadanos, temerosos frente al aumento de la criminalidad y deseosos de protección, la regla de exclusión es un arma que injustamente se coloca en manos de los delincuentes para que puedan servirse de ella y lograr dejar impune el delito cometido, escapándose de la acción de la Justicia, bajo la excusa de meros tecnicismos (*technicalities*).

Es atinado y preciso en este punto el profesor William PIZZI, al sostener que:

“¿Qué sucede cuando los ciudadanos acaban frustrados o enfrentados al sistema de justicia penal? ¿Qué sucede cuando ven un sistema en el que la verdad no juega un papel primordial y en el que los acusados parecen conseguir tratos que rebajan sus sentencias? Creo que los ciudadanos intentarán cambiar el sistema presionando para que se impongan castigos más duros para aquellos acusados que no consiguen “escabullirse gracias a un tecnicismo”. De hecho, esto es lo que hemos visto en los últimos diez o quince años- un incremento sostenido de las sanciones establecidas para determinados delitos. Abogados y jueces suelen culpar de esto a los “políticos”, quienes, según afirman, no estarían sino condescendiendo con la población. Pero lo que no se plantean es *por qué* la población está descontenta y *por qué* hay una presión constante sobre los políticos para que aumenten indefinidamente la dureza hacia los criminales”⁷⁷³.

⁷⁷² FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Págs. 376-377.

⁷⁷³ Citado por FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob Cit. Pág. 377.

En sí, el enfoque ha de estar equilibrado, no validando vulneraciones de derechos fundamentales, sino configurando una solución que encuentre un término medio en la satisfacción de los derechos de las partes intervinientes en el proceso, lo que no hace la regla de exclusión, que soluciona un mal con otro. Se trata de no dejar impunes los delitos comprados que se escudan en esta figura.

SUBCAPÍTULO 7

LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA EN ESPAÑA

De este modo, no resulta novedoso resaltar la trascendencia que se les atribuye a los pronunciamientos jurisdiccionales en el tratamiento de cualquier tema de índole jurídico, y particularmente lo referente a la prueba prohibida no constituye la excepción. En este sentido ha de resaltarse que el desarrollo del tratamiento, sustento, reglas y efectos de la prueba ilícita o también denominada prohibida ha sido el fruto de un proceso de evolución jurisprudencial que evidentemente al constituirse en uno de los temas más controversiales en el enjuiciamiento criminal, no ha estado exenta de pronunciamientos y posturas contradictorios, los cuales se analizarán en las siguientes páginas.

De esta forma, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE mencionan que: “Un análisis plural, que englobe y recorra los muchos y tan diferentes aspectos de relevancia desde el punto de vista procesal que concitan los acontecimientos que motivaron la investigación de delitos de corrupción en los últimos años del gobierno de Fujimori, obliga a reservar cierto espacio para dar entrada en él a la voz de quienes, en esta como en toda otra cuestión de calado jurídico, tienen la primera y última palabra, los órganos ,jurisdiccionales”⁷⁷⁴.

Visto de esta perspectiva, los delitos de corrupción suscitados en las altas esferas del poder político en el Perú, permiten poner en relieve la relevancia de un adecuado tratamiento de la prueba ilícita, lo que supone que para un frondoso análisis del mismo ha de recurrirse a la jurisprudencia, que es justamente en donde se gestó y desarrolló.

⁷⁷⁴LÓPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. (2008). La prueba ilícita en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Pág. 138.

Los pronunciamientos jurisdiccionales que se estudiarán a continuación son, en concreto, aquellos emitidos por los Tribunales Constitucional y Supremo Españoles, por ser la línea conductora del ordenamiento jurídico español, abarcando en esta materia un amplio espectro en el tiempo. El Tribunal Constitucional no reconoció hasta 1984 *la garantía constitucional de la inadmisión de las pruebas ilícitas*, cuando con su sentencia de 29 de noviembre se convierte en artífice de la incorporación en el ordenamiento jurídico español de la regla que cerró la entrada al proceso a las pruebas de origen ilícito.

Así, como expresa Teresa ARMENTA DEU, "(...) El impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984 fue tal que su contenido esencial determinó en gran medida el texto legal del art. 11.1 de la L.O.P.J., aprobado en junio de 1985"⁷⁷⁵.

Resulta relevante además destacar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la resolución de asuntos sometidos a su conocimiento ante posibles vulneraciones de los derechos que consagra el Convenio de Roma, del que es intérprete y garante máximo e instancia última a la que tiene acceso el ciudadano de los Estados signatarios para ver la efectiva tutela de sus derechos fundamentales.

En este estadio conviene remarcar que el desarrollo de la prueba ilícita tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, y que es el Tribunal Constitucional español, como se ha indicado líneas arriba, quien en su famosa sentencia 114/1984 del 26 de noviembre, introduce en la jurisprudencia española la regla que excluye todo material probatorio de origen ilícito, quedando así su nacimiento consagración como auténtica prohibición probatoria, que pronto encontró su reflejo legal, concretamente en el año 1985, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español.

De allí pues, la razón que sustenta la dedicación a la jurisprudencia para el estudio de esta institución, aunque, dicho sea de paso, son diferentes las bases sobre las que se asienta, de un lado en el ordenamiento procesal español que difiere de

⁷⁷⁵ ARMENTA DEU, Teresa. Ob Cit. Págs. 109-110.

cualquier modelo de corte anglosajón y, en particular del norteamericano, en el que precisamente nace esta regla.

Dadas las consideración anteriores, como bien explican Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE, la entrada en vigencia de la regla de exclusión en España “(...)vino en manos del Tribunal Constitucional que, en su STC 114/1984, de 26 de noviembre, por vez primera e invirtiendo el sentido de la que había sido su doctrina al respecto pocos meses antes, proclama la existencia de una exigencia constitucional de inadmisión de pruebas motivada por la presencia de importantes vicios o irregularidades en el proceso de su obtención”⁷⁷⁶.

Como ha de advertirse en adelante, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 114/1984 colisionó con aquellos otros dados meses anteriores a este, en donde el propio tribunal sostiene lo contrario, sosteniendo que la inadmisión de pruebas ilícitas no encuentra fundamento en el derecho positivo ni mucho menos en la Constitución.

En este orden de ideas, se resalta lo señalado por Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE al indicar que “(...) lejos de abandonar el liderazgo asumido en la incorporación a nuestro Derecho de la mencionada regla, el Tribunal Constitucional español lleva desde el año 84 las riendas de su corta andadura y, en una dinámica de extensión- contención, viene modulando el alcance de los efectos derivados de su aplicación, haciendo frente –con mayor o menor acierto- a las muchas y muy delicadas cuestiones que concita la irregularidad o ilicitud probatoria”⁷⁷⁷.

Finalmente, cabe mencionar que desde entonces el desarrollo jurisprudencial de la prueba ilícita en España no se ha detenido, y tal y como lo señalan los autores, el propio Tribunal Constitucional español ha continuado con el tratamiento de esta tan compleja institución modulando su alcance y efectos de manera tal que la aplicación de la regla de exclusión de ha relativizado.

⁷⁷⁶ LÓPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit, Págs. 139-140.

⁷⁷⁷ Ibídem. Pág. 140.

1.1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE INTERDICCIÓN PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.1.1. INTRODUCCIÓN

Es precisamente el origen y la evolución de la regla de interdicción procesal de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español, el análisis al cual se dirigirá el contenido de las siguientes páginas. Como se señaló líneas arriba, el estudio de todo contenido jurídico hace necesario congregarse a la jurisprudencia del caso y evidentemente a la legislación, por lo que tratándose de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico español, las siguientes páginas importan una serie de observaciones en torno a las sentencias más significativas al respecto, así como a lo estipulado por la LOPJ que termina dándole base a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 114/1984.

Al respecto, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE destacan: “Se pretende en definitiva, una inmersión en la oscilante e insegura doctrina jurisprudencial sentada al respecto por el Tribunal Constitucional Español-sin descuidar la incursión en la no menos cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo- en los años que nos separan de aquella primera sentencia de 1984”⁷⁷⁸. Sentencia que en una resolución del mismo tribunal 81/1998, de 2 de abril, fue bruscamente alterada, siendo esta última el inicio del proceso de la involución de la regla de exclusión.

1.1.2. INCORPORACIÓN VÍA JURISPRUDENCIAL, DE LA REGLA DE INADMISIBILIDAD PROBATORIA. LA STC 114/1984, DE 26 DE NOVIEMBRE

Resulta imperante mencionar en este apartado que la llegada o inserción de la regla de exclusión probatoria respecto a las pruebas de origen ilícito ha despertado en la doctrina diferentes posturas enfrentadas, ya que un sector de esta sostiene que esta inserción de la regla de exclusión en el ordenamiento

⁷⁷⁸ *Ibidem*. Págs. 141-142.

jurídico de Español ha sido fruto de un arduo proceso o travesía, mientras que otro sector postula que la misma ha gozado de una inserción célere y triunfal.

Bajo lo antes expuesto, según Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE⁷⁷⁹, en cualquier caso, el inicio de su desarrollo, aunque vaporoso, puede situarse en la promulgación de la Constitución de 1978 y, en el tiempo que la separa de la ya varias veces citada STC 114/1984.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 no contiene precepto expreso que dé respaldo de modo manifiesto a la interdicción de las pruebas ilícitamente obtenidas o sienta las bases a una regulación general de la prueba ilícita, de manera que pueda concluirse que el artículo 11.1º del LOPJ encuentre soporte constitucional directo en esta, lo mayúsculo que desarrolla la Constitución Española es lo referente a la “pertinencia de la prueba” que como se dispone en el artículo 24 numeral 2º, ubicado en la sección “De los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas: “(...) todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Como se puede inferir, en materia de prueba, este precepto constitucional solo hace referencia al derecho fundamental a la práctica de medios de prueba “pertinentes”, así como también a la proscripción de determinadas conductas que contravengan o colisionen diferentes derechos fundamentales, que se conciben en realidad como una suerte de garantías con las que todo proceso penal debe desarrollarse.

Para concluir que tal precepto hace alusión directa la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida y en consecuencia se constituye el mismo en su defensa constitucional, tiene que haberse determinado una relación directa entre la ilicitud y la pertinencia de la prueba, lo cual resulta a todas luces irrazonable y sumamente cuestionable, toda vez que no se determinan ni se contienen. Es decir, la afinidad que trata de establecerse entre la prueba ilícita producto de la vulneración de

⁷⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 143.

derechos fundamentales y la prueba *pertinente*, en virtud del numeral 2º artículo 24 de la Constitución española, no hace más que poner en manifiesto una interpretación sinuosa de lo que la dogmática jurídico procesal ha fijado respecto al concepto de *pertinencia*.

El término *pertinente* deriva de la voz latina *pertinere*, lo que significa “concernir”, y aplicado al ámbito o esfera jurídica, dicha noción hace marcada evocación a la relación en el hecho que se trata de probar y la prueba ofrecida, es decir, se trata de una prueba pertinente siempre que esta guarde relación directa con los hechos controvertidos o investigados y contribuya a su acreditación o que simplemente tenga como objeto los mismos. Finalmente la relación debe radicar entre la prueba y el objeto del litigio en el proceso.

Por otro lado la prueba ilícita, como ya se ha visto en páginas anteriores, es aquella que se ha obtenido previa conculcación de uno o más derechos fundamentales, de este modo salta a la vista que ambos términos no guardan relación alguna ni directa ni indirecta. Es decir la licitud o ilicitud de la prueba nada tiene que ver con la conexidad entre la prueba y los hechos objeto del proceso, a modo de ejemplo, un prueba ilícitamente obtenida no determina que esta sea impertinente, así como una totalmente lícita no fija su pertinencia, en cuanto a esto, puede concluirse que la ilicitud no determina la impertinencia ni viceversa, puesto que la misma puede versar efectivamente sobre los hechos objeto de controversia o de litigio los cuales no pueden verse desvinculados por determinarse su ilicitud.

Finalmente, ha de precisarse que si bien es cierto la interdicción de la prueba ilícita o el tratamiento de la prueba ilícita en general no contiene fundamento expreso en la Constitución española de 1978, no puede tampoco negarse la estrecha relación que guarda el derecho fundamental a la práctica de medios de prueba lícitos con la mencionada carta magna, toda vez que ha de concebirse a tal derecho fundamental como una garantía con la cual ha de desarrollarse todo proceso judicial (Artículo 24 numeral 2º), y como un derecho inmerso en la tutela jurisdiccional efectiva (Artículo 24 numeral 1º). Por consiguiente ha de mencionarse que la idea del desarrollo de todo proceso justo, descarta la posibilidad de practicar medios probatorios ilícitos. Por lo que la interdicción de la

prueba ilícita se configura en una suerte de garantía procesal articulada sobre derechos fundamentales.

Continuando con la consagración jurisprudencial de la prueba ilícita, en palabras de Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE: “(...) dos puntos, de parada o retroceso en el camino que finalmente condujo a la consagración jurisprudencial de la interdicción de la valoración de pruebas ilícitas, coincidentes con dos pronunciamientos del propio TC en los meses de marzo y mayo del mismo año 84, en los que, de algún modo, negaba que el texto constitucional exigiese “que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales fueran inadmitidas”, argumentando que la “prohibición de utilización (de aquellas) pretendida por el recurrente no se apoya en ninguna forma de derecho positivo ni de la Constitución, ni encuentra apoyo en la Jurisprudencia”. “Se trata de una mera aspiración de *lege ferenda* patrocinada por distintos procesalistas españoles, para incorporarla al derecho positivo civil”⁷⁸⁰.

Tal y como se ha mencionado líneas arriba, este pronunciamiento no hace más que demostrar que el afán de negarle admisibilidad a las pruebas ilícitamente obtenidas no encontraba sustento Constitucional y que solo suponía un especie de aspiración de procesalistas españoles a su inclusión legislativa.

Dentro de esta perspectiva, se enmarca lo relativo a las Sentencias 173/1984 de 21 de marzo y 289/1984 de 16 de mayo.

La sentencia 173/1984 de 21 de marzo en su fundamento jurídico cuarto estableció:

“Pero dicha argumentación no puede ser admitida con la finalidad pretendida: a) porque no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque, a su vez, dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es solo una mera aspiración que han patrocinado de lege ferenda para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente, como se

⁷⁸⁰ Ídem.

dijo, norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen; c) porque, además, no consta se haya planteado por el recurrente dicho tema ante el Juzgado Central y en apelación ante la Audiencia, pues ninguna de las dos resoluciones recurridas se refieren a él en absoluto, y la de apelación estudia todas las cuestiones alegadas por las partes con minuciosidad y fundadamente, por lo que se ha traído ante este Tribunal Constitucional per saltum como tema nuevo, contrariando lo dispuesto en el art. 44. 1 a) y c) de la LOTC, que hace a esta vía de amparo subsidiaria; d) porque en todo caso serían necesarias expresas declaraciones de los Tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito, para poseer el indispensable soporte fáctico-judicial sobre el que poder apoyar consecuencias jurídicas como la alegada, al no servir la mera invocación y estimación de la parte por sí sola, en cuanto supone una simple alegación a la que no pueden unírsele consecuencias, y e) porque, finalmente, de haberse superado todas esas ausencias, se trataría de un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal, que incluso podría ser objeto de la fase plenaria del proceso penal, por rebasar el contenido instructorio del sumario, en donde podría valorarse dicho origen y el alcance de las pruebas a través del amplio contenido de convicción psicológica que permite el art. 741 de la L.E.C., para señalar la culpabilidad o inocencia que fuere procedente proclamar. Todo lo que en conclusión determina la clara inexistencia de defecto abstractamente alegado de no haberse otorgado al actor un proceso con todas las garantías legales”.

Por su parte la sentencia 289/1984 de 16 de mayo, transcribe en su fundamento jurídico cuarto lo ya establecido en el fundamento jurídico 4 de la sentencia 173/1984 de 21 de marzo.

En virtud al fundamento mencionado, resalta el criterio del Tribunal Constitucional según el cual la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas de modo ilícito no encontraba sustento en el ordenamiento positivo, ni en la Constitución, dejando además en claro que la Jurisprudencia tampoco la amparaba. Sin embargo el

criterio del Tribunal Constitucional español que motivó dicho fundamento, meses después cambiaría y se plasmaría en la sentencia 114/1984.

Por ello, continuando con lo manifestado por Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE: “En el mes de noviembre de ese mismo año, sin embargo, el Tribunal da un giro certero a esos planteamientos en la que se conoce ya como paradigmática STC 114/1984, de 26 de noviembre, a la que siguió la promulgación del artículo 11.1º LOPJ, con el que, definitivamente, hallaba hueco en nuestro ordenamiento la regla que impide la incorporación a proceso y su valoración en él como prueba de todo elemento logrado a partir de la conculcación de un derecho fundamental”⁷⁸¹.

La sentencia 114/1984, de 26 de noviembre, fue la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional invirtiendo el sentido de la que había sido su doctrina pocos meses antes, proclamando la existencia de una verdadera exigencia constitucional de inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas.

Como ya se ha establecido, esta sentencia que postula la inadmisibilidad de la prueba ilícita no encontraba sustento legal, por lo que sus fundamentos jurídicos son los siguientes;

Fundamento jurídico segundo:

“En el caso aquí planteado, lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no

⁷⁸¹ Ídem.

implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida –y la decisión en ella fundamentada– hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación y la consiguiente posible lesión no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán solo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24. 2 de la Constitución)”.

Como complemento a esto, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE refieren: “En su sentencia de 1984 parte, ciertamente, el Tribunal del reconocimiento a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de origen antijurídico”⁷⁸². Sin embargo, la particularidad de su contenido respecto de sus pronunciamientos anteriores radica en que destaca que la inadmisión de pruebas originadas ilícitamente no se debe a la atribución de una condición de derecho fundamental propio, sino más bien a una garantía en virtud de la cual se efectiviza la vigencia de un derecho fundamental originario. Asimismo el TC enfatiza en la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables, que en consecuencia de tal privilegio, su supremacía debe garantizar su vigencia e inviolabilidad.

Además el Tribunal Constitucional español, apoya su fundamento convocando lo dispuesto por la doctrina norteamericana, al mencionar:

“(...) la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la evidence wrongfully obtained y de la exclusionary rule, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en United States vs. Janis (1976), la Corte declaró que “(...) la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (...)”

⁷⁸² Ibídem. Págs. 143-144.

Fundamento jurídico tercero:

“(...) si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución)(...)”

El Tribunal Español continúa bajo el mismo fundamento jurídico estableciendo que:

“Por lo general, los países de "Common Law" hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien solo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado –por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"– en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que "... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada.”

A pesar de no existir precepto constitucional expreso que dé sustento a la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, el Tribunal Constitucional en esta sentencia del 84, hace una marcada mención, en virtud de la cual estatuye un criterio que se sustenta en la ponderación de los intereses procesales en juego, vale decir sopesar entre derechos fundamentales y verdad procesal, privilegiándose la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables (Artículo 10 numeral 1° de la Constitución). El Tribunal Constitucional determina entonces la garantía constitucional de la inadmisión de la pruebas generadas u obtenidas en virtud de la conculcación de derechos fundamentales, sentando además que dicha garantía resulta condescendiente al tratarse de la conculcación de normas de inferior rango, es decir de base infraconstitucional.

Además Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE refieren: “La fundamentación jurídica en que se apoya este trascendental pronunciamiento jurisprudencial además incluye, junto a otros argumentos, la que el propio Tribunal Constitucional reconoce como “necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas y la salvaguarda del conjunto de derechos que toda persona debe poseer en un Estado de Derecho”; y es que “en realidad –declara el Tribunal- el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos”⁷⁸³.

La prueba ilícita como producto de la afectación a un derecho fundamental, genera por ello un marcado enfrentamiento entre dos intereses que a la par persigue todo proceso, primero el de llevar a cabo un proceso en estricta observancia de todas las garantías previstas, y en segundo lugar, la procuración o conducción a la verdad que se espera para optar un pronunciamiento jurisdiccional justo. Es sin embargo, cuando ambos intereses se enfrentan (derechos fundamentales vs verdad procesal), que suponen un serio conflicto que ha de resolverse, por lo que a criterio del TC español, la solución radicaría en la ponderación de intereses, es decir, al encontrarse frente a una disputa entre la plena vigencia de derechos

⁷⁸³ *Ibidem*. Pág. 144.

fundamentales y verdad procesal, y dada la condición de supremacía que el TC otorga a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, ha de optarse por los referidos derechos.

1.1.3. SU REFRENDO LEGAL: EL ART. 11.1° DE LA LOPJ. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1.1.3.1. LA ILICITUD PROBATORIA LEGALMENTE PREVISTA. SUS EFECTOS

1.1.3.1.1. PRUEBA ILÍCITA PENAL. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Dentro de este marco, la prueba ilícita pasa a obtener aprobación y respaldo en el artículo 11.1° LOPJ, en tanto en este artículo se prescribe su inutilidad en consecuencia del enfrentamiento que genera su origen respecto de los derechos fundamentales.

En consecuencia, es a partir de la paradigmática sentencia 114/1984 del 26 de noviembre, que empieza a reconocerse en la Jurisprudencia Española, la inadmisión o inutilidad de la prueba ilícita en el marco de un debido proceso respetuoso de garantías y derechos, que tal y como se menciona, dicho pronunciamiento logra introducirse en el derecho positivo en el artículo 11.1° LOPJ, que procede a otorgarle refrendo a esa regla de interdicción procesal de la prueba ilícita

En palabras de Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE: “En verdad, el precepto detalla expresamente la sanción procesal específica que corresponde, a primera vista, a todo elemento o fuente de prueba logrado previa vulneración de derechos fundamentales, sanción, pues, que se distingue y va más allá que la simple nulidad prevista por el art. 283.3° LOPJ para todo acto procesalmente ilícito”⁷⁸⁴.

Sin embargo, pese a que dicho precepto (art. 11.1 LOPJ) establece de manera precisa la condena procesal que corresponde frente a la advertencia de una prueba de origen ilícito, dicha norma se presta también para variadas interpretaciones tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, producto de lo exiguo que resulta su contenido en los aspectos que se indican a continuación.

⁷⁸⁴ *Ibidem*. Págs. 145-146.

De acuerdo a lo mencionado por Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE: “La norma consagra en nuestro Derecho la –en expresión comúnmente admitida a nivel doctrinal- “prueba prohibida”, inadmisibles y de imposible valoración en el proceso de todo elemento probatorio conducente al conocimiento de la verdad con independencia de su origen pueden entenderse ya superadas. Pero, lejos de desaparecer, en los últimos años el debate se ha trasladado y parece centrarse, fundamentalmente, en la doble cuestión relativa, *en primer término, a la mayor o menor amplitud del concepto de “prueba ilícita” o “prohibida” que acoge el art. 11.1º LOPJ y, a continuación, y directamente relacionada con la solución a la anterior, la referida a la verdadera dimensión de los efectos que, a la vista de cuanto en él se dispone, ha de entenderse generados por el vicio o ilicitud que padece la prueba*”⁷⁸⁵. En cuanto a esto, los autores mencionan que: “En respuesta a la primera de las dudas planteadas, a nivel doctrinal son dos posiciones que se enfrentan; de un lado, la que ocupan quienes reconocen en nuestro derecho una prueba de valoración prohibida en sentido amplio y, de otro, la de aquellos que defienden un concepto estricto de la misma por entender que sólo en esos términos la fuente de prueba considerada ilícita tiene cabida en el art. 11.1º LOPJ y genera las consecuencias en él previstas”⁷⁸⁶.

Definitivamente, el sector imperante es aquel que sostiene que se genera una prueba ilícita cuando se infringe o afecta un derecho fundamental (norma de rango constitucional), frente a un sector minoritario que sostiene la generación de una prueba ilícita en virtud de haber afectado una norma con independencia de su rango jerárquico.

Respecto al segundo de los aspectos, la posición mayoritaria de la doctrina sostiene que la prueba ilícita se genera previa conculcación de un derecho fundamental en el momento de su obtención, siendo que un sector minoritario sostiene que esta tiene lugar al momento de su incorporación al proceso.

Al respecto, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE indican: “El segundo de los criterios nombrados lleva a distinguir la ilicitud habida en la actividad de obtención y adquisición de la prueba de aquella otra que tiene lugar en la operación de incorporación de la fuente al proceso a través del medio de

⁷⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 146.

⁷⁸⁶ *Ibidem*. Págs. 146-147.

prueba que resulte pertinente. En este otro punto, la opinión doctrinal mayoritaria parece ser la que afirma que la prueba prohibida resulta de la violación de un derecho fundamental en el momento de su obtención, de la que derivan consecuencias de distinto orden a las producidas por la ilicitud cometida al darle entrada al proceso”⁷⁸⁷.

La posición de la jurisprudencia respecto a los aspectos inicialmente estimados difusos, no discrepan de lo que doctrinalmente se ha señalado.

Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE mencionan: “Un rápido repaso a la doctrina constitucional vertida en torno a la ilicitud probatoria desde los primeros años de vigencia del art. 11.1° LOPJ –y, aparentemente sin solución de continuidad- basta para evidenciar lo sólido de la consideración de que la operatividad de la regla contenida en el art. 11.1° LOPJ viene reservada a los supuestos en los que resulte la efectiva lesión de un derecho fundamental de carácter sustantivo (...)”⁷⁸⁸. En donde queda establecido que la conculcación de un derecho fundamental es la causa de la ilicitud probatoria. Asimismo, como señalan los autores, no en vano, la inadmisión e ineficacia de esta prueba –como sin vacilación declara la STC 85/1994, de 14 de marzo (FJ 4°)- “deriva no solo de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, haciéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984) sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1° de la LOPJ”, ineficacia que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional y, entre otras, en la STC 65/1986, de 21 de mayo “deriva de la ilicitud o vulneración que se comete en el momento de obtención de tales pruebas, mientras los problemas que puedan plantearse r respecto de (...) la (ilicitud) que se produzca en el momento de su admisión al proceso y práctica en él (...) se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión.

En definitiva, la interdicción de la inadmisión de la prueba ilícita no solo se sustenta en la interpretación extensiva de preceptos constitucionales, sino que ahora encontraba refrendo legal.

⁷⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 148.

⁷⁸⁸ *Idem*.

1.1.3.1.2. SOBRE LA SANCIÓN, DE ORDEN PROCESAL, PREVISTA EN EL ART. 11.1 LOPJ. CONTENIDO Y ALCANCE

Con respecto a este punto, habiéndose asumido la postura mayoritaria-tanto doctrinal como jurisprudencial- que concibe a la prueba ilícita como aquella generada u obtenida en virtud de la conculcación de derechos fundamentales, corresponde ahora determinar el contenido o consecuencia, así como también el alcance de su castigo procesal en relación a lo establecido por el artículo 11° de la LOPJ.

En razón de ello, como expresan Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE⁷⁸⁹, en cuanto al primero de los aspectos, es decir, el contenido o consecuencia concreta derivada de la ilicitud en la obtención de la prueba, coinciden la doctrina y la jurisprudencia tras interpretar de la previsión legal –del tenor, “no surtirán efectos”- como la absoluta falta de virtualidad probatoria, un efecto o consecuencia que pasa necesariamente por su consideración como prueba “inadmisible”, lo que hace una alusión directa a los efectos que le son propios a la nulidad de pleno Derecho, nulidad que se genera *ex tunc*⁷⁹⁰.

Así, Jesús María GONZALES GARCÍA, al respecto añade: “En la concreta materia probatoria, la antes comentada sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento”⁷⁹¹.

En este mismo orden de ideas, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE indican: “(...) puede sin dificultad afirmarse que el material o la información que resulte de la diligencia de prueba lograda previa conculcación de un derecho fundamental, ha de tener vedado el acceso al proceso, lo que se traduce en la imposibilidad de configurar un vez incorporada a juicio a través del medio probatorio que procesa, una auténtica prueba a valorar por el órgano jurisdiccional en orden a fundamentar su sentencia”⁷⁹².

⁷⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 149

⁷⁹⁰ “Desde siempre”, utilizada para referirse a una acción que produce efectos desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen, retrotrayendo la situación jurídica a ese estado anterior.

⁷⁹¹ GONZALES GARCÍA, Jesús María. El proceso penal español y la prueba ilícita. <En línea>. [Publicación disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009]. [Consulta 20 marzo 2017].

⁷⁹² LÓPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 145.

Lo dicho en el párrafo anterior, en mérito al alcance de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, admite además afirmar que de acceder al proceso, la prueba conculcadora del derecho fundamental, a través del medio probatorio que proceda, esta no ha de ser objeto de valoración por el órgano jurisdiccional, lo que se traduce en la imposibilidad de sustentar una sentencia judicial sobre la misma. En consecuencia, se distinguen dos momentos de la interdicción probatoria de la prueba ilícita; el primero, supone su imposibilidad de su ingreso al proceso, y; el segundo, supone que de haber accedido la misma al proceso en cuestión, esta no ha de ser valorada por el órgano jurisdiccional, ya que, carece de sentido que esta ingrese al proceso para luego en el decurso del mismo se le nieguen los efectos que le serían “propios”, manteniéndose de este modo la vigencia de los efectos que atribuye el artículo 11.1º LOPJ, a la prueba ilícita.

En esta línea, FERNÁNDEZ ENTRALGO, indica: “La falta o imposibilidad de surtir efectos implica el cierre procesal a la admisión del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido y, en caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente, ni a los efectos de corroborar o fortalecer la convicción o valoración de los resultados de la prueba regular o lícita”⁷⁹³.

Ahora bien, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE resaltan que: “Se trata, en definitiva, de precisar si, desde la perspectiva jurisprudencial, la ilicitud y los efectos que genera se concretan en la fuente probatoria obtenida “directamente” de la vulneración del derecho fundamental o, tal y como lo sugiere la referencia en el precepto a las logradas “indirectamente” vulnerando derechos fundamentales, la eficacia o falta de efectos que resulta, alcanza a estas otras”⁷⁹⁴.

Habiéndose dilucidado lo concerniente a la sanción jurídico procesal prevista por el artículo 11.1º LOPJ a la prueba ilícita; corresponde entonces determinar la segunda de las cuestiones planteadas inicialmente en el presente tema, que es lo referente al alcance de tal sanción, es decir, si la extensión del castigo jurídico procesal se concreta en la fuente de prueba obtenida directamente de la vulneración del derecho fundamental, o además, se extiende a aquellas que tienen su causa en esta, es decir, aquellas que pese a haber sido obtenidas lícitamente

⁷⁹³ Citado por LOPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 150.

⁷⁹⁴ LOPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 150.

(constitucionalmente), se generan en mérito a la información obtenida como consecuencia del acto ilícito inicial.

Bajo este orden de ideas, ELOY VELASCO NUÑEZ expresa: “El tenor legal extiende, en consecuencia, la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita (por ejemplo, la obtención de los bienes sustraídos en un registro domiciliario que no respetó las garantías constitucionales), sino también para las pruebas practicadas en principio por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales (por ejemplo, la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal). Es la introducción en el Derecho español de la doctrina del fruto del árbol envenenado del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja”⁷⁹⁵.

En virtud a la doctrina del fruto del árbol envenenado, a todo medio probatorio por sí mismo lícito, pero que tenga su causa en información o datos obtenidos de un acto inicial ilícito, debe negársele el ingreso a proceso. El reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita, es por tanto, consecuencia de la vigencia de la regla de exclusión, bajo el sustento constitucional siguiente: “No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos”⁷⁹⁶.

Así, bajo este orden de ideas, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE indican: “Es claro que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal Constitucional en una primera etapa, el objeto de la prueba ilícitamente lograda ha de quedar sustraído del conocimiento del juzgador, quedándole vedada su valoración, pero, durante ese largo periodo no lo ha sido tanto que la misma suerte haya de correr todo elemento o información que de ella

⁷⁹⁵ Citado por VELÁSQUEZ GARCÍA, Jesús María. (2005). El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita. En línea. <Publicación disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009>. [Consulta 20 de junio 2017].

⁷⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob Cit. Pág. 140.

proceda (...)”⁷⁹⁷. Además señalan que: “(...) la doctrina científica parece decantarse por admitir la presencia en el precepto del llamado “efecto o efectos reflejos” de la prueba prohibida, y la Jurisprudencia, sin descartarlos, se ha demostrado reticente a reconocer en el precepto la consagración, con vocación de generalidad, de la regla o teoría “refleja” de la prueba prohibida –expresión de la “*fruit of the poisonous tree doctrine*”- norteamericana, a cuya luz, la ineficacia o falta de virtualidad probatoria de la fuente originariamente viciada (prueba prohibida “directa”), se transmite o contamina a toda otra obtenida lícitamente pero que tenga en aquella su causa (prueba prohibida “indirecta” o “refleja”)”⁷⁹⁸.

Al respecto, podría asegurarse que la doctrina científica imperante de la época, se inclinaba por la consagración del efecto reflejo de la prueba ilícita en el precepto en mención (Art. 11.1 LOPJ); sin embargo, la jurisprudencia evidencia imprecisión respecto al reconocimiento de tal consagración en la citada norma legal, lo que se evidencia en el periodo 1994-1998, periodo en el cual tanto el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español, emiten sentencias que contienen disímiles criterios en torno a la aplicación de la teoría refleja de la prueba ilícita.

En este contexto, como expresan Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE⁷⁹⁹, si se atiende a la jurisprudencia sentada al respecto por la Sala 2º del TS, sorprende lo dubitativo *ad extremis* de su doctrina –especialmente en el período que comprende los años 1994 y 1998- puesto que de la admisión y operatividad de la teoría refleja en una resolución se pasa a su rechazo en otra dictada en el mismo año, para más tarde traer de nuevo a sus resoluciones los efectos indirectos de la prueba prohibida.

Dicho lo anterior, los citados autores continúan mencionando que: “La continua oscilación ha sido también la nota que ha caracterizado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ese periodo, cuyo inicio viene marcado por la STC 85/1994, de 14 de marzo”⁸⁰⁰. Dicha sentencia reconoció que la eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la aplicación de la regla de exclusión, ello fue reconocido así por el Tribunal Español en el ámbito de las intervenciones telefónicas. En esta línea, añaden los autores que en dicha

⁷⁹⁷ LOPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 150.

⁷⁹⁸ *Ibidem* Pág. 151.

⁷⁹⁹ *Ídem*.

⁸⁰⁰ *Ídem*.

sentencia es: “(...) en la que por vez primera se sirve de la doctrina –en una suerte de adaptación de la denominación anglosajona- del “fruto del árbol emponzoñado”, nuevamente en el marco de ilicitudes probatorias originadas en la intervención comunicaciones telefónicas (...)”⁸⁰¹.

Dentro de este marco, es preciso citar el Fundamento Jurídico N° 4, de la Sentencia 85/1994, de 14 de marzo, que señala lo siguiente:

“4. Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)...(...)Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando "algo" desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”⁸⁰².

⁸⁰¹ Ibídem. Pág. 152.

De este modo, en la mencionada Sentencia 85/1994, se reconoce por vez primera en la jurisprudencia española del TC, la eficacia refleja de la prueba ilícita, bajo el sustento de no confirmar la contravención del derecho agredido, en mérito al cual se obtuvo la fuente de prueba, haciéndose para tal efecto, extensiva la regla de exclusión, aplicándose, por tanto, a la prueba derivada, las consecuencias de tal ilicitud a la que refiere el artículo 11.1º LOPJ, así esta última, sea por si misma lícita.

Cabe acotar además, que no han sido pocas las veces en las que el Tribunal Constitucional, habiendo determinado la conexión causal entre la diligencia probatoria viciada y la que deriva de esta, determinó la extensión de la sanción procesal de la prueba originaria, a la derivada directa o indirectamente de ella, tal y como se advierte de las sentencias STC 107/1985, 64/1986, 80/1991, 86/1995, 181/1995, 49/1996, 54/1996 y el ATC 248/1996.

Dentro de este marco, es menester citar el Fundamento Jurídico N° 3 de la Sentencia 86/1995, de 6 de junio, el cual precisa la exigibilidad de la conexión causal que debe sobrevenir entre la prueba derivada y la prueba inicialmente viciada.

Fundamento Jurídico N° 3 de la Sentencia 86/1995, de 6 de junio:

"El derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución judicial suficientemente motivada. La existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra

prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios.

Así, hemos tenido ocasión de declarar que "una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., ... hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria" (STC 85/1994, fundamento jurídico 4º).

Así, teniendo a la vista de una primigenia conculcación de un derecho fundamental, de la que no resulta material o elementos probatorios, pero que conduce de forma mediata a otra u otras pruebas cuya licitud queda cuestionada, a consideración de TC, en esta primera etapa del el art. 11.1º LOPJ, la imposibilidad de surtir efectos únicamente ha de afectar a ambos resultados probatorios si media y se constata entre ellos una conexión causal.

A efectos de esclarecer lo dicho en el párrafo anterior, se cita el siguiente ejemplo propuesto por ROXIN: "La declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en el que se encuentra el cadáver, encontrándose allí rastros de sangre pertenecientes al declarante"⁸⁰³. De lo que se extrae la siguiente precisión: Efectivamente de la declaración del imputado (acto ilícito inicial), se sustrae la información requerida para registrar el lugar indicado por él, en donde finalmente se encuentran los rastros de sangre, a él pertenecientes, dicho descubrimiento se hace de acuerdo a ley, por tanto es por sí mismo lícito, sin embargo por derivar de un acto vulneratorio de derechos fundamentales, debe ser excluido en mérito de la eficacia refleja de prueba ilícita. Así también, ha de resaltarse que el acto ilícito inicial no se ha materializado en un medio de prueba (solo se agotó en dicho acto), más la información generada de él sí ha dado lugar a una diligencia que conllevó a la obtención de una prueba que es materializada en un medio de prueba, que por derivar de esta prueba originalmente ilícita, queda cuestionada en su licitud.

Visto de esta forma, lo que se busca con la eficacia refleja es impedir que la prueba derivada surta efectos, por estar relacionada con la ilicitud de la prueba

⁸⁰³ Citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 79.

originariamente ilícita, ya que de valorarse esta, el sustento de la regla de exclusión se vería burlado por meras argucias legales. Sin embargo, y a este efecto, es que la jurisprudencia del TC español, plantea la necesidad de relación de causalidad entre ambas pruebas, de lo que dependerá por tanto, su exclusión.

La exigencia de la conexión causal entre la prueba refleja y la inicialmente ilícita que se describen la STC 86/1995, parecía haber fijado finalmente el criterio del TC Español respecto a la aplicación de la teoría refleja de la prueba ilícita, en cuanto al requerimiento de la conexión causal directa e inmediata entre la ilicitud en la adquisición de la prueba y el resultado logrado a partir de aquella; sin embargo, y como se desarrollará posteriormente, ello no fue así, ya que en siguientes sentencias se desarrollaron argumentos que marcan una nueva exigencia, la llamada conexión de antijuricidad.

Sin embargo, cabe destacar que es a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril que se desarrolla una teoría de exigencia de conexión de antijuricidad, que predica que en determinados supuestos excepcionales, aún en cuanto exista la conexión de causalidad entre la prueba ilícita originaria y la derivada, esta última, de ser jurídicamente independiente de ella, debe ser reconocida como válida.

1.1.4. UNA NUEVA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL. LA INVOLUCIÓN DE LA REGLA OPERADA POR LA STC 81/1998, DE 2 DE ABRIL

1.1.4.1. INADMISIBILIDAD E INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA. UN CAMBIO DE POSTULADOS

La resolución dictada por el TC, de fecha 2 de abril de 1998 –el segundo de los hitos fundamentales de esta trayectoria a los que antes se aludía- marca un claro quiebre en la línea de interpretación seguida, aun con altibajos, por el Tribunal Constitucional de la regla o “garantía” que supone la “interdicción procesal de la prueba ilícita o prohibida” arbitrada por el artículo 11.1º LOPJ.

1.1.4.2. NUEVOS PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INEFICACIA PROBATORIA. LA EXISTENCIA DE “CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD”

Al respecto, el establecimiento de nuevos parámetros para la determinación de los alcances de la ineficacia probatoria planteados por el TC ha desencadenado una serie de análisis en torno a la jurisprudencia imperante de la época.

Lo que sucedió fue que a partir del pronunciamiento contenido en la STC 81/1998, el citado tribunal de justicia quiebra las reglas de sus propios postulados, puesto que, en atención a la casuística de la época, las pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales (en particular, del derecho al secreto de las comunicaciones privadas) fueron admitidas a los procesos como pruebas de cargo válidas para formar la convicción del juzgador, bajo el fundamento de que la titularidad del derecho vulnerado no correspondía a quien solicitaba la exclusión de la prueba, es decir, se trataba de un sujeto distinto del titular del derecho conculcado.

Puntualmente en la STC 238/1999, de 20 de diciembre, el Tribunal declara que la falta de coincidencia en la titularidad del derecho material lesionado y el que lo es del derecho que pretende protegerse en amparo, es suficiente para declarar la inexistencia del nexo de conexión exigido entre la conculcación del derecho fundamental y la condena.

En la citada resolución, expresamente se indica en su fundamento jurídico segundo, lo siguiente:

"El criterio para determinar cuándo tales pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y pueden ser valoradas por los órganos judiciales es el de la inexistencia de conexión de antijuridicidad con la que vulneró el derecho fundamental sustantivo. "Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no", dijimos en la STC 81/1998, "hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto

de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981)⁸⁰⁴.

Lo que resulta alarmante aquí, es que la determinación de la conexión de antijuricidad no constituye un hecho, sino más bien un juicio de experiencia, en mérito al cual es posible inferir que tales pruebas reflejas “hubieran” podido ser obtenidas de modo independiente, distinto y autónomo de la que ha causado la vulneración del derecho sustantivo originariamente.

En el caso contenido en la Sentencia 238/1999, estamos ante el siguiente escenario: Existe una intervención telefónica al individuo “A”, la cual resulta ilícita por no resultar debidamente fundamentada la resolución judicial que la autoriza, esta intervención ilícita logra obtener los siguientes datos: la fecha en que la droga llegaría a Almería y el hospedaje en el cual estaría la persona encargada de transportar la misma. Se realizó un seguimiento al automóvil del sujeto “A” (sujeto posteriormente absuelto, en mérito a la prueba ilícita), lo que permitió la detención de “B”. “B” interpone un recurso de amparo sustentando que las pruebas de cargo en su contra son derivadas de la prueba ilícita originaria.

De las evidencias anteriores, el Tribunal concluye manifestando que: “Si bien toda esta prueba, atendiendo al desarrollo histórico de los hechos, se sitúa en el contexto de las escuchas telefónicas ilícitas, lo verdaderamente relevante es que se muestra desconectada de éstas en la medida en que no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial”.

En lo que respecta a tal conclusión, se determina por tanto que se reconoce por el Tribunal que entre ambas pruebas (originaria y la presuntamente refleja) existe

⁸⁰⁴ Lo correspondiente al estudio y análisis de la “conexión de antijuricidad” se ha desarrollado en el Capítulo correspondiente a la regla de exclusión.

un relación causal, mas no de una conexión de antijuricidad ya que el sujeto cuya titularidad del derecho vulnerado no era el recurrente en el Amparo.

Añaden al respecto Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE: “Pero además, y fundamentalmente la STC 81/1998 marca una nueva perspectiva en materia de admisión de pruebas indirectas o reflejas, a partir del empleo de nuevos parámetros en la ponderación de intereses llevada a cabo por el juzgador a la hora de resolver la validez o ineficacia de prueba, quizás lícitas, pero derivadas de otras claramente ilícitas”⁸⁰⁵.

Se retoma la expresión de Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE al manifestar que: “(...) la luz de esta nueva doctrina jurisprudencial, sólo la prueba o pruebas que se hallen “jurídicamente” ligadas a la ilícitamente obtenida tanto por una conexión causal, como por la que el propio Tribunal Constitucional ha acuñado como “conexión de antijuricidad” ha de entenderse “indirecta” o “refleja” de suerte que, a los efectos de ponderar si esta se halla o no incluida en la prohibición de valoración, exige el tribunal proceder a un análisis en dos niveles o tiempos, el primero –como puede intuirse- ordenado a determinar si existe o no relación causal entre la prueba originariamente ilícita y una segunda – que, en ese caso, podría entenderse “derivada”- y, a continuación, como segundo paso, dirigido a apreciar la existencia o inexistencia entre ellas de la llamada “conexión de antijuricidad”⁸⁰⁶.

En definitiva, en virtud a esta nueva perspectiva jurisprudencial, la previsión contenida en el art. 11.1º LOPJ no resultará aplicable si la prueba o pruebas de cuya licitud se duda, tienen una causa real diferente y totalmente ajena al derecho fundamental conculcado o, si se prefiere, de no darse conexión causal.

En base a la premisa precedente, Verónica LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE explican que: “La existencia de una relación o conexión causal no es suficiente para extender a otras pruebas el efecto invalidante de la obtenida en virtud del derecho fundamental conculcado. Se ha de examinar a continuación, si entre ellas existe una conexión de antijuricidad o, contrariamente, si las pruebas posteriores a la originariamente ilícita son jurídicamente independientes de esa

⁸⁰⁵ LOPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 156.

⁸⁰⁶ *Ibidem*. Págs. 157-158.

otra; y es que, con posterioridad al año 1998 y, aunque con carácter excepcional, la Jurisprudencia constitucional ha admitido la validez o eficacia de ciertas pruebas, enlazadas de forma natural o causal con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental –en la medida en que derivaban de conocimientos adquiridos en virtud del mismo- pero “jurídicamente” independientes de la viciada o viciadas en origen; en ese caso, pueden ser tenidos en consideración por el juzgador para fundar su convicción”⁸⁰⁷.

Finalmente, la ilegitimidad de la prueba refleja dependerá de la existencia de una conexión antijurídica y causal, como presupuestos necesarios para la extensión de la sanción jurídico procesal prevista en el artículo 11.1º LOPJ. Es decir, ha de entenderse que la valoración de una prueba, que aunque se encuentre conectada desde una perspectiva natural con el acto que vulneró un derecho fundamental, es totalmente lícita, en tanto no derive a partir del conocimiento adquirido por medio de tal afectación, lo que la hace jurídicamente independiente.

1.1.4.3. UN ACERCAMIENTO A SU TRADUCCIÓN PRÁCTICA

La exigencia de una conexión antijurídica entre la prueba ilícita originaria y la prueba refleja o derivada, como presupuesto necesario para la determinación de la exclusión de esta última, y su consiguiente valoración o no, supone -en su aplicación práctica- un riguroso y muy delicado análisis jurídico del caso concreto, teniéndose en cuenta que de concluir la inexistencia de tal conexión, la valoración de la prueba derivada del acto lesivo sería totalmente ilícita – así exista entre ambas una conexión natural o causal- y de fundarse en una motivación jurídica insuficiente, soslayaría y vaciaría el contenido del derecho fundamental sustantivo merecedor de tutela.

Estando a lo mencionado en el párrafo precedente, cabe precisar que concluir la inexistencia de conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita y la derivada de esta, es desvincular a la prueba derivada del acto lesivo del derecho fundamental, lo que en términos jurídicos conlleva a la legitimidad de su valoración, en tanto se entiende que no agrede ni directa ni indirectamente el derecho cuya vigencia quedó garantizada con la exclusión de la prueba ilícita originaria o con su declaratoria de nulidad, lo que quiere decir que la necesidad de tutela inherente al

⁸⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 158.

derecho agraviado primigeniamente quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de esta lesión. Dicho de otro modo la fuente y el medio de prueba utilizados en el proceso ya no menoscaban el derecho fundamental que se lesionó para obtenerlos.

Ahora bien, a efectos de esclarecer lo mencionado hasta ahora, VERÓNICA LOPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE indican que: “(...) lo que es más trascendente y ha acabado por convertirse en el supuesto en el que mayor profusión nuestros jueces hacen uso de este expediente, deja el camino abierto a la posibilidad de admitir y valorar más tarde como prueba –salvo inconveniencias u obstáculo de otro orden – la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan”⁸⁰⁸.

Lo dicho en el párrafo que precede, encuentra sustento en lo declarado en la Sentencia del TC Español 161/1999 del 27 de septiembre, en cuando en su fundamento jurídico número 04 menciona: “Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”.

Estando a lo expuesto en el citado fundamento jurídico, se hace una marcada declaración respecto a la desconexión existente entre la declaración del imputado y el acto lesivo del derecho fundamental –en este caso “inviolabilidad domiciliaria”- aun en cuanto dicha declaración sea realizada sobre la base de datos conocidos a partir de dicho acto vulneratorio, la justificación de tal desvinculación se basa en la declaración voluntaria y espontánea del imputado rodeada de todas la garantías

⁸⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 160.

necesarias para garantizar su legitimidad, en mérito a que —en el caso citado- las admisión voluntaria de los hechos atribuidos en su contra, no implicó el aprovechamiento del derecho fundamental.

Sobre el caso en particular que motivó la citada resolución, ha de precisarse lo alegado por el imputado en cuanto sostuvo que de saber que las pruebas derivadas del registro serían inválidas, él hubiera declarado en sentido diferente y su estrategia defensiva sería otra. En tanto al fundamento del procesado, en dicha Sentencia se sostiene que: "(...) su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentado. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego, había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su Letrado. Sus manifestaciones, tendentes a acreditar la tenencia para el propio consumo, fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente adoptada a la vista de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca".

Sentado el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional Español, en torno los criterios que determinan la desconexión de antijuricidad entre una prueba derivada y el acto inicialmente lesivo del derecho fundamental, el Tribunal Supremo Español, se separa claramente de la línea jurisprudencial impuesta a partir de la resolución de 1998 y consolidada en años posteriores.

Exponente claro de lo que acaba de precisarse es la STS 58/2003 de 22 de enero, en cuanto establece que establece que:

"En consecuencia, e incluso operando con el esquema de la llamada doctrina de la "conexión de antijuricidad", no puede sino concluirse que la declaración autoinculpatoria de los recurrentes trae causa natural y jurídica del resultado de las diligencias constitucionalmente ilegítimas. Y también que el reconocimiento de eficacia incriminatoria a esas manifestaciones relativizaría y debilitaría la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos fundamentales concernidos, al

recortar sensiblemente el alcance de la prohibición de uso de la información probatoria de cargo contaminada.” En la citada Sentencia, se extrae, además, de la Sentencia 1203/ 2002, la siguiente precisión: “Es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada conexión de antijuridicidad (...) pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11,1º LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”.

Dentro de este orden de ideas, tal y como se precisó inicialmente, la labor del órgano jurisdiccional de desvincular en criterios de antijuridicidad a la prueba ilícita de la presuntamente generada en torno a la comisión de un acto lesivo de derechos fundamentales, resulta una labor sumamente delicada, en la que ni los propios órganos jurisdiccionales TC y TS Español han logrado consensuar.

Definitivamente, dicha labor no puede en ningún caso causar perjuicios en el contenido esencial de derechos fundamentales, y para lograrlo habría que tener delimitado dicho núcleo esencial, una labor que de no hacerse correctamente, puede recaer en subjetividades, que finalmente agravien nuevamente el derecho fundamental que la exclusión de la prueba ilícita originaria garantizó.

1.2. BREVE RESUMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA

En España, la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida se introduce jurisprudencialmente en la emblemática Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, en un recurso de amparo interpuesto en un caso de origen laboral. Su importancia fue tal, que con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 01 de julio de 1985, su contenido esencial determinó en gran medida la redacción del artículo 11.1 del mencionado cuerpo normativo, el cual a la letra indica que: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional español estableció por primera vez que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida deriva

de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su inviolabilidad. No obstante señaló también la inexistencia de un derecho fundamental autónomo a la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida.

Al respecto, es interesante poner en relieve que, unos meses antes, dicho tribunal, en la sentencia 289/1984 de 16 de mayo, había rechazado por completo la aplicación de la teoría de la prueba ilícitamente obtenida, fundamentando tal declaración en que no existía regulación expresa alguna en la Constitución ni en la legislación ordinaria. Para dicho tribunal, su pretendida aplicación derivaba, más bien, de una mera aspiración de *lege ferenda* patrocinada por distintos procesalistas españoles.

De allí que, como explica Hamilton CASTRO TRIGOSO: “El caso español sea también una muestra de evolución paulatina a partir de la propia realidad y no como consecuencia absoluta de una importación irreflexiva”⁸⁰⁹.

Más adelante, como se ha explicado al detalle en las páginas precedentes, a partir de la STC 81/98 de 2 de abril, se produce un cambio fundamental en la doctrina del Tribunal Constitucional español en cuanto al tratamiento de las pruebas ilícitas. En ella, el Alto Tribunal elabora el concepto de la *conexión de antijuridicidad* para permitir la admisión y valoración de prueba *derivada* de otra de origen ilícito.

De esta manera, la relativización de la regla de exclusión empezaba a tomar fuerza. Así, es imperativo mencionar también la STS 498/2003, de 24 de abril y especialmente la STS 250/2004, de 26 de febrero, en la que la detención de los imputados y la incautación de la droga que llevaban a bordo de un vehículo fueron producto de interceptaciones telefónicas ilícitas; sin embargo, investigaciones anteriores a las escuchas telefónicas ya habían detectado la actividad ilícita de los acusados, lo que, conjuntamente con la declaración de estos, sirvió para la condena, por considerarse una actividad probatoria desconectada jurídicamente de la ilícita.

II. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

⁸⁰⁹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 136.

En principio, la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene una norma específica que regule el ámbito de la valoración probatoria, y es probablemente por esta razón que la jurisprudencia del TEDH no es vasto en atención a esta materia y entrega su tratamiento al derecho interno de cada Estado.

Puntualmente, el primer caso notable en el que el Tribunal conoce de la alegación de la prueba ilícita, es el *Caso Schenk* (STEDH 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza), en el que debía pronunciarse respecto a la admisibilidad o no de una cinta en un proceso penal, en la que se había registrado una conversación telefónica sin la respectiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del Estado suizo demandado, lo cual resolvió desde la perspectiva del *proceso justo*, previsto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en mérito al cual: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Ante esto, para el Alto Tribunal, únicamente le corresponde determinar si el proceso, considerado en su conjunto, fue justo. Así, determina que la simple admisión de la prueba obtenida ilegalmente no significa la vulneración del derecho a un proceso justo. De esta manera, para asumir que en el proceso se han vulnerado todas las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho, ha de examinarse el proceso en su conjunto. El TEDH, en atención a esto, descarta que se hubiera vulnerado el derecho de defensa, ya que el demandante tuvo la posibilidad, que aprovechó, de discutir su autenticidad y de impugnar su uso, después de haber aceptado al principio que se escuchara. En nada afecta a la cuestión que sus esfuerzos en el sentido dicho fracasaran.

De esta forma, el TEDH concluyó que el uso de la grabación litigiosa como prueba de convicción no privó al demandante de un proceso justo y, por consiguiente, no infringió el artículo 6.1.

Además, no le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a

responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo. Esto implica un examen de la “equidad” en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la violación constatada. Ello, así ha quedado plasmado en la sentencia del caso que se trata, cuando la mayoría del Tribunal ha entendido que el artículo 6 del Convenio no regula “la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde, ante todo, al Derecho interno”.

En atención al caso, como dan cuenta Verónica LÓPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE⁸¹⁰, los jueces Petitti, Spielmann, de Meyer y Carrillo Salcedo, declararon que: “(...) a nuestro entender, el respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas no es una exigencia abstracta o formalista. Por el contrario, entendemos que es de la máxima importancia para que el proceso penal sea justo. Ningún tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena administración de justicia, una prueba que no sólo se haya conseguido por medios incorrectos, sino, sobre todo, ilegalmente. Si lo hace, el proceso no será justo en el sentido del Convenio”.

Luego, en el *Caso Khan contra el Reino Unido*, (STEDH del 12 de mayo de 2000), el demandante alega la vulneración del convenio, al ser objeto de un mecanismo de vigilancia secreta de escuchas por la policía británica, sin una plataforma legal que regulara su uso. Además, cuestiona la condena pena aduciendo que se encuentra basada únicamente en una prueba obtenida ilícitamente. En este caso, el tribunal desarrolla un argumento bastante similar al expuesto en el *Caso Schenk*, cuando en el párrafo 34 de la resolución expresa: El Tribunal recuerda que su función, conforme al artículo 19 del Convenio, es la de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Convenio. En concreto, su función no es la de tratar sobre errores de hecho o judiciales cometidos por un tribunal interno a menos y en la medida en que vulneren los derechos y libertades protegidos por el Convenio. Aunque el artículo 6 garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de pruebas, que es ante todo una cuestión de regulación por el derecho interno (...) No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser

⁸¹⁰ LOPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob Cit. Pág. 170.

admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo. Esto implica un examen de la “equidad” en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la violación constatada”. Además en su párrafo 38 expresa: “La cuestión principal en el presente caso es si el procedimiento en su conjunto fue justo. Refiriéndose en concreto a la admisión de la grabación cuestionada, el Tribunal señala que, al igual que en el caso *Schenk*, el demandante tuvo varias oportunidades de recurrir tanto su autenticidad como su utilización. No recurrió su autenticidad pero si su uso en el examen preliminar y ante el Tribunal de Apelación y la Cámara de los Loes. El Tribunal señala que en cada instancia los tribunales internos determinaron el efecto de la admisión de la prueba en la equidad del juicio con respecto al artículo 78 de la PACE, y los tribunales discutieron, entre otras cuestiones, sobre la ausencia de base legal de la vigilancia. El hecho de que el demandante no tuviera éxito en cada fase no cambia las cosas”.

Como ha de advertirse, el TEDH recurre a una fundamentación bastante idéntica a la que sustentaba la sentencia del *Caso Schenk*, para el tribunal, el demandante tuvo varias oportunidades para cuestionar la autenticidad y utilización de la prueba cuestionada de ilicitud. En consecuencia, no recurrió su autenticidad más si su uso. Ante esto, el tribunal concluye que cada instancia de los tribunales internos determinó el efecto de la admisión de la prueba en la equidad del juicio.

Además, dicho tribunal reconoce que en el presente caso, a diferencia del *Caso Schenk*, la condena se basaba en solo la prueba cuestionada. Sin embargo, en el párrafo 37, declara que: “la pertinencia de existencia de una prueba distinta de la cuestión impugnada dependería de las circunstancias del caso. En las circunstancias presentes, aunque la grabación fue considerada una prueba importante, y aunque no existía el riesgo de que fuera poco fiable, la necesidad de justificarla es equivalentemente más débil. Es cierto que, en el caso *Schenk*, el Tribunal concedió importancia al hecho de que la grabación en cuestión en ese caso no era la única prueba contra el demandante. No obstante, el Tribunal señala a este respecto que la grabación en el caso *Schenk*, aunque no fuera la única prueba, era descrita por *the Criminal Cassation Division* del Tribunal Cantonal de Vaud como “de influencia quizás decisiva, o al menos considerable, en el resultado

del procedimiento penal” (ap. 28). Sin embargo, dicho elemento no fue un factor determinante en la conclusión del Tribunal”.

Al respecto, como informan Verónica LÓPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE⁸¹¹, el juez Loucaides en voto particular, expresa: “No puedo aceptar que un juicio sea “justo” como exige el artículo 6, si la culpabilidad de una persona se establece mediante una prueba obtenida vulnerando los derechos humanos que garantiza el Convenio. Opino que el término “equidad”, examinado en el contexto del Convenio europeo de Derechos Humanos, implica el cumplimiento de la norma jurídica y para ello presupone el respeto de los derechos humanos establecido en el Convenio. No creo que pueda hablarse de un juicio “justo” si se tramita violando la ley (...)”.

Finalmente, en el caso P.G y J.H contra Reino Unido, los demandantes se quejan de que se utilizaron aparatos de escucha por la policía para captar conversaciones en un piso. Invocan la violación de los artículos 6° y 8°. El tribunal reitera la doctrina establecida en el *Caso Schenk*. En concreto, como refieren Verónica LÓPEZ YAGUES y Gonzalo DEL RIO LABARTHE, “no es su función decidir sobre errores de hecho o de Derecho supuestamente cometidos por los tribunales internos sino en tanto en cuanto puedan infringir los derechos y libertades protegidos por el convenio”⁸¹².

Lo que resulta cuestionable en atención a los dos últimos casos expuestos, radica en que el tribunal reconoce que efectivamente ha existido la vulneración de un derecho fundamental del demandante, el derecho al secreto de las comunicaciones, no obstante, ello no implica que el desarrollo del proceso no haya sido justo.

Respecto de la ilicitud probatoria entre privados, en atención a las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a la privacidad e intimidad –art. 8 CEDH–, no existe jurisprudencia. Sin embargo, en materia penal se han dado casos que ponen en relieve este conflicto, donde la mayoría han sido rechazados a favor de la persecución criminal, salvo por el contenido de votos de minoría.

⁸¹¹ *Ibidem*. Págs. 172-173.

⁸¹² *Ibidem*. Pág. 173.

SUBCAPÍTULO 8

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PERÚ

I. LA PREDICTIBILIDAD EN LA JUSTICIA PERUANA

La predictibilidad hace referencia a aquello que tiene la cualidad de predecible. Así, en el sistema de administración de justicia del Perú, el principio de predictibilidad o de certeza se relaciona con la seguridad jurídica.

En mérito a este principio, se pretende eliminar parte de la inseguridad jurídica y generar confianza en la ciudadanía para que tenga certeza o predictibilidad de cuál será el resultado final del caso que lleva en los Tribunales de Justicia. De este modo, se tiene que ante dos hechos similares un mismo juez no podría resolver de manera diferente, tampoco dos jueces distintos podrían resolver de manera distinta, porque ello revelaría la equivocación de alguno de ellos.

La predictibilidad busca disminuir la emisión de sentencias discordantes y contradictorias frente a situaciones similares.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ÁMBITO INTERNO

Por otra parte, en cuanto a los antecedentes de la regulación constitucional de la prueba prohibida, se tiene un primer alcance en el artículo 145⁸¹³ de la Constitución de 1826, el cual denomina al domicilio como un *asilo inviolable*. En esta línea, en el artículo 156⁸¹⁴ de la Constitución de 1828, se reconoce –por vez primera– la garantía de la inviolabilidad del secreto de las cartas. Sin embargo, en atención a lo declarativo de sus enunciados, ninguno de los citados preceptos constitucionales delimita los efectos que pudieran desencadenarse por la obtención de las pruebas cuya generación se haya realizado inobservando los mismos. Pese a esto, han de concebirse como referentes en tanto la evolución de

⁸¹³ Art. 145º.- “Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sólo por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley.”

⁸¹⁴ Art. 156º.- “Es inviolable el secreto de las cartas: la Administración de correos tiene la responsabilidad de esta garantía.”

la garantía de la prueba ilícita se encuentra relacionada con la protección de los derechos de la personalidad y de la vida privada de las personas.

Fue en el artículo 156^{o815} de la Constitución de 1834, en el que se resta toda eficacia a los documentos sustraídos de la correspondencia mediante un procedimiento que viole la garantía prevista en su contenido: *inviolabilidad de la correspondencia*. Las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979 reiteran tal fórmula normativa.

Así también, en la Constitución de 1867 –en su artículo 20^{o816}–, se hace referencia a los límites del ejercicio de la expresión, información e imprenta en cuanto a su relación y conflicto con la vida privada. Así, determina que no existirá responsabilidad alguna cuando dichas publicaciones contengan información sobre asuntos de interés general. Marca así una connotada diferencia de este con el interés privado, cuya invasión si generará responsabilidad, quedando a salvo así la protección de la vida privada de las personas.

En lo que respecta a la Constitución de 1920, el artículo 26^{o817} marca la invalidez de las declaraciones en las cuales haya mediado violencia. Esta fórmula normativa se reitera –más concretamente– en la Carta Fundamental de 1979, en la que se alude directamente a las pruebas. Por esta razón, como lo precisa Luciano CASTILLO GUTIERREZ⁸¹⁸, el antecedente inmediato del tratamiento constitucional de la prueba ilícita se encuentra situado en el inciso 12 del artículo 233^o de la Constitución Política del Perú del año 1979, el cual prescribe:

“Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia:

12.- La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas”.

⁸¹⁵ Art. 156^o.- “Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal.”

⁸¹⁶ Art. 20^o.- “Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general. En las publicaciones sobre asuntos personales, se hará efectiva la responsabilidad de los autores y editores conforme a lo dispuesto, para esta clase de asuntos, en la ley que instituye el jurado. Toda publicación que ataque la vida privada de los individuos, será firmada por su autor.”

⁸¹⁷ Art. 26^o.- “No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los Jueces que las leyes establezcan.”

⁸¹⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 16.

A su vez, en el inciso 8 del artículo 2° de la referida Carta Fundamental prescribe lo siguiente:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

8.- “A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones. La correspondencia solo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley”.

Como ha de advertirse, dicho enunciado establece la ineficacia probatoria de los documentos obtenidos mediante la vulneración del derecho a la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones y documentos privados. De esta manera se opta por la protección de estos frente a intromisiones o intervenciones ilegales. Sin embargo, en cuanto a la protección las comunicaciones telegráficas y cablegráficas, a diferencia de la Constitución de 1993, de advierte que no contempla limitaciones en su ejercicio, siendo que la Constitución vigente determina su restricción por mandato motivado del juez.

El inciso 5 del citado precepto constitucional resulta ser también de relevancia, en cuanto contempla el derecho de las personas a la intimidad familiar y a la propia imagen. Así, literalmente dice:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

5.- Al honor y la buena reputación a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o

agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley.”

Seguidamente, bajando del nivel Constitucional al legal –como lo refiere Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸¹⁹-se tiene como antecedente el artículo 195° del Código Procesal Penal de 1991, el cual estipula que: “Todo medio de prueba para ser valorado, debe ser obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley”. Además, el artículo XI del Título Preliminar del Proyecto de 1995, en su segundo párrafo, establece que: “Carecen de efecto legal los elementos de prueba obtenidos mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como los demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de las personas”.

La Constitución Política peruana de 1993, en lo relacionado, reconoce en el inciso 9 del artículo 139° el derecho a un debido proceso. Al respecto, César SAN MARTÍN CASTRO, menciona que. “este principio traduce una exigencia ética y jurídica propia de un Estado de Derecho (art. 43 Const.) uno de cuyos deberes primordiales consiste en garantizar plenamente los derechos humanos, sin perjuicio de la defensa de la seguridad ciudadana y la promoción de la justicia; de otro lado, es importante señalar que reconoce el derecho fundamental de la presunción de inocencia (art. 2.24 “e”) el mismo que exige una mínima o suficiente actividad probatoria con las garantías procesales, o también que la certeza de la culpabilidad ha de ser obtenida de la valoración de las pruebas que han llegado al proceso con las debidas garantías”⁸²⁰.

Siguiendo con Constitución Política del Perú de 1993, se advierte que contempla expresamente –como lo refiere Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸²¹- dos supuestos de prueba ilícita o prohibida. El primero se sitúa en el inciso 10 del artículo 2°, el cual consagra el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, prescribiendo al respecto que:

⁸¹⁹ Ídem.

⁸²⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). Ob Cit. Pág. 643.

⁸²¹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 17.

“Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

El segundo supuesto aparece reconocido en el artículo 2, inciso 24, letra h), al señalar el derecho a la libertad y seguridad personales, el referido inciso declara que:

“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Sin embargo, como bien lo expresa Manuel MIRANDA ESTRAMPES: “Estos supuestos no son los únicos sobre la obtención de pruebas ilícitas o prohibidas con violación de derechos fundamentales y que como consecuencia originan la expulsión de la prueba, sino que se extiende a todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. El constituyente no ha pretendido limitar los supuestos de exclusión de pruebas ilícitas, sino dar visibilidad a algunas de sus manifestaciones”⁸²².

Evidentemente, la generación de una prueba ilícita no se reduce únicamente a la vejación de estos dos derechos expresados. La prueba ilícita, en términos generales, es aquella en cuyo procedimiento de obtención de vulneran derechos fundamentales no necesariamente expresos, sino que involucra a todos aquellos cuyo contenido sea reconocido constitucionalmente, ya sea de modo implícito.

Retomando los antecedentes de esta, en el ámbito legal ordinario, el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (NCP) regula expresamente la exclusión de la prueba ilícita.

⁸²² Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 17.

Así, en el artículo VIII del Título Preliminar del citado cuerpo normativo, bajo el *nomen iuris*, legitimidad de la prueba, se establece lo siguiente:

“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

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

Más adelante, en el artículo 159°, cuando regula la materia probatoria, proclama que:

“Artículo 159.- Utilización de la prueba.-

- 1.- 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”.*

Por último, como lo refiere Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸²³, en sede de deliberación y votación, el inciso 1 del artículo 393° se refiere a las pruebas irregulares, al declarar que: “El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.”

Como es de verse, la regulación jurídica en torno a la prueba ilícita es manifiestamente restringida frente a las implicancias que a la actualidad viene teniendo la misma, las disposiciones normativas que regulan su inadmisibilidad (las cuales han sido mencionadas en los párrafos precedentes) evidencian la aplicación tajante de la “regla de exclusión”, en consecuencia se advierte que las

⁸²³ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 18.

referidas disposiciones no contemplan la existencia de situaciones excepcionales que puedan limitar la aplicación de la regla de exclusión.

Sin embargo, ante la presencia de diferentes y emblemáticos casos, de los cuales se advierte la problemática que desencadena la inadmisibilidad de la prueba prohibida, es que se han tomado en consideración la posibilidad de limitación a la aplicación de la regla de exclusión, estableciéndose situaciones particulares que permitirán la admisibilidad de una prueba considerada “ilícita”.

III. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal Penal peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo 957, se refiere expresamente a la prueba ilícita en el artículo VIII del Título Preliminar, así como también en su artículo 159°.

Al respecto, corresponde aclarar que, si bien es cierto, nuestro código procesal penal no se ha preocupado por definir esta institución. Sin embargo, de su descripción legal ha de extraerse que, en cuanto a su concepción, se asume un criterio amplio, al señalar la prohibición de valoración de los medios de prueba que han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente ilegítimo y las pruebas que han sido obtenidas, directa o indirectamente, mediante la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales.

De un lado, el Código Procesal Penal de 2004, en su artículo VIII del Título Preliminar, ha regulado el concepto de prueba ilícita bajo el precepto de que únicamente serán valorados los medios probatorios que hayan sido obtenidos sin afectación de los derechos fundamentales de la persona; y luego establece lo siguiente: “todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”. Lo anterior, regula no sólo la prohibición de la incorporación de un medio probatorio ilícito (alude a la noción de prueba ilegal), sino también a la prohibición de introducir al proceso un medio probatorio con clara vulneración de las reglas procesales dispuestas para su válida incorporación (aludiendo al concepto de prueba irregular). Además, en este último supuesto, el mecanismo de control ya no estará orientado a la inadmisión de la prueba, sino a su inutilizabilidad o no valoración.

En consecuencia, con la prohibición de la admisión de la prueba ilícita, se persigue que la prueba obtenida con violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales no ingrese, bajo ninguna circunstancia al proceso, pues, de ingresar, no podrá ser utilizada para fundamentar una condena. Ahora bien, el Código Procesal Penal de 2004 si bien no emplea el término *inadmisión*, en modo alguno puede significar que se deba incorporar a la investigación preparatoria prueba ilícita, para posteriormente ser declararla ineficaz o inutilizable para fines de valoración, pues el artículo 155.2 del citado cuerpo legal es claro al señalar que serán excluidas las pruebas prohibidas por ley.

Asimismo, en atención a la diferencia entre la prueba ilícita en sentido estricto y la prueba irregular, Pablo TALAVERA ELGUERA expresa que: “(...) es también discutible en la doctrina que la prueba ilícita se produzca por violación de derechos procesales, ya que para éstos el ordenamiento procesal prevé un régimen de nulidades”⁸²⁴.

En cuanto a la complejidad que desencadena la referencia a la violación del *contenido esencial del derecho fundamental*, explica Pablo TALAVERA ELGUERA que: “Por contenido esencial debe entenderse al contenido determinable de un derecho fundamental, que se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir tales derechos”⁸²⁵. En líneas generales, podría afirmarse que los derechos fundamentales no pueden ser restringidos, por su posición preferente y su categoría constitucional. Sin embargo, lo que si sucede es que el contenido esencial de dichos derechos tiene determinados límites para su plena validez. Además, como explica el citado autor: “Últimamente, el Tribunal Constitucional utiliza el concepto de “*contenido constitucionalmente protegido*” y se erige en el órgano que delimita los contornos de su ámbito de protección. De manera tal que se debe considerar que se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando se afecta el contenido delimitado de su ámbito de protección”⁸²⁶.

⁸²⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 163.

⁸²⁵ Ídem.

⁸²⁶ Ídem.

La delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental, se constituye en una actividad de mucha relevancia, toda vez que en función a su determinación es que se puede dilucidar si se está ante una prueba ilícita.

Por otra parte, ha de destacarse que del contenido del artículo VIII T.P, no se extraen referencias en cuanto a los sujetos que han llevado a cabo la obtención ilícita de la fuente de prueba.

Bajo lo expuesto en el párrafo que precede, atendiendo al fundamento de la regla de exclusión, por ejemplo, en la jurisprudencia norteamericana se tiene que por su finalidad disuasoria, esta es aplicable frente a supuestos de producción ilícita provenientes de agentes policiales. En Alemania, Roxin ha abierto la posibilidad de la admisión de la prueba ilícita cuando haya sido obtenida por particulares, salvo en casos de extrema violación de derechos fundamentales. Ahora bien, del fundamento de la regla de exclusión que se transcribe en el Código Procesal Penal peruano de 2004, es posible concluir que esta se encuentra dirigida, en términos generales, a quien cometen la infracción constitucional, resultando irrelevante el carácter de la persona, ya sea que se trate de funcionarios públicos o particulares.

En atención a los efectos de la prueba ilícita, el Código Procesal Penal emplea las frases “carecen de efecto legal” (art. VIII T.P) y “no podrá utilizar” (art. 159°). Ambos términos, como explica Pablo TALAVERA ELGUERA, “están relacionados con la “inutilizabilidad” o “ineficacia probatoria”; es decir, que no podrán ser objeto de valoración por el juez”⁸²⁷. Sin embargo, dicho cuerpo normativo, no emplea expresamente el término de *inadmisión*, lo que no significa que en interpretación de los preceptos relacionados al tema, desde el propio Código, no se pueda construir una deducción que permita considerar la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita. Puntualmente, el artículo 155.2 emplea el término “exclusión” como sinónimo de inadmisión, estableciendo que el juez “solo podrá excluir las (pruebas) que no sean pertinentes y prohibidas por la ley”. Siendo la prueba ilícita, como menciona Pablo TALAVERA ELGUERA “una prueba prohibida por la ley – dado su origen ilegítimo-, en consecuencia, su inadmisión (exclusión) se encuentra perfectamente autorizada por el nuevo Código”⁸²⁸.

⁸²⁷ *Ibidem*. Pág. 164.

⁸²⁸ *Idem*.

En este sentido, afirma Daniel Armando PISFIL FLORES: “La exclusión probatoria se ve reflejada tanto en su admisión, práctica y valoración en proceso penal, por lo tanto, no sería aprovechable ni utilizable tal resultado probatorio, siendo excluyente en todo el proceso. Por su parte, los jueces, destinatarios últimos de esta regla de exclusión, no pueden otorgar relevancia alguna al material probatorio obtenido con violación de derechos fundamentales y; por tanto, no lo pueden utilizar como base o fundamento de ninguna actuación o resolución judicial”⁸²⁹.

Respecto a los efectos *derivados* de la prueba ilícita, el Código Procesal Penal los comprende de manera expresa, en la medida que estipula que carecen de efecto legal (art. VIII T.P) o no se pueden utilizar (art. 159°) pruebas obtenidas “indirectamente” con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Por consiguiente, no podrán ser incorporadas o utilizadas las fuentes de prueba obtenidas lícitamente con base u origen en un acto inicial ilícito.

Así, para DIAZ CABIALE y Martín MORALES: “No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, con lo que se “pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales”⁸³⁰.

Al respecto, como claramente precisa Daniel Armando PISFIL FLORES: “Hay que distinguir perfectamente tres conceptos en juego: Una cosa es la *prueba directa*, resultado inmediato de la violación de un derecho fundamental (por ejemplo, la droga aprehendida en un registro domiciliario ilegal); otra la *prueba refleja*, que es una prueba en sí misma lícita pero que se apoya o deriva de otra conseguida de forma inconstitucional (así, la persona detenida días después del registro, como consecuencia del análisis de las huellas dactilares impresas en las bolsas de droga que se incautaron en el piso), y otra muy distinta *la prueba independiente*,

⁸²⁹ PISFIL FLORES, Daniel Armando. (Mayo 2018). La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones. Primera Edición. Editores del Centro E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 191.

⁸³⁰ Citados por PISFIL FLORES, Daniel Armando. Ob Cit. Pág. 183.

que no sólo es que sea en sí misma lícita, es que tampoco tiene conexión causal alguna con ella violación inicial de los derechos fundamentales”,⁸³¹.

En cuanto al inciso 3 del artículo VIII del Título Preliminar del código adjetivo, es posible afirmar que se trata de una excepción a la ineficacia de la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, únicamente cuando esta le sea favorable al imputado o cuando la información contenida en la evidencia ilícita acredite su inocencia. En tal sentido, las prohibiciones de valoración probatorias han de operar como prohibiciones de cargo en su contra, pero no pueden operar como prohibiciones de descargo en su favor.

Por otro lado, como explica Pablo TALAVERA ELGUERA: “(...) Esto en modo alguno autoriza a que el imputado obtenga fuentes de prueba lesionando los derechos fundamentales de la víctima o de terceros, y luego las utilice en su favor; sino el aprovechamiento aquellas fuentes obtenidas por los agentes estatales, aún con infracción de las garantías constitucionales estatuidas en su favor”⁸³².

En el concerniente a las excepciones de la regla de exclusión, es decir, a aquellos supuestos que permiten la admisión y valoración de la evidencia ilícita en el proceso penal, el código adjetivo no se ha preocupado por regularlos y, es que, si su propia elaboración es producto de una construcción esencialmente jurisprudencial. Al respecto, Pablo TALAVERA ELGUERA señala que: “En la jurisprudencia norteamericana, las excepciones a la regla de exclusión probatoria son obra de los fallos de la Suprema Corte. Contemporáneamente, se viene empleando los de proporcionalidad y de ponderación de intereses para decidir la utilización o no de las fuentes de prueba derivadas de la violación de los derechos fundamentales, cuyos contornos son definidos progresivamente y de manera general por la jurisprudencia como consecuencia del tratamiento que se les da en cada casa concreto”⁸³³.

Otro tema no abordado por el Código Procesal Penal de 2004 es el correspondiente al momento procesal para declarar la inadmisión o exclusión probatoria de una prueba obtenida ilícitamente.

⁸³¹ PISFIL FLORES, Daniel Armando. Ob Cit. Pág. 186.

⁸³² TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob Cit. Pág. 164.

⁸³³ Ídem.

El primer momento en el que es posible hacerlo es en la conformidad de una medida restrictiva de derechos, en donde puede determinarse la irregularidad de la medida restrictiva y la ilicitud de los elementos de prueba obtenidos. En este sentido, el Juez de Investigación Preparatoria decidirá si la restricción de derechos ha sido realizada conforme a los presupuestos constitucionales, formales y materiales señalados en el NCPP y, de no ser así deberá declarar inadmisibile el material probatorio obtenido.

En concordancia con lo expuesto en el párrafo precedente, en el Auto de Confirmación del Exp. 4923-2009-88, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo precisó:

“Por lo expuesto, se ha ejecutado la medida restrictiva de derechos de allanamiento de domicilio en forma directa por los órganos de persecución penal, sin que medie flagrancia delictiva y/o confirmación judicial, convirtiéndose tal actuación policial indagatoria en una prueba ilícita, siendo aplicable los efectos negativos a la prueba derivada de incautación, por aplicación de la regla de exclusión contenida en el artículo 159° del CPP adscrita a la “teoría de los frutos del árbol envenenado” o “teoría del efecto reflejo de las pruebas ilícitas. En esta línea las pruebas preconstituidas de allanamiento (acto ilícito antecedente) e incautación (acto consecuente), constituyen material probatorio ilícito, por haberse obtenido con afectación de derechos fundamentales y del principio de legalidad procesal, debiendo rechazarse el requerimiento confirmatorio (...)”

Resolviendo finalmente lo siguiente:

“Parte Resolutiva:

INFUNDADO el requerimiento de confirmación e incautación petitionado por el Tercer Despacho de Adecuación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, sobre los bienes descritos en el acta de registro domiciliario, hallazgo, comiso e incautación fechada el veintiuno de agosto del dos mil nueve; en consecuencia, CALIFIQUESE la medida restrictiva de incautación de bienes como prueba ilícita, extendiéndose los efectos de la ilicitud a la

medida restrictiva precedente de allanamiento de domicilio ENTREGUESE en forma inmediata y sin trámite alguno los bienes objeto de incautación a los afectados con excepción de la pérdida definitiva de la droga”.

En suma, si el control sobre la ilicitud de las pruebas debe efectuarse en sede de admisión, corresponde al juez de garantías (Juez de Investigación Preparatoria) ejercer el control sobre la licitud de las pruebas que fundan la acusación. De esta manera, de advertir que se encuentra ante una prueba de este tipo, entonces, deberá excluirla de oficio (art. 150 CPP). En cambio, si en el curso de las diligencias preliminares o en la investigación probatoria se pretende incorporar una prueba de procedencia ilícita, el imputado puede hacer uso de la vía de tutela de derechos ante el juez de la Investigación Preparatoria (art. 71.4), en resguardo de sus derechos, solicitando la inadmisión de la prueba ilícita como una medida de corrección.

Mediante el Acuerdo Plenario 4 – 2010/CJ – 116, se dispuso la viabilidad de la exclusión probatoria obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales en la audiencia de tutela de derechos, al considerar: “Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente – en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias – siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71º del NCPP. (...) Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud de Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección”.

Además, como explica Pablo TALAVERA ELGUERA: “(...) El otro momento en que se puede instar la inadmisión de una prueba ilícita, es en la fase intermedia, específicamente en la audiencia preliminar regulada por los artículos 351º y 352º, donde las partes tendrán la oportunidad de debatir sobre la admisibilidad de la

prueba ofrecida y el juez de decidir sobre la admisión de los medios de prueba ofrecidos”⁸³⁴.

En este sentido, la etapa intermedia es comprendida como una secuela procesal preclusiva de saneamiento. Durante el control de la acusación se revisa la legalidad, pertinencia y utilidad de los medios de prueba presentados por las partes, así si se observa una irregularidad o ilicitud en el medio de prueba presentado en la acusación, puede solicitarse su inadmisibilidad.

Así también, durante el juicio oral, en mérito a los artículos 150° y 154.4° del NCPP, es posible declarar la nulidad o exclusión de aquella prueba en la que se advierta una vulneración del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la Constitución, aún durante el desarrollo del juicio.

Finalmente, si la prueba considerada ilícita ha sido admitida, el órgano sentenciador deberá observar lo que dispone el Código Procesal Penal en el inciso 1) del artículo 393: *El juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio; por lo tanto, se excluyen de la valoración las pruebas ilegítimas*, por lo que el Juez no podrá utilizar pruebas obtenidas con vulneración del “contenido esencial” de un derecho fundamental.

IV. TESIS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

Al respecto, en cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, se han propuesto diferentes tesis o posturas que ambicionan la determinación de la esencia o concepción de esta prueba. Ahora bien, frente a estas posiciones, el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento tercero de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper Herrera, reconoce lo siguiente: “3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida”.

Sin embargo, en sus diferentes pronunciamientos, ha acogido y desarrollado algunas de estas, las cuales se expondrán a continuación.

⁸³⁴ Ibidem. Pág. 165.

4.1. LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UNA GARANTÍA OBJETIVA DEL DEBIDO PROCESO

Continuando con la Sentencia recaída en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, se advierte que el Tribunal Constitucional se ocupa de efectuar un sucinto desarrollo respecto a la naturaleza jurídica de la prueba ilícita. Así, alude, entre otras, a aquella postura que comprende a esta como una garantía objetiva del debido proceso.

A la letra, el máximo intérprete de la Constitución expresa, también en su fundamento tercero, expresa lo siguiente:

“(…) Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

4.2. LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UN AUTÉNTICO DERECHO FUNDAMENTAL

Asimismo, en su fundamento cuarto, se refiere a aquella postura que propugna a la prueba prohibida como un auténtico derecho fundamental. Puntualmente señala:

“4. De otra parte, existen otras posiciones que predicán que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina (...)”

Así también, en su fundamento séptimo, concluye adoptando esta postura al establecer lo siguiente:

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

De esta manera, el Tribunal Constitucional peruano asume la tesis que concibe a la prueba ilícita como un derecho fundamental de la persona humana, pero de contenido implícito, ya que no se encuentra así regulado expresamente en la Constitución.

4.3. LA PRUEBA PROHIBIDA COMO UN LÍMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su argumentación sobre la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, cita lo expuesto en su propia jurisprudencia. Puntualmente en el fundamento cinco de la sentencia del Expediente N° 00655-

2010-PHC/TC, cita el acápite 3.b) *Momento de postulación de la prueba* de la sentencia recaída en el Expediente N° 06712-2005-PHC/TC, caso Magaly Medina, refiriendo que:

“5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

Así también, en mismo fundamento, recurre al acápite 2.5 *La integridad personal y los medios de prueba judicial*, de la Resolución del Expediente N° 02333-2004-PHC/TC, expresando lo siguiente:

“(…) En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho (…)”.

4.4. LA PRUEBA PROHIBIDA COMO FUNCIÓN DISCIPLINARIA DE CONDUCTAS POLICIALES

En la misma resolución del Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, en su fundamento 6, el Tribunal Constitucional recurre a la jurisprudencia norteamericana y se refiere a la función disuasoria de la regla de exclusión.

A la letra expresa lo siguiente:

“6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (exclusionary rule) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como

funciones esenciales el efecto disuasorio (deterrence effect) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (judicial integrity). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (...)”⁸³⁵

4.5. LA PRUEBA PROHIBIDA COMO LÍMITE A LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

El Tribunal Constitucional, en la Resolución N° 02333-2004-HC/TC (Caso Natalia Foronda Crespo y otras, 2004), se refiere a esta postura, al mencionar en su apartado 2.5, lo siguiente:

“2.5. (...) En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho (...)”⁸³⁶.

⁸³⁵ *Ibidem*. Fundamento 6.

⁸³⁶ Sentencia recaída en el Expediente N° 02333-2004-HC/TC. Caso Natalia Foronda Crespo y otras. Apartado 2.5.

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LAS EXCEPCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA PROCESAL DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

El enfoque de la presente investigación se desarrolla sobre la base del estudio de los diferentes pronunciamientos jurisdiccionales que en los tribunales nacionales se han emitido en torno a la aplicación de la teoría de la prueba ilícita, de la regla de exclusión y de sus excepciones.

Como ha sido posible notar en el desarrollo de los acápites posteriores, no existe una doctrina unánime en cuanto al tratamiento de esta institución. La teoría de la prueba ilícita es uno de los temas más complejos y sensibles de la dogmática procesal penal, que –como se ha puesto en relieve- ha generado la elaboración de diversos planteamientos, muchas veces contrapuestos, que parten desde la dificultad derivada de la determinación de su sola denominación.

En la jurisprudencia nacional, se abordó su estudio con ocasión de los casos Montesinos y Fujimori, para cuyo tratamiento se creó el sistema anticorrupción, en el cual se sentó una posición de admisión de los medios de prueba cuestionados de ilicitud (audios y videos). En el citado caso, fue el jurista español José María Asencio Mellado, quien en la consulta jurídica formulada por el entonces procurador especial para el caso Montesinos, José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno, emitió un informe que sirvió de base para la valoración de las pruebas cuestionadas.

No obstante lo indicado, es fundamental destacar que en el Perú se ha seguido la concepción normativa de la recepción absoluta de regla de exclusión proveniente de la legislación española descrita en el artículo 11.1 L.O.P.J., tal y como es posible comprobar de la remisión al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, concordado con su artículo 159. De igual modo se ha adoptado –también- la noción norteamericana de esta institución, que ha tenido un desarrollo de flexibilización o relativización en las décadas que siguieron desde su aparición en el caso *Boyd vs. United States* en 1886 o más concretamente en el caso *Weeks vs. United States* en 1914.

Finalmente, conviene precisar que de las jurisprudencias existentes y desarrolladas por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Subsistema Anticorrupción, se advierte –en cierta medida- la complejidad de su análisis va mucho más allá de su configuración teórica. En un intento por apartarse de la aplicación absoluta de esta institución, estos tribunales han esbozado, en sus respectivas sentencias, una serie de razonamientos que por ser –en ocasiones- contradictorios, hacen aún más engorroso su estudio. En realidad, tal desapego de la aplicación irrestricta de esta institución ha sido traducido, en la jurisprudencia nacional, en el reconocimiento y aplicación de determinadas *excepciones* desarrolladas en jurisprudencias comparadas. La cuestión principal es que estos supuestos -a los que un sector doctrinal denomina *excepciones*- a los cuales han invocado los tribunales nacionales no son propiamente excepciones a la regla. Ello queda en evidencia, puesto que no se ha reconocido jamás la admisibilidad de una prueba ilícita. Lo que ha sucedido en sí, como se explicará en las páginas siguientes, es que a tales evidencias se les ha revestido de una aparente licitud, que no queda del todo clara.

Finalmente, no se pretende criticar la aparente mediatización de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Lo que se ambiciona es poner en relieve que este esfuerzo, un tanto fallido, por parte de los tribunales nacionales tiene su causa en la exigencia de tutela eficaz a los intereses sociales, que frente a un mecanismo configurado jurídicamente como una garantía del imputado, se ven en detrimento.

5.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LA DOCTRINA NACIONAL Y LA PRUEBA ILÍCITA

5.1.1. DEFINICIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

El Tribunal Constitucional; a diferencia del Tribunal Constitucional español, no se ha preocupado por desarrollar ampliamente la teoría de la prueba ilícita, lo cual es posible corroborar de la lectura de sus pronunciamientos al respecto.

En palabras de Hamilton CASTRO TRIGOSO: "(...) el llamado máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado en algunos casos fundamentalmente sobre el derecho a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido

proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución”⁸³⁷.

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

*“En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.”*⁸³⁸.
(Fundamento 148)

El Tribunal Constitucional, reiteró lo expuesto en el epígrafe anterior en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recaída en el Expediente N°04831-2005-HC del caso *Valentín Curse Capatinta*. En esta última sentencia, el máximo intérprete de la Constitución estima que el derecho a la prueba ha de concebirse como una de las garantías que le asisten a las partes en el proceso para presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. En el siguiente fundamento jurídico el citado tribunal declara que su reconocimiento en la normatividad es restringido y se relaciona con el derecho a la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

El contenido del *derecho constitucional a probar* ha sido definido y resaltado en el caso *Magaly Medina* (06712-2005-HC) en los siguientes términos:

“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

⁸³⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 119.

⁸³⁸ Doctrina que repite en 04831-2005-Hábeas Corpus (caso “Valentín Curse Capatinta”), 06712-2005-Hábeas Corpus (caso “Magaly Medina Vela”) y 01014-2007-Hábeas Corpus (caso “Salas Guevara Schultz”).

manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle mérito probatorio que tenga en la sentencia". (Fundamento Nro. 15)

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

Conviene destacar en este estadio, que en cuanto a la enunciación de los principios citados en el epígrafe precedente, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de conceptualizar el de la ilicitud en el caso *Magaly Medina*. En términos concretos, refiere que “no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”. No obstante, como da cuenta Hamilton CASTRO TRIGOSO⁸³⁹, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01014-2007-HC del caso *Luis Federico Salas Guevara Schultz*, refiere que la constitucionalidad de la actividad probatoria“(…) implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba”. Sin embargo, como relata Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸⁴⁰, ha sido en la sentencia recaída en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC caso *Edmi Lastra Quiñones*, en la que el citado tribunal define expresamente a la prueba ilícita como: “La prueba ilícita aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”.

Como ha de advertirse, el Tribunal ha optado por asumir la definición de la prueba ilícita desde la perspectiva del criterio amplio que concibe a esta institución como aquella que se erige de la vulneración, no solo de normas constitucionales sino también de normas con simple rango de ley. De igual modo, la consecuencia

⁸³⁹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 121.

⁸⁴⁰ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 70.

procesal que adscribe a la primera es la ineficacia de la prueba por violación de derechos fundamentales y, en cuanto a la segunda, la ineficacia por violación de la legalidad ordinaria. Y, como da explica Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸⁴¹, la diferencia entre ambas es clara; en la primera, la exclusión es inmediata y radica y; en la segunda, no se da el efecto de expulsión de la prueba, ya que el vicio puede ser subsanado o convalidado.

Sin embargo, la amplitud del concepto que elabora el Tribunal Constitucional no guarda consonancia con el actual desarrollo teórico de esta institución. Pues, como ya se ha explicado en el capítulo correspondiente, el sector mayoritario de la doctrina se decanta por adoptar el criterio restringido de la prueba ilícita que circunscribe su configuración a los supuestos de obtención de la evidencia mediante la vulneración de los derechos fundamentales del imputado.

En realidad, esto es únicamente la consecuencia del escueto tratamiento, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el de la doctrina nacional, del que ha sido objeto la teoría de la prueba ilícita. Por ello, uno de los propósitos planteados en esta investigación, es precisamente contribuir a sentar las bases de una más consolidada doctrina.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente. N° 00655-2010-PCH/TC, del caso *Alberto Quimper Herrera*, numeral 2.2) ha establecido que, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infra legal.

5.1.2. LOS EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02333-2004-HC/TC del caso *Natalia Foronda Crespo* fundamenta la exclusión de la prueba por violación de los derechos fundamentales, concretamente cuando se emplea violencia física o psicológica, para obligar a alguien a que declare. Al respecto, en su fundamento 2.5 declara que: “A la luz de la doctrina de los derechos fundamentales, Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez (...)

⁸⁴¹ Ídem.

exponen que, en aras de impedir los abusos en la obtención a cualquier costo de los medios probatorios: “(...) se hace necesario establecer la inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida en forma ilícita” (v.g., mediante la violencia física, psíquica o moral)”. Asimismo, expone que: “(...) el problema del proceso penal no consiste en sólo conocer la verdad material, sino que ésta debe ser obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que sólo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida”. Además, cita el apartado h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Finalmente, en atención al citado precepto normativo, el tribunal indica que: “Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas. El funcionario estatal que emplee la violencia injustificada incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente”.

5.1.3. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR HABER VIOLADO EL DERECHO A LA COMUNICACIONES Y PAPELES PRIVADOS

El Tribunal Constitucional ejecuta un interesante desarrollo acerca de la validez de la prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución, aunque no precisamente en el contexto de un proceso penal, sino de uno laboral. Puntualmente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1058-2004-Acción de amparo/TC del caso *Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST S.A.*

El citado caso consta del despido de Rafael Francisco García Mendoza de la empresa SERPOST S.A, la justificación de la resolución del vínculo laboral se tradujo en la presunta comisión de una falta grave. Se le había sorprendido a García Mendoza utilizando indebidamente recursos públicos dentro del horario de trabajo, realizando actividades de índole particular. En concreto, el mencionado trabajador habría enviado material pornográfico a través de su correo electrónico a otro trabajador de la empresa en pleno horario de labores. Ante esto, García Mendoza planteó una acción de amparo contra la citada empresa, a efectos de

que se le reponga en el puesto de trabajo y se le reconozcan las remuneraciones dejadas de percibir tras haber sido despedido por la presunta comisión de la falta expuesta al inicio de este párrafo. La empresa demanda, para probar dicha falta presentó una constatación notarial en la que se verificó, sin la autorización correspondiente, en el computador del destinatario de las comunicaciones electrónicas la existencia de éstas y se procedió a revisar y a extraer su contenido inconsultamente y sin la autorización debida.

Como no podía ser de otra manera el Tribunal Constitucional estableció, en el fundamento jurídico N° 18 de la sentencia del caso, lo siguiente:

“En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”.

Llevando su razonamiento hacia la aplicación absoluta de la regla de exclusión, en el fundamento jurídico N° 22 de la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional continua precisando:

“La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de

los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.”

De lo precisado, como bien sostiene el autor Hamilton CASTRO TRIGOSO⁸⁴², a pesar de que en el caso expuesto el desarrollo de la prueba ilícitamente obtenida en violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados se haya enmarcado en un asunto de índole laboral, ello no excluye la posibilidad de que por su trascendencia pueda ser perfectamente aplicada a la actividad probatoria practicada en cualquier área del quehacer jurídico.

Aunado a ello, Hamilton CASTRO TRIGOSO⁸⁴³ resume el aporte de esta sentencia en dos cuestiones fundamentales:

- La actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales; y,
- La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Se trata, hasta ahora, pues, del más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en materia de prueba ilícita que, no sería de extrañar, podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país.

⁸⁴² CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob Cit. Pág. 124.

⁸⁴³ Ídem.

5.1.4. PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN AL DERECHO DEL SECRETO Y LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES: CASO QUIMPER HERRERA.

Según aparece del Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper, interpuso demanda de hábeas corpus a favor de su esposo don Alberto Químper Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Expediente N° 107-2008, por el Tercer Juzgado Especial de Lima, y que, en consecuencia se ordene dictar un auto denegando la instrucción. Fundamenta su pedido afirmando que el auto de apertura de instrucción viola el derecho al debido proceso de su esposo y señala que la calificación de los ilícitos penales atribuidos a su esposo: delitos contra la Administración Pública (patrocinio ilegal, cohecho propio pasivo y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible) se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones previstos en el artículo 2.10 de la Constitución. Precisaba que los audios difundidos por los medios de comunicación social habían sido obtenidos con vulneración de dicho derecho, al reproducir conversaciones interceptadas al accionante (Quimper), pues habían sido arbitrariamente reproducidas, editas y descontextualizadas, razón por la cual no podían servir de supuesto probatorio al auto de apertura.

Respecto a la naturaleza de la prueba prohibida, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia en estudio, el Tribunal Constitucional por vez primera estima que la prueba prohibida es un derecho fundamental, al sostener que: "(...)No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida 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".

En relación a su fundamento, el tribunal reconoce la falta de unanimidad al respecto, al exponer en el fundamento jurídico octavo, que: “ Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en el acápite correspondiente a la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas –fundamento jurídico N°18-, cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, en donde se declara que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

En términos precisos el máximo intérprete de la Constitución concluye suscribiendo la posición del Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto enfatizado en que la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.

Con tal argumentación y fundamentándose en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico N° 20 concluye que: “El Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación”. Precizando además que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima.

Además, el Tribunal Constitucional reconoce la relatividad de los derechos fundamentales, pese a sustentar que la obtención de medios de prueba son inadmisibles si se viola un derecho fundamental, asumiendo la teoría de la exclusión absoluta de la prueba.

Finalmente, concluye señalando que para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, era requisito examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Y, como el proceso penal aún no había concluido, estimó que la citada demanda había sido presentada en forma prematura, por lo que devino en improcedente.

En este caso, el Tribunal no ampara la demanda de Quimper, al señalar que era prematuro en las fases iniciales del proceso dar un pronunciamiento al respecto, que el proceso tenía que ser analizado en su totalidad y ese momento quedaba reservado para hacerse con la sentencia.

5.2. LA DOCTRINA DE LAS SALAS DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

5.2.1. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO SIN EFECTO LEGAL POR HABERSE OBTENIDO CON VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL

Al respecto, la Corte Suprema –en las últimas décadas- ha emitido diversos pronunciamientos en los que reconoce la exclusión de las pruebas, del proceso penal, cuando estas hayan sido obtenidas por violación al contenido esencial de los derechos fundamentales, como es el caso de los atentados a la integridad física y psicológica.

Bajo esta premisa, resulta ilustrativa la sentencia recaída en el Expediente N° 719-90-Cusco. Anales J.,T. LXX-VIII, en la cual la Corte sostiene que: “Las declaraciones recibidas por el personal del servicio de inteligencia de la Guardia Civil extraídas con violencia, corroborado en el informe médico, carecen de valor probatorio”⁸⁴⁴.

⁸⁴⁴ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 75.

En el Expediente N° 1045-99-Huánuco, Data 35,000. G.J. La Sala indica que: “Debe restarse valor probatorio a las declaraciones policiales presentadas por quienes fueron previamente objeto de agresión física; además la sola imputación no corroborada con pruebas idóneas no son útiles para emitir sentencias condenatorias”⁸⁴⁵.

En la misma línea argumentativa, la Primera Sala Penal Transitoria en ejecutoria R.N. Exp. N° 373-2005-HUÁNUCO declara sin efecto legal la declaración del imputado por existir evidencia de la agresión física efectuada en su obtención. Ello se concluye del certificado médico legal que acreditaba la existencia de lesiones: “Que, analizados los hechos y las pruebas actuadas se advierte que la responsabilidad del encausado Rojas Laurente no ha sido debidamente acreditada; que obra en autos la inicial aceptación en sede policial de los cargos esgrimidos en su contra, sin embargo al efectuarse el proceso penal respectivo ha mantenido su negativa uniforme, afirmando que su autoincriminación fue efectuada por haber sido sometido a agresión física, emergiendo en este sentido, por el mérito del certificado médico legal obrante a fojas veintiséis, que en efecto dicho imputado padeció diversas lesiones (...)”⁸⁴⁶.

De los extractos de las resoluciones citadas, es posible advertir que la Sala niega efectos legales a las declaraciones prestadas por los imputados cuando en su modo de obtención haya mediado violencia física.

Por otro lado, en cuanto a la declaración bajo amenaza psicológica, la Corte Suprema se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente N° 795-90-Lima. Anales J., T. LXXVIII, p. 179, al sostener que: “La declaración instructiva tomada bajo juramento, atenta contra la libertad individual del declarante, a tenor de lo prescrito en el párrafo K, del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado”⁸⁴⁷. En este sentido, como expresa Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ: “(...) el medio de prueba carece de eficacia por haberse obtenido en clara violación del derecho fundamental a la integridad psicológica, el de no declarar bajo amenaza o coacción, pues el juramento por Dios para algunas

⁸⁴⁵ *Ibidem*. Págs. 75-76.

⁸⁴⁶ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *Ob Cit.* Pág. 76.

⁸⁴⁷ *Idem*.

personas puede resultar sientto atemorizante por las convicciones religiosas que profesa”⁸⁴⁸.

Sin embargo, ante esto, y al margen de los fundamentos esgrimidos por la Sala en cuanto a la vulneración del derecho a la integridad personal (física y psicológica), -y aquí el meollo del asunto- se considera que dichas declaraciones tampoco podrían ser valoradas que su modo de obtención termina modificando su eficacia probatoria. En términos simples, en una declaración bajo tortura, el torturado puede decir cualquier cosa con tal de evitar la agresión, es decir, no existe garantía de que lo que manifiesta este último sea verdad. En tal sentido dicha declaración no ha de ser admitida porque su origen modifica su eficacia probatoria.

5.2.2. AGENTE ENCUBIERTO CONVERTIDO EN AGENTE PROVOCADOR ACARREA LA ILICITUD DE LA PRUEBA

La figura del agente encubierto se encuentra regulada en el inciso 1 del artículo 341 de Código Procesal Penal de 2004. Y, como da cuenta Pedro ANGULO ARANA⁸⁴⁹, el operativo del agente encubierta constituye otro acto de investigación, de neta orientación policial efectuada bajo la autorización del Ministerio Público. En este accionar, se dirige típicamente contra la delincuencia organizada, a partir no solo de la noticia cierta de los ilícitos penales, sino además, ante la aparición de indicios claros, vehementes o plausibles de su realización. Además, el agente encubierto podría, por ejemplo, realizar compras de drogas o pagarle la cuantía que exige un funcionario corrupto para la otorgación de un permiso. Sin embargo, el marco de su función tiene una limitación concreta y es que sus actuaciones “no constituyan una manifiesta provocación al delito” (inciso 6 del Artículo 341 del CPP). De esta manera, el agente encubierto no puede convertirse en un inductor, no puede incitar al imputado a la realización del hecho punible para luego registrar dichas actuaciones y presentarlas como prueba de cargo. De darse este supuesto, se estaría ante una prueba prohibida.

En estos términos ha resultado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la REV. SENT. N° 30-2004, en la que establece que:

⁸⁴⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 76.

⁸⁴⁹ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág.78.

“(…) A los efectos de juzgar la relevancia de la nueva prueba se requiere fundamentalmente que esta acredite que la labor del agente encubierto fue la de haber instado o propiciado la comisión del delito que dio lugar a la intervención policial, esto es, que su actuación fue la de un agente provocador, o que –de una u otra forma- obligó al imputado a intervenir en la ejecución del delito objeto de condena; que la argumentación en orden a la impugnación en revisión no destaca lo anteriormente expuesto, por lo que no existe mérito para acapararla”.

5.2.3. ALLANAMIENTO Y REGISTRO DOMICILIARIO REALIZADOS SIN ORDEN JUDICIAL

5.2.3.1. CASO EL POLO I

En el atentado terrorista de “El Polo”, suscitado el 20 de marzo del 2002, resultaron nueve muertos y cuarenta heridos. Como consecuencia de dicho atentado, la Policía Nacional inició un operativo llamado *Ojo Demolición 2002*, cuya finalidad era la identificación, detención, ubicación y captura de los presuntos terroristas.

En este sentido, la Policía efectuó seguimientos a personas sospechosas de haber participado en el mismo. Así, se llegó a incursionar en el domicilio de dos personas requisitorias con la presencia tardía de un representante del Ministerio Público y sin autorización judicial alguna, lugar en el que encontraron material subversivo vinculado con el mencionado atentado.

Una de estas personas era Giovanna Anaya Salvarte. La defensa de la procesada cuestionó el acta de registro por considerar que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad de domicilio, toda vez que la referida diligencia no contó con orden judicial y que al no haberse presentado ninguna de las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, el referido registro era inconstitucional, y por ende, las fuentes de prueba allí obtenidas ilícitas.

La Sala Penal Nacional, en la sentencia del 5 de agosto de 2005 recaída en el Expediente 634-03, Caso Wilbert Elki Meza Majino y otros, examina el caso de juzgamiento por delito de terrorismo y restó valor probatorio a las pruebas obtenidas en el allanamiento sin orden judicial. El Tribunal verificó que los agentes policiales que allanaron la vivienda de la procesada Giovanna Anaya Salvarte no contaban con una orden judicial, más aún cuando en el momento de los hechos

la ciudad de Lima no se encontraba bajo Estado de Excepción, los agentes policiales tuvieron tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, no existió consentimiento del titular de la vivienda para el allanamiento policial.

En consecuencia, la Sala Penal Nacional al advertir la violación de derechos fundamentales en la obtención de pruebas, declaró éstas como ilícitas y por tanto las inutilizó, restándoles cualquier valor probatorio.

Cabe destacar que en esta sentencia se absuelve por mayoría a Pilar Sulena Montenegro Soria y por unanimidad Percy Anaya Nalvarte del delito contra la Tranquilidad Pública – Terrorismo, en agravio del Estado; y se condena a Wilbert Elki Meza Majino y a Giovanna Marilú Anaya como autores del delito de Terrorismo – afiliación a una organización terrorista, en agravio del Estado.

Ante ello, la Sala Penal Nacional en el Exp. N° 295-2002, de fecha 01 de septiembre de 2005, consideró que los materiales hallados durante la referida diligencia fueron obtenidos con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es decir, fueron obtenidos ilícitamente, pues en el acta en cuestión no constaba que el registro se haya producido con el consentimiento de la encausada y aun cuando en la misma estuvo presente la representante del Ministerio Público, de tal manera que la Sala estimó que no sólo los policías procedieron de manera inconstitucional, sino también, la Fiscal, al avalar el ingreso al domicilio de la acusada sin autorización judicial.

Consecuentemente, el Colegiado consideró que al haberse producido el ingreso al domicilio de la encausada Anaya Salvarte con infracción del inciso 9 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pues no concurrió alguna de las excepciones constitucionalmente admitidas, por lo tanto las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domiciliario practicada en el interior de la vivienda de la referida eran ilícitas y no podían ser valoradas, debiendo, por tanto, ser absuelta la acusada.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 4824-2005, de fecha 24 de mayo de 2006, confirmó la decisión de la Sala Penal Nacional (en la sentencia del 5 de agosto de 2005 recaída en el Expediente 634-03) de no valorar pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales. En efecto, en la ejecutoria (R.N° 4824-2005) señala que: "(...) se

aprecia que los registros domiciliarios efectuados en los domicilios de las encausadas Pilar Sulema Montenegro Soria y Giovanna Marilú Anaya Nalvarte, cuyas actas obran a fojas cuatrocientos ochenta y cinco y cuatrocientos noventa y uno, respectivamente han sido realizados con clara afectación al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pues estos no revistieron las formalidades de ley, - inmediatez y flagrancia – por ende, el material incautado y decomisado a las encausadas no puede ser valorado convenientemente, por ello es que resulta correcta la decisión del Tribunal A-quo respecto a la absolución de Pilar Sulema Montenegro Soria al no existir otro elemento de prueba que la vincule con el grave delito imputado”.

5.2.3.2. CASO EL POLO II

En atención a lo expuesto en el apartado precedente, se tiene que la Corte Suprema vuelve a conocer del caso tras absolver el recurso impugnatorio planteado contra la sentencia Exp. N° 295-2002, de fecha 01 de septiembre de 2005. En el Recurso de Nulidad N° 4826- 2005, del 19 de julio de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró nula la sentencia y ordenó nuevo juicio oral.

En el fundamento jurídico N° 10 del citado recurso de nulidad, la Sala asume la aplicación de la *teoría de la ponderación de intereses*, al expresar que: “(...) si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos lo regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final

de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago generado- y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante”.

Más adelante, en el mismo fundamento, aplica *la teoría del descubrimiento inevitable*, al referir que: “en el presente caso, a posteriori, no sólo se tiene el concurso del Ministerio Público –que concede garantía de limpieza en el acto de intervención domiciliaria-, sino que con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria -lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado "caso probable" plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado; que esto último ocurrió en el presente caso, pues estando acreditado que uno de los lugares que visitaba el acusado Meza Majino era la vivienda de la acusada Anaya Nalvarte, ubicada en la avenida Rimacpampa sin número sector cuarto B Asentamiento Humano Balnearios - Ventanilla -quien por lo demás tenía una requisitoria por delito de Traición a la Patria-(...)”.

Este nuevo pronunciamiento cambio sustancialmente los fundamentos respecto a la anterior ejecutoria. Con respecto a ello, ESPINOZA GOYENA⁸⁵⁰ destaca especialmente lo siguiente:

- El derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto y por lo tanto en situaciones excepcionales puede verse afectado.
- Se utilizó la “teoría de la ponderación de intereses en conflicto”, así como la “teoría del nexo causal atenuado” a efectos de darle valor a la prueba obtenida ilícitamente (se difiere con el autor en tanto no se subsume el

⁸⁵⁰ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 81.

hecho en la aplicación de la teoría del nexo causal atenuado, sino más bien en el del descubrimiento inevitable).

- Se estableció que todo el material incautado y decomisado eran medios de prueba excepcionalmente válidos por existir una justificación razonable y compatible con las circunstancias particulares del caso.

En cuanto al caso estudiado, conviene realizar algunas precisiones en cuanto a la aplicación de las denominadas teorías que admiten la valoración de la evidencia ilícita y en cuanto a la fundamentación de la Sala en el presente recurso de nulidad.

En primer término, como ha de advertirse la Sala aplica la teoría de la ponderación de intereses, en este sentido admite y reconoce que se encuentra frente a una prueba ilícitamente obtenida, puntualmente mediante la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, en aplicación de la citada teoría –previo análisis de la relación existente entre la gravedad del acto y las consecuencias negativas de su exclusión, concluye su admisión y valoración al considerar que intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.

Bajo esta premisa, es posible inferir del argumento expuesto por la Sala, que pese a reconocer la ilicitud de tales evidencias, no se le negaron efectos probatorios. Esto deviene en ser un tema relevante a tomar en cuenta, puesto que la prueba ilícita en la doctrina y jurisprudencia del TC ha sido concebida como un derecho fundamental. Pero además, porque en el citado caso indirectamente se estaría tratando la desvinculación de la arraigada idea de sostener que la ilicitud que vicia a la prueba merma sus efectos procesales por el hecho de haber vulnerado el derecho fundamental. Más bien, parece que la Sala al aducir que los agentes policiales quienes actuaron conjuntamente con el Fiscal, ejecutaron de tal modo el allanamiento domiciliario dada la urgencia del caso, y *en función a los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva* en función al seguimiento efectuado, estaría justificando tal actuación –pese a reconocerla inconstitucional-, lo que no se cuestiona sino que se destaca por reflejar que para la Sala la actuación policial tal vez fue razonable, en atención a las circunstancias de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia, siendo que finalmente con el concurso del Ministerio Público, se tiene la garantía de la

limpieza en el acto de intervención. Con esto último, para Sala deja la evidencia obtenida ilícitamente no pudo haber sido manipulada, en tanto es fiable por la participación del Fiscal.

5.2.3.3. CASO: R. N. N° 1912-2004, LIMA

Al respecto, como indica Luciano Orlando ALFONSO RODRÍGUEZ, “el derecho fundamental a la intimidad individual y familiar en el domicilio, constituye uno de los baluartes de la organización social y política. Tiene un doble control y sistema de protección, conforme al sistema jurídica: el Estado lo protege y garantiza su disfrute, implementando los mecanismos para aunque no se perturbado y en el evento de que así ocurra, restableciéndolo de manera inmediata; y otro el del ciudadano y su núcleo familiar”⁸⁵¹.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el R. N. N° 1912-2004, Lima, 13 de octubre de 2004, establece en qué circunstancia el allanamiento y registro domiciliario se convierte en un acto ilícito; además, indica bajo qué circunstancias las evidencias obtenidas del allanamiento no se invalidan. A la letra, la Sentencia declara que: “(...) que si bien el allanamiento al indicado domicilio se llevó a cabo sin obtener previa orden judicial, este se produjo una vez que los policías observaron la llegada del vehículo conducido por Montalvo Buckley y el ingreso de una mujer, que descendió del mismo, al inmueble en cuestión, respecto del cual se contaba con una información confidencial –motivo de la vigilancia policial– en el sentido que era utilizado para comercializar clorhidrato de cocaína; que esa nota de urgencia –motivada por el ingreso al predio de una persona que momentos antes había llegado en el vehículo–, la fundada sospecha de la concreción de un acto de tráfico inminente y, desde luego, la posible fuga de la indicada mujer –criterio *ex post*–, denotan que el allanamiento se produjo mediando fundado peligro de la inminente perpetración de un delito grave; que, en tal virtud, la mencionada incursión y la subsecuente ocupación de drogas, de dos balanzas de precisión y de otros documentos incautados, al no vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio protegido por los artículos dos, numeral nueve de la Constitución –que prohíbe el acceso a un domicilio salvo que medie autorización judicial o de la persona que la habita o que se esté en un supuesto de flagrancia

⁸⁵¹ *Ibidem*. Pág.82.

delictiva o de muy grave peligro de perpetración de un delito- son definitivamente legítimas, de suerte que las fuentes de prueba aseguradoras conservan pleno valor probatorio”⁸⁵².

En el caso en mención, la Sala Penal Permanente opta darle plena validez probatoria a la evidencia obtenida del allanamiento, por considerar que las circunstancias de la situación se subsumían en el art. 2 de la Constitución Política del Perú, en lo correspondiente al grave peligro de perpetración del delito. Para la citada Sala, las evidencias halladas en el allanamiento no son ilícitas.

Ha de advertirse en este caso, únicamente en cuanto a la calificación del allanamiento como lícito, que en el caso siguiente, ante un supuesto similar, el allanamiento es considerado ilícito.

5.2.3.4. CASO: R.N. DEL EXPEDIENTE N° 2874-2013-DEL SANTA

En el marco de la operación *Cordillera Blanca dos mil doce*, el 25 de mayo de 2012, personal policial de Chimbote, previas acciones de inteligencia, advirtió por información confidencial que en la Urbanización San Carlos, del Distrito de Santa, en un inmueble, se comercializaban drogas. Es así que tras ubicar el predio, el personal policial se percató que el encausado José Roberto Cáceres Quezada se encontraba cerrando la puerta con la llave del mismo. En dicho momento, según se extrae del parte policial, la policía lo capturó e ingreso a dicho domicilio con la autorización del encausado, en el cual se encontraron bolsas que tras la pericia química se determinó que contenían marihuana y pasta básica de cocaína, entre otras evidencias.

Es de resaltar que en el citado caso, la mayoría de las actas levantadas no contó con la firma del Fiscal, y en todas ellas el imputado se negó a firmarlas.

Ahora bien, según el efectivo policial Eder Nolasco Romero, el imputado fue intervenido a 5 metros de su casa, en la operación no participó la Fiscalía, y se le quitó la llave al procesado para ingresar a su domicilio.

En la declaración plenarial el imputado refiere nunca haber entregado las llaves para el ingreso su domicilio, siendo estas extraídas de su poder por los efectivos

⁸⁵² Ibidem. Págs. 82-83.

policiales, aunque en sede policial mencionó que al solicitárselas entregó las llaves.

Por otro lado, una vecina del encausado, Victoria Soledad Cruz Dionicio mencionó que fue la policía quien abrió la puerta del imputado.

Ante esto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el R.N. del Expediente N° 2874-2013-DEL SANTA, de fecha 13 de marzo de 2014, se centra en identificar si el acto de posesión de la droga fue objeto de una captura en flagrancia o si, en todo caso, el propio imputado autorizó el ingreso del personal policial a su domicilio. Expresa la Sala que no concurrir cualquiera de ambos supuestos, entonces se trataría de un supuesto de obtención de prueba ilícita de valoración prohibida.

Concluye la Sala sosteniendo que el allanamiento fue inconstitucional y, por tanto, se trata de un acto de prueba ilícita que genera prohibición probatoria e inutilización.

Del caso expuesto, ha de inferirse en -primer término- la absoluta aplicación de la regla de exclusión, frente al supuesto de obtención de una prueba obtenida mediante la vulneración de la libertad domiciliaria.

En segundo término, a diferencia del caso explicado en el apartado anterior, la Sala no opta por emplear o aplicar al mismo, alguna de las teorías que permiten la admisión y utilización de la prueba ilícitamente obtenida, como lo es la teoría de la ponderación de intereses. Sin embargo, esta disimilitud en cuanto al modo de aplicar la regla de exclusión no es para nada cuestionable.

Aunque en la sentencia en estudio, no lo mencione expresamente, la ausencia del fiscal en la diligencia policial, así como la negativa del encausado de firmar las actas levantadas, evidencian que la problemática del caso no únicamente gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la libertad de domicilio, sino también a la falta de fiabilidad de la prueba.

5.2.4. GRABACIONES CLANDESTINAS Y PRUEBA ILÍCITA

5.2.4.1. CASO ERNESTO RAMÓN GAMARRA OLIVARES

A raíz de la publicación del llamado *video Kouri –Montesinos*, difundido por los medios televisivos a nivel nacional el 14 de septiembre de 2000, la población peruana tomo conocimiento de la increíble magnitud de los actos de corrupción y de manipulación de conciencias, con los que el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, al frente del movimiento político *Perú Dos Mil*, pretendió seguir gobernando al país por el periodo de 2000 al 2005, destacando entre estos, actos ilícitos, *los sobornos o coimas* que los representantes del gobierno y sus colaboradores más cercanos habían venido efectuando a favor de los malos congresistas, Ministros de Estado, Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas y Policiales, así como de otros funcionarios de los diferentes niveles de la administración pública y ejecutivos de la actividad privada, a fin de contar con su cómplice y decidida *colaboración*, en los irregulares actos que se cometían en perjuicio de determinadas instituciones, personas y hasta de la misma Nación en general.

Como consecuencia de los multitudinarios actos públicos de protesta generados por las difusión de estos vídeos, Fujimori se vio precisado a huir del país, renunciando desde el extranjero y dando lugar a que el Congreso de la República nombrase un gobierno transitorio, ocasión que fue propicia para que el Poder Judicial, a través de los jueces especializados en lo penal comience a investigar y procesar a todos los involucrados en dichos actos ilícitos, procediéndose entonces a la incautación de gran cantidad de cintas de audio y video que se constituyeron en pruebas irrefutables de los actos de corrupción.

Entre los videos incautados, el Cuadragésimo Primer Juzgado Penal de Lima a cargo del Dr. Saúl Peña Farfán, entregó al Congreso de la República, el día 23 de enero de 2001, aquellos videos en los que aparecían algunos de sus integrantes, siendo uno de ellos el etiquetado como *Entrevista Polo Gamarra y Amigo Lucho*.

De la proyección de dicho video se aprecia que el día 22 de septiembre de 1998, Ernesto Ramón Gamarra Olivares, que como Congresista de la República integraba en aquel entonces la Comisión de Fiscalización del Congreso y por lo tanto varias Sub-Comisiones Investigadoras, había concurrido a las oficinas de la

empresa ALPECO, por invitación del Gerente, su amigo Manuel Tafur Ruiz, entrevistándose con él, Luis Venero Garrido, quien, después de conversar sobre las noticias periodísticas que se estaban publicando respecto a los negociados de los hermanos Venero Garrido con algunos oficiales de las fuerzas armadas, en la compra y venta de armas y pertrechos para los institutos militares, así como de las sospechosas contrataciones que empresas constructoras de los mismos hermanos Víctor Alberto y Luis Venero Garrido, pactaban con la Caja de Pensiones Militar-Policial, por las que se pagaban millonarias comisiones al Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres, *optó por sobornar a este congresista en funciones*, con la suma de tres mil dólares americanos a fin de que influyendo sobre los periodistas y Congresistas, este desvíe el curso de tales investigaciones periodísticas y congresales y ayude a limpiar el nombre de la familia Venero Garrido, bajo cuya influencia económica, Ernesto Ramón Gamarra Olivares, se dejó corromper.

En base a lo relatado, a Ernesto Ramón Gamarra Olivares se le procesa por la comisión de delitos contra la administración pública, en sus modalidades de abuso de autoridad, cohecho pasivo propio, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito en agravio del Estado peruano.

Ante esto, la defensa técnica del procesado Ernesto Ramón Gamarra Olivares cuestiona dicho video rotulado como *Entrevista Polo Gamarra y Amigo Lucho*, alegando que procedería de un acto ilícito e irregular, al haber sido obtenido contra la ley y que por ello no tendría valor probatorio para acreditar los hechos en su contra fundamentando la ilícita procedencia del video que habría sido obtenido en una incautación llevada a cabo sin mandato judicial, y editado exprofesamente con la intención de hacerle daño, por lo que siendo esta prueba *el fruto del árbol envenenado*, debería ser ineficaz.

Por su parte, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el considerando décimo primero de la sentencia recaída en el Expediente N° 11-2001, en cuanto a lo alegado por la defensa, expone que: "(...) Sin embargo, teniendo en consideración que la realidad de esta reunión filmada en dicha prueba video-gráfica, ha sido reconocida por todos los participantes, tanto en la fecha, circunstancia y secuencias en que se ha desarrollado según se ha expuesto en los precedentes considerandos, dicha prueba ha sido valorada

como medio indiciario, confirmado por las demás declaraciones y testimoniales ya referidas, todas las que, merituadas en su conjunto, han llevado a la convicción de los integrantes de esta Sala Penal Especial que lo juzga, respecto a que ha quedado probada la comisión de los delitos materia de la acusación, así como la responsabilidad penal del encausado, resultando por lo tanto irrelevante para el presente caso, el origen y modo de obtención de esta prueba; más aún si dicho medio probatorio ha sido adjuntado a los autos en forma oficial por su propia institución, el Congreso de la República (...).”

La Corte Suprema en el caso estudiado, decide –independientemente de que dicha prueba fuera ilícita y deba considerarse ineficaz- valorarla. La justificación dada por la Sala radica en el reconocimiento de los intervinientes sobre la realidad de la filmación, siendo además que dicha filmación fue aceptada por el propio imputado, el ex congresista Gamarra, a lo que además ha de agregarse, que como refiere la Sala- tal video quedó avalado o afianzado en su mérito por las propias declaraciones de los implicados y testigos. Todo ello llevó a la Sala a la convicción en cuanto a la responsabilidad penal del imputado, precisando además dicho tribunal que resulta irrelevante en el caso, el origen y el modo de obtención de esta prueba.

Como ha de advertirse, la Sala otorga validez a dicho video por cuanto la realidad del mismo, es decir su autenticidad que quedado aceptada por los intervinientes y el propio incausado. Al margen del procedimiento ilícito para la captación de dicho resultado probatorio, la Sala opta por otorgarle validez en mérito a su fiabilidad, ponderando los intereses en conflicto.

5.2.4.2. CASO: JOSÉ RAMOS GARCÍA MARCELO

Se trata del proceso penal seguido contra José Ramos García Marcelo, ex miembro del Tribunal Constitucional, por la comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios (cohecho pasivo propio) en calidad de cómplice), abuso de autoridad y omisión de denuncia en agravio del Estado.

Se abrió instrucción dictándose contra el procesado mandato de comparencia restringida; concluido el término de la instrucción, el Fiscal Supremo que actuó en Primera Instancia concluyo en su dictamen que se encontraba acreditada la comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción de

funcionarios (cohecho pasivo propio) en calidad de cómplice y omisión de denuncia, mientras que el delito de abuso de autoridad no se encontraba acreditado.

Por su parte, el Vocal Supremo Instructor al emitir su informe final, indicó que no se encontraba acreditada la comisión de los delitos antes citados, a excepción del ilícito penal de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado. Opinión concordante con el Fiscal Supremo que actuó en Segunda Instancia conforme aparece de su dictamen y con el de la Sala Suprema Especial conforme aparece en el Auto de Enjuiciamiento.

A continuación, se declara haber mérito para pasar a juicio oral por el delito contra la tranquilidad pública – asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado.

Por otro lado, la defensa legal de procesado alega que el medio probatorio documental consistente en el video, es *fruto del árbol envenenado*, dado que la incautación de este último se realizó sin que medie autorización judicial, por lo que pedía la ineficacia de la prueba de la filmación de los videos.

En consecuencia, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema desestimó la alegación de la defensa, tal y como se aprecia del Considerando Octavo de la Sentencia recaída en el Expediente N° 21-2001, del 3 de julio de 2003, en el cual la Sala se pronuncia señalando que: "(...) a) el video no se encontraba en poder del acusado García Marcelo, quien ni siquiera tenía conocimiento de su existencia y ubicación, b) que la pertenencia y secreta custodia le correspondía a Vladimiro Montesinos Torres tras haber grabado ex profesa e inconsultamente, c) que el requerimiento del video se hizo en domicilio distinto y d) que la supuesta indefensión de sus derechos, provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-partícipe Vladimiro Montesinos Torres, por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del "venire contra factum proprium". En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado, menos a la "teoría de la bandeja de plata" (arresto de una persona con violación de domicilio y obtención de pruebas que lo incriminen), a la de la jurisprudencia norteamericana denominada "doctrina del fruto del árbol envenenado" (The fruit of the poisonous

tree doctrine), y a la teoría “del efecto reflejo de la prueba ilícita o efecto expansivo”; deviene improcedente lo sostenido por García Marcelo (...).”

La Corte Suprema aplica la *teoría de la ponderación de intereses involucrados*, por lo que se inclina a favor del bien jurídico de la tranquilidad pública.

En el citado caso, lo que corresponde resaltar es que la Sala no considera que la incautación de dicho video haya afectado los derechos a la intimidad y privacidad del acusado, que de evaluarse tal afectación –en todo caso- correspondería el análisis en la situación jurídica de Vladimiro Montesinos Torres. Pero, finalmente, en atención a los fundamentos esgrimidos por la Sala, así en la obtención de dicho material se hayan afectado los derechos de este último, igual dicha ilicitud no alcanzaría a García Marcelo.

Es decir, la Sala, con respecto a los videos incautados en un allanamiento de domicilio sin que medie autorización judicial previa, asumió la tesis de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena, ya que al no haberse realizado dicho allanamiento en el domicilio del procesado García Marcelo, este no podía alegar afectación de su derecho fundamental por la obtención de prueba prohibida.

Al respecto, José María ASECIO MELLADO en el dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesino en el mes de noviembre de 2000, hace referencia a esta teoría al indicar que: “(...) no pueden beneficiarse con la teoría del efecto reflejo de la prueba los involucrados en los procesos de corrupción, porque en la hipótesis de considerar que los “Vladvideos” fueron el resultado de un delito de allanamiento ilegal de domicilio, sin embargo la supuesta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la señora de Montesinos, no puede considerarse que deba extenderse también respecto a los terceros que no eran titulares del domicilio allanado, por lo que no podían beneficiarse dichos terceros con respecto a la supuesta vulneración de un derecho fundamental en el que no se les afectó directamente”⁸⁵³.

⁸⁵³ Citado por CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ob Cit. Pág. 186.

A efectos de complementar la noción de esta teoría, José María ASECIO MELLADO, indica que: “En definitiva, en el caso de que se admitiera una infracción del derecho a la intimidad o al secreto y se declarara la nulidad de una grabación ilícita, esta no afectaría en caso alguno a quien no viera afectado su derecho, para el que la misma sería plenamente válida”⁸⁵⁴. De igual modo, refiere el tratadista español que: “(...) de entender la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de un sujeto, la nulidad no podría tampoco extenderse a aquellos sujetos cuyo domicilio no hubiera sido allanado”⁸⁵⁵.

Esta doctrina es aceptada y acogida por cierto sector de la jurisprudencia, en el sentido de entender que terceros no pueden beneficiarse de la supuesta vulneración de un derecho del que no son titulares. Sin embargo, esta doctrina, como se verá en adelante, no fue empleada en el caso de los “Petroaudios”, proceso en el que se inutilizaron las pruebas obtenidas producto del allanamiento al domicilio Rómulo León Alegría, beneficiándose con la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, no solo el citado procesado, sino que además se extendieron sus efectos a terceros co-procesados implicados en dicho proceso. Como ha de advertirse, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sentado postura uniforme al respecto, lo que; en consecuencia, genera falta de predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales traducida en inseguridad jurídica.

5.2.4.3. CASO:A.V. Nº 9-2006, LIMA

En el citado caso, la cuestión principal del asunto gira en torno a una grabación fílmica realizada en la vía pública, a dos personas; una de ellas, el querellado por la presunta comisión del delito de difamación.

El querellado afirma que esa filmación que contiene ha sido editada, aduciendo que el audio no corresponde al movimiento de sus labios, a la vez que lo tacha porque –según alega- ha sido obtenido de manera ilegal sin consentimiento de las personas concernidas; de igual modo, si bien reconoce la autoría del oficio cuestionado –no así de las conversaciones materia del disco compacto acompañado por el querellante- señala que tiene un carácter reservado.

⁸⁵⁴ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 32.

⁸⁵⁵ Ídem.

El querellante expresa que la conversación cuestionada fue filmada por uno de los alumnos –cuya autoría no conoce- y que en forma anónima se le alcanzó el disco compacto que contenía esa conversación.

Así, en atención a este caso, la Sala Penal Especial A.V. N° 9-2006, LIMA de la Corte Suprema desarrolla –brevemente- los derechos a la intimidad, a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones. En tanto, expone: “(...) que, en cuanto a la filmación que contiene el disco compacto material de la diligencia de visualización de fojas ochenta y ocho, es de precisar que la filmación ha sido realizada en la vía o espacio público, por lo que no puede entenderse por lesionado el *derecho a la intimidad* en tanto no importa una captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados, caso en el cual requeriría de autorización judicial (la presencia de una persona en la vía pública donde conversa con otra persona, sin límite alguno, descarta el hecho mismo que lo ocurrido se reserve de injerencias extrañas por no tratarse de una zona o ámbito de persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde esta de desenvuelve; que tampoco se lesiona el *derecho a la propia imagen*, no solo por el lugar y las circunstancias de la filmación, sino porque refleja conversaciones, no destinadas a ser excluidas del conocimiento de los demás, y más aún que están en condiciones de afectar el honor, cuya tutela es de carácter penal; que, distinto es el caso y análisis en lo atinente al *derecho al secreto de las comunicaciones*, reconocido por el artículo dos apartado décimo de la Constitución, por cuanto este derecho fundamental tiene un definido carácter formal –sin que interese el contenido de la comunicación- que, por su naturaleza, excluye el acceso a terceros de comunicaciones de cualquier índole o alcance que puedan tener entre sí dos o más personas, salvo mandato judicial o que uno de los interlocutores sea quien grabe”⁸⁵⁶ (el resaltado es nuestro).

Como ha de advertirse, la Sala declara que el origen de dicha grabación fílmica no constituye la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Sin embargo, dado que dicho resultado probatorio había sido captado por un tercero ajeno a la conversación contenida en el video, la Sala establece que se ha

⁸⁵⁶ UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego y ASTUDILLO MEZA, Guillermo. (2008). Jurisprudencia penal de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre prueba ilícita. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Pág. 185.

vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y determina que se trata de una prueba ilícita.

Ante esto, como bien expresa José María ASECIO MELLADO, “Se trata pues, de un derecho que tiene un contenido eminentemente formal u objetivo que tutela a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en su ámbito de libertad. Es aquí y no en otro elemento, donde reside el núcleo esencial del derecho, en la no intromisión de terceros en las comunicaciones de cualquier tipo, de lo que cabe colegir que jamás el mismo resulta infringido cuando quien capta la conversación y la transmite de cualquier forma o la graba en cualquier medio de reproducción es uno de los intervinientes en la comunicación”⁸⁵⁷.

Finamente, en caso de que uno de los interlocutores grabe la conversación discretamente al otro, la doctrina ha establecido que dicho acto no es inconstitucional y por lo tanto no ha de generar una prueba ilícita, por cuanto el sujeto asumió el riesgo de confiar en su interlocutor un hecho que podría ser ilícito. Sin embargo, la prueba si es ilícita, cuando es un tercero ajeno a la conversación quien intercepta y graba la conversación de los interlocutores sin conocimiento o consentimiento de estos.

5.2.4.4. CASO PETROAUDIOS

Hace alrededor de diez años, se difundieron en un medio de comunicación televisivo –programa dominical Cuarto Poder el 5 de octubre de 2008, los audios que demostrarían una de las más vergonzosas y graves manifestaciones del entramado corrupto que se habría asentado en diversas instituciones del Estado del anterior Gobierno del Presidente Alan García Pérez.

En concreto, estos audios registraban conversaciones sostenidas entre Alberto Quimper Herrera (miembro del directorio de Perú-Petro), entidad estatal encargada de la promoción, de la inversión extranjera en el sector petrolero; y Rómulo León Alegría, en las cuales discutían sobre supuestos cobros por el favorecimiento a la empresa noruega Discover Petroleum, es decir, para que esta última obtenga la buena pro de concesiones de lotes petroleros en el Perú; audios

⁸⁵⁷ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 60.

que a su vez fueron difundidos por otros medios de prensa durante los días subsiguientes.

Como consecuencia de tal difusión, se instauró un proceso penal contra Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad – Violación del Secreto de las Comunicaciones – Interceptación telefónica, entre otros, en agravio de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, causa que se denominó *Business Track*. Mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 2012⁸⁵⁸, se establecía que Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera –entre otras personas- habían sido víctimas de la interceptación y grabación de sus conversaciones realizadas a través de los teléfonos fijos de sus respectivas oficinas, grabaciones que fueron escuchadas y almacenadas en USBs o CDs y transcritas para luego ser comercializadas, condenándose como autores del delito a Elías Manuel Ponce Feijoo y otros.

Paralelamente, se instauró proceso penal en contra de Rómulo León Alegría y a otros por la comisión de los delitos de tráfico de influencias, cohecho pasivo propio y negociación incompatible. Y, luego de un extenso proceso penal, el 16 de febrero de 2016, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó finalmente sentencia del caso, absolviendo a Rómulo León Alegría y a otros de todos los cargos formulados en su contra por los delitos de tráfico de influencias, cohecho pasivo propio y negociación incompatible.

Uno de los principales argumentos que esgrime la Tercera Sala Penal Liquidadora para decidir la absolución de Rómulo León Alegría y otros, se sustenta en que la mayoría de los medios probatorios que sustentan la acusación fiscal, configuraban prueba ilícita.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 105-2008 de 16 de febrero de 2016, según la Tercera Sala Penal Liquidadora, la prueba ilícita es “aquella obtenida directa o indirectamente con vulneración del contenido esencial de un derecho constitucional”⁸⁵⁹. Además, en referencia esta institución, expresa que: “Al

⁸⁵⁸ Sentencia recaída en el Exp. N° 99-2009 (527-2009) emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima.

⁸⁵⁹ Citado por CHANJAN DOCUMET, Rafael H. Sobre la ¿ilicitud? de unas pruebas y una sentencia. Breves apuntes sobre la sentencia del caso “Petroaudios”. Boletín anticorrupción y justicia penal de la P.U.C.P. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-petroaudios.pdf> >. Pág. 7. [Consulta 10 de febrero de 2018].

respecto es de precisar que tanto la doctrina nacional más influyente, como la jurisprudencia reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, coinciden al considerar que la prueba ilícita, vulnera la garantía de la presunción de inocencia (...) en su ámbito de regla de prueba –una de las cuales es justamente su interdicción-; así como la garantía genérica del debido proceso (...); siendo que su utilización “importa una infracción a los derechos fundamentales o garantías procesales constitucionalizadas”. Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que la prueba prohibida –entiéndase la interdicción de la prueba ilícita- 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 (...)”⁸⁶⁰.

El reconocimiento de esta garantía procesal ha sido efectuado por el Tribunal Constitucional en varios de sus pronunciamientos, uno de ellos en la Sentencia del Exp. N° 655-2010-PHC/ TC citada por la propia Sala Penal, la cual reconoce a la “prueba prohibida” como auténtico derecho fundamental.

En cuanto a los efectos reflejos de la prueba ilícita, la sentencia de la Sala Penal hace referencia a previos pronunciamientos de la Corte Suprema, como los recaídos en el R.N N° 1589-2013- LIMA de 6 de agosto de 2013 y el R.N N° 2874-2013-EL SANTA, de 13 de marzo de 2014, señalando que los efectos de la prueba prohibida no sólo recaen sobre la fuente de prueba originariamente obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sino también sobre todas aquellas pruebas que derivan de esta.

Atendiendo a las consecuencias de la prueba ilícita, como da cuenta Rafael H CHANJAN DOCUMET⁸⁶¹, la Sala, en la sentencia en estudio, no ha sido clara, pues en diversas partes de su estructura cita a pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en las que algunas veces se dice que la

⁸⁶⁰ *Ibíd.* Págs. 7-8.

⁸⁶¹ CHANJAN DOCUMET, Rafael H. Ob. Cit. Pág. 10.

prueba ilícita es inutilizable o invalorable, carecen utilidad o de valor legal (invalidez), o son simplemente invalorables.

Sin embargo, la Sala Penal -en una parte de su sentencia- sostiene que son *inadmisibles* varios de los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público (el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble de Rómulo León, el acta de recepción del CPU de Rómulo León, los correo electrónicos extraídos del CPU de Rómulo León, etc.), en la medida que derivan directamente de los audios –interceptados- que su origen constituyen prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Expresamente, la Sala Penal señala lo siguiente: “Que, en atención a su vínculo causal directo con los audios antes mencionados –producto de la interceptación ilícita de las comunicaciones de dichos procesados- considerados como prueba ilícita directa, durante el estadio de ofrecimiento de piezas documentales para oralización y debate, el Colegiado Juzgador declaró inadmisibile la incorporación al acervo probatorio del juicio, por alcanzarles prohibición probatoria –dada su condición de prueba ilícita derivada o indirecta- (...)”⁸⁶².

Además, concluye excluir tres informes elaborados por la Contraloría General de la República sobre el presente caso, bajo la justificación esbozada en el epígrafe anterior. Puntualmente declara: “Que, siendo estos así, los informes en comento son alcanzados por la ilicitud probatoria derivada de los referidos audios, dada su conexión con éstos al to marlos como referentes, por lo que se debe inferir que tales informes se orientan en función de la información contenida en las comunicaciones telefónicas contenidas en los mencionados audios (entiéndase su transcripción), lo que determina su ilicitud como prueba ilícita derivada o indirecta, razón por la que en armonía con las consideraciones expresadas en los considerandos precedentes, con relación a la prueba ilícita, corresponde excluir del caudal probatorio del juicio los informes en mención”⁸⁶³.

En cuanto a lo sostenido por la Tercera Sala Penal Liquidadora, los audios difundidos en un canal de televisión –Noticiero Cuarto Poder- constituirían prueba ilícita, por provenir de la vulneración del contenido esencial del derecho al secreto

⁸⁶² Citado por CHANJAN DOCUMENT, Rafael H. Ob. Cit. Pág. 10.

⁸⁶³ *Ibidem*. Págs. 10-11.

y a la inviolabilidad de las comunicaciones de Rómulo León Alegría y otros. Dicha ilicitud estaría ratificada con la sentencia recaída en el Exp. N° 99-2009 (527-2009) emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima (Caso denominado *Business Track*). Por lo tanto, la Sala excluye la valoración de los audios y de los demás medios probatorios derivados de ellos, sólo por considerar que la ilicitud de los audios ya había sido antes declarada por parte de otro órgano jurisdiccional. Así, en palabras de la Sala: “Siendo menester precisar que a diferencia de los casos en que, últimamente se ha establecido jurisprudencialmente, por la Corte Suprema de Justicia de la República, la exclusión de la prueba directa e indirecta obtenida mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; en el presente caso la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad legítima; en virtud de lo cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración”⁸⁶⁴.

Ahora bien, lo que correspondería analizar es si la determinación de ese acto que se reputa ilícito (grabación telefónica), lo es propiamente. ¿Acaso la sentencia previa recaída en el caso “Business Track” es fundamento suficiente para determinar la violación del contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones? ¿Realmente se vulneró el contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?

Pues bien, como sostiene PICÓ⁸⁶⁵, la prueba obtenida a partir de la comisión de un delito es perfectamente válida en el proceso, merced a la autonomía del derecho procesal respecto del material, siendo únicamente nula la que, sea ilícita, lo que únicamente sucederá cuando se vulneren derechos fundamentales.

En esta misma línea, José María ASECIO MELLADO, expresa que: “(...) ni el presunto carácter delictivo de los hechos ni la forma clandestina de la grabación tienen repercusiones si no se vulnera un derecho fundamental debiendo la prueba considerarse ilícita”⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 11.

⁸⁶⁵ Citado por ASECIO MELLADO, José María. *Ob Cit.* Págs. 49-50.

⁸⁶⁶ ASECIO MELLADO, José María. *Ob Cit.* Pág. 50.

Ante esto, como acertadamente comenta Rafael H CHANJAN DOCUMET⁸⁶⁷, más aún si en ninguna parte de la resolución del caso denominado *Business Track*, en la que se ampara la Sala, se señala expresamente que se vulneró el *contenido esencial* del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas de Rómulo León y los otros implicados.

Además, aun así, lo también cuestionable es que en este caso, a diferencia de los expuestos en los apartados anteriores, la Tercera Sala Penal Liquidadora parece olvidar las teorías o excepciones que permiten la admisibilidad y validez de las pruebas ilícitas. Como es la teoría de la “ponderación de intereses” o excepción del “principio de proporcionalidad”. Esta doctrina, reconocida por la Corte Suprema (R.N. N° 4826-2005 del 19 de julio de 2007 (Caso “EL Polo II”) entre otros) y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004, permite la valoración de la prueba ilícita cuando se encuentra de por medio intereses de mayor intensidad como, por ejemplo, los constituidos por los bienes jurídicos que se protegen en la criminalidad organizada o en los delitos de corrupción.

Así, como expresa PASTOR BORGONÓN: “el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable”⁸⁶⁸.

La aplicación de esta doctrina le hubiera permitido a la Tercera Sala Penal Liquidadora valorar los audios y demás pruebas derivadas, dado que los hechos enjuiciados revestían connotaciones de trascendental gravedad y, a su vez, por estar contenidos en actos de corrupción –como la explotación de lotes petroleros– cometidos por funcionarios y ex funcionarios públicos de la época, constituían la presencia clara del interés público, dado que dichos actos menoscaban la calidad de vida, afectan la economía y permiten el fortalecimiento y desarrollo del crimen organizado así como de otras amenazas a la seguridad de los países. La

⁸⁶⁷ CHANJAN DOCUMET, Rafael H. Ob Cit. Pág. 13.

⁸⁶⁸ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. (octubre 2015). La Prueba Ilícita. Perú. En Línea. <Publicación disponible en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_prueba_ilicita.pdf>. Pág. 16. [Consulta 10 de abril de 2018].

corrupción es un flagelo moral, económico e institucional, que produce un impacto mayor en los sectores de bajo recursos.

La Tercera Sala Penal Liquidadora pudo haber hecho uso de esta doctrina, más aun sin en otros casos, como los estudiados en los apartados anteriores, ya lo había hecho. Por ello, a la luz de la propia doctrina de la Corte Suprema, su inaplicación en el presente caso resulta bastante criticable.

Ahora bien, ante los recursos de nulidad interpuestos por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y el Fiscal Superior contra la resolución del 30 de octubre de 2014 que declara la excepción de prescripción deducida por la defensa del incausado Alberto Quimper Herera y la resolución de fecha 16 de febrero de 2016 emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima que absuelve a Rómulo León Alegría y otros. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en atención a la última resolución citada, en el párrafo N° 6.24 del R.N. N° 677-2016-LIMA, expresa a la letra que: “En tal sentido, este Supremo Tribunal debe precisar que el razonamiento efectuado por la Sala Superior en este extremo se encuentra dentro de los límites de lo correcto; pues su decisión de no admitir y de excluir el caudal probatorio descrito líneas arriba, se ha basado exclusivamente en que los audios contienen las conversaciones efectuadas por Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, constituyen prueba prohibida por haber sido obtenidas con vulneración a derechos fundamentales, específicamente, con violación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones estipulado en el artículo 2°, numeral 10 de la Constitución Política del Estado, ello al haberse interceptado y grabado sus conversaciones realizadas a través de sus teléfonos”. Continúa la Sala en el epígrafe 6.25, manifestando que: “Esta verdad material se encuentra probada con la sentencia recaída en el caso denominado “Business Track”, en la que Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera resultan ser agraviados (...)”. La Sala Penal Permanente decide no haber nulidad en la resolución impugnada, siendo dicho pronunciamiento compatible con el dictamen del Fiscal Supremo.

La Sala Penal Permanente se inclina por amparar los fundamentos de la Tercera Sala Penal Liquidadora, en lo que respecta a la exclusión de las pruebas. Su fundamento central para excluir de la valoración, tanto a la prueba presuntamente ilícita directa como a la indirecta, se basó, al igual que la Tercera Sala Penal

Liquidadora, en que tanto Rómulo León Alegría como Alberto Quimper Herrera habían denunciado penalmente el delito de la interceptación de sus comunicaciones, de las que habían sido objeto, y ello había dado lugar a que la Corte Suprema de Justicia, en proceso penal paralelo al presente caso, mediante R.N. N° 1317- 2012 LIMA⁸⁶⁹ del 14 de septiembre de 2012 ratificara la condena penal contra Elías Manuel Ponce Feijoo y otros.

Por el contrario, en esta investigación se considera que dicha sentencia previa, no hace más que demostrar que si la grabación de las conversaciones en mención configuró un delito, pues fue procesado y consecuentemente fueron condenados los responsables. Particularmente, se cree que dada la independencia del derecho procesal del derecho material, dicha sentencia no debía mermar el ingreso de la prueba al proceso, más aun si la causa ya había sido sancionada penalmente.

Por otro lado, a manera de reflexión se citará nuevamente el caso *Gamarra Olivares*, en donde la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que independientemente de que la prueba ilícita deba considerarse ineficaz, la realidad de dicha filmación fue aceptada por el propio ex congresista y por las declaraciones de los demás implicados y testigos. La validez de la prueba *ilícita* se admitió dada la fiabilidad de su contenido, indicando puntualmente la Sala lo siguiente: “resultando por lo tanto irrelevante para el presente caso, el origen y modo de obtención de esta prueba”.

En el caso “Petroaudios”, Rómulo León Alegría no negó en el proceso judicial, la realidad de los audios interceptados, lo que alegó fue que fueron sacadas de contexto y que se les habría dado un trato distinto por lo que incluso sometió la causa a un proceso penal, denunciando penalmente a los responsables de tal hecho. Visto desde esta perspectiva, el presente caso recibió un trato procesal distinto que el de Gamarra. Sin embargo, el criterio aplicado por Sala en este último pudo haber sido aplicable al de los “Petroaudios”, toda vez que la realidad

⁸⁶⁹ Vistos los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del veintitrés de marzo de dos mil once, obrante a fojas ciento diecisiete mil trescientos cuarenta y ocho. Han recurrido los sentenciados Jesús Manuel Ojeda Angles, Giselle Giannotti Grados, Elías Manuel Ponce Feijoo, Jesús Ángel Tirado Seguí, Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, Martín Fernández Virhuez (pena y reparación civil), Alberto Oswaldo Salas Cortez y Erick Pablo Martell Espinoza, el señor Fiscal Superior y la Parte Civil, – Alberto Quimper Herrera– los primeros, respecto del extremo condenatorio, el segundo en los extremos del quantum de las penas impuestas y fallo absolutorio; y, finalmente, el agraviado en lo concerniente al monto fijado por concepto de reparación civil.

de las filmaciones, si no fue ratificada por los intervinientes de modo expreso, hubiera podido serlo de otro modo, por ejemplo, con una pericia.

Por otro lado, ha de ponerse en relieve—además—el criterio empleado por la Sala Penal Especial en la resolución del caso José Ramón García Marcelo, en tanto dicha Sala asume la corriente doctrinal a partir de la cual los terceros no pueden beneficiarse con la supuesta vulneración de la pruebas obtenidas en un allanamiento de domicilio que no les pertenecía y que por tanto, no se vieron afectado directamente. Esta teoría ha sido admitida por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Superior Penal llevado a cabo en Trujillo en 2004 y, puntualmente, en el Acta de Sesión se expresa que, en mérito a esta teoría, que “se reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena”⁸⁷⁰.

Y, como ha de verse, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, pese a ya haber sido empleada para la resolución del caso del ex miembro del Tribunal Constitucional: José Ramón García Marcelo, no fue aplicada en el presente caso (Petroaudios), dado que en el proceso se inutilizaron las pruebas obtenidas producto del allanamiento al domicilio de Rómulo León Alegría, lo que benefició no solo a este último sino además a terceros implicados en dicho proceso.

Como ha de notarse, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sentado postura uniforme y ello es ciertamente preocupante dada la situación de impunidad que se genera.

⁸⁷⁰Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. Ob Cit. Pág. 13.

5.2.5. CORREOS ELECTRÓNICOS Y PRUEBA ILÍCITA

5.2.5.1. CASO: R.N. N° 817-2016/LIMA

El citado caso se trata de un proceso penal seguido contra Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores) y a José Domingo Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipe (cómplices primarios), por la presunta comisión de delito de colusión en agravio del Estado.

Dela acusación fiscal, se extrae que la conducta delictiva se constituyó alrededor de la Licitación Pública-Proceso de Selección Abreviado PAS número 002-2006-IN-OGA, que se inició el 12 de diciembre de 2006, referida a la adquisición de 469 vehículos patrulleros para la Policía Nacional del Perú.

Se atribuye a los encausados Leyva Herrada-Coronel PNP de Servicios y Jefe de la Unidad de Investigación y Desarrollo de la Dirección de Logística de la PNP- y Capos Loo –funcionaria de la Oficina de Abastecimientos y Servicios Generales del Ministerio del Interior-, ambos integrantes del Comité Especial a cargo de la aludida licitación, haberse coludido con los representantes de la empresa consorciada Automotores Gildemeister Sociedad Anónima –Maquinaria Nacional Sociedad Anónima para que se obtenga ilícitamente la buena pro, a cuyo efecto concertaron especificaciones técnicas de los vehículos para favorecerlos, así como direccionar el valor referenciar de los mismos y sobrevalorarlos en desmedro de los intereses del Estado.

Los *extraneus* involucrados son: 1) Munares Tapia, Asesor Externo del Ministerio del Interior; 2) Cariola María, Gerente General de Automotores Gildemeister; 3) Izaguirre Seminario, Gerente de Administración y Finanzas de Automotores Gildemeister; 4) Salinas Chávez, encargado de la parte comercial de la empresa Anjo Tech; 5) Cutimanco Panduro, Gerente General de Anjo Tech; y 6) Maldonado Taipe, titular de Mass Automotriz.

El Comité Especial estaba integrado por Luis Daniel AVALOS Linares, Oscar Padilla Guerra (reemplazó a Jorge Ávila Tovar), Edwin Antonio Leiva Herrada, Zoila Milagros Campos Loo y Mario Machado Canevaro.

Mediante Resolución Directoral N° 679-2006-IN/CE de 12 de diciembre de 2006 se aprobaron las bases de la licitación pública por procesos de selección abreviado N° 002-2005-IN/OGA, referente a la adquisición por reposición de 469 vehículos categoría MI con carrocería SUV para uso de patrulleros de la Dirección de Logística de la PNP. Compraron las bases de la Licitación un total de 12 empresas –incluso Anjo Tech-.

Según el acta de evaluación y calificación de las propuestas técnicas de la mencionada licitación, de fecha 22 de diciembre de 2006, se descalificó al postor Mass Automotriz Sociedad Anónima por no cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en las bases, y se aprobó con 100 puntos la propuesta técnica del consorcio Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima-Empresa Maquinaria Nacional Sociedad Anónima, la primera empresa no recurrió esta exclusión.

La buena pro al aludido consorcio, evaluada positivamente la propuesta económica que presentó, se otorgó con fecha 22 de diciembre de 2006 por un monto de s/. 44'550.310. El respectivo contrato se firmó el 28 de diciembre de 2006.

El citado contrato, sin embargo, se anuló mediante la Resolución Ministerial N° 0244-2007-IN/0101, de 30 de marzo de 2007, por la existencia de vicios a lo largo del proceso, referidos -entre otros- a: los actos preparatorios, la pro forma del contrato, la promesa formal de consorcio, el testimonio de contrato de consorcio y las garantías acaecidas todas antes de la suscripción del contrato; así como también por el sobreprecio en el monto ofertado y contratado con el Estado.

Por lo demás, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por Resolución N° 1017-2007-TC S3, sancionó a las empresas Gildemeister y Maquinaria Nacional con diez meses de inhabilitación temporal y a la empresa Maquinaria Nacional con inhabilitación definitiva para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por reincidente. Ambas presentaron información inexacta en su promesa formal de consorcio al haber mantenido

oculta la participación de Anjo Tech Sociedad Anónima Cerrada, y porque se incluyó a la empresa Maquinaria Nacional, pese a que no efectuaría las obligaciones asumidas.

Los hechos se descubrieron a raíz de denuncias e investigaciones periodísticas, que dieron lugar a la intervención tanto de la Contraloría General de la República como de la Comisión de Investigación de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República.

En el proceso penal indicado en el inicio del presente apartado, el imputado Cariola Santa María presenta una tacha contra el Informe *Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima*, sustentada en que se habría vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones. Pues, el imputado alega que dicho informe fue direccionado por la firma Gildemeister Sociedad Anónima para exonerarse de su condición de tercero civil. Además esta última corporación contrató a una empresa sin dirección en Perú, que desveló presuntamente los discos duros de la computadora usada. Indica, además, que dicha compañía se habría llevado los discos duros a Santiago de Chile, en donde se habría manipulado su contenido. Ante esto, dicho proceso penal concluye con sentencia de 29 de enero de 2016, mediante la cual se absuelve a los procesados, bajo la determinación de la ilicitud de dicho informe, pues en dicha sentencia se asume que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea de varios de los gerentes de Automotores Gildemeister Sociedad Anónima están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo tanto, su intervención solo puede hacerse mediante resolución judicial motivada o autorización del empleado, tanto más si existe de por medio una expectativa de confidencialidad. Se indica en la sentencia, además, que la propia empresa tenía como regla no abrir los correos electrónicos enviados o recibidos por sus empleados, por lo que al hacerlo vulneró ese derecho fundamental y, por ende, las fuentes de prueba obtenidas no tienen efecto legal alguno. Además, se determina que no está comprobada su autenticidad.

A partir de tal exclusión probatoria y del análisis de las demás pruebas de cargo, al considerarlas insuficientes o no relevantes para afirmar un juicio de culpabilidad, se absolvió de los cargos a los ocho acusados.

Ante ello, la Fiscal Adjunta Superior y Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Lima y el Procurador Público Especializado en delitos de corrupción de funcionarios interpone recursos de nulidad contra la citada sentencia.

El señor Fiscal Supremo en lo Penal, en su dictamen instó la nulidad de la absolución considerando que la inutilización de los correos electrónicos por vulneración del derecho fundamental al secreto a las comunicaciones es indebida porque se estaría ante un supuesto en el que correspondería aplicar la excepción denominada *descubrimiento inevitable*. Por lo que, concluye el Sr. Fiscal, la información que contiene el citado informe da cuenta del concierto de los *intraneus* con los *extraneus* para obtener la buena pro, coordinando anticipadamente las acciones que debían seguir.

Finalmente, La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el R.N. 817-2006/LIMA coincide parcialmente con el dictamen del Ministerio Público, e indica literalmente lo siguiente: “No es, pues, el derecho al secreto de las comunicaciones el concernido en el *sub-lite*, sino el de la intimidad, tutelado por el artículo 2 numeral 7 de la Constitución. El primero (derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones)- se circunscribe a la comunicación indirecta que ha de valerse de algún medio técnico (postal, telegráfico, telefónico, informático, etcétera)-, es un concepto puramente formal –se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido (...) de suerte que su ámbito de protección o contenido es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, pero únicamente de aquellas comunicaciones que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados, no abiertos (...), y solo puede ser dispensado por uno de los comunicantes o por resolución judicial (...)-, mientras que el segundo (derecho a la intimidad) es un concepto de carácter objetivo o material –se otorga protección al ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros en contra de su voluntad (...).” Agrega además la Sala que: “En el presente caso, a diferencia de otros casos en los que la empresa arbitrariamente, sin fundamento razonable y fuera de los marcos de su poder de fiscalización que en este ámbito ha de ejercer limitadamente- es de tener en cuenta dos circunstancias agravantes: 1. Que la empresa habilitó la aludida herramienta informática para el adecuado cumplimiento de la prestación

laboral –no, obviamente, para actividades ilegales o delictivas-. 2. Que el hecho de que muy probablemente, entre otros mecanismos, el correo electrónico se utilizó para las comunicaciones respectivas de carácter delictivo, pues según indicaban las denuncias periodísticas y en el marco de una fuerte alarma social producida alrededor de la empresa, gerentes de la misma, con la finalidad de obtener la buena pro en la licitación (...), se concertaron o coludieron con funcionarios del Ministerio del Interior – el delito de colusión está sancionado con una pena grave y genera, por su propia naturaleza, una grave afectación al bien jurídico-. Esto último es lo especialmente significativo en este caso, pues no se está solo ante incumplimientos laborales de los afectados y la exclusiva aplicación de medidas disciplinarias o de un despido, sino ante la comisión de delitos graves en una adquisición de vehículos que concitó gran atención ciudadana por los problemas de orden público que el país afrontaba(...)-. Tal circunstancia, para la Sala: “(...) hacía factible y previsible la posibilidad de que las máximas autoridades de la empresa ejercieran su facultad de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral, como a fin de constatar que la utilización del correo electrónico se ciña a fines respetuosos del ordenamiento jurídico y a sus propias directivas internas de buen funcionamiento y licitud. Siendo así, no es posible reconocer que los afectados abrigaban una expectativa razonable de privacidad que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad (...). Igualmente, no es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impida su inutilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (...)”

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República decide la nulidad de la resolución que absuelve a los procesados ya citados.

Como ha de desprenderse del extracto de la resolución citada, la Sala emplea para la resolución del caso la teoría de la ponderación de intereses, aplicando el test de proporcionalidad para determinar la validez de las pruebas ilícitas.

5.3. LA DOCTRINA DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN DEL PERÚ

En la década de 1990-2000, Alberto Fujimori Fujimori asume el poder, electo como Presidente de la República, Vladimiro Montesinos Torres se convirtió en su asesor indispensable en materia de inteligencia, seguridad, narcotráfico y temas afines, y en el nexos fundamental con las Fuerzas Armadas, sobre las que llegó a tener absoluto control.

Fue durante el periodo señalado que se rompió el sistema democrático y se produjeron una serie de corrupción que involucraban a congresistas, militares, jueces, empresarios, ministros, etc.

Pese a múltiples denuncias públicas sobre corrupción, violación de derechos humanos y otros delitos cometidos desde las altas esferas del poder –con mayor incidencia desde el año 1996-, dichas investigaciones jamás prosperaron, pues Vladimiro Montesinos controlaba todo el aparato de justicia.

En dichos años campeona la corrupción y la impunidad a vista y paciencia de todos, sin que existiera forma de enfrentar con éxito a lo que se constituía en una bestia arrolladora que se valía de sus tentáculos en el poder para el control absoluto del país.

Al término de su segundo gobierno, Fujimori Fujimori, alentado por Montesinos y sus allegados, decidió forzar una nueva reelección inconstitucional, lo que aglomeró a la posición y generó la movilización de la población.

En medio de las denuncias de fraude electoral, Fujimori Fujimori corrió solo con las elecciones y se vio forzado a juramentar en los cuarteles del Ejército, ante las masivas protestas, constituyendo estas, la llamada marcha de los 4 suyos.

Dado este panorama opuesto a los intereses de Fujimori Fujimori, dos hechos definieron la caída de su régimen: 1) La denuncia del Gobierno de Colombia, según la cual el gobierno peruano estaría involucrado en la operación clandestina de venta de armas a la guerrilla de la FARC, y) la exhibición de un video en el que se observa a su asesor Montesinos sobornando al congresista de la oposición Alexander Martín Kouri Buchamar, con US\$ 15,000 dólares, para comprar su voto y mantener la mayoría en el parlamento, la cual habían perdido en las últimas elecciones.

Frente a tal escándalo, Montesinos fugó del país y Fujimori renunció vía fax desde Japón a la Presidencia de la República

.A raíz de estos hechos, se estatuyó un gobierno de transición, en el cual, para investigar los delitos de corrupción del régimen de Fujimori, se crea el denominado *subsistema anticorrupción*, que se conformaba por un grupo de órganos jurisdiccionales con competencias y facultades especiales necesarias para juzgar delitos, que por su complejidad, imperaba la toma de medidas de urgencia.

Y, como refiere Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸⁷¹ el primer asunto complejo a dilucidar era el relacionado a determinar si los llamados “*Vladívidéos*” constituían prueba ilícita o prohibida.

Al respecto, como expresa Luis Alberto PACHECO MANDUJANO: “cuando en el caso de Vladimiro Montesino se encontraron una cantidad impresionante de videos en los que se evidenciaba que se entregan sumas de dinero para poder torcer la voluntad o los criterios de decisión de funcionarios públicos, políticos, empresarios y que eran filmados sin que éstos lo supieran, entonces, evidentemente, no faltó por ahí, el reclamo de quienes dijeron que la obtención de estas pruebas había sido dada en un contexto de violación del derecho fundamental a la intimidad y que por lo tanto no debía actuarse en juicio. Pero, los Fiscales y Jueces que se encargaron de procesar estos casos, tanto a nivel de investigación, como luego de enjuiciamiento, establecieron algunas reglas que rompieron ese esquema absolutista”⁸⁷².

5.3.1. LA VALIDEZ DE LOS DENOMINADOS VLADIVIDEOS

Como da cuenta Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁸⁷³, en el periodo 1990-2000, Vladimiro Montesinos Torres filmó y registró una serie de actos y conversaciones que mantuvo con autoridades políticas, judiciales, funcionarios, militares y otros personajes de la vida pública nacional que resultaron siendo una serie de actos de corrupción en agravio del erario nacional.

En los procesos que se le siguieron en el subsistema anticorrupción, el procesado Vladimiro Montesinos Torres tachó la visualización de tales videos y audios, al

⁸⁷¹ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 87.

⁸⁷² PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto. Ficha de Entrevista. Pregunta N° 01. Ver en anexos.

⁸⁷³ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 87-90.

considerar que tales filmaciones se realizaron vulnerando su derecho a la privacidad y reserva de sus comunicaciones (entendiéndose derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones), amparado en el Artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Estado.

Al respecto, José María ASECIO MELLADO en el dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesino en el mes de noviembre de 2000, indica: “Se trata en este caso de unas grabaciones extraprocesales, obtenidas y realizada por particulares, y que se incorporan al proceso a través de un acto de investigación cual es un allanamiento. Este acto presenta diferencias sustanciales con aquellas grabaciones o intervención de las comunicaciones que se producen en el seno de un proceso en marcha, con una investigación penal dirigida por el Estado y que tiene la finalidad de preconstituir una prueba en el sentido de asegurar la fuente.”⁸⁷⁴

En atención a lo expresado en el epígrafe que precede, ha de considerarse, dos aspectos relevantes; de un lado, el valor o carácter de estos actos o instrumentos privados y; de otro, la posible exigencia a estos de las garantías procesales que revisten los actos procesales de investigación.

Ahora bien, dichos aspectos, por su interrelación, se explicarán conjuntamente.

En tal sentido, dada la naturaleza de las grabaciones, como refiere José María ASECIO MELLADO⁸⁷⁵, al haber sido -tales filmaciones-realizadas a instancias del Sr. Montesinos, y siendo que además este último participaba en ellas, dichas grabaciones se constituyen en fuentes de prueba o, dicho de otro modo, en realidades extraprocesales, generadas de modo absolutamente privado y, como es evidente, no sujetas a condición o requisito procesal alguno, ni por el momento de su realización –esto es, fuera del proceso-, ni por su finalidad, puesto que las conversaciones captadas no fueron filmadas para producir efectos en un proceso de delito de tráfico de influencia.

Trabajar bajo la premisa de exigirle a actos extraprocesales la observancia de las condiciones y requisitos que la ley prevé para aquellos que se dan en seno del

⁸⁷⁴ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 53.

⁸⁷⁵ Ibídem. Págs. 53-54.

proceso, supondría desechar todo tipo de documentos, que por su naturaleza se crean al margen del proceso e, incluso, ello se extendería a rechazar las declaraciones testimoniales, toda vez que el conocimiento del testigo sobre los hechos (fuente de prueba al igual de las grabaciones), es siempre una realidad extraprocesal. Además, si en el caso en estudio, habría un testigo de tales conversaciones, ¿Se le permitiría declarar sobre ellas?, si la respuesta es afirmativa, cuál sería razón para diferenciar y exigir requisitos procesales a actos realizados independientemente del proceso en función de la clase de fuente de prueba. En consecuencia, resulta descabellado atender a esta tesis.

En definitiva, concluye ASECIO MELLADO: "(...) siendo absolutamente inviable imponer a este tipo de actos la verificación en su origen de las garantías o requisitos comunes a los actos procesales, la única cuestión que adquiere alguna relevancia es la referida a si en la obtención de la fuente, aún de forma privada, se ha vulnerado un derecho fundamental. En este sentido, y si bien la infracción de derechos fundamentales por particulares no siempre genera una prueba ilícita, si podría admitirse esta conclusión en los casos en que lo afectado sea el derecho al secreto de las comunicaciones habida cuenta de su especial naturaleza"⁸⁷⁶.

Entonces, habiéndose explicado que tales grabaciones se constituyen en actos procesales a los cuales no resulta viable exigírseles el cumplimiento de garantías propias de los actos procesales, resulta imperante destacar que la no exigencia de formalidades procesales a la fuente de prueba, no excluye la posibilidad de analizar si en su modo de obtención se han mermado derechos fundamentales, pues, pues ello es lo que considera relevante a efectos de determinar la ilicitud en la generación de la fuente de prueba.

Al respecto, como bien refiere José María ASECIO MELLADO, "(...) si bien la infracción de derechos fundamentales por particulares no genera una prueba ilícita, si podría admitirse esta conclusión en los casos en los que lo afectado sea el derecho al secreto de las comunicaciones habida cuenta de su especial naturaleza"⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ Ibidem. Pág. 54.

⁸⁷⁷ Idem.

En esta perspectiva, resulta ilustrativa la Sentencia del TS Español de fecha 30 de mayo de 1995⁸⁷⁸, en la cual, como da cuenta José MARÍA ASECIO MELLADO⁸⁷⁹, equipara las grabaciones ejecutadas por particulares de modo extraprocésal con los documentos y remite su práctica a este medio de prueba, momento en el cual ha de garantizarse la autenticidad del instrumento y la defensa del imputado, no siendo relevante para ello el hecho de que el documento no sea reconocido, pues como sostiene GOZAINI⁸⁸⁰, los documentos no solo pueden alcanzar valor probatorio mediante su reconocimiento, sino también, a través de mecanismos diversos como lo son: el cotejo, la prueba pericial, etc.

De igual modo, el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 114/84, de 29 de noviembre, expresa literalmente que:

“En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocésal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal ¿podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el artículo 18.3 CE. Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocésalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. Si se acogiese la tesis del recurrente, habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de la libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos. Esta regla podrá reconocerse como existente en los distintos supuestos, pero no por integrarse en el núcleo esencial del derecho,

⁸⁷⁸ Citada por ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 54.

⁸⁷⁹ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Págs. 54-55.

⁸⁸⁰ Citado por ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 55.

sino en virtud de fundamentaciones diversas y a la vista de los intereses tutelados en cada caso por el ordenamiento”.

Así, en la citada sentencia, como explica José María ASECIO MELLADO⁸⁸¹, el Tribunal Constitucional reitera las diferencias entre los actos extraprocerales, en el caso: grabaciones en audio, y las pruebas obtenidas y ejecutadas en el proceso, concluyendo que dichos actos procesales únicamente pueden ser declarados nulos cuando hayan atentado contra los derechos fundamentales, pero nunca por no estar revestidos de los requisitos que le son propios a los actos procesales.

En conclusión, no hay duda que por la naturaleza y primacía de los derechos fundamentales, así como por su vinculación directa con la prueba ilícita, la dicha grabación únicamente pueden ser declaradas nulas si es que se determina que efectivamente se ha afectado el contenido esencial de los derechos fundamentales alegados, en el proceso de obtención de la prueba.

5.3.1.1. LA NO AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Como ha se ha referido precedentemente, la ilicitud de la prueba deviene de la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo que para concluir que dicha grabación se configura en una prueba ilícita, resulta imperante determinar si efectivamente se ha mermado el núcleo esencial del derecho a la intimidad o el del derecho al secreto de las comunicaciones, dado que la incidencia en el núcleo esencial de un derecho fundamental lo desnaturaliza y; en consecuencia, lo hace nulo.

Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina española han sentado unánimemente la postura que sostiene que las grabaciones en audios o videos de conversaciones en las cuales uno de los comunicantes es quien registra o capta dicha conversación, sin conocimiento del resto, cualquiera sea su contenido, no afectan ni el derecho a la intimidad, ni el derecho al secreto de las comunicaciones⁸⁸².

⁸⁸¹ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 55.

⁸⁸² Se exceptúan de estos supuestos, aquellas grabaciones que versen sobre conversaciones que releven contenidos protegidos por el secreto profesional o religioso.

En atención a lo expuesto, en el presente caso no puede concluirse que se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por la defensa del Sr. Montesinos, toda vez que fue él quien registro y capto dichas conversaciones, para luego conservarlas en plataformas videográficas. Por lo tanto, dichas grabaciones no de perder su valor probatorio, ya que en atención a la jurisprudencia española, ello queda así definido.

Destaca, además, José María ASECIO MELLADO que: “La doctrina, como se ha indicado, se mueve en los mismos parámetros, salvo el caso del Prof. Muñoz Conde que sostiene la ilicitud penal de tales conductas, siendo su posición exclusivamente individual y no amparada por la totalidad de la jurisprudencia”⁸⁸³.

Enfatiza José María ASECIO MELLADO, mencionando que: “No obstante esta conclusión, los informes manejan de forma indistinta y poco diferenciada las infracciones a los derechos enunciados pretendiendo una cierta unidad entre ellos y una uniformidad que, por el contrario, no cabe reconocer como legalmente respaldada.”⁸⁸⁴

En concreto, como ha de apreciarse, La Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior de Lima, en el fundamento jurídico N° 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 017-2001⁸⁸⁵ precisa lo siguiente: “Es criterio de este colegiado que dado que estas filmaciones fueron efectuadas por uno de los intervinientes de las conversaciones, no implica en principio vulneración del derecho fundamental alegado, el mismo cuya protección, como se mencionará se garantiza frente a la intervención de factores extraños a la comunicación, máxime si el contenido de estas no se encuentra dentro del ámbito de lo privado o íntimo”. Más adelante, en el fundamento jurídico N° 17 agrega: “Es importante resaltar además que las conversaciones filmadas se efectuaron dentro de las instalaciones de una entidad estatal como lo era el Servicio de Inteligencia Nacional, y se presentó entre dos funcionarios públicos. Con esto no se quiere decir que por la simple calidad de los intervinientes en la conversación, se pueda delimitar en forma distinta el ámbito de protección de los derechos que como individuos les corresponde, sino que,

⁸⁸³ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 56.

⁸⁸⁴ *Ibidem*. Págs. 56-57.

⁸⁸⁵ Expediente N° 017-2001. La Sala Penal Especial “B”, Corte Superior de Justicia de Lima, en los seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres y Alexander Martín Kouri Buchamar, por el delito contra la tranquilidad pública y otros, en agravio del Estado.

adicionalmente, debe considerarse si el contenido de las conversaciones sostenidas tienen relevancia pública o no, o en todo caso se encuentran amparadas por algún resguardo especial, como lo tendrían si se trataran temas de seguridad nacional, característica esta carente en las conversaciones contenidas en los videos, que sirven hoy como fuente de prueba⁸⁸⁶.

De esta manera, el Órgano Jurisdiccional declaró que tales videos (prueba documental) era válidos, pues no configuran prueba ilícita al no haberse violado los derechos fundamentales de los procesados, pues uno de los interlocutores había efectuado la grabación (Sr. Montesinos) y por lo tanto no se afectaba el derecho a su privacidad y a las comunicaciones, más aun cuando tales sujetos eran funcionarios públicos y para realizar tales actividad ilícitas buscaron precisamente las Instalaciones del Estado (Oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional).

5.3.2. FUENTE DE PRUEBA PROHIBIDA POR HABER SIDO ADQUIRIDA EN UN ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO PRACTICADA POR UNA AUTORIDAD INCOMPETENTE

Al respecto, como da cuenta José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO⁸⁸⁷, el allanamiento, siendo una diligencia de estricta ejecución judicial, por tanto, quien debe conducirla es el propio Juez con presencia del Ministerio Público. Sin embargo, en el presente caso, en lugar de hacerse presente y dirigir personalmente los allanamientos como manda la ley, el Juez optó por notificar telefónicamente a la Fiscal de la orden de allanamiento impartida y entregarle los oficios a la policía, la que llevó la orden a Palacio de Gobierno y se entregó a Alberto Fujimori, ello sucedió cuando el ex presidente Alberto Fujimori, aún se encontraba en funciones de la presidencia de la República,

Recibida la orden de allanamiento, el entonces Presidente, convocó entre las 10 y 11 de la noche a su Edecán personal, Capitán de Fragata José Calisto Giampietri, a quien informó que se iba a realizar un operativo de inteligencia, existiendo de por medio una orden de allanamiento y captura de Montesinos, por lo que era necesario que organizara un grupo de comandos con hombres de los

⁸⁸⁶Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 87-88.

⁸⁸⁷UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. (2008). El origen de los videos: Allanamiento ilegal y secuestro de videos. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Págs. 118-119.

tres institutos armados, el mismo que apoyaría a la Policía bajo las órdenes del Ministro del Interior. De esta forma, irrumpió en el domicilio de la esposa del procesado Montesinos, Trinidad Becerra, en San Isidro-Lima, en tal lugar, Fujimori ordenó que cargaran las maletas (conteniendo videos) y cajas encontradas y que las transportarían al Grupo Aéreo N° 8, donde las recibió personalmente, aproximadamente a las tres de la mañana. Finalmente, el día lunes 12, el 41 Juzgado tomo posesión de tales bienes y los inventarió.

Ante esto, el procesado Vladimiro Montesinos también tachó los videos Ns° 1170, 1171, 1173, 1174, 1176, 1177, 1179 y 1180, argumentando que se habían obtenido ilícitamente mediante un allanamiento ilegal de domicilio que fue practicado por autoridad incompetente. La Sala Anticorrupción de Lima desestimó la tacha.

La Sala Penal Especial "B" Corte Superior de Lima, Expediente N° 017-2001 al respecto fundamentó lo siguiente: "Así tenemos que al principio del mes de noviembre del dos mil el Juez del cuadragésimo primer Juzgado Penal de Lima, en el curso de las investigaciones seguidas contra Vladimiro Montesinos Torres, dictó una orden de allanamiento de su domicilio ubicado en la Av. Javier Prado, distrito de San Isidro, signándose en dicha resolución, un número errado de inmueble" (f.j. 22). "Sin embargo, y dada la emisión de la citada orden judicial, el entonces presidente de la República Alberto Fujimori irrumpió en el domicilio del procesado Vladimiro Montesinos Torres, retirando del mismo, maletas conteniendo videos grabados, muchos de ellos en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional" (f.j. 23) "Tras la investigación de estos hechos se descubrió que en tal allanamiento no participó autoridad competente que pudiera garantizar la legalidad de esta diligencia" (f.j. 24). "Frente a este panorama queda entonces afirmar que la adquisición de estas fuentes de prueba a pesar de haber existido una orden judicial de allanamiento en mención no iba dirigido a ellos. Con esto, se quiere decir, que aprovechando el trámite de un proceso regular, persona completamente extrañas a este, intervinieron con el fin de: (i) desvanecer las pruebas que los incriminaban, (ii) Alegar como se hace ahora una justificación que permita alejar del proceso fuentes de prueba de contundencia incriminatoria" (f. j. 25). "Al observarse entonces en el caso bajo comento, la actuación de personas ajenas al proceso, mal puede sancionarse a estas fuentes

de prueba con una ilicitud, que en todo caso no es atribuible al Estado” (f. j. 29). “Es menester resaltar que, no aceptándose por válida esta posición, debe tomarse en consideración que dada la existencia de una orden motivada por juez competente, salvando el error del domicilio indefectiblemente, se hubiera llegado a dicho domicilio lícitamente, habiéndose incautado dichas maletas conteniendo las cintas de video” (f. j. 30). “Asimismo cabe agregar que además de los videos y sus respectivas actas de visualización, se realizaron a lo largo del proceso una serie de actos de investigación referidos a los hechos contenidos en los mismos, debiendo resaltarse además que la forma en que se cometieron estos hechos no solo no han sido negados por los procesados, sino que han sido reconocidos por éstos y corroborados por sus propias declaraciones”⁸⁸⁸. (f. j. 31).

Como es de apreciarse en la Sentencia, la Sala recurre, aunque no expresamente, a las excepciones de la regla de exclusión de la prueba, tales como la excepción de fuente independiente, hallazgo inevitable e incluso la del nexos causal atenuado, lo que da por asumir que el allanamiento ha sido una diligencia ilícita. Sin embargo, del análisis de José María ASECIO MELLADO, se está ante un supuesto de meras irregularidades procesales, de las que no debería derivarse efecto reflejo alguno.

5.3.2.1. LAS IRREGULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DEL ALLANAMIENTO

La injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio en este caso lleva como fundamento la existencia de un mandato judicial (caso Vladimiro Montesinos), por lo que debe descartarse la existencia de prueba ilícita fundada en *irregularidades procesales*. En este sentido el maestro José María ASECIO MELLADO sostiene: “Así y como hecho que ha quedado, entiendo, perfectamente claro y sentado, debe destacarse la inexistencia absoluta de prueba ilícita de ningún tipo en el allanamiento, toda vez la existencia de cobertura judicial para la injerencia en el derecho fundamental en juego, esto es, la inviolabilidad del domicilio”⁸⁸⁹.

Estando a lo expuesto, al estar rodeado dicho acto cuestionado únicamente de meras irregularidades, no correspondería atender a los efectos que son propios

⁸⁸⁸ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 90-91.

⁸⁸⁹ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 97.

de la prueba ilícita, es decir, la nulidad de la prueba y los efectos reflejos o indirectos derivados de esta.

Para una mejor comprensión de lo señalado en el epígrafe precedente, José María ASECIO MELLADO⁸⁹⁰ propone analizar tales irregularidades procesales desde el concepto de nulidad, siendo tales las referidas a: a) la diligencia del registro, no a la fuente de la prueba que no se ve afectada si se introduce de otra forma o por cualquier otro medio, esto es porque la nulidad únicamente afecta al acto irregular y no extiende sus efectos a otros actos relacionados con él, pues carece de repercusión refleja, siendo esta última –únicamente- efecto de una prueba ilícita,, b) los vicios deben analizarse desde la esencia de la nulidad, cual es el fin que cumplen los requisitos legales, no la mera forma, esto es, en el caso de allanamiento, la finalidad que persiguen los formalidades que revisten su ejecución, es que lo que se halla sea fiable y auténtico, que no haya manipulación, pues, si el vicio procesal no es relevante para predicar la falta de fiabilidad, la nulidad no debería declararse dado su carácter material y no meramente formal y teniendo en cuenta, además, el principio de conservación de los actos procesales, c) que no pueden desconocerse ni la conducta del Estado, especialmente si ha sido legítima, ni la de terceros o partes, cuya actuación ilícita o no diligente ha de excluir la nulidad en evitación de fraudes inadmisibles que frustrarían el proceso, en este caso se trata de evitar que el Estado se vea limitado en la investigación, cuando en el decurso de esta ha actuado correctamente y la infracción proviene de los propios imputados o de terceros con intereses espurios, y d) la nulidad del actos implica que no se extiendan sus efectos a los requisitos o garantías de otros.

Entonces, tratándose de irregularidades procesales, resulta trascendente dilucidar la delimitación de lo que implica la nulidad. En este sentido, la irregularidad de la diligencia del allanamiento no conlleva como consecuencia necesaria, la afectación a la idoneidad y fiabilidad de la fuente de prueba, la misma que puede ser introducida en el proceso de otra forma o por cualquier otro medio que implique el propio reconocimiento de aquellos a quienes perjudica, y que en el caso presente la constituyen los videos encontrados en ejecución de tal acto en el

⁸⁹⁰ *Ibidem*. Págs. 97-98.

domicilio de Montesinos. Todo esto supone que la nulidad en este caso no puede conllevar efectos reflejos los cuales son propios de la prueba ilícita.

En el mismo sentido, tratándose de la nulidad de un acto, resulta importante atender a la esencia de la nulidad, es decir, la validez de todo acto requiere del cumplimiento de ciertos requisitos cuya existencia no supone un mero formalismo, sino que por el contrario se justifican en el cumplimiento de la finalidad del acto, lo que implica que para que tal acto fuese nulo, la ausencia de cualquier requisito ha de entorpecer los fines para los cuales el acto sirve. En este caso tratándose de un allanamiento, la finalidad de este descansa sobre la fiabilidad objetiva del acto, es decir la fiabilidad de lo allí encontrado. Por ende, que si la ausencia de cierto requisito no es suficiente para poner riesgo la fiabilidad de lo allí encontrado, no puede alegarse nulidad.

Precisemos además la significación de la conducta del Estado, que si tal ha sido legítima y en cumplimiento de las debidas garantías procesales, no puede sancionarse con nulidad un acto ejecutado por este, y mucho menos por la conducta ilícita y no diligente ejecutada por terceros o partes. El fundamento de esta postura radica en la exclusión de la nulidad toda vez que el actuar diligente del Estado no puede verse afectado por la ilicitud en la conducta de terceros que pretenden con accionares fraudulentos lograr la impunidad. En este sentido, José María AENCIO MELLADO, señala: “Que el buen funcionamiento de la Justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, radicado en la esencia del sistema democrático como garantizador de la evitación de la autotutela”⁸⁹¹.

5.3.2.1.1. NULIDAD Y RESULTADO DEL ACTO PROCESAL IRREGULAR

Efectivamente, resulta relevante atender a la finalidad del acto del que se trate, para poder autorizar su consecuente nulidad, si así fuera el caso. Es decir, que si de los requisitos establecidos para la eficacia del acto, la ausencia de uno de estos no puede condicionar la nulidad del mismo si es que la finalidad para la cual el acto sirve sigue incólume. Retomando la expresión de José María AENCIO MELLADO: “La nulidad es una sanción o consecuencia que se deriva de un acto-

⁸⁹¹ *Ibidem*. Pág. 98.

naturalmente existente-, cuando, merced al incumplimiento de los requisitos legales impuestos no cumple los fines para los que el acto sirve.”⁸⁹²

La determinación de la nulidad del acto no corresponde a un juicio formalista por la ausencia de algún requisito estipulado para su validez, siempre que la ausencia del mismo no menoscabe la finalidad para la cual el acto sirve. Por lo tanto, mientras el acto cumpla su fin, no puede alegarse nulidad.

En el caso en análisis (caso Montesinos), ha de tenerse en claro que la finalidad de los requisitos legales que se establecen para un Allanamiento es evidentemente mantener la fiabilidad de lo encontrado en el registro domiciliario, por lo tanto, no hay referencia objetiva que permita suponer que la fiabilidad de la fuente de prueba haya sido resquebrajada, por consiguiente no puede señalarse a tal acto como nulo.

5.3.2.1.1.1. LA FINALIDAD DEL REGISTRO POSTERIOR AL INGRESO DOMICILIARIO

La tarea prioritaria es la de esclarecer la finalidad del registro posterior al ingreso domiciliario, para lo cual se cita a José María ASECIO MELLADO, quien refiere: “Un registro llevado a cabo en un domicilio tiene una finalidad única, cual es hallar determinados objetos, cosas o instrumentos para, posteriormente y mediante otros actos procesales proceder a su aseguramiento y, por último, introducirlos en el proceso a través de los diferentes medios de prueba”⁸⁹³.

En otra forma de contribuir con los temas tratados, José María ASECIO MELLADO agrega además que: “La finalidad del registro es, pues y únicamente, la de hallar cosas genéricamente hablando. Ni es la de asegurar, ni es la de autenticar, ni cualquier otra.”

En función a lo expuesto, las irregularidades en la ejecución del allanamiento no pueden extender una nulidad sustentada en la ausencia de requisitos legales propios para su ejecución, toda vez que tal ausencia no ha perjudicado la finalidad que persigue el acto (allanamiento), la de hallar cosas. Además, refiere José María ASECIO MELLADO⁸⁹⁴, la introducción de tales evidencias al proceso, no

⁸⁹² Ibídem. Pág. 99.

⁸⁹³ Ibídem. Págs. 99-100.

⁸⁹⁴ Ibídem. Pág. 100.

depende del registro, sino de actos procesales autónomos de admisión y práctica de la prueba, donde se realizaran los controles convenientes; en la admisión, controles de pertinencia y utilidad y; en la práctica, los correspondientes a la autenticidad y contradicción.

5.3.2.1.1.2. EL ANÁLISIS DE LA FINALIDAD DEL ALLANAMIENTO

Sobre la base de las ideas expuestas, resulta interesante desglosar lo que el acto del allanamiento persigue, es por ello que resulta conveniente citar a José María ASECIO MELLADO, quien sostiene que: “La finalidad exclusiva del allanamiento es el hallazgo y un hallazgo que pueda ser considerado fiable y no manipulado, pero limitado al solo y exclusivo hecho objetivo de la realidad de lo encontrado”⁸⁹⁵.

El análisis de la regularidad o no de un allanamiento ha de tenderse en torno a los fines del mismo, lo cual no tiene por qué tener efectos directos o indirectos en la fuente de prueba que se obtenga de su ejecución.

5.3.2.1.1.3. LA EXTENSIÓN DEL ANÁLISIS A OTROS ELEMENTOS

Tal y como se verá en adelante, no alcanza con el solo hecho de constatar la irregularidad fundada en la ausencia del cumplimiento de los fines para los cuales el acto sirve, sino que además resulta preponderante atender (en este caso) a la conducta negligente de la parte interviniente, en tal sentido José María ASECIO MELLADO sostiene: “No basta tampoco con analizar, para declarar la nulidad, la constatación de la irregularidad y el cumplimiento de los fines del acto. En ocasiones la nulidad no se declarará aunque el acto sea irregular y no haya alcanzado o no pueda afirmarse la conclusión exacta de dichos fines. Ello sucederá cuando sea la propia parte la que ha actuado con falta de diligencia”⁸⁹⁶.

En este sentido, la propia infracción ha de ser valorada, aunque por sí sola no pueda asegurar plenamente la verificación del fin (objetos hallados no manipulados), a la luz de la intención del infractor. De este modo, refiere José María ASECIO MELLADO, “si quien vulnera la norma no lo hace con la finalidad de frustrar su objetivo, difícilmente se podrá concluir nulidad”⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 100.

⁸⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 101.

⁸⁹⁷ *Idem*.

Así, respecto al caso de Fujimori, José María ASECIO MELLADO sostiene: “Como luego se verá, no parece que la finalidad del Sr. Fujimori fuera la de manipular los resultados contra el Sr. Montesinos, sino la de y sobre la base del conocimiento de la realidad de existencia en el domicilio de los videos, hacerse con ellos para esconder aquellos que le pudieran perjudicar”⁸⁹⁸.

Concluye José María ASECIO MELLADO manifestando que: “Si la finalidad del infractor fuera la de eliminar pruebas en su cargo, el fin del acto del allanamiento hubo de partir necesariamente de la realidad de la existencia de los videos, a que en caso contrario la acción carecería de sentido o incluso cabría imputarla a los propios correos en los hechos principales”⁸⁹⁹.

Finalmente, cabe resaltar que en este caso (Vladimiro Montesino) la conducta *negligente* de la parte (Fujimori), no puede por sí determinar la nulidad del allanamiento, es más, aun cuando la misma parte haya actuado con la intención de eliminar prueba en su cargo, ello tampoco puede suponer la nulidad del acto, toda vez que de la propia conducta se desglosa la real existencia de la fuentes de prueba, que es lo que motiva su actuación. Es decir, la finalidad del allanamiento (la existencia de lo allí encontrado) quedó confirmada con la actuación negligente de la parte.

5.3.2.1.1.4. CONCLUSIÓN

Para concluir, se sostiene la existencia de irregularidades procesales en el allanamiento, las mismas que por su carácter acarrear la posibilidad de ser subsanadas, tal es el caso por ejemplo de la actuación ilegítima de un tercero, la cual no puede producir la nulidad de un acto que ha sido efectuado por el Estado con todas las garantías previstas para el mismo, que de no haberse involucrado la actuación ilícita del tercero, el acto hubiera sido legalmente concretado y valido sin objeción, siendo que la irregularidad procesal es imputable a la actuación ilícita del tercero, esta no puede sancionarse con nulidad es desmedro de la actuación diligente del Estado, más aún cuando esta ilícita actuación no haya perturbado la fiabilidad del acto.

⁸⁹⁸ Ídem.

⁸⁹⁹ Ídem.

Asimismo analizar la nulidad de un acto a partir del cumplimiento de su fin resulta sumamente relevante, toda vez que si la ausencia de algún requisito establecido para la consecución de tal (irregularidad procesal) no evita que este pueda cumplir el objeto para el cual fue creado, no puede concluirse la nulidad del mismo.

En este sentido sostiene José María ASECIO MELLADO: “Si hay irregularidades procesales pero estas no afectan a la finalidad del acto o se subsanan o no son suficientes para producir la nulidad por provenir de un acto ilegítimo de tercero o el objetivo de ese tercero no afecta a la fiabilidad del acto, el allanamiento ha de ser declarado válido.”⁹⁰⁰ Además, precisa el autor que: “No obstante, y aunque se considerara nulo dicho acto, en modo alguno cabría impedir, sobre su base, que la fuente fuera introducida por otra vía en tanto, si no hay infracción de derecho fundamental no es dable hablar de efecto reflejo alguno.”⁹⁰¹

Finalmente, así se concluyera la nulidad de dicho acto, no sería posible impedir la introducción de la fuente de prueba otra vía, en tanto se trata de irregularidades procesales y no de afectación de derechos fundamentales, por lo que no cabe aplicar efecto reflejo alguno sobre una irregularidad que no causa desmedro en derecho fundamental alguno.

5.3.2.1.2. LA IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL POR LA ACTUACIÓN ILÍCITA DE UN TERCERO

Calificar con la nulidad un acto ejecutado por el Estado a partir de la actuación ilícita de un tercero supone imputar la infracción cometida por el tercero a la actuación diligente del Estado en la ejecución del acto, el mismo que actúa en de acuerdo con la legislación y en observancia de las garantías previstas en la ley para tal acto. Así, frente a esto calificar además de inútiles aquellos elementos de prueba obtenidos en la ejecución de tal acto como es el allanamiento, supone la recepción exagerada y excesiva de las normas que regulan la nulidad.

Al respecto, José María ASECIO MELLADO sostiene: “Solo desde una interpretación desmesurada de las normas que rigen el proceso y la nulidad puede llegar a considerarse la inutilidad probatoria de los elementos de prueba obtenidos en un registro, ordenado ilícitamente, pero ejecutado por terceros mediante actos

⁹⁰⁰ Ídem.

⁹⁰¹ Ibídem. Pág. 102.

que pueden considerarse delictivos.”⁹⁰² Añade además que: “Para llegar a dicha conclusión haría falta que confluyeran varios factores, especialmente el incumplimiento de los fines propios del allanamiento.”⁹⁰³

En este orden de ideas, el maestro ASECIO MELLADO señala: “Se trata de analizar pues dos tipos de consideraciones: por una parte, la finalidad de la actuación del tercero y su relación con el proceso; por otra parte, la propia actuación del Estado”⁹⁰⁴.

Es decir, la intromisión de la actuación ilícita de terceros en la ejecución de un acto ordenado lícitamente y ejecutado por el Estado, merece una especial consideración al momento de determinar la existencia o no de nulidad. El análisis de la actuación del tercero, implica el examen de su finalidad con la infracción, en el presente caso, dilucidar si Fujimori intervino con el afán de manipular los elementos de prueba, trayendo elementos inculpatorios, para perjudicar la investigación sobre Montesinos o, si su intención fue la de evitar su propia inculpación, sustrayendo los elementos que le eran perjudiciales.

Por otro lado, el análisis de la propia actuación del Estado, supone el examinar la conducta de este último en cuanto a la observancia de las normas y garantías previstas para el acto.

Finalmente, la intromisión de la actuación ilícita del tercero en la ejecución del acto en el cual el Estado ha venido actuando diligentemente, no puede suponer automáticamente la nulidad del acto, más aún si razonablemente de no haber intervenido el tercero rompiendo el decurso natural de la actuación, se hubiera culminado la misma sin incurrir en irregularidades, ya que resultaría incoherente sancionar con la nulidad un acto ejecutado legalmente por el Estado por una conducta ajena que busca beneficiarse de esta irregularidad.

5.3.2.1.2.1. LA FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN ILÍCITA DE LOS TERCEROS

Uno de los factores importantes a analizar al momento de calificar como nulo un acto, es la finalidad de la actuación ilícita de los terceros intervinientes, la cual

⁹⁰² Ídem.

⁹⁰³ Ídem.

⁹⁰⁴ Ídem.

puede no necesariamente oponerse a la finalidad del acto, ya que como se ha explicado precedentemente, para que pueda calificarse nulo, la finalidad del mismo ha de verse desnaturalizada, por ende, si la conducta del tercero no repercute en el fin, el acto no se ve soslayado y; en consecuencia, no puede acarrear nulidad. Además, la conducta del tercero no hace más que evidenciar la fiabilidad del acto, que supone la existencia de los elementos de prueba.

Bajo esta premisa José María ASECIO MELLADO indica: “No puede dejar de considerarse, a la hora de declarar la declaración de nulidad del allanamiento, la finalidad que animó la conducta del tercero, toda vez que la misma bien podría no solo no ser contraria a la propia del allanamiento, sino incluso apoyarse precisamente en ella desterrando la falta de fiabilidad del acto”⁹⁰⁵. Es por ello que José María ASECIO MELLADO explica: “En el caso, el registro se llevó a cabo, por instrucciones del Sr. Fujimori y con la finalidad, no de perjudicar la investigación sobre el titular de la vivienda, esto es, el Sr. Montesinos, trayendo elementos inculpatórios a la misma o manipulando estos, sino con la contraria, es decir, la de evitar su propia inculpación destruyendo aquellos videos que le pudieran perjudicar”⁹⁰⁶.

Es decir, se concluye –evidentemente- que la finalidad del acto del allanamiento es el de la fiabilidad del mismo, es decir, que lo que se halle sea lo que ahí había, nada más. En el caso en comentario, la intención del Sr. Fujimori fue la de sustraer y destruir aquellos videos (elementos de prueba) que por su contenido puedan acarrear su propia inculpación, lo que evidentemente no implica la manipulación de los mismos en aras de afectar el conducto regular del proceso seguido en contra del Sr. Montesinos, es decir, la actuación del tercero en este caso no afecta la finalidad del allanamiento ya que la veracidad de los videos allí encontrados no fue amenazada por la actuación ilícita del Sr. Fujimori, ya que el mismo no manipuló el material probatorio en aras de perjudicar a Montesinos.

Por otro lado, en este caso, la actuación ilícita del tercero (Sr. Fujimori) demuestra la existencia y veracidad de los objetos incautados, siendo que el tercero tuvo la

⁹⁰⁵ Ídem.

⁹⁰⁶ Ídem.

clara intención de destruir o extraer solo aquellos videos que resultasen inculpatorios para él, el propio generador de la irregularidad en el allanamiento.

Finalmente, José María ASECIO MELLADO dice: “De lo dicho, se desprende que no puede acordarse la nulidad de un acto y menos de los elementos de prueba que contiene, por la intervención de un tercero que no solo jamás pretendió burlar su finalidad, sino que hubo de asentar su actuación sobre la misma finalidad del allanamiento legalmente ordenado, esto es, la existencia de los objetos incautados”⁹⁰⁷.

Finalmente, la intención y actuación de los terceros en la ejecución de un acto (allanamiento) ha de tenerse en consideración al momento de calificar dicho acto como nulo o no, todo ello a partir del cumplimiento de la finalidad del mismo.

5.3.2.1.2.2. LA ACTUACIÓN DE TERCEROS, CUANDO ES DELICTIVA, NO PUEDE CONDUCIR AUTOMÁTICAMENTE A LA NULIDAD EN NINGÚN CASO

En este punto se analiza además de la actuación del tercero, también la actuación del propio Estado en la ejecución del acto, y ello porque no puede concebirse objetivo calificar como nulo un acto ejecutado diligentemente por el Estado con todas las garantías previstas para el mismo y en plena observancia de la legislación vigente, sin tener en cuenta la actuación ilícita del tercero, la misma que resulta sumamente significativa, toda vez que de no haber sido por su intromisión, el acto hubiera seguido su conducto regular y tales irregularidades no hubieran tenido lugar. Es decir, no puede perjudicarse la actuación diligente del Estado por la actuación ilícita de un tercero, que pretende finalmente beneficiarse de las irregularidades que él mismo generó.

Así, retomando la explicación de José María ASECIO MELLADO “Si el Estado en una investigación actúa correctamente, de acuerdo con la legislación vigente y sometiéndose a todas las garantías establecidas, de modo que de haber seguido actuando de este modo hubiera conseguido un fin sin incurrir en irregularidades, difícilmente puede el mismo sufrir las consecuencias de las actuaciones, incluso ilícitas de un tercero. Esto es, debe analizarse a la hora de concluir una nulidad la

⁹⁰⁷ Ibidem. Pág. 103.

conducta del Estado y, especialmente, valorar el hecho del resultado de su actuación si no hubiera intervenido un tercero rompiendo el decurso natural y legal de las actuaciones”⁹⁰⁸.

Tal y como es señalado por el jurista citado, es importante además analizar el que hubiera podido ser el resultado del hecho de la ejecución en un supuesto en el que no hubiera intervenido la actuación de un tercero, ello porque de no haber sido por la intromisión del mismo, los resultados esperados de la ejecución del allanamiento se hubieran obtenido sin la comisión de irregularidades, las mismas que son responsabilidad del tercero.

En este orden de ideas, siguiendo lo explicado por José María ASECIO MELLADO al expresar que: “En el presente caso, existió una orden judicial correcta emitida en el curso de una investigación penal; la ejecución se ordenó cumpliendo respetuosamente los requisitos legalmente exigidos; y el domicilio se aseguró desde el momento mismo de la emisión del mandamiento judicial. En resumen, si no hubiera intervenido un tercer ilegítimamente, la diligencia se hubiera concluido no solo legalmente, sino que también sus resultados hubieran sido los de obtener las grabaciones que se hallaban en las maletas que estaban en el domicilio del Sr. Montesinos”⁹⁰⁹. Y, además: “En segundo lugar, ha de afirmarse tajantemente que la comisión de un hecho delictivo por parte de terceros no siempre, de forma automática, ha de generar la irregularidad de los actos procesales. Sostener lo contrario, ni tiene un apoyo legal o constitucional ya que en ninguna norma se prevé, ni se puede afirmar desde el necesario equilibrio que impone un ordenamiento jurídico democrático donde se conjugan intereses diversos. No hay interés legal o constitucional en otorgar al delito efectos destructivos de actos legales, sino precisamente lo contrario, esto es, su reparación.”⁹¹⁰

En definitiva, irregularidad de los actos procesales no puede ser determinada de modo automático, la comisión de delitos por parte de terceros no debe en ningún caso conducir a la determinación automática de la nulidad de actos procesales.

⁹⁰⁸ Ídem.

⁹⁰⁹ Ibídem. Pág. 104.

⁹¹⁰ Ídem.

5.3.2.1.3. LA VALIDEZ DE LAS FUENTES DE PRUEBA CON INDEPENDENCIA DE LA IRREGULARIDAD DEL ACTO VICIADO

Lo señalado precedentemente, deriva en este último aspecto a tener en cuenta, el cual es relativo a la convalidación de las irregularidades procesales y los efectos de la nulidad.

En este apartado se partirá la consideración del registro como un acto existe pero irregular.

Para el maestro, José María ASECIO MELLADO⁹¹¹ debe partirse de determinados presupuestos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de observar la declaración de nulidad.

1. “La nulidad de un acto, como el registro, siempre afecta al acto en sí mismo considerado, a la diligencia de registro y al acta levantada acreditativa del hallazgo, pero nunca dicha nulidad produce el efecto de suprimir de la vida la fuente de la prueba cual permanece en la realidad pudiendo ingresar en el proceso por otra vía”⁹¹².

Siguiendo lo manifestado por el maestro ASECIO MELLADO⁹¹³ en el párrafo precedente, la nulidad de un acto solo puede afectar al acto en sí mismo mas no puede extender sus efectos a la fuente de prueba encontrada en su ejecución.

Lo sostenido guarda sentido, toda vez que las garantías procesales que revisten el acto van dirigidas a garantizar la fiabilidad de un acto a partir de cual se genera un acta, que por sí misma alcanza valor probatorio. Como resulta evidente, esa garantía no impide que los hallado en el registro (acto) no sea aceptado por declaraciones de sujetos no afectados por la irregularidad. Es decir, nada puede oponerse a prescindir del acta si el hallazgo se confirma por los propios moradores, como en caso, con la declaración de la esposa de Montesinos. Así, en el caso de Montesinos, aunque el acta fuera nula, dicha nulidad no debe extenderse a la existencia de las maletas que contenían los videos, puesto que dicha realidad ha sido afectada por los propios afectados.

⁹¹¹ Ibidem. Págs. 106-107.

⁹¹² ídem.

⁹¹³ ídem.

2. “Por tal motivo, la acreditación del hallazgo por otra vía independiente y no afectada por la nulidad es un hecho que posibilita la incorporación de la fuente de prueba al proceso, dado que la irregularidad no evitó al acto la producción de sus efectos o estos fueron perfectamente subsanados.”⁹¹⁴

De la afirmación anterior, al no haber afectado la irregularidad del acto, sus efectos, cabe la posibilidad de la incorporación de la fuente de prueba en el proceso por otra vía (ya que la fiabilidad de la fuente de prueba queda intacta y no es resquebrajada por esta irregularidad), que en el presente caso la constituye la posterior confirmación efectuada por los afectados, como la Sra. De Montesinos, la misma que confirmó la veracidad de los mismos. Lo que supone reincidir en que la nulidad no puede producir efectos reflejos como es el caso de la prueba ilícita, la misma que además está vinculada a una relación de causalidad y permite una convalidación posterior en determinados casos.

3. “La nulidad, aunque fuera declarada, no podría jamás excluir de la investigación los hechos que constan en las fuentes de prueba, sino solo el acto del registro. De este modo los datos derivados del registro podrían servir de actos de investigación sobre los cuales interrogar a testigos y a imputados, de manera que tales declaraciones podrían alcanzar valor probatorio.”⁹¹⁵

Entonces, aun calificando como nulo el acto, tal y como se ha mencionado párrafos precedentes, esta nulidad no ha de afectar a las fuentes de prueba ni mucho menos el contenido que consta en ellas, no pudiéndose por tanto descartar la posibilidad de que los hechos contenidos en dichas fuentes pudieran posteriormente ser objeto de interrogatorios o declaraciones.

Finalmente, como puntualiza José María ASECIO MELLADO⁹¹⁶, aunque se pretendiera negar toda virtualidad y eficacia probatoria a los videos, nunca se podría impedir que los hechos en ellos contenidos fueran introducidos por otras vías.

⁹¹⁴ Ídem.

⁹¹⁵ Ibídem. Pág. 107.

⁹¹⁶ Ídem.

5.3.3. LA PRUEBA PROHIBIDA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Como da cuenta Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁹¹⁷, en el Expediente N° 030-2001-SPE/CSL, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Penal Especial “A”, contra Vladimiro Montesinos Torres y otros, estos procesados plantearon tacha contra los videos signados con los números 1,792 (Diálogo General Villanueva, Almirante Ibárcena, General Bello, de fecha 26 de noviembre de 1999); 1, 795 (reunión General Villanueva, General Bello, Almirante Ibárcena- Winter de la misma fecha); y audios números 1,793 (reunión de los Comandante Generales de las Fuerzas Armadas); 1, 195 (Reunión Dr. Serpa, Dr. Bringas-IngJoyWay, de fecha 14 de agosto de 1998).

Los procesados sustentaron la tacha contra la visualización de los videos señalando que con el comunicado del Ministerio Público, se acredita que no hubo presencia del Fiscal, ni siquiera se había notificado a la fiscal para que concurra a dicha diligencia, con esa actitud ilegal –argumentaban los procesados- se ha violado la Constitución en el artículo dos, inciso siete, nueve y diez, precisando que el referido inciso diez, es claro al prescribir que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familia y al secreto e inviolabilidad de sus documentos privados, los que solo pueden ser incautados por mandamiento motivado de los juez con las garantías previstas en la ley, lo que en este caso no ha sucedido.

La Sala Anticorrupción de la Corte Superior declaró infundadas las tachas planteadas, en principio porque dichas fuentes de prueba no fueron obtenidas por el Ministerio Público ni por la Policía, sino que fueron los propios autores –los procesados- entre estos (Alberto Fujimori Fujimori) los que entregaron parte de estos documentos a las autoridades judiciales.

Por lo tanto, la Corte precisó que por ello la prueba era válida y lícita; y en cuanto al contenido, precisó que las grabaciones fueron realizadas por uno de los interlocutores, Vladimiro Montesinos, y además en una instalación pública, cuyos protagonistas fueron también funcionarios públicos, que el contenido de la grabación no correspondía a actos de la vida privada de los actores sino que daba

⁹¹⁷ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Págs. 92-93.

cuenta por el contrario de la existencia de un hecho ilícito, y por tanto tenía relevancia pública.

5.3.3.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente sobre el reconocimiento nacional e internacional del derecho a la intimidad en la Sentencia N. 6712-2005-HC, caso Magaly Medina, cuando en el fundamento 37, expone:

“En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. Y pese a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12° se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por lo cual se expresa el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3)”⁹¹⁸.

En cuanto a los alcances del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

⁹¹⁸Sentencia N. 6712-2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 37.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así (...) se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño”⁹¹⁹.

Dentro de este marco, José María ASECIO MELLADO menciona que: “El derecho a la intimidad tiene un contenido material, no meramente formal, en tanto tiende a la protección de aquellas áreas privadas de la persona, las referidas a un ámbito de la misma propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Incide, pues, y protege determinadas manifestaciones de la vida privada revestidas de una protección especial por venir directamente relacionadas con la dignidad y el desarrollo de la propia personalidad”⁹²⁰.

Es así que, su infracción se encuentra íntimamente relacionada al contenido material de las conversaciones grabadas, de modo que, como explica José María ASECIO MELLADO, “no hay afectación de la intimidad, si la interceptación proviene de un interlocutor o incluso de un tercero si la materia captada no entra dentro del ámbito muy restringido de la personalidad”⁹²¹. Esto es, que no cabe afirmar la existencia de afectación de tal derecho si el contenido de la conversación captada no solo no constituye el ámbito o la esfera privada de la persona sino que además si del contenido se extrae información o se toma conocimiento de la comisión de un delito, en razón de que por su naturaleza este último es público, no cabe entonces alegar la afectación del derecho a la intimidad personal, por lo que alegar lo contrario no sería propio.

⁹¹⁹Sentencia N. 6712-2005-HC, caso Magaly Medina, cuando en el fundamento 38.

⁹²⁰ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 57.

⁹²¹ Ídem.

La delimitación del contenido esencial del derecho a la intimidad personal, evidencia que dentro de este ámbito, pues, no pueden protegerse conductas que manifiesten o pongan en evidencia la comisión de actos constitutivos de delitos, pues por su misma naturaleza-pública- escapan del ámbito privado, que es objeto de protección del derecho en cuestión.

De forma complementaria, José María ASECIO MELLADO señala que: “No obstante lo dicho, especialmente Muñoz Conde y Gozáni hacen descansar el hecho de la vulneración del derecho a la intimidad no solo en la grabación, sino en una suerte del deber de reserva que el comunicante tiene frente a terceros, de tal manera que, en una especie de confusión entre los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, concluyen de que la grabación infringe un deber de secreto de los comunicantes para con ellos mismos y por ende la intimidad cualquiera que sea la materia filmada”⁹²².

Definitivamente, el ámbito de protección del derecho a la intimidad personal no goza de criterios unánimes en la doctrina.

En atención al extracto citado, José María ASECIO MELLADO, agrega: “No piensa sí el TS español, al menos en las sentencias de fecha 11 de mayo de 1994 y la del 6 de julio de 2000, donde deja meridianamente claro que el derecho a la intimidad no alcanza ni supone un derecho a que lo que uno comunica a otro quede reservado por un recíproco deber de, lo que constituiría, en palabras del TS una extensión horizontal inadmisibles del derecho a la intimidad.”⁹²³

Ante esto, el Tribunal Supremo Español Sentencia de fecha 11 de mayo de 1994, señala que:

“Si partimos del dato trascendental de que las conversaciones grabadas al procesado corresponden a unas, charlas que mantuvo con la denunciante Esther, difícilmente puede afirmarse que se esté vulnerando el derecho fundamental a la intimidad de la persona que emitió las manifestaciones recogidas en la cinta. Y es que si el propio interesado fue el que confidenció voluntariamente con la denunciante y le relató un serie de datos y le hizo algunas propuestas, parece evidente

⁹²² Ibídem. Págs. 57-58.

⁹²³ Ibídem. Pág. 58.

que no hubo una captación fraudulenta de sus declaraciones personales, sino que la destinataria de las confidencias del procesado se limitó a constatar magnetofónicamente lo que voluntariamente su interlocutor le contentaba y proponía.

A este respecto el TS en su sentencia del 7 de febrero de 1992 y especialmente en la del 11 de mayo de 1994 argumenta, recogiendo y ahondando en el criterio ya sentado por el TC en Sentencia 114/1984, que no existe vulneración al derecho a la intimidad cuando el propio imputado es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Y añade que pretender que el derecho a la intimidad alcanza 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 se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad.

Doctrina que complementa al afirmar que el secreto de las comunicaciones, que, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede vulnerar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos.⁹²⁴

Definitivamente, la concepción del derecho a la intimidad personal que aborda el Tribunal Supremo español y que se acoge en esta investigación, resulta ser aquella que niega la extensión del efecto horizontal de este derecho., toda vez que no puede desnaturalizarse la finalidad de la protección de este derecho, no puede extender su protección hasta actos que no configuran lo que propiamente constituye su contenido esencial.

Corresponde precisar ahora que la delimitación del ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal, resulta trascendental a criterio del referido

⁹²⁴ TS Sentencia del 11 de mayo de 1994. Citada por ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Págs. 58-59.

Tribunal. Ello en razón de que solo de esa forma, podrá cautelarse adecuadamente tal derecho.

Así también Manifiesta al respecto José María ASECIO MELLADO que “Lo expuesto viene a considerar válida la grabación magnetofónica de Esther desde la perspectiva constitucional y desde el plano de la legalidad ordinaria, es asimismo plenamente válida al cumplirse una serie de requisitos imprescindibles para que la grabación meritada alcance las garantías mínimas de fehaciencia que atribuyan fiabilidad a su contenido”⁹²⁵.

Aunado a esto, el Tribunal Supremo Español, en la Sentencia del 6 de julio de 2000, señala que:

“Sexto: El Ministerio Fiscal alega, también, en su impugnación del recurso, que las grabaciones son de una legalidad más que cuestionable. Sin entrar en un análisis en profundidad de una cuestión que no ha sido formalmente planteada, pues como se ha señalado, la Sala de Instancia únicamente inadmite la prueba por su extemporaneidad y supuesta inutilidad, pero no se refiere la ilicitud, debe recordarse cuando el TC en Sentencia 114/1984, del 29 noviembre, señala que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones, la conducta del interlocutor en la conversación que graba esta; asimismo la sentencia de esta Sala del 20 de mayo de 1997, señala que no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es el propio recurrente quien ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie, y 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”⁹²⁶.

Finalmente, cabe recalcar que las grabaciones realizadas por uno de los interlocutores de la conversación llevada a cabo con el comunicante, no afecta de ningún modo el derecho a la intimidad personal, toda vez que lo que se evalúa

⁹²⁵ ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 59.

⁹²⁶ TS 06 de julio del 2000. Citada por ASECIO MELLADO, José María. Ob Cit. Pág. 59.

para determinar su afectación, es evidentemente el contenido de la conversación, lo que en otras palabras, va a determinar si la grabación es ilícita o no.

5.3.3.2. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional del Perú en la STC 01058-2004-AA/TC ha precisado que: “toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley”.

El derecho al secreto de las comunicaciones, como es de verse, suele estar relacionado de manera muy estrecha con el derecho a la intimidad personal, sin embargo, cabe destacar que cada uno protege ámbitos distintos.

El derecho a la intimidad personal protege, frente a una grabación, el contenido de la conversación, más no la grabación misma. Sin embargo el derecho al secreto de las comunicaciones, cuestiona tal grabación, en la medida en que esta sea efectuada por un tercero ajeno a la conversación, por lo que siendo uno de los partícipes el que registra la conversación y la graba, ha de entenderse que este no vulnera en ningún momento el derecho en cuestión.

En esta misma dirección José María ASECIO MELLADO, manifiesta: “A diferencia del derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones supone la protección objetiva de la libertad de comunicarse con otros sin límite alguno y sin, para ello, indagar cual sea el contenido o materia de la comunicación siendo, pues, digna de protección constitucional cualquier información transmitida, afecte o no a la esfera íntima personal. Se trata, pues, de un derecho que tiene un contenido eminentemente formal u objetivo que tutela a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en su ámbito de libertad. Es aquí y no en otro elemento, donde reside el núcleo esencial el derecho, en la no intromisión de terceros en las comunicaciones de cualquier tipo, de lo que cabe colegir que jamás el mismo resulta infringido cuando quien capta la conversación y la transmite de

cualquier forma o la graba en cualquier medio de reproducción es uno de los intervinientes en la comunicación”⁹²⁷.

En definitiva, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones se extiende frente a los terceros interceptadores, tratándose de una grabación, como es el caso que se analiza. No existe vulneración de este derecho, cuando es uno de los interlocutores quien capta y registra la conversación, ello se fundamenta en que lo que le es confiado por el comunicante, se hace de manera voluntaria, y por lo tanto ya no es de dominio exclusivo del comunicante, sino también del otro interlocutor.

5.3.4. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DOCUMENTAL “VLADIVIDEOS” Y “AUDIOS”: CASO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Al respecto, como da cuenta Luciano CASTILLO GUTIÉRREZ⁹²⁸, resulta sumamente interesante el desarrollo realizado por la Sala Penal Especial, presidida por el reconocido Jurista César San Martín Castro, en el caso Fujimori Fujimori⁹²⁹, respecto de la validez de los denominados “Vladivideos” y “audios”, cuya eficacia probatoria en todos los procesos anticorrupción han sido materia de cuestionamiento, señalando que son fuentes de prueba ilícitas, por haber violado los derechos fundamentales de los interlocutores que intervinieron en tales conversaciones, al haber ignorado estos que se estaba grabando clandestinamente su conversación.

La defensa del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, cuestionó varios audios y videos en el desarrollo del juicio oral, fundamentando que las conversaciones interceptadas descartan una causalidad al no existir orden o mandato judicial para su interceptación o grabación, así tenemos el audio denominado “Diálogo Fujimori-Montesinos”. Contiene las conversaciones entre Vladimiro Montesinos, Nicolás Hermoza Ríos y Alberto Fujimori Fujimori –conversaciones sucesivas: Montesinos/ Hermoza y Montesinos/ Fujimori- en el curso de la insurrección militar del trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos, fue transmitido por el programa “La Ventana Indiscreta”. El Tribunal en este caso excluyó la fuente de prueba bajo los siguientes argumentos: “La especial entidad de este derecho exige

⁹²⁷ *Ibidem*. Pág. 60.

⁹²⁸ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *Ob Cit.* Págs. 94-95.

⁹²⁹ Exp. N° A.V. 19-2001, 7 de abril de 2009, Sala Penal Especial, Corte Suprema, Caso Alberto Fujimori Fujimori.

ser muy cauteloso en la necesidad de que solo puede ser realizado mediante orden judicial, lo que debe estar rigurosamente probado, así como el hecho de que alguno de los que intervino en la conversación haya sido el autor de la grabación y difusión. En consecuencia, si en autos no está probada acabadamente alguna de estas dos circunstancias o, mejor dicho, la obtención lícita de las grabaciones –carga que corresponde a quien introduce la prueba-, no es posible admitirlas como prueba documental”. (f. j. 154).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en lo referente precisa: “Ningún engaño ha sido utilizado, ni la conversación se ha dirigido hábilmente para el interlocutor. Al contrario, libremente se realizan estas manifestaciones inculpatorias que son oídas, mediante la escucha, por un tercero ajeno a la conversación. Existe un gran paralelismo entre este supuesto y aquel en el que se produce una confesión sin que previamente se le hubiera informado al acusado de sus derechos. Negar la validez de un supuesto debe conducirnos a negarla en el otro. Se trata, sin duda, de una autoincriminación sin las mínimas garantías exigidas legalmente, por lo que el tema de su validez exige gran cautela.”⁹³⁰

Finalmente, la prueba se excluyó por cuanto la interceptación de las comunicaciones fue realizada por un tercero, ninguno de los interlocutores tenía conocimiento de tal operación; por otro lado, no existía mandato judicial que ordene las interceptaciones telefónicas, por lo tanto la prueba no fue admitida por la ilicitud de su obtención.

El presente caso es un claro ejemplo que demuestra la aplicación absoluta de la exclusión de la prueba cuestionada de ilicitud, sin advertir la utilidad de las teorías o doctrinas que admitirían su utilización.

⁹³⁰ Citado por CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. Ob Cit. Pág. 94-95.

SUBCAPÍTULO 9

PLANTEAMIENTOS Y APORTES A LA TEORÍA JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN

I. FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En principio, tal y como se ha señalado en el subcapítulo correspondiente al estudio de la prueba ilícita, frente a la gama de diferentes denominaciones y conceptos atribuidos a esta institución,

Una aproximación a su estudio revela que lo complejo y polivalente de su tratamiento inicia en su sola denominación, pues la doctrina no ha sido unánime al respecto. En este sentido, se emplean –entre otros- los siguientes términos: prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, o prueba viciada. Las citadas denominaciones son en ocasiones empleadas como sinónimos para hacer referencia a la misma institución; no obstante, ello no es así, pues la denominada prueba ilícita o prohibida, difiere sustancialmente de aquella denominada irregular.

Por tanto, a efectos de determinar la denominación más acorde a esta institución, corresponde precisar primero su concepción. En lo concerniente a ello, se estima que por esta institución han de entenderse a aquellas evidencias incriminatorias obtenidas mediante un procedimiento lesivo de los derechos fundamentales. En este sentido, se destaca que esta únicamente ha de tener lugar en el momento de la obtención de la fuente de prueba.

En consecuencia, la terminología: “prueba ilícita” no resulta acorde a la concepción esbozada, además –técnicamente- la prueba adquiere esta denominación –de prueba- (con excepción de la prueba anticipada y pre-constituida) una vez que supera el filtro del control de admisibilidad probatoria en el marco de una audiencia de control sustancial de todo requerimiento acusatorio, ante un Juez de Investigación Preparatoria, y no antes, en fase preliminar o de formalización de investigación preparatoria, en donde los actos que propiamente se actúen aún no han adquirido esta denominación. Entonces, previo a ello, lo que

habrá será un acto de investigación prohibido, una evidencia o fuente de prueba ilícita, más no una prueba como tal.

Visto desde esta perspectiva, la denominación que corresponde atribuir a la concepción de esta institución sería: *fuentes de prueba ilícita de cargo con violación de derechos fundamentales*. Corresponde destacar en este estadio, que el término *de cargo* empleado en la denominación asignada, es citado, en tanto la exclusión o rechazo de esta evidencia opera únicamente frente a esta, es decir, ante la presencia de evidencia incriminatoria.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sin inclina por asignarle la denominación de: *prueba ilícita o prohibida*, ello visto desde una perspectiva amplia.

II. LA CONTROVERSIA QUE ENVUELVE A LA FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Entonces, habiéndose expuesto en el apartado anterior lo referente a la denominación y concepción de esta institución, corresponde precisar ahora, que dada su vinculación estrecha o más concretamente, su injerencia, en el contenido esencial de los derechos fundamentales, su tratamiento, además de complejo, asume una connotación controversial, debido a las diferentes corrientes y teorías que asumen diversas posturas ante su posible admisión y exclusión.

En el contexto del proceso penal, la evidencia ilícita de cargo pone en relieve la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos enfrentados, ambos susceptibles de tutela constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el *ius puniendi* para sancionar a quienes incumplan la ley, este interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

En consecuencia, la prueba ilícita representa el siempre presente conflicto; de un lado, del respeto a los derechos fundamentales del encausado-viabilizados a

través de la exclusión de la *prueba (evidencia) ilícita* y; de otro, el derecho de la víctima, del interés colectivo y la exigencia social de seguridad.

Es decir, la evidencia ilícita refleja, en el marco del proceso penal, la vulneración de dos derechos; de un lado, la cometida por el criminal y; de otro, la cometida por el Policía o el particular, sobre el criminal de la investigación.

En definitiva, todos los actos realizados en el marco de una investigación y procesamiento penal deben ser legales y lícitos, de tal manera que el resultado del juicio sea la condena del culpable y la absolución del inocente; sin embargo, la controversia que envuelve a la evidencia ilícita de cargo con violación de derechos fundamentales, determina que sea jurídica y socialmente relevante incluir una prueba que aporta una verdad incriminatoria, aunque ella sea ilícita, que preservar el carácter inmaculado del proceso a costa de tolerar la impunidad del delito procesado.

III. LA EXCLUSIÓN O RECHAZO DE LA FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA DE CARGO CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES – REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Ante la controversia generada por la prueba (evidencia) ilícita, tal y como se ha desarrollado en el subcapítulo correspondiente a su estudio, la jurisprudencia norteamericana inicia proponiendo una insana solución, la regla de exclusión.

Se estima “insana”, pues ante el enfrentamiento de dos intereses constitucionalmente tutelados, la regla de exclusión propone una solución incompleta, pues opta por la prevalencia de los derechos fundamentales del criminal, pues ha permitido que, en diferentes ocasiones, pruebas relevantes y fiables hayan sido excluidas de los procesos penales desarrollados, generando la impunidad del delito cometido. Es decir, soluciona *un mal con otro mal*.

Además, su contenido inconsistente se revela cuando deja la puerta abierta a que sean los propios imputados o terceros ajenos al Estado los que generen la infracción a efectos de beneficiarse de tal exclusión.

Los perjuicios desencadenados por la aplicación irrestricta de la regla de exclusión, son –entre otros- los derivados de la impunidad, traducidos en el

alejamiento de la correcta administración de justicia, la ineficacia del derecho penal y el quebrantamiento de la paz social.

IV. LA RELEVANCIA DEL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como se ha expresado en el desarrollo del subcapítulo 6, el estudio del fundamento de la regla de exclusión resulta relevante para los efectos de su comprensión como institución, puesto que a partir de su determinación será posible avisorar su concepto y, del mismo modo, los alcances de su aplicación, limitaciones, efectos, etc. Es decir, ha de comprenderse a partir de tal, la justificación (constitucional o no) del rechazo o exclusión de la prueba obtenida mediante procedimientos ilícitos.

Tal y como se ha expuesto, el origen de la regla de exclusión se encuentra en la jurisprudencia norteamericana. Y, su fundamento, en el derecho comparado mantiene diferencias notorias, es el caso del modelo norteamericano y los modelos europeos continentales. El modelo norteamericano se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión, al concebirla como un mero instrumento procesal con fines disuasorios. El modelo euro-continental, desde otra perspectiva, enfoca en fundamento de la regla de exclusión en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, al considerarla como una garantía objetiva de estos últimos.

Ahora bien, en la Jurisprudencia Nacional, como ha sido posible advertir, el Tribunal Constitucional concibe a esta institución como 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 excluida 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 contexto, rechazar elementos de prueba o evidencias notoriamente fiables, valiosos y relevantes para la resolución del conflicto por considerarse que la ilicitud de su origen merma su ingreso al proceso, so pretexto de la aplicación de la regla de exclusión como garantía objetiva de los derechos fundamentales o como derecho constitucional implícito del derecho a la prueba, es un problema

que amerita un riguroso estudio, sobre todo si se trata de la extrapolación del tratamiento de esta institución.

De otro lado, proponer la admisibilidad y validez de una evidencia procedente de una actuación ilícita puede llegar a generar un escenario de controversiales críticas; de un lado, por la afectación de derechos fundamentales del imputado y de la posible manipulación de la evidencia y, de otro, por el desapego que la aplicación de la regla de exclusión genera en cuanto a los derechos de la víctima y de la sociedad en su conjunto.

V. ATENUACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Ha de precisarse, además, que es cierto que su aplicación ha sufrido un fenómeno de debilitamiento que ha permitido la instauración de diferentes teorías o doctrinas, a las cuales se les denomina *excepciones*, que permiten la admisibilidad y utilización de la prueba que se estima ilícita.

Así, como bien expresa Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREIRE: “en un Estado social y democrático de derecho, si bien por un lado existe la consagración, el afianzamiento de los derechos fundamentales que debe respetarse a todo justiciable, así como la sujeción estricta de los funcionarios y servidores públicos a la legalidad (tanto formal como material), a su vez, también existe la obligación del Estado -a través del diseño de una determinada política criminal-, tutelar a la sociedad frente al crimen, de generar espacios legales propicios para que los órganos de persecución penal puedan realizar y ejecutar eficaz y eficientemente la averiguación de la verdad y así viabilizar que los órganos jurisdiccionales puedan emitir sentencias de condena a quienes con su obrar antijurídico y culpable han socavado las bases de una sociedad democrática de derecho, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos más importantes, de la persona, de la sociedad y del Estado”⁹³¹.

Por su parte, Josué PARIONA PASTRANA, resalta como relevantes algunas de estas excepciones, expresando que: “existen tres excepciones a la regla de la exclusión probatoria: 1) la fuente independiente, cuando existen otras pruebas que para su obtención no han dependido casualmente de la prueba obtenida

⁹³¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ficha de Entrevista. Pregunta N° 02. Ver en Anexos.

infringiendo derechos fundamentales; 2) el nexo causal atenuado, que se presenta cuando el nexo causal es casi inexistente entre el acto ilícito y de la prueba derivada; y, 3) el descubrimiento inevitable, referido a que las pruebas obtenidas ilícitamente pueden ser incorporadas al proceso siempre que haya sido posible descubrirlas a través de otras vías lícitas”⁹³².

Sin embargo, del estudio y análisis ejecutado, se ha evidenciado que tales doctrinas tienen una naturaleza muchas veces muy subjetivas que generan, en todo caso, una confusión en su tratamiento traducida en tanto en inseguridad jurídica de los propios operadores jurídicos, agentes policiales, particulares y, evidentemente, del propio imputado.

VI. UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Dada la recapitulación expuesta, en este supuesto se planteará la reconfiguración del fundamento de la regla de exclusión.

En esta perspectiva, se propone la desvinculación de los fundamentos esgrimidos por la jurisprudencia comparada: modelo norteamericano y modelo euro-continental. Esto, para efectos de esbozar un fundamento más adecuado a la realidad nacional social y jurídica.

Ahora bien, corresponde por tanto destacar las dos razones más imperantes, que en el contexto del proceso penal peruano, fundamentan la aplicación de la regla de exclusión; la primera, basada en el respeto de los derechos fundamentales del procesado, fue no se puede obtener la verdad mediante la configuración de tal lesión y; la segunda, referida al indicio de manipulación de la evidencia obtenida o hallada, esto es, que ante un supuesto de producción de prueba (evidencia) ilícita, dada la ausencia de las garantías requeridas, la fiabilidad de la evidencia resulta cuestionable, puesto que –en principio-, no tendría por qué haberse incurrido en tal afectación.

Bajo la observancia del sustento de la exclusión únicamente en la primera razón, se considera que la ilicitud de la prueba no ha de mermar su ingreso al proceso, dada la independencia del derecho material del procesal, ello quiere decir que

⁹³² PARIONA PASTRANA, Josué. Ficha de Entrevista. Pregunta N° 01. Ver en Anexos.

quien se vea afectado por la actuación ilícita de un tercero o agente policial puede proclamarlo por la vía legal correspondiente, sin que ello tenga por qué afecta su eficacia probatoria. Y, aunque parezca una afirmación involucionista, ello no es así, puesto que, como se ha ido afirmando ya a lo largo de esta investigación, la sobreprotección de los derechos del procesado o extremo garantismo del proceso penal, frente a la presencia de la prueba obtenida ilícitamente, de generar la impunidad del hecho sometido a investigación, no hace más que anular los derechos colectivos de la sociedad y de la propia víctima. Por lo tanto, se considera que restarle valor probatorio a la prueba ilícita conlleva convalidar un mal por otro mal. Sin embargo, dicho fundamento no resulta del todo idóneo por ser incompleto, puesto que en el contexto de la ilicitud, nada garantiza la fiabilidad de lo hallado, por ejemplo, en un allanamiento ilegal, puede ocurrir que los agentes policiales que intervienen el domicilio siembren evidencia o la manipulen.

Ante esto, conviene citar a Michele TARUFFO cuando expresa que: “El delito tiene que ser sancionado como conducta de un particular o funcionario del Estado, tiene que condenarse tal hecho, esto es el que una prueba se capte por medio de un acto criminoso. La prueba que es el resultado de un crimen (delito) tiene que ser excluida cuando su origen criminoso modifique su eficacia probatoria, por ejemplo el caso de la declaración bajo tortura, la que no puede admitirse porque en tal condición uno puede decir cualquier cosa, no hay garantía de la verdad de lo que el torturado dice, entonces no tenemos una prueba fiable en razón a su origen; pero en muchos casos tenemos pruebas fiables, aun cuando su origen nazca o contenga contenido ilícito, como una grabación no autorizada o registro no autorizado, si la grabación se corresponde de manera perfecta, porque no ha sido manipulada, si corresponde a lo que ha ocurrido o a lo que han dicho; esto desde el punto de vista probatorio, es una buena prueba y aun cuando sea una sola prueba posible que acredite el delito”⁹³³.

Lo expuesto, automáticamente nos lleva a la segunda de las razones esbozadas: el indicio de manipulación de la evidencia obtenida. En principio, los agentes policiales han de desarrollar su actuación, en ámbito de un proceso penal, de acuerdo a la ley y a las garantías previstas a favor del investigado. En este sentido,

⁹³³ TARUFFO, Michele. Ver en YouTube: Conferencia Estándares Constitucionales en Materia Probatoria, dictada en la Sala Regional de Toluca del TEPJF, México. (Minuto 1.18:07-1.24:40)

como premisa general, los agentes policiales no tienen por qué incurrir en actuaciones lesivas. Entonces, si dichos agentes incurrieran en actuaciones ilícitas para obtener una fuente de prueba, pues ello debe entenderse como un indicio de manipulación de lo hallado.

Hechas las consideraciones precedentes, se propone *reconfigurar el fundamento de la regla de exclusión a partir de esta última razón esbozada*. Es decir, la prueba ilícita o, más técnicamente, la fuente de prueba ilícita de cargo con violación de derechos fundamentales, en principio, ha de ser excluida cuando no constituya una prueba fiable, cuando no se corresponda a una realidad auténtica e incontrastable. Por tanto, únicamente serán admisibles y utilizables, aquellas evidencias ilícitas que resulten fiables, esta sería la única excepción que ha de confirmar la regla.

Por otro lado, resulta imperante determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud en cuanto al agente infractor.

Al respecto, cuando los agentes policiales actúen bajo cobertura judicial, no se presentan problemas. De otro lado, cuando lo hacen de propia autoridad, únicamente podrán eximirse de responsabilidad cuando, su actuación derive, de la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) Sospecha suficiente y 2) Urgencia por peligro en la demora. Cuando dichos presupuestos no concurra, pues el agente policial deberá hacerse responsable en la vía legal correspondiente. Sin embargo, si la evidencia obtenida es fiable no será excluida, únicamente será rechazada si se comprueba su manipulación.

Por otro lado, cuando la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba sea atribuida a un particular, quien ve menoscabado su derecho tiene la potestad de accionar con el infractor.

En definitiva, la ilicitud del actuar del ente persecutor o agente infractor no convierte en lícito el actuar del imputado, y, por tanto, las consecuencias de tal acto no deben ser probatorias, dejando a salvo la admisibilidad y valoración de la prueba cuando esta sea fiable. No se trata entonces de anular la regla de exclusión, sino de reconfigurar su fundamento, de manera tal que se permita la admisión y utilización de la evidencia ilícita de cargo.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

I. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

1.1. HIPÓTESIS GENERAL

En la jurisprudencia nacional, la diversificación de criterios esgrimidos respecto a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos si afectan al principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica.

1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 01

En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, no existe uniformidad de criterios en cuanto a la aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita de cargo y de sus excepciones.

1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 02

En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita no son idóneas ni suficientes para combatir la impunidad derivada de la aplicación absoluta de la citada regla.

1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 03

En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre los derechos de la víctima, el derecho a la verdad y el interés estatal público

II. VARIABLES DE ESTUDIO

2.1. HIPÓTESIS GENERAL

2.1.1. Variable Independiente (A): La diversificación de criterios esgrimidos en la jurisprudencia nacional respecto a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos.

2.1.2. Variable Dependiente (B): El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica.

2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 01

2.2.1.1. Variable Independiente (A): La aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones en la jurisprudencia nacional.

2.2.1.2. Variable Dependiente (B): Criterios jurisprudenciales en cuanto a la exclusión de la prueba ilícita de cargo y de sus excepciones, en los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos por delitos de corrupción.

2.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 02

2.2.2.1. Variable Independiente (A): En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

2.2.2.2. Variable Dependiente (B): La inidoneidad e insuficiencia de las excepciones a la regla de exclusión para combatir la impunidad que genera la aplicación absoluta de la prueba ilícita.

2.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 03

2.2.3.1. Variable Independiente (A): La jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos.

2.2.3.2. Variable Dependiente (B): Primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre los derechos de la víctima, el derecho a la verdad y el interés estatal público

III. METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de la presente investigación es cualitativo. En tal sentido no resulta imperante realizar una investigación experimental. Además, siendo el objetivo general de la presente tesis evidenciar la falta de predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales en lo relativo a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en los delitos de corrupción de funcionarios públicos y de esta manera, proponer la reconfiguración de la regla de exclusión, el presente estudio no pretende manipular variables para analizar las consecuencias de esta acción. El análisis se ejecutará mediante la observación de las variables en su contexto natural. Por lo tanto, los planes y estrategias investigativas a desarrollar para la consecución de respuestas fiables a las preguntas de investigación, son de tipo no experimental, e involucran los siguientes diseños:

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

- A) Por la finalidad o propósito de la presente investigación es *básica o pura*, porque la finalidad perseguida es eminentemente teórica, la cual va a permitir el desarrollo y comprensión de la “prueba ilícita” o “prohibida” en relación con los delitos cometidos por funcionarios públicos en perjuicio de la Administración Pública; de esta manera, está orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos teóricos, buscando la resolución de un problema amplio, de validez general, sin preocuparse de una aplicación práctica específica.
- B) Asimismo, por la fuente o el origen de la información, esta investigación puede clasificarse como *documental o bibliográfica*, puesto que la fuente de información, y donde se va a realizar el proceso de indagación, es el análisis y estudio de documentos, que son fuentes que contienen y reproducen el pensamiento humano, tales como la propia Jurisprudencia, la ley, los libros, artículos, tesis, monografías, pappers, etc.

C) Finalmente, por el ámbito en que se desarrollará, la presente es una investigación *dogmática*, siendo que se va a trabajar con la dogmática jurídica, la cual se desarrolla y manifiesta en los trabajos de interpretación, categorización y sistematización de las normas legales y demás instituciones jurídicas que se relacionan con el tema de investigación.

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es de carácter descriptiva, con carácter de exploratoria, en la medida en que se describen o especifican las peculiaridades de la teoría de la prueba ilícita, así como también aquellas que configuran la fisonomía del problema derivado de la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones en la jurisprudencia nacional, en lo referente a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. La presente investigación es –además– explicativa, dado que abarca el estudio o análisis del tema en concreto, buscando así poner en evidencia las causas y consecuencias que se desencadenan de la problemática que implica el tema de la presente investigación.

Tema que será abordado de forma provisional para futuras investigaciones, debido al poco análisis que ha tenido en la doctrina y la inexistencia de investigaciones previas respecto a al tema en específico.

3.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

El Método de Investigación por el origen de los datos será documental, dado que se hará la indagación especialmente a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales. Por lo tanto, la fuente de la información en la presente investigación es el análisis y estudio de documentos, tales como leyes y otras normas, Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los altos tribunales de España y Estados Unidos, del Tribunal Constitucional y Corte Suprema del Perú, de la Corte Superior de Lima, libros, revistas, artículos, entre otros.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.3.1. POBLACION

En atención a lo que se ha señalado con anterioridad, la presente investigación se desarrolla sobre la base de fuentes de índole documental. En tal sentido, se analizará la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada relevante en cuanto al estudio de la teoría de la prueba ilícita o prohibida. En cuanto a la jurisprudencia nacional, se recurrirá puntualmente a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de la República y Subsistema Anticorrupción. En la jurisprudencia comparada, se acudirá a los pronunciamientos jurisdiccionales trascendentales en la materia.

3.3.2. MUESTRA

Teniendo en consideración que la población se torna extensa en cuanto implica jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina relevante en la materia, el tamaño de la muestra será determinada en función al universo de los elementos existentes y, en tal sentido, ello quedará a criterio de la investigadora.

3.3.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

A efectos de seleccionar la muestra, en atención a lo señalado precedentemente, se va a delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población descrita, para lo cual se empleará un Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico. En tal sentido, siendo la presente investigación cualitativa, la información es la que guía el muestreo, y por ello es preciso que evolucione en el propio campo ya que es necesario que cubra todos los requerimientos conceptuales del estudio, y no la adaptación a unas reglas metodológicas.

3.3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

3.3.4.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las poblaciones en abstracto ya señaladas, pueden ser citados de la siguiente manera:

- Pronunciamientos jurisdiccionales en lo referente a la materia de investigación: prueba ilícita y regla de exclusión, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Pronunciamientos jurisdiccionales en lo referente a la materia de investigación: prueba ilícita y regla de exclusión, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Pronunciamientos jurisdiccionales en lo referente a la materia de investigación: prueba ilícita y regla de exclusión, en Estados Unidos.
- Pronunciamientos jurisdiccionales en lo referente a la materia de investigación: prueba ilícita y regla de exclusión, en España.
- Pronunciamientos jurisdiccionales en lo referente a la materia de investigación: prueba ilícita y regla de exclusión; en la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República y el Subsistema Anticorrupción.
- Doctrina nacional y comparada sobre la materia de investigación.
- Legislación nacional y comparada sobre la materia de investigación
- Conferencias trascendentales sobre la materia de investigación.

3.3.4.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

En puridad, se tomarán en consideración el siguiente criterio de exclusión:

- Sentencias Judiciales nacionales y extranjeras en las cuales la prueba cuestionada de ilicitud no era relevante.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.4.1. TÉCNICAS

Estando a los elementos que constituyen la población, los mismos que son – además- fuente en el presente estudio jurídico, se empleará la Técnica de la Revisión Documental y la Técnica de entrevista individual, en mérito a las cuales se analizarán teóricamente los datos que se obtengan y aporten a la investigación, para de esa manera extraer, esquematizar e interpretar las particularidades de los mismos.

3.4.2. INSTRUMENTOS

Los instrumentos a emplearse en la presente investigación, con carácter cualitativo, y en observancia de las técnicas descritas, serán la Guía de Revisión Documental y la Ficha de Entrevista Individual. En tal sentido, para la primera de las nombradas se organizará un esquema en el que se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación y, para la segunda técnica citada, se elaboraran 6 interrogantes relativas a los aspectos relevantes de la problemática.

3.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En la presente investigación se utilizarán distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

- A) Método Exegético-Jurídico: Para el análisis y cuestionamiento de los diferentes dispositivos jurídicos que recepcionan la aplicación absoluta de la regla de exclusión de la prueba ilícita.
- B) Método Sistemático: Para la interpretación armónica y concordante de la Doctrina relevante en torno a la teoría de la prueba ilícita, en los aspectos trascendentales a los fines de la investigación.
- C) Método Dogmático: Para acudir a la doctrina y jurisprudencia, a nivel nacional y comparado, en relación a los objetivos plasmados en la presente investigación.

CAPÍTULO IV
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA DE LOS RESULTADOS

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

1.1. FASES DEL PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue adquirida de diversas fuentes doctrinales, jurisprudenciales y normativas para lograr un marco teórico próspero.

En cuanto a las fuentes doctrinales, se han empleado fuentes nacionales y de derecho comparado, todas ellas referidas al tema materia de la investigación.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha recurrido a aquella emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como también de las altas Cortes de España, Estados Unidos y Perú.

En cuanto a las fuentes normativas, se han utilizado aquellas, tanto nacionales como de derecho comparado, que regulan la teoría de la prueba ilícita o, más concretamente, aquellas que recepción la regla de exclusión

Este acervo de fuentes documentales ha sido obtenido durante la formación universitaria llevada a cabo por la titulado.

1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Las fuentes documentales a las que se ha hecho mención, se han expresado durante el desarrollo de la presente investigación de modo sintético y con las respectivas notas al pie, en lo correspondiente.

De esta forma, en el ámbito interno de este estudio, el análisis previo a tal expresión ha tenido una connotación netamente cualitativa, habiéndose reflexionado sobre cada fuente documental, conservando las posturas expuestas en cada una de ellas, de tal manera que el esquema teórico de la presente investigación brinde la aproximación necesaria a la comprensión de esta tan compleja institución y, de este modo, se comprenda y evidencie la situación problemática expuesta que ha ameritado el presente estudio.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.1.1. HIPÓTESIS 01:

“En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, no existe uniformidad de criterios en cuanto a la aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita de cargo y de sus excepciones.”

La complejidad subyacente al estudio de la prueba ilícita, de la regla de exclusión y de sus excepciones se ha visto reflejada en los pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales nacionales, en los que su tratamiento ha significado un análisis disperso reflejado en apreciaciones muchas veces incompatibles frente a idénticos supuestos.

A la actualidad, la teoría de la prueba ilícita ha cobrado un rol importantísimo en los procesos penales, sobre todo en aquellos seguidos contra funcionarios públicos por la comisión de delitos de corrupción, en donde los criterios asumidos por los órganos jurisdiccionales para excluir o rechazar las pruebas cuestionadas de ilicitud no han sido unánimes. Los tribunales nacionales parecen no haberse puesto de acuerdo en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones, pues en algunos casos se aplica con absolutidad la regla de exclusión y en algunos otros se ha acogido la aplicación de sus excepciones.

La falta de predictibilidad ha desencadenado incertidumbre, tanto en los agentes que persiguen el delito como en aquellos sujetos investigados, pues, entre la aplicación de la regla de exclusión de modo restringido y la subsistencia de innumerables excepciones se crea un escenario de desconcierto traducido; de un lado, en la ineficacia de la actuación policial o fiscal (ya sea por desconocimiento o incertidumbre) y; de otro, en una sensación de indefensión e inseguridad jurídica.

Al respecto, ha de ponerse en relieve el caso “*Petroaudios*”, en donde la Tercera Sala Penal Liquidadora, declara que los audios difundidos en un canal de televisión –Noticiero Cuarto Poder- constituían prueba ilícita, por provenir de la vulneración del contenido esencial del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de Rómulo León Alegría y otros. Y, dicha ilicitud estaría ratificada con la sentencia recaída en el Exp. N° 99-2009 (527-2009) emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima (Caso denominado *Business Track*). Por lo tanto, la Sala excluye la valoración de los audios y de los demás medios probatorios derivados de ellos, sólo por considerar que la ilicitud de los audios ya había sido antes declarada por parte de otro órgano jurisdiccional.

La Tercera Sala Penal Liquidadora parece olvidar las teorías o excepciones que permiten la admisibilidad y validez de las pruebas ilícitas, como es la teoría de la “ponderación de intereses” o excepción del “principio de proporcionalidad”. Esta doctrina, reconocida por la propia Corte Suprema (R.N. N° 4826-2005 del 19 de julio de 2007 (Caso “EL Polo II”) entre otros) y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004, permite la valoración de la prueba ilícita cuando se encuentra de por medio intereses de mayor intensidad como, por ejemplo, los constituidos por los bienes jurídicos que se protegen en la criminalidad organizada o en los delitos de corrupción.

La aplicación de esta doctrina le hubiese permitido a la Tercera Sala Penal Liquidadora valorar los audios y demás pruebas derivadas, dado que los hechos enjuiciados revestían connotaciones de trascendental gravedad y, a su vez, por estar contenidos en actos de corrupción –como la explotación de lotes petroleros-cometidos por funcionarios y ex funcionarios públicos de la época, constituían la presencia clara del interés público, dado que dichos actos menoscaban la calidad de vida, afectan la economía y permiten el fortalecimiento y desarrollo del crimen organizado así como de otras amenazas a la seguridad de los países. La corrupción es un flagelo moral, económico e institucional, que produce un impacto mayor en los sectores de bajo recursos.

La Tercera Sala Penal Liquidadora pudo haber hecho uso de esta doctrina, más aun sin en otros casos, como los estudiados en los apartados anteriores, ya lo

había hecho. Por ello, a la luz de la propia doctrina de la Corte Suprema, su inaplicación en el presente caso resulta bastante criticable.

Por otro lado, a manera de reflexión se cita el caso *Gamarra Olivares*, en donde la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que independientemente de que la prueba ilícita deba considerarse ineficaz, la realidad de dicha filmación fue aceptada por el propio ex congresista y por las declaraciones de los demás implicados y testigos. La validez de la prueba *ilícita* se admitió dada la fiabilidad de su contenido, indicando puntualmente la Sala lo siguiente: “resultando por lo tanto irrelevante para el presente caso, el origen y modo de obtención de esta prueba”.

En el caso Petroaudios, Rómulo León Alegría no negó en el proceso judicial, la realidad de los audios interceptados, lo que alegó fue que fueron sacadas de contexto y que se les habría dado un trato distinto por lo que incluso sometió la causa a un proceso penal, denunciando penalmente a los responsables de tal hecho. Visto desde esta perspectiva, el presente caso recibió un trato procesal distinto que el de Gamarra. Sin embargo, el criterio aplicado por Sala en este último pudo haber sido aplicable al de los Petroaudios, toda vez que la realidad de las filmaciones, si no fue ratificada por los intervinientes de modo expreso, hubiera podido serlo de otro modo, por ejemplo, con una pericia.

Por otro lado, resulta relevante a los efectos de la valoración de la prueba ilícita, el criterio empleado por la Sala Penal Especial en la resolución del caso José Ramón García Marcelo, en tanto dicha Sala asume la corriente doctrinal a partir de la cual los terceros no pueden beneficiarse con la supuesta vulneración de la pruebas obtenidas en un allanamiento de domicilio que no les pertenecía y que por tanto, no se vieron afectado directamente. Esta teoría ha sido admitida por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Superior Penal llevado a cabo en Trujillo en 2004 y, puntualmente, en el Acta de Sesión se expresa que, en mérito a esta teoría, que “se reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental

afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena”⁹³⁴.

Y, como ha de verse, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, pese a ya haber sido empleada para la resolución del caso del ex miembro del Tribunal Constitucional: José Ramón García Marcelo, no fue aplicada en el presente caso (Petroaudios), dado que en el proceso se inutilizaron las pruebas obtenidas producto del allanamiento al domicilio de Rómulo León Alegría, lo que benefició no solo a este último sino además a terceros implicados en dicho proceso.

En este sentido, como bien sostiene Luis Alberto CARRASCO ALARCÓN: “(...) algunos casos se ha aplicado la regla de exclusión con carácter absoluto. El último caso que serviría como modelo de la aplicación absoluta de la regla de exclusión, es el caso de los “Petroaudios”, en tanto el Juez ha determinado en ese proceso que no pueden valorarse pruebas derivadas de una fuente viciada y, sencillamente, no se realizó ningún tipo de ponderación de bienes, se aplicó –sin más- la exclusión de la prueba y de esta manera fueron absueltos no solo los procesados principales, a quienes los medios de comunicaciones tenían enfocada su atención, sino también se excluyen a todos aquellos procesados incluidos en esa investigación. Lo que no sucedió por ejemplo en el caso de los videos o DVDs que se encontraron en el domicilio de la esposa de Vladimiro Montesinos, en este caso, a pesar de que la diligencia de incautación que se realizó en ese domicilio fue efectuada sin ningún tipo de autorización judicial; sin embargo, el acopio de esas pruebas fueron valoradas por el juez como medios de prueba válidos, siendo en ese caso aplicado un sentido distinto, no se aplicó la regla de exclusión”⁹³⁵.

De esta manera, queda **SUSTENTADO**, en méritos a las fuentes jurisprudenciales, que no se ha sentado postura uniforme en cuanto a la aplicación de la prueba ilícita. Así, se **CONFIRMA**; en consecuencia, la hipótesis planteada.

⁹³⁴Citado en el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. Tema 3: La prueba ilícita y prohibida. Ob Cit. Pág. 13.

⁹³⁵ CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. Ficha de entrevista. Pregunta N° 2. Ver en Anexos.

2.1.2. HIPÓTESIS 02

“En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita no son idóneas ni suficientes para combatir la impunidad derivada de la aplicación absoluta de la citada regla.”

A lo largo de la presente investigación ha quedado demostrado que la teoría de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita ha sido producto de una evolución jurisprudencial que no hace más que reflejar que las consecuencias o efectos negativos que desencadena la exclusión de la prueba ilícita; tales como los derivados de la impunidad, el alejamiento de la correcta administración de justicia, la ineficacia del Derecho Penal, el quebrantamiento de la paz social, entre otros, han hecho imperiosa la necesidad de relativizar la aplicación de la mencionada regla.

Ahora bien, en cuanto al fundamento atribuido en el Perú a la regla de exclusión, es posible afirmar que este goza de raigambre constitucional, pues se sienta sobre la base de la vigencia de los derechos fundamentales. En tal sentido -como ha de advertirse de lo desarrollado-, estas doctrinas denominadas “excepciones” no resultan idóneas, pues en un sistema jurídico que le otorga rango constitucional al fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, aquellas doctrinas que tienden a contravenirla pueden ser cuestionadas de inconstitucionales. De esta manera, se gesta el desconcierto en cuanto a su viabilidad. Por ello, a nivel jurisprudencial, la falta de predictibilidad al respecto deviene de la falta de correspondencia de éstas al fundamento de citado remedio, ya que ello genera en quienes resuelven, dubitación en cuanto a la aplicación de las citadas doctrinas y culminan optando por la aplicación del remedio que, cual círculo vicioso, reanuda la problemática que genera los efectos indeseados que rebasan a su utilización.

Por otro lado, en cuanto a su suficiencia, ese aspecto no ha sido ajeno al análisis de cada una de ellas, en el acápite correspondiente. En principio, de la multiplicidad de éstas se ha evidenciado que algunas de ellas no son propiamente “excepciones” a la regla de exclusión, pues para que –en estricto- merezcan dicha denominación, éstas tendrían que partir de la premisa del reconocimiento de la existencia de prueba ilícita en el supuesto a aplicarse y, luego del análisis de las

circunstancias de esta, determinar su utilización en aplicación de la doctrina (excepción) pertinente. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que resulta aplicable la “excepción” de la “Teoría del riesgo”, la doctrina nunca reconoce que se está ante una prueba ilícita, ya que –por el contrario- niega la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental cuestionado, y de esta manera la prueba se utiliza.

De igual modo sucede con las “excepciones a la prueba derivada”, en donde calificación de una prueba como fruto del árbol envenenado deviene justamente de su relación con la prueba directa, por tanto, la ausencia de tal relación o, en todo caso, la omisión de la vinculación en la intensidad exigible entre una y otra prueba, anula la aplicación de esta doctrina, puesto que la misma parte del presupuesto necesario de la vinculación o relación causal.

Así, en términos generales, para que puedan aplicarse excepciones a una regla, primero ha de existir el supuesto que amerita la aplicación de esta último.

De otro lado, estas doctrinas tampoco se encuentran exentas de críticas en cuanto a su propia utilización en los casos concretos, pues –en su mayoría- pecan de subjetivas. La explicación de esta apreciación se ubica en el acápite que corresponde a su estudio.

Finalmente, el problema en esencia deviene de su propia naturaleza, pues pretenden sobreponerse a la teoría de la exclusión de la prueba ilícita con fundamentos subjetivos e imprecisos. De esta manera, al contravenir el fundamento de la regla general, dejan un margen de discrecionalidad al juzgador tan amplio, que permiten la falta de uniformidad de criterios.

En todo caso, para combatir las impunidades y demás consecuencias negativas que derivan de la utilización de la regla de exclusión, se necesitan de doctrinas que guarden armonía con el fundamento que se le atribuya al remedio.

En definitiva, resulta claro que dichas teorías son el fiel reflejo de la pretensión de la jurisprudencia por alejarse de la aplicación restringida de la regla de exclusión, pero al parecer no han sido lo suficientemente útiles a los fines de su elaboración.

De esta manera queda **SUSTENTADO** que en los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos por delitos de corrupción, las excepciones a la regla

de exclusión de la prueba ilícita no han sido idóneas ni suficientes para combatir la impunidad derivada de la aplicación absoluta de la citada regla. En consecuencia, se **CONFIRMA** la hipótesis planteada, en cuanto la jurisprudencia es el fiel reflejo de tal insuficiencia.

2.1.3. HIPÓTESIS 03

“En la jurisprudencia nacional sobre delitos de corrupción de funcionarios públicos, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre los derechos de la víctima, el derecho a la verdad y el interés estatal público”.

En sentido amplio, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, constituye por sí la primacía de los derechos fundamentales del imputado por sobre el interés público, pues como se ha explicado en el desarrollo del marco teórico de la presente investigación, en el contexto del proceso penal, la prueba ilícita pone en relieve la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos enfrentados, ambos susceptibles de tutela constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el *ius puniendi* para sancionar a quienes incumplan la ley. Dicho interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

En consecuencia, la prueba ilícita representa el siempre presente conflicto; de un lado, del respeto a los derechos fundamentales viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita y; de otro, la primacía del interés colectivo y la exigencia social de seguridad.

La aplicación de la regla de exclusión da solución a solo uno de los aspectos problemáticos mencionados, pues ha permitido que, en diferentes ocasiones, pruebas relevantes y fiables hayan sido excluidas de los procesos penales desarrollados, generando –entre otros efectos negativos- la impunidad del delito cometido. De esta manera, soluciona *un mal con otro mal*.

Así, como bien expresa Teresa ARMENTA DEU: “Determinadas resoluciones que han derivado en impunidad en casos de relevancia pública, problemas operativos en las investigaciones generadores de inevitables frustraciones (particularmente relacionada con el tráfico de drogas y casos de corrupción política) y una tendencia jurisprudencial no siempre uniforme en cuestiones relativas a los presupuestos que deben observarse en la limitación de derechos fundamentales (...) han ido evidenciando más la tensión entre la efectividad de la persecución de los delitos y la búsqueda de la verdad material, y la plena protección de los derechos fundamentales y otros derechos merecedores de tutela jurídica”⁹³⁶.

En definitiva, la aplicación de la regla de exclusión revela importantes vacíos en el proceso penal, en tanto, refleja la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre el interés estatal público, el derecho a la verdad, el derecho de la víctima y los de la sociedad en conjunto.

Así, en atención a lo expuesto, queda **SUSTENTADO** entonces que la aplicación de la regla de exclusión constituye la primacía de los derechos fundamentales del imputado sobre el interés estatal público, el derecho a la verdad y los de la sociedad en conjunto. En consecuencia, se **CONFIRMA** la hipótesis esbozada.

2.2. HIPOTESIS GENERAL

“En la jurisprudencia nacional, la diversificación de criterios esgrimidos respecto a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos si afectan al principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica”.

En la jurisprudencia nacional, la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones ha sido desarrollada de modo desordenado e inconsistente, tal y como consta de los casos analizados.

Entonces, no deviene en refutable que, en lo concerniente a la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones, en la administración de Justicia Peruana

⁹³⁶ ARMENTA DEU, Teresa. (2011). La Prueba Ilícita. Un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid-España. Págs. 111-112.

los litigantes se encuentran aún en una incertidumbre, pues, a la luz de la jurisprudencia, no se encuentra clarificada la teoría de la exclusión de la prueba ilícita.

De este modo, la afectación al principio de predictibilidad conlleva a una situación de inseguridad jurídica, pues ni lo propios operadores jurídicos, ni mucho menos los agentes policiales conocen cuándo se encuentran frente a una evidencia ilícita y cuándo no.

De esta manera, ha quedado **SUSTENTADO** que, en la jurisprudencia nacional, la diversificación de criterios esgrimidos respecto a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos si afectan al principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica. Por tanto, se **CONFIRMA** la hipótesis principal citada.

CAPÍTULO V
MARCO CONCLUSIVO

PRIMERA: En la jurisprudencia nacional, la aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones ha sido desarrollada de modo desordenado e inconsistente. En algunas ocasiones se ha recurrido a la absolutidad de la aplicación de la regla de exclusión, lo que generó la ineficacia del derecho penal y se tradujo en la impunidad de los delitos procesados. Y, en otras, los criterios esgrimidos por los Tribunales de Justicia para validar y admitir la prueba ilícita (teorías sobre la admisibilidad y valoración), han sido muchas veces tan inconsistentes que, han terminado, en supuestos análogos, inaplicándose.

Como será posible advertir en la presente investigación, tal falta de predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales en torno a la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita no hace más que evidenciar; primero, que el fundamento de la regla de exclusión no permite la aplicación de excepciones y; segundo, que dichas *excepciones* constituyen un intento fallido de sustraerse de la aplicación de la regla de exclusión, más aún, cuando dichas teorías no son, por sí, sólidas.

SEGUNDA: La falta de predictibilidad judicial en la jurisprudencia peruana en cuanto a la aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita y de sus excepciones genera un escenario de diversas críticas, de un lado, de quienes amparan la aplicación irrestricta de la regla de exclusión y de otro, de quienes cuestionan su vigencia por suponer un alejamiento de la verdad material muchas veces traducidas en impunidad.

En tal sentido, la incertidumbre se extiende a quienes se encargan de la persecución de delito y a quienes son investigados, pues con la introducción de las variadas excepciones a la regla de exclusión en el derecho nacional, su consecuente aplicación desordenada y la permanencia de la absolutidad de la regla de exclusión en la legislación procesal, ya no es posible tener certeza de cuándo es que un supuesto de obtención de una fuente de prueba es ilícita y cuándo es que correspondería –en todo caso- la aplicación de alguna excepción.

TERCERA: Las excepciones planteadas a la regla de exclusión de la prueba ilícita no han alcanzado la finalidad para la cual fueron creadas; de un lado, porque el fundamento de la dicha regla –basado en la vigencia de los derechos fundamentales, no lo permite, ya que siempre y en todos los casos la aplicación

de alguna de ellas se enfrentará siempre a la vigencia del citado remedio; y de otro, porque del análisis de varias de ellas se extraen conclusiones que arriban a su inconsistencia y mera subjetividad.

CUARTA: La admisibilidad y validez de una evidencia procedente de una actuación ilícita puede llegar a generar un escenario de controversiales críticas; de un lado, por la afectación de derechos fundamentales del imputado y de la posible manipulación de la evidencia y, de otro, por el desapego que la aplicación de la regla de exclusión genera en cuanto a los derechos de la víctima y de la sociedad en su conjunto.

No obstante, los cuestionamientos que se funden en la regla de exclusión como garantía de la posición preferente de los derechos fundamentales, corresponde precisar que el Derecho es una ciencia social epistémica, cuyo principal objetivo es la regulación de la conducta humana, y sus instituciones no son producto de un conocimiento logrado y final, sino que se encuentran sujetas a constantes cambios. Siendo ello así, cabría cuestionarnos la vigencia de la tradicional regla de exclusión procesal de medios probatorios ilícitos en escenarios criminológicos de alta complejidad y dificultad probatoria.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Rechazar elementos de prueba o evidencias notoriamente fiables, valiosos y relevantes para la resolución del conflicto por considerarse que la ilicitud de su origen merma su ingreso al proceso, so pretexto de la aplicación de la regla de exclusión como derecho fundamental implícito del derecho a la prueba, es un problema que amerita un riguroso estudio, sobre todo si se trata de la extrapolación del tratamiento de esta institución. Por ello resulta imperante una reconfiguración del fundamento de la regla de exclusión, de tal manera que, puntualmente, en los procesos seguidos contra funcionarios públicos por delitos de corrupción ante los supuestos que configuren la presencia de una prueba prohibida, solo y únicamente sea excluida aquella que no resulte *fiable*, es decir, cuando no constituya a una realidad auténtica e incontestable. Y, de esta manera, esta será la única excepción que confirmaría la regla. Así, en cuanto a las consecuencias de la ilicitud en el agente infractor, todas las precisiones se han esbozado en el marco teórico. No ha de olvidarse que la naturaleza, alcance y efectos dependen de su fundamento.

SEGUNDA: Es imperante que a nivel jurisprudencial se plantee el desafío de elaborar una corriente doctrinaria uniforme respecto al tratamiento de la prueba ilícita (regla de exclusión), de manera tal que concilie las exigencias sociales de paz y justicia y la defensa de los derechos fundamentales del investigado.

BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES DOCTRINALES

ACOSTA VÁSQUEZ, Luis A. (julio-diciembre 2007). Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/126-478-1-PB.pdf>.

Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria. En Línea. <Publicación disponible en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf>.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. (2012). La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles Jurisprudenciales comparativos. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona-España. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf?sequence=1>>.

ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, NEYRA FLORES, José Antonio, PAÚCAR CHAPA, Marcial y PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos. (2018). La Prueba en el Proceso Penal Peruano. Centro de Estudios de Derecho procesal Penal. Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. En Línea. <Publicación disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2017/proceso_penal.pdf>

ARMENTA DEU, Teresa. (2011). La Prueba Ilícita. Un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid-España.

ASENCIO MELLADO, José María. (2008). Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000. Prueba ilícita y lucha anticorrupción "El caso de allanamiento y secuestro de los vladivideos". Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.

ASENCIO MELLADO, José María (DIRECTOR). (2008). Prueba ilícita y lucha anticorrupción. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.

BAZÁN CERDÁN, J. Fernando. Audiencia De Tutela: Fundamentos Jurídicos (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116). En Línea. <Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc/4.+Jueces+-+J+Fernando+Bazan+Cerd%C3%A1n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc> >.

Boletín N° 06 Proyecto Anticorrupción. (Septiembre 2011). La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos PUCP. En Línea. <Publicación disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf>.

BURGOS MARIÑOS, Víctor. (2004). Principios rectores del nuevo CPP peruano”. Conferencia dictada en el XIII Taller sobre justicia penal y derechos humanos organizado por CEAS. Lima-Perú. Pág. 78.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. (2001). El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Primera Edición. Ara Editores. Lima-Perú.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. Ius Et Veritas. En Línea. <Publicación disponible en <file:///C:/Users/user/Downloads/15713-62434-1-PB.pdf>>.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime. (2015). La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. Tesis Doctoral. Madrid-España. En Línea. <Publicación disponible en: <http://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>>.

CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. En Línea. <Publicación disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30342/27388> >.

CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto. (2017). La prueba prohibida en el proceso penal y civil. Primera edición. Editorial Nomos & Thesis. Lima-Perú.

CARNELUTTI, Francesco. (1982). La prueba civil. Segunda Edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires-Argentina.

CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. (2014) Luciano. La prueba prohibida y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. Lima-Perú.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. (2008). Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/203/1/Castro_th.pdf.>

CHANAMÉ ORBE, Raúl. (2009).Comentarios a la Constitución. Cuarta Edición. Jurista Editores. Lima-Perú.

CHANJAN DOCUMET, RAFAEL H. SOBRE LA ¿ILICITUD? DE UNAS PRUEBAS Y UNA SENTENCIA. BREVES APUNTES SOBRE LA SENTENCIA DEL CASO PETROAUDIOS. BOLETÍN ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL DE LA P.U.C.P. LIMA-PERÚ. EN LÍNEA. <PUBLICACIÓN DISPONIBLE EN: <HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/WP-CONTENT/UPLOADS/2012/07/COMENTARIO-PETROAUDIOS.PDF> >

CHOCANO NÚÑEZ, Percy. (1997). Teoría de la Prueba. Primera Edición. Editorial Idemsa. Lima-Perú.

COSTA TORNÉ, Cinta. (2012). La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. Revista de Derecho UNED, núm. 11. En Línea. <Publicación disponible en: [file:///C:/Users/user/Downloads/11128-16075-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/11128-16075-1-PB%20(1).pdf)>.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1984). Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Tomo II. Editorial ABC. Bogotá-Colombia.

DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS. (2010). Los derechos fundamentales en el sistema constitucional-Teoría general e implicaciones prácticas. Primera Edición. Palestra Editores. Lima-Perú.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2000). La Prueba lícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Segunda Edición. E Editorial Aranzadi S.A. Navarra-España.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. (2012). La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Sexta Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra-España.

FERRAJOLI, Luigi. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Edición Ilustrada. Editor Trotta. Madrid-España.

FERRAJOLI, Luigi. (1997). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Segunda Edición. Editor Trotta. Madrid-España.

FERRAJOLI, Luigi. (Noviembre de 2005). El garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. Segunda Edición. Editorial Cordillera S.A.C. Bogotá-Colombia.

FERRER BELTRÁN. Jordi. (2005). Prueba y Verdad en el Derecho. Prólogo de Michele Taruffo. Segunda Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-España.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. (2003). Las “pruebas ilegales”: de la *exclusionary rule* estadounidense al artículo 11.1.LOPJ. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Primera Edición. Madrid-España.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. (Mayo 2003). La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos De América. Madrid-España. En Línea. <Publicación disponible en <https://www.moreana.es/wp-content/uploads/2013/10/Fidalgo-La-regla-de-exclusio%C2%A6%C3%BCn.pdf>>.

GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. (Agosto 2012). NUEVO ORDEN JURIDICO y JURISPRUDENCIA. Jurista Editores. Primera Edición. Lima-Perú.

GARCÍA SÁNCHEZ Noelia y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (junio 2014). Las Garantías Constitucionales-El derecho de defensa del imputado. Universidad

de Salamanca. En Línea. <Publicación disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125584/1/TG_GarciaSanchez_Garantias.pdf>.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo. En Línea. <Publicación disponible en: [file:///C:/Users/user/Downloads/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad%20(1).pdf)>.

GASCON ABELLÁN, Marina. (2002). Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. Universidad de Castilla-La Mancha. En Línea. <Publicación disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2002-10048900496_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_Sobre_el_modelo_cognoscitivista_en_la_prueba_judicial:_a_prop%F3sito_de_las_observaciones_de_Mario_Ruiz>.

GINER ALEGRÍA, César Augusto. (2008). Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 26. En Línea. <Publicación disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>>.

GONZALES GARCÍA, Jesús María. El proceso penal español y la prueba ilícita. En línea. <Publicación disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009>.

HERRERA ESQUIVEL, Karolaym Stefhany. (2018). Reconstruyendo la ilicitud desde los fundamentos de la epistemología. Razones para la admisibilidad de la prueba ilícita en el proceso penal. PUCP. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/HERRERA%20ESQUIVEL%20KAROLAYM_%20ENTREGA%20FINAL.pdf>.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, José Antonio. (Septiembre 2013). Actualidad Jurídica. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos en el Código Procesal Penal del 2004. Gaceta Jurídica. Lima Perú.

IÑIGUEZ ORTIZ, Eduardo y FEIJOÓ CAMBIASO, Raúl. (2017). El poder oculto de la prueba ilícita: Una aproximación psicológica. Editorial Themis. En Línea. <Publicación disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19820/19866>>.

LANDA ARROYO, César. César. (2006). Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. Primera edición. Editorial Palestra. Lima-Perú.

LANDA ARROYO, César. La Constitucionalización del Derecho Procesal Penal: El Nuevo Código Procesal Penal Peruano En Perspectiva. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592/16041>>.

LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. Constitución y Proceso Penal. En Línea. <Publicación disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_02.pdf >.

LÓPEZ YAGUES, Verónica y DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. (2008). La prueba ilícita en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.

LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar. (2008). “Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales”. Universidad De Chile-Facultad De Derecho-Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile-Chile. En Línea. <Publicación disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-luengo_t/pdfAmont/de-luengo_t.pdf>.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Segunda Edición. J.M. Bosh Editor. Barcelona-España.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (Mayo 2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de Seguretat

Pública. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/User/Downloads/194215-260507-1-PB%20(8).pdf >.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (2005). Constitución y sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Lima-Perú.

MORENO HOLMAN, Leonardo. (2012). Teoría del Caso. Segunda Edición. Ediciones Didot. Buenos Aires – Argentina.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. (2009). Juicio Oral. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima Perú.

NAZZAL MORGUES, Rodrigo Bernardo. (2017). Prueba ilícita en materia penal: análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema periodo 2014-2016. Universidad de Chile. Santiago de Chile-Chile. En línea. <Publicación disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146456/Prueba-il%C3%ADcita-en-materia-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >.

NEYRA FLORES, José Antonio. Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/2399-9306-1-PB.pdf >. Lima-Perú.

NEYRA FLORES, José Antonio. (2007). Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal. Academia de la Magistratura. Lima-Perú.

NEYRA FLORES, José Antonio. (Julio 2010) Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. Primera Edición. Editorial Idemsa. Lima-Perú.

NICOLÁS, Juan A y FRÁPOLLI, María J. (mayo–agosto 1997). Teorías actuales de la verdad. Diálogo Filosófico. En Línea. <Publicación disponible en <http://www.ugr.es/~frapolli/teoriasactuales.pdf> >.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. (2016). La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/817/472>>.

OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. (19 de febrero de 2013). La valoración de la prueba. Suplemento de Análisis Legal Jurídica. En Línea. <Publicación disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52/Basada+en+la+l%C3%B3gica%2C+la+sana+critica%2C+la+experiencia+y+el+proceso+civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52>>.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. (1993). Estudios de derecho procesal penal. Primera Edición. Editorial Alternativas. Lima-Perú.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. Las Garantías Constitucionales del debido proceso en el nuevo Código Procesal Penal-. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-procesal-penal/Las-garantias-constitucionales-del-debido-proceso.pdf>>. Lima –Perú. Pág. 04. [Consulta 16 de abril de 2016]

ORRILLO CARHUAJULCA, Juana. Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la jurisprudencia peruana. ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio? Revista do mestrado em direito. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en: <file:///C:/Users/user/Downloads/2568-8481-1-PB.pdf> >.

ORTIZ NISHIHARA, Mario Humberto. (2011). La perspectiva constitucional del nuevo proceso penal. En Línea. <Publicación disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2011/02/14/la-perspectiva-constitucional-del-nuevo-proceso-penal/>>. Lima-Perú.

PAREJA MUJICA, Brenda. (2017). Modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú. En Línea. <Publicación disponible en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9615/PAREJA_MUJICA_MODELO_DE_CONTROL_CONSTITUCIONAL_PARA_LA_ADMISION_DE_LA_PRUEBA_DE_CARGO_CON_VIOLACION_A_DERECHOS_FUNDAMENTALES_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_PERUANO.pdf?sequence=1 >.

PICÓ I JUNOY, Joan. (Mayo 2012). El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita. Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL. En Línea. <Publicación disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/jpdp/171Probatica.pdf>>.

PISFIL FLORES, Daniel Armando. (Mayo 2018). La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones. Primera Edición. Editores del Centro E.I.R.L. Lima-Perú.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Febrero 2015). Manual de Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima-Perú.

ROBLES SEVILLA, Williams Alexander. La valoración de la prueba en el sistema procesal penal peruano. En Línea. <Publicación disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/11-2011-valoracion_de_la_prueba.pdf >.

RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. (2007). “La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 NCPP”. En A.A.V.V., Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Editorial Idemsa. Lima-Perú.

RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. (2013). La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal. Derecho PUCP. En Línea. <Publicación disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/8907/9312> >.

ROSAS YATACO, Jorge. La investigación de los delitos. Ministerio Público Fiscalía de la Nación. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). En Línea. <Publicación disponible en: http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2257_modulo1_tema2.pdf>.

RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. En Línea. <Publicación disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/2552-8334-1-PB%20(1).pdf >.

SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). Derecho Procesal Penal. Volumen II. Editorial Grijley. Lima-Perú.

SAN MARTÍN CASTRO, César. (2012). Estudios de Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editorial Grijley. Lima-Perú.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. (2009). Estudios de Derecho Probatorio. Editorial Comunitas. Lima-Perú.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. (Marzo 2009). La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común. Primera Edición. En Línea. <Publicación disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf >.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. (Octubre 2015). La Prueba Ilícita. Perú. En Línea. <Publicación disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_prueba_ilicita.pdf>.

TARUFFO, Michele. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. 20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Primera Edición. México. En Línea. <Publicación disponible en: <http://dspace.utalca.cl/bitstream/1950/9675/1/procesal%2C%20taruffo%2C%20prueba%20y%20motivaci%C3%B3n%20en%20la%20decisi%C3%B3n%20sobre%20los%20hechos.pdf>>

TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En Línea. <Publicación disponible en: file:///C:/Users/user/Downloads/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad%20(1).pdf>.

TARUFFO, Michele. Ver en YouTube: Conferencia Estándares Constitucionales en Materia Probatoria, dictada en la Sala Regional de Toluca del TEPJF, México.

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego y ASTUDILLO MEZA, Guillermo. (2008). Jurisprudencia penal de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre prueba ilícita. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.

UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. (2008). El origen de los videos: Allanamiento ilegal y secuestro de videos. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Págs. 118-119.

UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Algunas reflexiones en torno a la prueba ilícita. Instituto de Ciencia Procesal Penal. En Línea. <Publicación disponible en:

https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_9_reflexiones_prueba_il%C3%ADcita.pdf >.

UREÑA CARAZO, Belén. (Mayo-agosto 2016). La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol. XLIX, núm. 146. En Línea. <Publicación disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/427/42746483009.pdf> >.

VÁRGAS ÁVILA, Rodrigo. (2011) Concepciones de la prueba judicial. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. En Línea. <Publicación disponible en: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-ConcepcionesDeLaPruebaJudicial-3850011.pdf>>.

VARGAS VALDIVIA, Luis G. (2004). Revista de Revistas. Revista Penal. En Línea. <Publicación disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10065300667_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Revistas_de_Revistas>.

VELÁSQUEZ GARCÍA, Jesús María. (2005). El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita. En línea. <Publicación disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009>.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. (Octubre del 2015). La prueba en el proceso penal. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima - Perú.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. (2004). La Prueba Ilícita. Primera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile-Chile.

II. FUENTES JURISPRUDENCIALES

2.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

.Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentencia de 06 de julio de 2009.

2.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 30 de marzo de 1989, caso Lamy c. BÉlgica

Sentencia de 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza.

2.3. ESPAÑA

2.3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 25/1981, de 14 de julio de 1981.

Tribunal Constitucional Español, Auto 289/1984 de 16 de mayo de 1984.

Tribunal Constitucional Español, Auto 289/1984 de 16 de mayo de 1984.

Tribunal Constitucional Español, Auto 173/1984 de 21 de marzo de 1984.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 107/1985, de 7 de octubre de 1985.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 64/1986, de 21 de mayo de 1986.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia de 9 de diciembre de 1987.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 96/1987, de 10 de junio de 1987

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 176/1988, de 4 de octubre de 1988.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 80/1991, de 15 de abril de 1991.

ribunal Constitucional Español, Sentencia 65/1992, de 29 de abril de 1992.

Tribunal Constitucional español, Sentencia 357/1993 de 29 de noviembre de 1993.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 85/1994, de 14 de marzo de 1994.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 181/1995, de 11 de diciembre de 1995.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 49/1996, de 26 de marzo de 1996.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 81/1998, de 2 de abril de 1998.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 49/1999, de 5 de abril de 1999.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 238/1999, de 20 de diciembre de 1999.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 173/2000, de 26 de junio de 2000.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 136/2006 del 08 de junio de 2006.

2.3.2. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 22 de mayo de 1982.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 31 de octubre de 1988.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 29 de marzo de 1990.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 26 de noviembre de 1991.

Tribunal Supremo Español, auto de 18 de junio de 1992.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 7 febrero de 1992.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 2 de noviembre de 1993.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 17 de septiembre de 1993.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 11 de mayo de 1994.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 2 de junio de 1995.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 30 de mayo de 1995.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 10 de febrero de 1995.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de 6 de julio de 2000

Tribunal Supremo Español, Sentencia 79/2012 de 9 de febrero de 2012.

2.4. ESTADOS UNIDOS

2.4.1. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Boyd vs United States en 1886.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Adams vs. New York en 1904.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Weeks v. United States, en 1914.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos Silverthone Lumber Co. vs. United States en 1920.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos Nardone vs. United States en 1939.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Lustig vs. United States, en 1949.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Rochin vs. California, en 1952.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos Walder vs. United States en 1954.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Mapp vs. Ohio, en 1961.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Malloy vs. Hongan, en 1964.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Massiah vs. United States, en 1964.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos Chapman vs. California en 1967.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos United states vs. Havens en 1980.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, United States vs. Leon, en 1984.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos Nix vs. Williams 1984.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Illinois vs. Krull en 1987.

Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, Arizona vs. Evans, en 1995.

2.5. PERÚ

2.5.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 01058-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 02333-2004-HC/TC.

Tribunal Constitucional Sentencia recaída en el Expediente N° 4831-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 06712-2005-HC/TC.

Tribunal Constitucional Sentencia recaída en el Expediente N°. 5068-2006-PHC/TC.

Tribunal Constitucional Sentencia recaída en el Expediente N°. 1014-2007-PHC/TC.

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Sentencia recaída en el Expediente N° 00033-2007-PI/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC.

Tribunal Constitucional Sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2017-HC/TC.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 01014-2017-PHC-TC.

2.5.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia recaída en el Expediente N° 719-90-Cusco. Anales J.,T. LXX-VIII.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia recaída en el Expediente N° 795-90-Lima. Anales J., T. LXXVIII.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia recaída en el Expediente N° 1045-99-Huánuco, Data 35,000. G.J.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del 07-04-2009 recaída en el Expediente N° 10-2001/Acumulado N° 45-2003-A-V).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia recaída en el Expediente N° 11-2001, del 18 de febrero de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia recaída en el Expediente N° 21-2001, del 3 de julio de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Nacional, Sentencia recaída en el Expediente. N° 295-2002, del 01 de septiembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, en la REV. SENT. N° 30-2004.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R. N. N° 1912-2004/ Lima, del 13 de octubre de 2004.

Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria en ejecutoria R.N. Expediente N° 373-2005-HUÁNUCO.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Nacional, Sentencia recaída en el Expediente 634-03, del 5 de agosto de 2005.

Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 4824-2005, del 24 de mayo de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, A.V. N° 9-2006, LIMA.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R.N. N.º 4826-2005/Lima, del 19 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia recaída en el Expediente N° A.V. 19-2001, del 7 de abril de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria, Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009. Expediente N° 19-2001-09-A.V. Recurso de Nulidad (caso Barrios Altos y La Cantuta).

Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N. ° 4-2010/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R.N. N° 1317-2012/LIMA.

Corte Suprema de la República, la Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 173-2012/Cajamarca.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, R. N. N° 2874-2013/delSanta, del 13 de marzo de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente R.N. N° 677-2016/LIMA.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R.N. 817-2016/LIMA, del 20 de noviembre de 2017.

2.5.3. CORTE SUPERIOR DE LIMA

Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Penal Especial B, Sentencia recaída en el Expediente N° 017-2001.

Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Penal Especial "A" de la Expediente N° 030-2001-SPE/CSL.

Pleno Jurisdiccional Superior Penal Nacional de Trujillo del 2004, Acta de la sesión, "problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria".

Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, Sentencia recaída en el Expediente N° 99-2009 (527-2009), del 23 de marzo de 2012.

Corte Superior de Lima Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Incidente N° 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, en la Resolución del 18 de julio de 2012.

Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Penal Liquidadora, Sentencia recaída en el Expediente N° 105-2008 de 16 de febrero de 2016.

Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Penal Liquidadora, Sentencia recaída en el Expediente N° 105-2008 de 16 de febrero de 2016.

2.5.4. FISCALÍA SUPREMA

Dictamen N° 023-2009 del 31 de agosto de 2009 de la Fiscalía Suprema en lo Penal. Exp. N° 19-2001-09-A.V. R.N. (caso Barrios Altos y La Cantuta).

III. LEGISLACIÓN

3.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política del Perú

Exposición de Motivos del D.L. N° 957. En Línea. <Publicación disponible en:<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2004/Julio/29/EXP-DL957.pdf>>.

Código Procesal Penal.

3.2. LEGISLACIÓN COMPARADA

Constitución de España de 1978.

Ley Orgánica del Poder Judicial Español.

Convenio europeo de derechos humanos.

ANEXOS

ANEXO 01

GUÍA DE REVISIÓN DOCUMENTAL	
NÚMERO DE GUÍA	
REFERENCIA DESCRIPTIVA DEL DOCUMENTO	
TÍTULO	
AUTOR	
FECHA Y LUGAR DE LA PUBLICACIÓN	
PALABRAS CLAVE	
ASPECTOS METODOLÓGICOS	
ASPECTOS RELEVANTES	
OBSERVACIONES	

ANEXO 02

FICHAS DE ENTREVISTA

FICHA DE ENTREVISTA I

NOMBRE DEL EXPERTO: JOSUÉ PARIONA PASTRANA

PROFESION ABOGADO

CARGO: JUEZ TITULAR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TEMA: LA PRUEBA ILÍCITA

FECHA: 04 DE DICIEMBRE DE 2017

- 1. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ART. VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL) DEBE SER SIEMPRE DE FORMA ABSOLUTA?**

No, pues existen tres excepciones a la regla de la exclusión probatoria: 1) la fuente independiente, cuando existen otras pruebas que para su obtención no han dependido casualmente de la prueba obtenida infringiendo derechos fundamentales; 2) el nexo causal atenuado, que se presenta cuando el nexo causal es casi inexistente entre el acto ilícito y de la prueba derivada; y, 3) el descubrimiento inevitable, referido a que las pruebas obtenidas ilícitamente pueden ser incorporadas al proceso siempre que haya sido posible descubrirlas a través de otras vías lícitas.

Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita no puede ser aplicada en forma absoluta, sino dependiendo del caso concreto.

- 2. ¿CONSIDERA QUE EN EL PERÚ EXISTE, POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, UNA APLICACIÓN ABSOLUTA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS?**

No, porque existe jurisprudencia donde se desarrollan las excepciones mencionadas en la pregunta anterior, tales como las sentencias expeditas por la

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaídas en los Exp. N° 21-2001, del tres de julio de dos mil tres.

Además, la regla de exclusión de la prueba ilícita también ha sido aplicada en el análisis de otros delitos, como en los R. N. N° 4826-2005 y N° 1317-2010.

3. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUYEN UNA VEJACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO?

No, pues estas excepciones son aplicadas dependiendo del caso concreto, a fin de salvaguardar el principio al debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa.

4. ANTE EL SIEMPRE PRESENTE CONFLICTO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, POR UN LADO, VIABILIZADOS A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA; Y, POR OTRO LADO, LA PRIMACÍA DEL INTERÉS COLECTIVO Y LA EXIGENCIA SOCIAL DE SEGURIDAD, ¿A FAVOR DE CUÁL SE DECLARA USTED?

En efecto, me declaro a favor del respeto de los derechos fundamentales que, como respondí en las preguntas anteriores, en razón a la prueba obtenida ilícitamente, son susceptibles de ser examinados.

5. RESPECTO A LAS TENDENCIAS DE LA PRUEBA ILÍCITA, ¿POR CUÁL DE ELLAS SE INCLINA USTED?

Existen dos modelos: el norteamericano y el europeo-continental. El primero contempla excepciones a la exclusión de la prueba prohibida, mientras el segundo no. Por ello, me inclino por el modelo norteamericano, pues permite inaplicar la exclusión de la prueba prohibida en determinados casos, conforme ya se explicó en preguntas precedentes.

FICHA DE ENTREVISTA II

NOMBRE DEL EXPERTO: ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

PROFESION ABOGADO

CARGO: FISCAL SUPERIOR

TEMA: LA PRUEBA ILÍCITA

FECHA: 20 DE NOVIEMBRE DE 2017

LA ENTREVISTA QUE SE REALIZARÁ A CONTINUACIÓN VERSA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA, SU TRATAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

LA PRESENTE ENTREVISTA TIENE COMO FINALIDAD CONOCER LA POSTURA QUE EL ENTREVISTADO TIENE RESPECTO A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

PREGUNTAS:

1. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ART. VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO PROCESAL PENAL) DEBE SER SIEMPRE DE FORMA ABSOLUTA?

Si bien el fundamento político criminal que inspiró la consagración en el Título Preliminar del NCPP, fue la absoluta invalidez de la prueba prohibida (con sus propios matices la prueba ilícita y/o irregular), ello a la luz de la practicidad judicial fue decantándose por su relatividad, es decir, si bien la regla es que se deba proceder a la exclusión de la prueba obtenida -directa e indirectamente-, en afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, ello puede incidir en una apreciación en contrario cuando aparezcan intereses jurídicos superiores, que se manifiestan en la investigación y persecución de graves crímenes, v. gr., corrupción política, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, trata de

personas, donde es mayor la intensidad en la necesidad de averiguación de los presuntos hechos punibles como la identificación de su autor y/o partícipe.

2. ¿CONSIDERA QUE EN EL PERÚ EXISTE, POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, UNA APLICACIÓN ABSOLUTA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

A mi entender, no existe de ningún modo una aplicación absoluta de la regla de exclusión de la prueba ilícita en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, pues los órganos jurisdiccionales en los casos concretos (casos mediáticos), ha invocado en el marco del régimen de audiencias del NCPP, las instituciones de las Excepciones a la "prueba prohibida", como la teoría del riesgo, el nexo de antijuridicidad, la ponderación de intereses, etc., y así se otorgado validez a pruebas que en principio habrían resultado lesivas al contenido esencial de los derechos fundamentales, extrapolando un desarrollo jurisprudencial propio de los tribunales judiciales (supremos), norteamericanos y españoles. Por tanto, en la judicatura nacional existen posturas discrepantes, las cuales son definidas caso por caso.

3. ¿CONSIDERA USTED QUE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA, HA SIGNIFICADO LA IMPUNIDAD DE LOS PROCESADOS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ?

Esta pregunta debe responderse dependiendo de las premisas que se parta, de que en un Proceso Penal a la luz del Estado Constitucional de Derecho no se puede llegar a la verdad a cualquier precio, pues el límite de contención precisamente en la persecución investigativa son los derechos humanos así como la estricta observancia de los procedimientos previstos en la Constitución y la Ley. Dicho esto, será la casuística propiamente que determinará si es que en algunos casos los órganos jurisdiccionales deberán realizar un test de proporcionalidad, de razonabilidad, de ponderación, valorando que tan tenue es el nexo de antijuridicidad con la fuente probatoria obtenida de forma ilícita así como la gravedad del interés jurídico afectado, para resolver la admisibilidad o no de la

evidencia (prueba), y así constituir en un material probatorio para condenar al imputado. De hecho, una posición demasiado rígida (absoluta) de la prueba prohibida puede generar espacios intolerables de impunidad en el país.

4. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUYEN UNA VEJACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO?

En lo absoluto, en un Estado social y democrático de derecho, si bien por un lado existe la consagración, el afianzamiento de los derechos fundamentales que debe respetarse a todo justiciable, así como la sujeción estricta de los funcionarios y servidores públicos a la legalidad (tanto formal como material), a su vez, también existe la obligación del Estado -a través del diseño de una determinada política criminal-, tutelar a la sociedad frente al crimen, de generar espacios legales propicios para que los órganos de persecución penal puedan realizar y ejecutar eficaz y eficientemente la averiguación de la verdad y así viabilizar que los órganos jurisdiccionales puedan emitir sentencias de condena a quienes con su obrar antijurídico y culpable han socavado las bases de una sociedad democrática de derecho, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos más importantes, de la persona, de la sociedad y del Estado. Por consiguiente, el régimen de las excepciones a la "prueba prohibida" no debilita, ni relativiza ni desestabiliza las bases de un Estado de Derecho, todo lo contrario, al permitir reducir significativamente los índices de impunidad en el país, por tanto, la confianza del colectivo hacia el sistema jurídico (punitivo) en su conjunto.

5. ANTE EL SIEMPRE PRESENTE CONFLICTO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, POR UN LADO, VIABILIZADOS A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA; Y, POR OTRO LADO, LA PRIMACÍA DEL INTERÉS COLECTIVO Y LA EXIGENCIA SOCIAL DE SEGURIDAD, ¿A FAVOR DE CUÁL SE DECLARA USTED?

Yo no me declaro a favor del no sobre otro, en cuanto a una primacía de orden general de los derechos fundamentales del individuo, o de otro lado, el proclamado

interés de la sociedad en la persecución y sanción del delito en todas sus manifestaciones típicas. A mi modo de ver las cosas, la solución pasa por efectuar un correcto y adecuado balance entre ambos intereses en conflicto, que siempre se dará en el Proceso Penal, una suerte de ejercicio de ponderación que ha de ser valorado caso por caso, como apunta DWORKING, una valoración en concreto que nunca puede significar un vaciamiento del contenido de ninguno de los dos derechos, sino de una intelección que conforme la naturaleza jurídica de las cosas, pueda determinar cuál de ellos debe favorecerse en el caso sub iudice.

6. RESPECTO A LAS TENDENCIAS DE LA PRUEBA ILÍCITA, ¿POR CUÁL DE ELLAS SE INCLINA USTED?

Preferentemente me inclino, por el fruto del árbol envenenado, por el nexo de antijuridicidad, nexo causal atenuado etc., es decir, por toda aquella concepción teórica - jurisprudencial, que nos permita identificar con toda corrección hasta qué punto de la cadena secuencial de la prueba, se puede decir que se está ante una evidencia contaminada por la vía ilícita de su adquisición, acopio y/o obtención. Tendencias de la prueba ilícita que deben estar en armonía con los principios y valores consagrados en nuestra Constitución y en la ley procesal penal.

FICHA DE ENTREVISTA III

NOMBRE DEL EXPERTO: LUIS ALBERTO CARRASCO ALARCÓN

PROFESIÓN: ABOGADO

CARGO: JUEZ SUPERIOR TITULAR DE LA C.S.J. DE LIMA

TEMA: LA PRUEBA ILÍCITA

FECHA: 06 DE NOVIEMBRE DE 2017

LA ENTREVISTA QUE SE REALIZARÁ A CONTINUACIÓN VERSA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA, SU TRATAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

LA PRESENTE ENTREVISTA TIENE COMO FINALIDAD CONOCER LA POSTURA QUE EL ENTREVISTADO TIENE RESPECTO A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

PREGUNTAS:

1. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ART. VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL) DEBE SER SIEMPRE DE FORMA ABSOLUTA?

No, recordemos que la doctrina de la *exclusionary rule* nace en EE.UU en el caso *Nardone vs. EE.UU.* En esa realidad y durante mucho tiempo los jueces aplicaban de manera absoluta tal regla, pero posteriormente la doctrina fue consolidándose hacia una tendencia en la que tendría que apreciarse criterios de ponderación sobre los intereses en juego. Por ello considera que no puede aplicarse de manera absoluta una regla de exclusión.

2. ¿CONSIDERA QUE EN EL PERÚ EXISTE, POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, UNA APLICACIÓN ABSOLUTA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

En algunos casos se ha aplicado la regla de exclusión con carácter absoluto. El último caso que serviría como modelo de la aplicación absoluta de la regla de exclusión, es el caso de los Petroaudios, en tanto el Juez ha determinado en ese proceso que no pueden valorarse pruebas derivadas de una fuente viciada y, sencillamente, no se realizó ningún tipo de ponderación de bienes, se aplicó –sin más- la exclusión de la prueba y de esta manera fueron absueltos no solo los procesados principales, a quienes los medios de comunicaciones tenían enfocada su atención, sino también se excluyen a todos aquellos procesados incluidos en esa investigación. Lo que no sucedió por ejemplo en el caso de los videos o DVDs que se encontraron en el domicilio de la esposa de Vladimiro Montesinos, en este caso, a pesar de que la diligencia de incautación que se realizó en ese domicilio fue efectuada sin ningún tipo de autorización judicial; sin embargo, el acopio de esas pruebas fueron valoradas por el juez como medios de prueba válidos, siendo en ese caso aplicado un sentido distinto, no se aplicó la regla de exclusión.

3. ¿CONSIDERA USTED QUE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA, HA SIGNIFICADO LA IMPUNIDAD DE LOS PROCESADOS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ?

En principio, la regla que señala *no serán admisibles*, en la doctrina no ha tenido una postura uniforme, porque un sector de la doctrina sostiene que la norma, puntualmente el art. 11.1 de la LOPJ de España, se orienta en una regla de admisibilidad, es decir, liminar, el solo hecho de presentar un prueba implica que el juez liminarmente de evaluar si es que tiene un sentido de prueba ilícita. Otro sector de la doctrina, es el que sostiene que la prueba debe de incorporarse al proceso y solamente en estado decisorio es donde debe pronunciarse sobre los alcances, si es que tiene efectos de prueba prohibida por vulnerar derechos fundamentales en su obtención o no. Por ejemplo, en el caso de *Magaly*, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que la prueba ilícita debe declararse inadmisibile, entonces, aparentemente está dando una regla de inadmisibilidad

liminar. Sin embargo, en cualquier caso, sea como regla liminar o como regla de rechazo en el momento de la sentencia, definitivamente no puede existir una postura del juez sin ningún tipo de ponderación de los valores o derechos fundamentales en juego, pues no solamente están los derechos fundamentales del procesado, respecto a quien ha podido incidir algún tipo de afectación o agravio en su derecho fundamental al captar la prueba, sino que también está de por medio el interés de la sociedad en el esclarecimiento del delito, y siendo el delito uno que involucra fondos públicos, intereses públicos, la administración pública, indudablemente está de por medio un interés mayor, colectivo y general del esclarecimiento de estos hechos en favor de la sociedad.

4. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUYEN UNA VEJACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO?

No, las excepciones antes de constituir una vejación de los derechos fundamentales de los procesados, más bien determinan una posibilidad de que el Juez pueda ponderar, doctrina del *Balancing Test*, para determinar qué derecho debe prevalecer por sobre el otro que está en debate. Al respecto, Michele Taruffo, en una conferencia de Derecho Constitucional, indicó que ante prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales, lo que ha de evaluarse es su fiabilidad y no tanto el hecho de enfocarse en ver si incide o no en los derechos fundamentales. Tal fiabilidad se traduce en que la prueba brinde evidencias que permiten considerar deducir que se trata de evidencias que son fiables e inobjetables en el contexto dado. Indudablemente, no será fiable aquella declaración que se de en un contexto de violencia. Así, como refiere Taruffo, si es confiable la prueba debe de valorarse y si no lo es debe prevalecer su aspecto prohibido. No pueden cerrarse los ojos frente a este tipo de evidencias, sobre todo en delitos en los que de por medio esta la afectación grave de los bienes jurídicos de la sociedad.

5. RESPECTO A LAS TENDENCIAS DE LA PRUEBA ILÍCITA, ¿POR CUÁL DE ELLAS SE INCLINA USTED?

Definitivamente por el *Balancing Test*, el Magistrado tiene que evaluar la incidencia de los derechos en juego, de los intereses que están detrás de la valoración o no de esta prueba.

El estado de globalización de los derechos fundamentales implica también orientarse por la protección de la sociedad, por la protección del bien primordial de la sociedad, la seguridad ciudadana, y en lo propio a delitos de corrupción, de la Administración Pública. Todo esto abarca el tema de la globalización de los derechos fundamentales, y no solamente verse desde el punto de vista de los derechos fundamentales del procesado.

6. ANTE EL SIEMPRE PRESENTE CONFLICTO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, POR UN LADO, VIABILIZADOS A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA; Y, POR OTRO LADO, LA PRIMACÍA DEL INTERÉS COLECTIVO Y LA EXIGENCIA SOCIAL DE SEGURIDAD, ¿A FAVOR DE CUÁL SE DECLARA USTED?

Indudablemente, la seguridad ciudadana es un bien primordial, sobre todo en este tiempo, recordemos que la doctrina contemporánea nos habla de que estamos en una sociedad penal del riesgo que implica la nueva generación de conductas delictivas no convencionales, que no son las que están tradicionalmente contenidas en nuestro Código Penal.

FICHA DE ENTREVISTA IV

NOMBRE DEL EXPERTO: LUIS ALBERTO PACHECO MANDUJANO

PROFESIÓN: ABOGADO

CARGO: DIRECTOR ACADÉMICO DE LA AMAG

TEMA: LA PRUEBA ILÍCITA

FECHA: 11 DE DICIEMBRE DE 2017

LA ENTREVISTA QUE SE REALIZARÁ A CONTINUACIÓN VERSA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA, SU TRATAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

LA PRESENTE ENTREVISTA TIENE COMO FINALIDAD CONOCER LA POSTURA QUE EL ENTREVISTADO TIENE RESPECTO A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

PREGUNTAS:

1. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ART. VIII DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PROCESAL PENAL) DEBE SER SIEMPRE DE FORMA ABSOLUTA?

En principio, toda regla de derecho siempre tiene una excepción. Por otro lado, es evidente que el Código Procesal Penal tiene una característica ideológico-jurídica que subyace a este instrumento procesal de trabajo judicial y esa ideología jurídica es la del garantismo y este garantismo señala que, en atención al artículo en mención, la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Esto quiere decir, en consecuencia, que si se obtiene algún medio probatorio violando los derechos fundamentales de las personas, entonces debería declararse prueba ilícita o, como se señala en la doctrina, este vendría a ser un fruto del árbol

prohibido. No obstante, eso plantearía algunos problemas, tales como el hecho de que la única prueba existente que se ha logrado obtener viene como consecuencia de la aplicación de mecanismos que seguramente no han sido muy cuidadosos a la hora de adscribirse al respeto por los derechos fundamentales del investigado. Por ejemplo, cuando en el caso de Vladimiro Montesino se encontraron una cantidad impresionante de videos en los que se evidenciaba que se entregan sumas de dinero para poder torcer la voluntad o los criterios de decisión de funcionarios públicos, políticos, empresarios y que eran filmados sin que éstos lo supieran, entonces, evidentemente, no faltó por ahí, el reclamo de quienes dijeron que la obtención de estas pruebas había sido dada en un contexto de violación del derecho fundamental a la intimidad y que por lo tanto no debía actuarse en juicio. Pero, los Fiscales y Jueces que se encargaron de procesar estos casos, tanto a nivel de investigación, como luego de enjuiciamiento, establecieron algunas reglas que rompieron ese esquema absolutista.

Por otro lado, el reclamo de un derecho fundamental debe darse también en el contexto del desarrollo de una conducta, en un plano, estrictamente legal, porque si se realiza en el plano de lo ilegal entonces no tiene lugar el reclamo de un derecho fundamental. Por lo tanto, no podría ser entonces de naturaleza absoluta.

2. ¿CREE USTED QUE LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUYEN UNA VEJACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO?

No, porque el Estado de Derecho más bien se construye sobre la base del respeto al Derecho y el Derecho no solamente está integrado por normas jurídicas. A nivel de ciencia jurídica, es evidente que la norma representa un postulado formal y lógico de la doctrina y la doctrina es interpretable. No puede haber una lectura literal de las fórmulas legales que forman parte integrante del ordenamiento jurídico porque eso sería incompleto. Más bien, por el contrario, la aplicación de excepciones confirman la regla y en la medida en la que son aceptados, sobre todo por la jurisprudencia, consolidan las bases del Estado de Derecho.

3. ¿CONSIDERA USTED QUE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA, EN LOS CASOS EN LOS QUE CONSTITUYÓ UNA PRUEBA RELEVANTE, HA SIGNIFICADO LA IMPUNIDAD DE LOS PROCESADOS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ?

En un primer momento, sí. Por ejemplo, los famosos Vladivideos no fueron utilizados como medios probatorios en muchos casos justamente porque, en un primer momento, se consideró que eran violatorios de los derechos fundamentales de las personas que aparecían ahí. Entonces, los operadores jurídicos tuvieron que hacer malabares jurídicos para llegar a las mismas conclusiones sin esos medios probatorios, es decir, a través de prueba indiciaria. Pero luego empezaron a surgir las necesidades de poder ver la forma de cómo no desechar absolutamente estos medios probatorios que eran determinantes.

4. ANTE EL SIEMPRE PRESENTE CONFLICTO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, POR UN LADO, VIABILIZADOS A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA; Y, POR OTRO LADO, LA PRIMACÍA DEL INTERÉS COLECTIVO Y LA EXIGENCIA SOCIAL DE SEGURIDAD, ¿A FAVOR DE CUÁL SE DECLARA USTED?

Esto tiene que ver con el modelo de construcción de la jerarquía de los derechos fundamentales, de acuerdo a una ideología específica. Los llamadas derechos fundamentales tienen su orígenes doctrinarios desde tiempos previos a la Revolución Francesa, pero alcanzan su grado normativo tras esta, que es el primer intento con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y luego, definitiva y universalmente, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero los debates previos generaban precisamente un contraposición de percepción ideológica respecto de cuáles eran los derechos fundamentales que debían primar frente a otros. El bloque capitalista, liderado por los EE.UU y sus países aliados, consideró siempre que el Estado de Derecho se construye a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, como individuo. Por su parte, el bloque socialista consideraban todo lo inverso, pues estimaban que más importante que la protección individual de la persona era la protección de la sociedad, del interés colectivo y al final recién la persona. Finalmente, el debate que empezó en la liga de naciones en 1947, convertida en la ONU, es ganado por

los EE.UU y por eso es que tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y, como el Perú tiene un modelo de Estado de Derecho de tipo Occidental entonces ha copiado esta forma de concebir a los derechos fundamentales. Sin embargo, yo estoy convencido de que la fórmula *todas las personas son iguales ante la ley* es una fórmula legal incompleta, la fórmula debería decir *todos son iguales ante la ley, en la medida en que esos todos antes hayan respetado la ley*, porque si no la respetan entonces dejarían de ser personas con derechos y garantías y habría que limitar ello. No estoy abogando por la pena de muerte, pero podría haber límites. De esta manera, no solamente es la exigencia de derechos. Creo, en consecuencia, que pueden llegar a restringirse ciertas garantías, sin llegar a atentar contra los derechos fundamentales, puede encontrarse un equilibrio.