UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN CUANTO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Bach. MONTES HUIZA AMALULINA

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

HUARAZ – ANCASH - PERÚ

2017

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por haberme permitido fórmame como profesional en el amplio campo del Derecho.

DEDICATORIA*:*

A Dios, *por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.*

A mis Padres *por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.*

ÍNDICE

Pág.

RESUMEN.....7

ABSTRACT.....8

INTRODUCCIÓN.....9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema 12

1.2. Formulación del problema 15

1.2.1. Problema general.....15

1.2.2. Problemas específicos.....15

1.3. Importancia del problema 16

1.4. Justificación y viabilidad.....17

1.5. Formulación de objetivos.....23

1.5.1. Objetivo general.....23

1.5.2. Objetivos específicos 23

1.6. Formulación de hipótesis 24

1.7. Variables 25

1.8. Metodología 25

1.8.1. Tipo y diseño de investigación 25

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....26

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....27

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información 27

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información 28

1.8.6. Validación de la hipótesis 29

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes 30

2.2. Bases teóricas 33

2.2.1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico 33

2.2.2. La prueba ilícita 42

2.2.3. El derecho de defensa 54

2.3. Definición de términos 61

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y alcance de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales 63

3.2. Concepto de garantías fundamentales y contenido del debido proceso. 67

3.3. El derecho de defensa 69

3.4. Referencia a casos jurisprudenciales de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa. 72

3.4.1.- Alemania 73

3.4.2. Estados Unidos 76

4.4.3. Argentina 78

3.5. Análisis de la jurisprudencia sobre las excepciones de la exclusión de las pruebas que afectan derechos fundamentales en el nuevo Código procesal penal peruano. 81

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Argumentos a favor y en contra de su formulación 101

4.2. El alcance de la exclusión: la “doctrina del fruto del árbol venenoso” 110

4.2.1. Las pruebas ilícitas por derivación.....110

4.2.2. La polémica sobre el alcance y su tratamiento doctrinario.....113

4.3. Validación de las hipótesis 115

CONCLUSIONES.....120

RECOMENDACIONES.....123

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....125

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar cómo la no exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa afecta la garantía del debido proceso en el proceso penal peruano; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, descriptiva, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados fueron el exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que frente a la máquina de órganos de persecución e investigación con que cuenta el Estado, es el mismo Estado el llamado a respetar y hacer respetar el derecho de defensa del imputado, y ello se plasma, en una regla que efectivamente contribuye al necesario equilibrio dialéctico a través de la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, en la medida en que esta junto con la inobservancia de una determinada norma reflejo del derecho de defensa, afecte de forma esencial y no marginal, el derecho tutelado, por lo que un camino distinto, sólo nos conducirá a una total deslegitimación del ius puniendi que como bien sabemos cumple sus fines en sí mismo, mediante un irrestricto respecto al debido proceso..

Palabras claves: Exclusión de la prueba ilícita, Derecho de defensa, Debido proceso, Proceso penal.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to analyze how the non-exclusion of the illicit trial for violation of the right of defense affects the guarantee of due process in the Peruvian criminal process; for which a dogmatic, transverse, descriptive, non-experimental research was carried out, lacking a temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research carried out. The unit of analysis consisted of doctrine, jurisprudence and normativity. The signing and content analysis were used as techniques, using as data collection instruments the tabs and content analysis tab respectively. Among the methods used were the exegetical, hermeneutic, legal argumentation. Research has shown that, in the face of the machine of organs of persecution and investigation that the State has, it is the State itself that is called to respect and enforce the right of defense of the accused, and this is reflected in a rule that effectively contributes To the necessary dialectical balance through the exclusion of unlawfully obtained evidence, insofar as it is accompanied by non-observance of a specific norm reflecting the right of defense, to affect in an essential and non-marginal way the right protected, A different way, will only lead us to a total delegitimation of the ius puniendi which as we well know fulfills its ends in itself, through an unrestricted respect to due process ..

Keywords: Exclusion of unlawful evidence, Right of defense, Due process, Criminal procedure.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del Derecho Penal como "Ultima Ratio" que tiene el Estado, es el condenar a quién comete un hecho antijurídico en donde todas las actuaciones deben ser legales y lícitas, de tal manera que las consecuencias del juicio sean basadas en la justicia para obtener sentencias condenatorias para el culpable o absolutorias para el inocente.

En este caso, ya sea para condenar o para absolver a alguien deben llevarse a cabo actos tendientes a evaluar la actuación del procesado desde el mismo instante en que se produce la vinculación al proceso penal.

Para adentrarnos en el tema es necesario entender que la prueba debe ser obtenida, practicada, evacuada y aceptada bajo los parámetros establecidos en la ley peruana y de este modo, llegar a la certeza de que son pruebas legales y legitimas necesarias para la convicción del juez y así éste pueda decidir sobre la aplicación de las normas penales, basadas en una verdad real y material.

De igual manera, no podemos dejar de lado la importancia que tiene el respeto de los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, entre ellos la Dignidad Humana, que se debe ver reflejada en las actuaciones procesales que se adelanten.

Sin lugar a dudas, uno de los aportes más interesantes de la reforma del proceso penal en el Perú, fue la dación del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, constituyendo un verdadero hito histórico y uno de los grandes saltos cualitativos la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal.

Actualmente, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en tener una posición contraria a la admisibilidad o apreciabilidad de la prueba ilícitamente obtenida, y por lo tanto la incorporación en nuestro sistema procesal penal del Código Procesal Penal (CPP), constituye un verdadero acierto de modernidad legislativa de sus impulsores que si bien, viene a resolver expresamente la discusión acerca de la admisión o no de la misma.

Al respecto, la norma citada, a propósito de la exclusión de pruebas en el proceso penal dispone que juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Como puede apreciarse, son dos las hipótesis construidas por el legislador para excluir la prueba ilegalmente obtenida. La primera, de carácter formal, dice relación con la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas; la segunda, de carácter material, apunta a aquellos casos en que la prueba es alcanzada mediante la violación de garantías fundamentales.

El presente trabajo intentará abordar al interior de la segunda hipótesis de exclusión de prueba ilícita - aquella que se obtiene a través de la vulneración de garantías fundamentales-, la conseguida mediante la violación del derecho de

defensa del imputado en cuanto éste forma parte de la garantía del debido proceso, haciendo referencia para su análisis a jurisprudencia de derecho comparado, intentando a través de esta, establecer un denominador común que sirva de guía para la determinación de los casos en que la prueba ha de considerarse ilícita por la transgresión del derecho de defensa en cuanto garantía fundamental del proceso penal peruano.

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empelada. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del fichaje se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas respecto al problema de investigación. El Capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, para lo cual se empleó el método de la argumentación jurídica para poder justificar la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

La titulando

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

El ejercicio del ius puniendi, previsto como el poder máximo sancionador para los actos ilícitos más graves, sólo puede ser ejercitado por el Estado a través de las personas autorizadas, conforme a los medios legales y con respeto a las garantías y postulados constitucionales, con apoyo en las pruebas que sustentan los hechos y la culpabilidad del justiciable.

La tutela efectiva de las garantías individuales, constitucionalmente reconocidas, exige que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ineficaz, por apoyarse así en una prueba ilícitamente obtenida.

Cabe apuntar que la finalidad fundamental del proceso penal es el establecimiento de la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, a lo que deberá ajustarse el juez al adoptar su decisión, como lo pauta el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal. Pero esa búsqueda de la verdad, no es un valor absoluto, sino que se haya limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho.

Con base a ello, se ha considerado que toda prueba obtenida con menoscabo de derechos fundamentales de la persona, esto es, con violación del debido proceso, debe tenerse como ilícita y por ende sin eficacia alguna.

En este mismo orden de ideas el proceso penal constitucionalizado exige que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporado al proceso conforme a las disposiciones en el artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Penal. En consecuencia, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en el domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimientos ilícitos".

Obsérvese del citado artículo se destaca el principio de la legitimidad y legalidad de las pruebas y consiste en que sólo pueden practicarse y ser incorporadas al proceso aquellos medios cuya obtención se haya realizado con sujeción a las reglas que la ley establece, lo que implica el cumplimiento de las formalidades esenciales establecidas para la obtención de las evidencias y para hacerlas valer ante el juzgador, a los fines de formar su convicción, o sea que sería ilícita una prueba ilegalmente lograda, como ilegalmente incorporada.

Con fundamento en esas normas de la Constitución y la ley, se ha considerado, por ejemplo, que la prueba obtenida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio o del derecho a la intimidad debe ser considerada ilegal,

o ilícita y por ende sin valor probatorio para fundar una convicción judicial. Y no sólo lo que allí directamente se obtenga con la incautación y recolección de rastros, huellas o efectos del hecho, sino lo que indirectamente pueda obtenerse de ello, cuando es sometido ese rastro o efecto a peritación y su resultado puede servir para la identificación del autor de ese hecho.

Cabe agregar que ninguna sentencia puede apoyarse, entonces, en datos probatorios obtenidos de elementos recogidos durante un allanamiento e incautación ilegal y por ende afectados de nulidad, así como los que inmediatamente de allí se deriven; ni debe fundarse en una confesión obtenida bajo juramento o mediante maltratos, coacción o apremios ilegales.

En este mismo orden es necesario apuntar que un requisito intrínseco de la prueba es el principio de la licitud de la prueba y consiste en que sólo serán admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Sobre este particular no debe olvidarse, que el proceso penal representa fundamentalmente la actuación legal del Estado contra determinados ciudadanos (los imputados) y que muchas veces, la presión de la opinión pública, los intereses políticos y las tendencias autoritarias, reclaman la necesidad de que aparezcan culpable, en quienes justificar la función protectora que el Estado realiza con respecto a los intereses sociales. En ese contexto, formulamos las siguientes preguntas de investigación:

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cómo la no exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa afecta la garantía del debido proceso en el proceso penal peruano?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales y legales de la exclusión de la prueba ilícita y los alcances de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales?
b) ¿Por qué se debe de excluir la prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso en el proceso penal peruano?
c) ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa en el derecho comparado y nacional?
d) ¿Cuáles son los cuestionamientos a la regla de exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa como garantía del debido proceso en el proceso penal peruano?

1.3. Importancia del problema

Evidentemente el principio de licitud de la prueba es una barrera que exigen las sociedades democráticas contra aquellas desviaciones del poder punitivo del Estado, pues dicho principio es una exigencia básicamente para los funcionarios públicos encargados de la persecución penal.

Cabe destacar que la licitud de la prueba abarca dos aspectos esenciales como son: en primer lugar, el aspecto formal o directo, que consiste en el cumplimiento de las formalidades específicas establecidas por la ley procesal o por leyes especiales para la obtención de la evidencia o fuente de prueba. Estos requerimientos están referidos a la necesidad de orden judicial para realizar registros, allanamientos, comunicaciones telefónicas, o grabaciones directas de personas, o a la presencia de testigos instrumentales imparciales o del imputado y su defensor, allí donde sea posible. En este caso se dice que se está ante el llamado aspecto formal o directo del principio de licitud de la prueba, ya que salvo el principio de proporcionalidad, la sola falta o el quebrantamiento de la formalidad exigida debe producir la declaración de ilegalidad de la prueba así obtenida y la consecuente nulidad de los actos a que haya servido de base.

Es menester indicar que la demostración de la ilicitud formal de la prueba es relativamente fácil, pues las autoridades de investigación penal, que son las destinatarias de los requerimientos legales, tienen que consignar obligatoriamente en las actuaciones las correspondientes órdenes judiciales y las actas respectivas, de las que podrá apreciarse el cumplimiento o no de los requisitos de ley.

En segundo lugar, está el aspecto indirecto o material del principio de licitud de la prueba, que exige que la prueba no haya sido obtenida mediante engaño, coacción, tortura física o psicológica, ni por medios hipnóticos o sugestopédicos, ni tampoco por efectos de fármacos, estupefacientes o brebajes enervantes de la voluntad de las personas. En este caso se habla en sentido indirecto del principio de legalidad de la prueba, ya que quien alegue que la prueba de la parte contraria está viciada por estas prácticas, vendrá obligado a probar sus asertos, a menos que la infracción resultare notoria o pueda ser apreciada por máximas de experiencia.

Por lo que resulta evidente entonces que la prueba que se ha obtenida de forma ilícita y que pretenda ser incorporada como medio probatorio en un proceso carecerá de todo valor probatorio y deberá ser desechada por el juzgador.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

El desarrollo teórico se sustenta en la teoría jurídica del Garantismo Penal.[1] El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado

[1] FERRAJOLI, Luigi (2005). *"Pasado y futuro del Estado de derecho"*. En: Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, pp. 13-30.

constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)[2] .

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales[3] .

Sobre este punto Marina Gascón afirma que "la teoría general del garantismo arranca de la idea –presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos[4] .

Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho.

---

2 Cfr. FERRAJOLI, Luigi (2008) *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid.

3 FERRAJOLI, Luigi (2006), *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, México, p. 31.

4 GASCÓN, Marina (2005). *"La teoría general del garantismo. Rasgos principales*" En: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, , Editorial Trotta, Madrid, p. 22.

1.4.2. Justificación practica

La presente investigación se justificó en razón de que el proceso penal basado en el principio acusatorio, la separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar, combinado con la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y con la exigencia de que nadie puede ser condenado contra su voluntad a menos que se demuestre su responsabilidad en un juicio oral y público, determina inmediatamente un replanteo de la actividad probatoria en el proceso penal[5].

El principio acusatorio determina, a su vez, la necesidad de la separación absoluta entre los órganos que dirigen la instrucción y los que deben decidir en juicio oral, así como un desplazamiento de la dirección de la investigación de fase preparatoria desde el poder judicial (jueces de instrucción) hacia el Ministerio Público, pues si este órgano ha de ser el titular de la pretensión pública punitiva y tiene además toda la carga de la prueba por mandato de la presunción de inocencia, entonces puede muy bien entenderse que sea el encargado de dirigir la investigación.

De tal manera, el proceso penal acusatorio descansa sobre el principio de la dicotomía de la prueba, según el cual la prueba incorporada en la instrucción o fase preparatoria sólo tiene como función establecer la verosimilitud de la acusación y la solución de los problemas vinculados con ello (individualización y

[5] CUBAS VILLANUEVA Víctor (2008) *"Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal"* En: Derecho & Sociedad Nº25, Revista de la PUCP, Lima. Disponible en: blog.pucp.edu.pe/.../principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal/

aseguramiento del imputado y sus bienes, cuestiones de competencia, excepciones, sobreseimiento y apertura a juicio oral), pero no tiene ningún valor a los efectos del juicio oral y de la sentencia que allí se dicte, a menos de fuese oportunamente ofrecida, admitida y practicada en el debate oral.

Por tanto, en el proceso penal acusatorio la prueba opera a través de tres fases: preparatoria, intermedia y de juicio, en el transcurso de las cuales se va depurando, a tal punto, que sólo puede hacerse valer en la sentencia definitiva aquella prueba que ha sido efectivamente practicada en el juicio oral.

Por tanto, para que una persona pueda ser condenada en el proceso penal acusatorio es necesario que sea llevada a un juicio oral y que se demuestre allí su responsabilidad, a menos que antes de ello admita voluntariamente los hechos de que se le acusa. De tal manera, salvo en los casos de admisión libre y espontánea de los hechos previa al juicio oral, nadie puede ser condenado si no ha se ha demostrado su responsabilidad en un juicio oral y público, con todas las garantías del derecho a la defensa. Esto constituye el principio del juicio oral y público previo a la condena, como parte integrante del debido proceso.

El principio anterior trae aparejada una norma rectora que garantiza la justeza del juzgamiento, cual es aquella que establece que, a los efectos de la sentencia que se pronuncie en juicio oral sólo tendrán valor las pruebas practicadas en juicio oral y que hayan sido legalmente incorporadas a éste.

Esta es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio y es su principio básico en materia de actividad probatoria, a diferencia del sistema

inquisitivo, en el cual la prueba practicada en el sumario surte plenos efectos en la sentencia definitiva, a menos que se desvirtúen en el plenario.

En el proceso penal acusatorio, el resultado de las diligencias de investigación realizadas durante la fase preparatoria no constituye prueba para condenar, ni pueden ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, a menos que se promuevan para el debate contradictorio en la fuente adecuada y se practiquen de esa manera en juicio oral.

Es por tales motivos en que se justifica y es que radica su importancia de la presente investigación documental, ya que la prueba constituye un elemento constante en el proceso penal acusatorio, dada la cantidad de incidencias que deben ser resueltas con su auxilio a lo largo de sus diversas fases. Para cada una de las incidencias que se presentan en las fases preparatoria e intermedia, el resultado de las diligencias de investigación es absolutamente válido, siempre cuando sea legal, útil, conducente y pertinente.

Asimismo la presente investigación será importante en virtud de que busca ser fuente de otras investigaciones que se efectúen sobre la materia y de esta manera ir ampliando el conocimiento de los jueces, abogados litigantes, defensores públicos, jueces y cualquier persona que tenga intereses sobre la materia a tratar a lo largo de este trabajo.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria Nº 30220

- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de investigación de la UNASAM
- Reglamento de Investigación de la FDCCPP
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica y científica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones y pautas metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica, así como en la elaboración del informe final de la tesis.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2015, soporte técnico que ha permitido el almacenamiento y registro de la información.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:**

  Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, las que se fueron identificadas y registradas, en la elaboración del marco teórico y validación de la hipótesis

- **Económica:**

  Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto y fueron autofinanciados por el responsable de la investigación.

- **Temporal:**

  La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2016.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar cómo la no exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa afecta la garantía del debido proceso en el proceso penal peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

a) Describir los fundamentos constitucionales y legales de la exclusión de la prueba ilícita y los alcances de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales.

b) Explicar por qué se debe de excluir la prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso en el proceso penal peruano.

c) Identificar el tratamiento jurisprudencial de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa en el derecho comparado y nacional.

d) Determinar los cuestionamientos a la regla de exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa como garantía del debido proceso en el proceso penal peruano.

1.6. Formulación de hipótesis[6]

La protección de los derechos fundamentales frente a la persecución penal del Estado tiene uno de sus indicadores más importantes cuando se revela el contenido conceptual de la prueba ilícita y los efectos de la regla de exclusión probatoria, por lo que es el mismo Estado el llamado a respetar y hacer respetar el derecho de defensa del imputado como garantía del debido proceso, por lo que un camino distinto, sólo nos conduce a una total deslegitimación del ius puniendi que cumple sus fines en sí mismo, mediante un irrestricto respecto al debido proceso.

[6] ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 239, respecto de la hipótesis descriptiva plantea que "Son las que expresan las características o propiedades de determinados objetos, sujetos, ocurrencias o fenómenos. En términos cualitativos o cuantitativos. Sin embargo cabe comentar que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables… siendo simplemente enunciativas, descriptivas, predictiva"…Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son "opcionales", y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en la presente investigación, constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos sirvió de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacional, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales..

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente:

La exclusión de la prueba ilícita

1.7.2. V. Dependiente:

Afectación del derecho de defensa como garantía del debido proceso

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. Tipo de investigación: Correspondió a una a una investigación jurídica dogmática teórica y normativa[7]**,** cuya finalidad fue profundizar los conocimientos que presenta el problema sobre cómo la no exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa afecta la garantía del debido proceso en el proceso penal peruano.

a. Tipo de diseño: Correspondió a la denominada **No Experimental**[8], debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

---

[7] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, pp. 54 y ss.

[8] ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

b. Diseño General: el diseño **transversal**[9]**,** toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en el periodo del 2016-2017.

c. Diseño específico: Se empleó el diseño **descriptivo**[10], toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre Analizar cómo la no exclusión de la prueba ilícita por violación del derecho de defensa afecta la garantía del debido proceso en el proceso penal peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2016-2017, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo**: No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional

---

9 HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *"Metodología de la Investigación"*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

10 Ibíd., p. 155.

- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- **Unidad de análisis:** Documental.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

a. Fichaje. Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación., empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.
b. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas.
c. Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente de acuerdo a las variables de investigación.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la

hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.[11]

Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[12]. Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

[11] BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.
[12] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**[13].

La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (…) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (…)"[14].

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograrla verdad ultima sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado.

En definitiva, como y bajo que procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

---

[13] *Cfr*. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

[14] RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Realizada la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

José Manuel Alcaide González (2012). Titulada: "La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos". Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en la cual concluye que Esta institución procesal fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América siendo su primer precedente el caso, Boyd vs US, resuelto en 1886. La citada resolución prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal. En EE.UU. y de forma paralela fue conformándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Ésta surge por primera vez en 1920, a partir de unas intervenciones telefónicas ilegales, pero no se acuña esta expresión hasta 1939. Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador.

En España, el reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita llegó casi cien años después que en EEUU. Sucede en 1984 cuando el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1984(STC. 114/1984) valiéndose de un caso laboral común se pronuncia sobre la prueba ilícita. Ya en esta primera Sentencia se cita profusamente jurisprudencia norteamericana, de lo que se infiere una significativa inspiración doctrinal del Tribunal Constitucional de España en el Tribunal Supremo Federal de EEUU.

También se encontró Juan-Luis Gómez Colomer (2008). "Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles", Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- Anuario de Derecho Penal, en la cual concluye que no queda más remedio que concluir que la realidad se impone. Las restricciones actuales en la aplicación de las doctrinas iniciales en materia de prueba prohibida son tan importantes que en el fondo de lo que se está hablando no es de prueba, sino de impunidad, es decir, que no importa tanto que la prueba sea lícita o no, cuanto que se castigue al verdadero culpable. Cuando se ingenian por nuestros más altos tribunales las teorías, por ejemplo, del descubrimiento inevitable o de la buena fe, es porque el tribunal piensa que la sociedad jamás entendería que un criminal, sobre todo si es un salvaje terrorista, un brutal asesino, un despiadado narcotraficante, un inhumano favorecedor de trata de blancas, o un despreciable corruptor de menores, es decir, si estamos ante casos socialmente muy relevantes, fuese puesto en libertad por un «mero tecnicismo» legal. Pero ello, no empecé a criticar estas restricciones por fundarse en construcciones bastante artificiosas, sin ningún apoyo legal además. Esas excepciones, además de evitar la impunidad, pretenden proteger también a la

autoridad pública de investigación frente a posibles fallos que implicarían, de mantenerse las teorías iniciales sobre prueba prohibida, ineludiblemente la absolución del acusado. A ello debe añadirse que ni siquiera, por muy artificial que fuera la construcción, contamos con jurisprudencia dogmática consistente y segura, por tanto, en cualquier momento se pueden producir nuevas sorpresas.

También Trinidad del Pilar Luengo Montt (2008), titulado: ""Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales" Universidad de Chile – Facultad de Derecho, el cual plantea que el tema de la prueba ilícita, si es fundamentalmente legal, se sitúa esencialmente en un ámbito de valores. En efecto, tras el reciente análisis arribamos a la siguiente idea: un proceso penal es un elemento de la vida política de un país. Cuando el Estado pone en funcionamiento su poder persecutorio y sancionatorio, se desata un cúmulo de actividades que deja al sujeto en una muy precaria situación de oposición. De esta manera, encontramos en nuestro nuevo sistema procesal penal el Artículo 276, que "ordena al juez de garantía proceder a la exclusión de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales", norma que lleva inmersa en sí y de manera innegable la idea de límite, la cual a su vez va de la mano de la noción de renuncia a parte o incluso, a toda la información, por estimarse de mayor valor ciertas razones que lo exigen, cobrando un protagonismo innegable el respeto los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

A nivel local, revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra localidad; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico

La vigencia del paradigma neoconstitucioanlista[15] en tiempos actuales ha traído como consecuencia la constitucionalización del ordenamiento jurídico[16] convirtiendo a los principios, derechos y garantías constitucionales como parámetros de validez formal y material de todos los actos de los poderes constituidos, en ese sentido cabe desarrollar el presente ítems como justificación del problema de investigación sobre la prueba prohibida.

2.2.3.1. Constitucionalización del derecho

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda

---

15 PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit., p. 158.

16 GUAASTINI, Ricardo. *"La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano"* en CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 49-74.

de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.[17]

De esta forma, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados[18], lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez[19].

En tal sentido, se ha señalado que «si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más»[20]. Por tanto, la Constitución es considerada la norma normarum —la norma de creación de las normas— y la lex legis —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general[21], es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.

---

17 LANDA, César (2013). *"La constitucionalización del derecho peruano"*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 71, Lima, p. 14

18 GUASTINI, Ricardo (2007). *"Sobre el concepto de Constitución"*. En: Miguel Carbonell (editor). Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta - IIJ/UNAM, Madrid, p. 23; asimismo, PÉREZ ROYO, Javier (1985). *Las fuentes del derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, p. 27.

19 FERRAJOLI, Luigi. *"Pasado y futuro del Estado…"*. Ob. Cit., pp. 13 y ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel (2007). *"Argumentación y Constitución"*. En: Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Editorial Iustel, Madrid, pp. 113 y ss.

20 DE OTTO, Ignacio (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona, p. 76.

21 HESSE, Honrad (1885). *Derecho constitucional y derecho privado*. Editorial Civitas, Madrid, p. 14.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho[22], se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en las distintas áreas del derecho.

2.2.3.2. La constitucionalización del proceso

La concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas[23].

Por eso, el derecho constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales. Este procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez[24].

En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, e incluso entre los

---

22 AGUILÓ, Joseph (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Editorial Palestra – Temis, Perú - Colombia, pp. 55 y ss.

23 CHIOVENDA, José (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Reus, Madrid, pp. 43 y ss.

24 CALAMANDREI, Piero (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Editorial JEA, Buenos Aires, pp. 317 y ss.

particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional[25].

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. Se permite, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales[26].

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada en tanto que ya existen el Poder Judicial, el TC, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares, e incluso procesos arbitrales, los cuales también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; supone más bien traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución[27].

En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales,

---

25 LANDA, César. Ob. Cit. p. 32
26 Ibídem
27 Ibíd. p. 33.

irradiando los procesos. Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Estos se ha potencializado con la jurisprudencia del TC, la cual ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos[28].

Pero, tal como señala el profesor Pedro De Vega, el TC, bajo pena de traicionar los fines de la justicia constitucional, no puede ni debe operar con los principios y mecanismos del procedimiento ordinario de la justicia rogada —da mihi facto dabo tibi jus—. Si esto sucediera, no se comprendería que el juez constitucional —en virtud del principio inquisitivo— no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles[29].

De ello deriva la importancia de los principios constitutivos o informadores de los procesos que el TC ha ido desarrollando a través de la autonomía procesal. Estos principios permiten viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia constitucional, al permitir que esta no acabe sumergida en las ineficiencias de la práctica o la teoría procesal sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad y medio para la realización de la Constitución[30].

---

[28] LANDA, César (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura, Lima, p. 162.

[29] DE VEGA GARCÍA, Pedro (1987). *Estudios político constitucional*. UNAM, México D.F, p. 285.

[30] BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Editorial EDIAR, Buenos Aires, p. 529.

En ese entendido, qué duda cabe de que el TC, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial, e incluso funciona como un complemento normativo sobre la regulación procesal, mediante resoluciones judiciales, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales[31].

En efecto, un cambio importante en esta materia es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar, bajo la forma de resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio de reglas que afectan los ordenamientos procesales ordinarios[32]. Por ejemplo, en materias de plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, allanamiento, acumulación y separación de demandas, prescripción de admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, gratuidad para el pobre, determinación de costas y costos, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, ejecución y eficacia de las sentencias.

Esto ha generado un grado de tensión entre la justicia constitucional y la ordinaria, debido a la revisión de los fallos que han pasado en calidad de cosa juzgada; sin embargo, ello ha sido posible debido a los déficits de confianza

---

31 LANDA, César (2008). *"Autonomía procesal del Tribunal Constitucional"*. En: La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 213.

32 LANDA, César (2010). *"Los precedentes constitucionales. El caso del Perú"*. En: Teoría y práctica de la justicia constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador, p. 91.

ciudadana en los fallos del Poder Judicial y que han podido ser satisfechos por las resoluciones del Tribunal Constitucional.

2.2.3.3. Constitucionalización del proceso penal

Lo mismo ha ocurrido con el derecho procesal penal, en donde la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, es común leer en la doctrina procesal penal, tanto europea como iberoamericana, la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde 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"[33] , o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra Derecho Procesal Penal, quien caracterizó al "Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado."[34]

Esto significa que existe una relación indesligable entre derecho constitucional y derecho procesal penal y entre Constitución y proceso penal, lo cual se expresa en la llamada constitucionalización del proceso penal, es decir, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal, el cual nos debe llevar a redefinir la noción de proceso penal en relación al marco constitucional.

Juan Montero Aroca señala que "el proceso penal debe dejar de ser concebido como mero instrumento para la aplicación del Derecho penal y debe lograr ser

---

[33] Citado por MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Thomson – Civitas, Barcelona, p.20.

[34] ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, p. 74.

entendido como garantía, como medio para garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos ante o frente a la aplicación de ese Derecho."[35]

Es así como la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal,[36] que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos.

En el caso peruano, el diseño constitucional del proceso penal tiene como marco jurídico fundamental lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, donde se señala que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

De esto se desprende que la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como son "la defensa de la persona" y "el respeto de su dignidad", los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho.[37]

---

35 MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. p.23.

36 BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). *"Principios rectores del nuevo código proceso penal"*. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Lima, p.48.

37 LANDA, César (2006). *"Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano"*. En: Constitución y fuentes del derecho. Editorial Palestra, Lima, p.54.

Esta concepción ha sido recogida de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte, como son propiamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos garantistas, los cuales forman parte del derecho nacional en conformidad de la cláusula de incorporación del derecho internacional consagrado en el artículo 55 de la Constitución.[38]

Así, la Constitución define una concepción de la administración de justicia penal en donde se consagra la limitación de las funciones persecutoria y jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales, los cuales resultan de obligatoria observancia para el proceso penal.

Esta perspectiva constitucional ha sido recogida en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, cuyo Título Preliminar ha recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal.[39] Esta postura ha sido expresada en la Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Penal, al afirmarse: "…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 oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los

[38] Constitución Política del Perú: "Art.55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"

[39] LANDA, César. *"Bases Constitucionales…"*. Ob. Cit. p. 54.

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."[40]

2.2.2. La prueba ilícita

2.2.2.1. Generalidades

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental[41], es un principio rector del Derecho Procesal y de la actividad jurisdiccional del Estado, abarcando - entre otros – el Derecho a la Defensa, el mismo que a su vez incluye el Derecho a la Prueba[42], entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos san objetos de valoración por el juzgador.

En tal sentido, la prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la

---

[40] ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Editorial Jurista, Lima, p. 64.

[41] Si bien es cierto la Constitución de 1993 no considera al debido proceso dentro del listado de derechos fundamentales establecido en su Artículo 2°, sino que lo ubica dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional (Artículo 139°, inc. 3), los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos lo consideran como un derecho fundamental: Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

[42] CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Editorial Palestra, Lima, pp. 48 y SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). *Derecho Procesal penal*. Editorial Grijley, Segunda Reimpresión Corregida, Lima, pp. 54 y ss.

ciencia procesal penal[43].

En dicha institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica.

La doctrina no es pacifica respecto a las implicancias de la prueba ilícita[44]. El presente trabajo parte de la postura que se inclina por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, para así poder analizar lo referido al procedimiento de su exclusión del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento, daremos una breve aproximación al concepto de Prueba Ilícita – a fin de conocer las características de aquello que precisamente se debe excluir del proceso penal – y trataremos las excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita

Antes de iniciar nuestro desarrollo, y con el objeto de dejar bien sentada nuestra posición sobre el tema de la admisibilidad de la prueba ilícita, debemos recordar que el proceso es un instrumento de la realización del derecho material, por lo tanto su desarrollo no puede contradecir tal objeto.

Como señala la profesora Pellegrini[45] "la finalidad del proceso no es la de

---

43 Cabe mencionar que la problemática e importancia de la prueba prohibida excede el ámbito de lo penal, siendo tan relevante en el proceso civil, administrativo, etc.

44 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). *"El problema de la "Prueba Ilícita" un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal"*. En: Revista THEMIS, N° 43, noviembre, Lima, pp. 148 y 149. El citado autor reseña las tres grandes posturas existentes respecto a la admisibilidad de la prueba ilícita: a) los que propugnan por su admisibilidad de plano; b) los que propugnan por su inadmisibilidad de plano; y c) quienes señalan que se debe realizar en cada caso una operación de ponderación de intereses.

45 PELLEGRINI GRINOVER, Ada (1995). *"Pruebas Ilícitas en Ciencias Penales"*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, AÑO 7, N° 10, Setiembre, San José, p. 35. Disponible en sitio Web: http://www.cienciaspenales.org /REVISTA%2010/pellegrini10.htm (consultado el 10 de julio del 2015).

aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable" En tal orden de ideas, Beling, pionero en el estudio de la prueba ilícita, caracterizó a esta última como el límite de la averiguación de la verdad en el proceso penal[46].

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el fin supremo es la persona humana (Artículo 1° de la Constitución Política del Perú), la exclusión de la prueba ilícita no es solo una norma jurídica sino principalmente una regla ética.

Si bien es cierto el Estado tiene entre sus tareas la lucha contra la criminalidad, esta no se puede realizar obviando sus funciones básicas como es la tutela de los derechos humanos. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución de 1993 y el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen con claridad meridiana el carácter primordial que el respeto a los derechos humanos – entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona – en un Estado Democrático y Social de Derecho.

2.2.2.2. Aproximación al concepto de prueba ilícita

Los procesados – dentro de los alcances del derecho constitucional a la defensa – tienen derecho a presentar ante el órgano jurisdiccional los medios probatorios que consideren pertinentes. Sin embargo "en términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se

[46] STRUENSEE, Eberhard (1994). *La prueba prohibida*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Grijley, Año II, N° 4, julio - diciembre, Lima, p. 668.

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."[47]

De ello se desprende que no comprende parte del derecho a la prueba la presentación de pruebas ilícitas, por lo que trataremos de resumir las posiciones que sobre dicho concepto se han esgrimido.

En cuanto a la definición de prueba ilícita, la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos: Concepciones amplias y restringidas[48].

a. Las concepciones amplias se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa – materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas – como la de Silva Melero - llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones – como la de Perrot – señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina.

Dentro de dicho grupo, posiciones más moderadas establecen mayores criterios de acotación del contenido de la institución. Así, Denti señala que la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de los derechos contenidos en normas diversas, especialmente aquellas de rango constitucional. De tal definición se desprende que

---

47 Tribunal Constitucional: Exp. N° 2333-2004-HC/TC, sentencia del 12 de agosto de 2004

48 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal*. Editorial J. M. Bosch, Barcelona, pp. 17 y ss.

tanto las violaciones a normas con rango legal ordinario como las de rango constitucional son consideradas pruebas ilícitas.

Finalmente Conso, a cuya posición nos adscribimos, señala que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, por lo que su violación implica una violación al derecho de este último a tener un proceso con las debidas garantías o debido proceso (Artículo 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú). Al respecto Pellegrini señala: "las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía"[49]

b. La concepción restrictiva define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

En el 2003, el Tribunal Constitucional nacional definió la prueba ilícita en los siguientes términos: "La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la

[49] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 42.

misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable[50]"

En esta sentencia podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha optado por una concepción moderadamente amplia ya que considera ilícitos los medios probatorios obtenidos o actuados en violación de una norma constitucional o trasgrediendo la ley procesal. Consideramos que esta posición puede resultar demasiado amplia para los fines de la institución, por cuanto si bien dentro de las normas procesales existen normas que son garantías de un debido proceso, también dentro de ellas existen normas que son meramente formales cuya violación no importa una alteración seria al debido proceso.

En tal sentido, consideramos que el máximo intérprete de la constitución debería modificar ligeramente la jurisprudencia sentada, señalando que constituyen prueba ilícita aquellas obtenidas o presentadas en violación de normas constitucionales o en trasgresión de normas procesales que constituyan garantías de debido proceso para el procesado.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita da el Nuevo Código Procesal Penal en su Título Preliminar:

"Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba

Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al

[50] Tribunal Constitucional: Exp. N° 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre del 2003

proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio." Consideramos que la mención que el inciso 2 del citado artículo hace sobre "pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales" incluye dentro del concepto de prueba ilícita a las obtenidas en violación de las normas procesales que consagren garantías para el procesado

A tal concepto debemos agregar el de las pruebas ilícitas por derivación, es decir aquella que habiendo sido obtenidas o practicadas de forma legal, son inadmisibles debido al carácter ilícito del medio probatorio que les dio origen. Esta es la conocida teoría de los "frutos del árbol envenenado", cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2.2.2.3. Regla de exclusión de la prueba ilícita

Existe consenso en la doctrina respecto a la exclusión de la prueba ilícita, sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado en el seno de la jurisprudencia alemana la teoría de proporcionalidad, la misma que incluso dichos tribunales solo emplean excepcionalmente[51]. Sin embargo, la regla de exclusión no es absoluta, sino que cuenta con una serie de excepciones que permitirán incorporar tales medios

[51] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 44.

probatorios al proceso[52].

A. **Fuente independiente.**

Esta excepción consiste en considerar lícita aquella prueba prohibida si suprimiendo hipotéticamente el acto violatorio, de igual forma se hubiese llegado a ella o a sus derivadas. Esta excepción requiere que al momento de producirse el acto que genera la ilicitud existan otros medios probatorios lícitos que hubiesen permitido llegar al mismo resultado.

Por ejemplo, si mediante torturas se obtiene la declaración de un procesado sobre la ubicación de los bienes hurtados y simultáneamente otro procesado confiesa libremente la ubicación exacta de tales bienes, entonces la prueba derivada, que fue obtenida mediante violación de los derechos constitucionales de uno de los agraviados, serían admisible en el proceso debido a que si suprimimos mentalmente tal hecho ilícito, por la declaración del otro procesado se hubiese llegado al mismo hallazgo.

B. **Descubrimiento inevitable.**

Esta excepción consiste en que la prueba ilícita y/o sus derivadas igualmente se hubiesen obtenido lícitamente aun cuando el hecho generador de la ilicitud no se hubiese producido. Por ejemplo, en un proceso por evasión tributaria se obtienen las declaraciones juradas del procesado sin el correspondiente levantamiento del secreto tributario. El conocimiento del contenido de las declaraciones juradas es

[52] SALAS CALERO, Luis (2008). *"Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias"*. En: Prueba y Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2.

inevitable porque pese a suprimir tal hecho, en un delito de esta naturaleza, el juez de la causa va pedir el levantamiento del referido secreto como una de las diligencias ordinarias.

C. **Buena fe.**

Esta excepción consiste en valorar las pruebas obtenidas ilícitamente cuando, si es que tales hechos estuvieron recubiertos de apariencia de legalidad. Esta excepción pretende salvar aquellas pruebas ilícitas que fueron obtenidas de buena fe. Nosotros consideramos que la buena fe no puede ser un criterio para evaluar la admisibilidad de un medio probatorio sino la responsabilidad del funcionario que lo obtuvo. Un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho que su ilicitud proviene de actos aparentemente lícitos. Por ejemplo, si un juez autoriza la interceptación telefónica de un ciudadano sin fundamentar su resolución y la interceptación es afectivamente realizada, dicho medio probatorio - de acuerdo a la presente excepción – debería ser admitido en el proceso pese a la grave afectación al debido proceso se habría producido.

D. **Doctrina del "tinte diluido"**

La mencionada doctrina señala que los derivados de los derivados de las pruebas ilícitas pierden si "tinte" ilícito y por lo tanto pueden ser admitidos en el proceso. Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde de acopia ilegalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto X, quien

posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto Y quien finalmente guarda las armas es su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial. En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto Y), el allanamiento final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante.

E. **Proporcionalidad**

Esta excepción busca ponderar los por una parte el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y el derecho del procesado a no ser condenado sobre la base de una prueba ilícitamente obtenida. Líneas arriba señalábamos que esta es una tesis muy controvertida que ha llevado al Tribunal Federal de Alemania a aplicarla sólo en casos excepcionales.

Pellegrini[53] señala que la única forma de aplicar esta excepción sin afectar el derecho del procesado a un debido proceso es cuando la prueba prohibida lo favorece.

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal ha adoptado casi expresamente esta interpretación de la excepción bajo comentario. Ello se deduce del texto del inciso 3 del Artículo VIII (Legitimidad de la Prueba) del Título Preliminar del señalado

[53] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 45. Al respecto ha señalado "Además, no deja de ser, en último análisis, manifestación del principio de proporcionalidad la posición prácticamente unánime que reconoce la posibilidad de utilización, en el proceso penal, de la prueba favorable al acusado, aunque haya sido obtenida en infracción a derechos fundamentales suyos o de terceros."

texto legal: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio." Contrario sensus la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

2.2.2.4. Procedimiento de exclusión

A. Legitimación.

Miranda Estrampe[54] opina que la parte contra la cual se pretende utilizar el medio probatorio presuntamente ilícito es quien se encuentra legitimado para solicitar la exclusión de dicho medio pese a que el mismo no sea el sujeto pasivo del acto ilícito. La razón de tal afirmación es que al final es el derecho del procesado a un procedo debido el que se encuentra en juego.

Por su parte, Ramírez Bages[55] señala que solo la víctima del acto que genera la ilicitud del medio probatorio es el que se encuentra legitimado para solicitar la exclusión del mismo.

Coincidimos con lo expresado por Miranda Estrampes dado que no se puede impedir que el procesado interponga los recursos procesales que estime pertinente en defensa de sus derechos. Lo afirmado por Ramírez Bages implicaría una limitación excesiva al derecho a la defensa.

Otro aspecto que debe analizarse es si la exclusión puede realizarse sólo a

---

54 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 125.

55 RAMÍREZ BAGES, Mariano (1981). *La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan, p.185.

pedido de parte o es que el juez también la puede de resolver de oficio. En tal sentido, de acuerdo a lo afirmado por el Tribunal Constitucional, la licitud es uno de los principios que regula la actividad probatoria de las partes, en tal sentido le corresponde al órgano jurisdiccional verificar que tal principio se cumpla.

B. Oportunidad

Dada sus funciones de saneamiento y preparación del juicio, la fase intermedia es la mejor oportunidad para que se analice la licitud de los medios probatorios a actuar en contradictorio. Los más recientes códigos procesales latinoamericanos chileno y peruano establecen la posibilidad de plantear la exclusión de la prueba ilícita en dicha fase.

Nuevo Código Procesal Penal Peruano. "Artículo 352.- decisiones adoptadas en la audiencia preliminar (…) La admisión de los medios de prueba [ofrecidos]"

Pese a lo señalado, nada impide que durante el juzgamiento el tribunal opte por excluir del proceso una prueba que reconozca como ilícita. Así también opinamos que nada impide que durante la dicha etapa la defensa solicite la exclusión de una prueba ilícita, siempre que justifique satisfactoriamente las razones por las que no solicito la exclusión de dicho medio probatorio durante la etapa intermedia, ya que de lo contrario esta oportunidad podría ser empleada con fines dilatorios.

Miranda Estrampes[56] señala que incluso durante la instrucción, el juez que instructor puede excluir un medio probatorio cuando este sea evidentemente ilícito.

[56] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 127

Consideramos correcta esta afirmación sin embargo debemos tener en cuenta que el instructor es principalmente un investigador y por lo tanto no está dentro de sus funciones primordiales la de dirimir sobre la licitud de los medios probatorios.

C. Características del procedimiento de exclusión.

Partiendo de la premisa que el momento más oportuno para solicitar la exclusión de un medio probatorio que se reputa ilícito es durante la fase intermedia, nosotros consideramos que en la resolución de tal incidente se deben respetar los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, de forma similar a la fase de enjuiciamiento. En este procedimiento básicamente se deben despejar dos incógnitas: primero, si es que el medio probatorio cuestionado ha sido obtenido ilícitamente o es derivada de otra que lo haya sido; y segundo, verificar si alguna de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión se presenta en el caso.

2.2.3. El derecho de defensa

2.2.3.1. Concepto y alcances

La Constitución en su artículo 139, inciso 14, reconoce el derecho de defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión[57].

El derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado de la elección del acusado o demandado, o en su defecto a contar con uno

[57] LANDA ARROYO, Cesar (20010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Palestra Editores. Lima, p. 285.

de oficio. Este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte. La intervención del abogado no constituye una simple formalidad. Su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia[58].

El derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuirse la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueden promover[59].

El derecho de defensa implica a su vez varios derechos, tales como: que el acusado cuente con un abogado defensor, que este pueda comunicarse libremente con su defendido sin interferencia ni censura y en forma confidencial (pudiendo ser vigilado visualmente por un funcionario que no escuchara la conversación), que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y

---

58 MESIA, Carlos (2004). *Exegesis del Código Procesal Constitucional.* Gaceta Jurídica Primera edición. Lima. p. 105.

59 STC 009-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, fundamento 27.

medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con in interprete o traductor si el inculpado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. Un ejemplo de violación de este derecho fue visto por la Corte Interamericana en el caso Suarez Rosero[60].

2.2.3.1. Contenido del derecho

El Tribunal ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido[61].

2.2.3.2. El derecho de defensa en la etapa de investigación preparatoria-diligencias preliminares.

El Tribunal ha señalado que si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139 de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, "una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente

60 NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y auxiliares de Justicia.* Academia de la Magistratura. Lima, pp. 246-247.

61 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 01O-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero de 2003, párrafo 122.

elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación"[62].

2.2.3.3. El derecho de defensa en los procedimientos administrativos y en instituciones privadas

Para el Tribunal, cuando se alega la vulneración del derecho de defensa en sede administrativa, "corresponde efectuar la verificación de que el administrado haya hecho un ejercicio formal de su derecho de defensa (de ofrecer y actuar medios de prueba, o inclusive de promover la pluralidad de instancias administrativas)"[63].

Respecto a la aplicación del derecho de defensa al interior de instituciones privadas, el Tribunal ha señalado que las garantías del debido proceso también son exigibles en el desarrollo de los procedimientos contra los miembros de una asociación. Al respecto señaló que "queda claro que el debido proceso -y los derechos que lo conforman, p. ej. el derecho de defensa- resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión, razón por la cual el emplazado, si considera que el actor cometió alguna falta, deberá comunicarle por escrito los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que -mediante la

62 Ibídem, párrafo 121

63 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 374-2001-AA/TC, publicada el 25 de abril de 2002.

expresión de los descargos correspondientes- pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa"[64].

2.2.3.4. Derecho de defensa en las normas y decisiones internacionales de derechos humanos

Las garantías previstas en el texto constitucional que permiten asegurar el derecho de defensa en los procesos penales son solo algunas, las normas internacionales nos brindan otras garantías que deben de tomarse en cuenta. Para ello, se debe observar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que nos señala que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

En consecuencia, el derecho de defensa previsto en la Constitución debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales ratificados por el Perno En ese sentido, se va a utilizar la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual reconoce las siguientes garantías del derecho de defensa en los procesos penales:

"Artículo 8. Garantías judiciales. - 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

---

64 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 2279-2003-AA/TC, publicada el31 de mayo de 2004.

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; (...)".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este artículo en diferentes casos que han llegado a su conocimiento[65]. A modo de ejemplo, se puede citar la sentencia del "Caso Castillo Petruzzi contra el Estado peruano"[66].

---

[65] Sobre el derecho de defensa en las decisiones de la Corte lnteramericana de Derechos Humanos se puede revisar el siguiente texto: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto (2003). *El debido proceso en las decisiones de /o Corte Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Lima, pp. 50-57.

[66] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo sobre el Caso Castillo Petruzzi, del 30 de mayo de 1999

En esta sentencia, la Corte señaló que en el proceso penal seguido contra varias personas ante la justicia militar por el delito de traición a la patria existió una restricción a la labor de los abogados defensores y una escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo. Al respecto señaló en uno de sus fundamentos que:

"Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada"[67].

Asimismo, la Corte concluyó que existió una afectación al derecho de defensa puesto que las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la Dincote, cuando se les nombró un defensor de oficio. La Corte también constató que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos[68].

Finalmente, se debe mencionar que la Corte se ha pronunciado sobre la aplicación de las garantías del debido proceso, como el derecho de defensa, incluso durante los estados de excepción. Al respecto, señaló que "los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en

67 Ibídem, párrafo 141.
68 Ibídem, párrafos 146 y 148

cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales"[69].

2.3. Definición de términos[70]

Previo al abordaje de la figura legal denominada la exclusión de la prueba ilícita por afectación del debido proceso, es necesario definir algunos conceptos:

a) **Medios de Prueba:** se le llama así a las actuaciones que, dentro de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio.

b) **Prueba:** conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

c) **Prueba Ilícita:** 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.

d) **Valoración de Prueba:** Es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de las pruebas en un juicio, por el juez o tribunal que haya de resolver.

e) **Derechos fundamentales:** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político

---

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 30.

70 Cfr. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.

f) Principios constitucionales: Son reglas básicas que guían el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un estado determinado.

g) Proceso penal constitucionalizado: La noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. Esto significa que existe una relación indesligable entre derecho constitucional y derecho procesal penal y entre Constitución y proceso penal, lo cual se expresa en la llamada constitucionalización del proceso penal, es decir, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal, el cual nos debe llevar a redefinir la noción de proceso penal en relación al marco constitucional.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y alcance de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales

El fundamento que hay detrás del articulo VIII del título Preliminar del CPP es la búsqueda por reflejar una concepción del proceso penal como sistema de naturaleza compleja en una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho, que junto con buscar la condena del delincuente considerado culpable, al mismo tiempo y en idéntico nivel de importancia, vela por la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión.[71]

En ese sentido podemos decir que, la legitimidad del ius puniendi del Estado, sólo se construye sobre la base de un celoso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los intervinientes. La aspiración de eficacia de la persecución penal y la búsqueda irrestricta del establecimiento de la verdad, que siempre deviene en un mayor campo de acción y discrecionalidad del Estado, tiene como principal límite, la afectación de los derechos fundamentales del individuo que

[71] ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 4.

emanan de la naturaleza humana protegidos en un Estado donde lo que debe imperar es el Derecho.

Pues bien, dentro de esos derechos elementales, uno que sirve como límite a la facultad de intervención del Estado, es el principio de formalidad, que se erige como pilar basal de todo sistema de enjuiciamiento criminal. Conforme a dicho principio, una sentencia condenatoria, sólo se legitimará frente al imputado, los intervinientes y la sociedad, en la medida que, a ella se haya llegado a través de un procedimiento respetuoso de las garantías formales y materiales del inculpado.

En palabras de Roxin, "En un procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica."[72]

En la misma línea de argumentación, dice Hernández Basualto: "El derecho procesal penal no es más que un permanente ejercicio de equilibrio entre el legítimo e ineludible interés social en la represión de los delitos y los derechos fundamentales de los ciudadanos."[73]

Lo anterior, llevado al ámbito de la prueba ilícita, se traduce en señalar que, "el esclarecimiento de los hechos no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales.

---

72 ROXIN, Claus. op. cit., p. 2.

73 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2004). *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno,* Colección de Investigaciones Jurídicas, Nº 2, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, pp. 18 y ss.

Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal;…no es un principio…que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio"[74], y por ende, desde el punto de vista de la extensión de la regla, ha de ser excluida en principio, aquella prueba que haya sido obtenida ilícitamente, por cuanto es manifestación de la vulneración de garantías trascendentales al interior del proceso para el imputado.

Sin embargo, atendido que todo proceso es manifestación de un constante juego dialéctico, lo anteriormente expuesto, no debe llevarnos a confusión, y hacernos pensar que toda prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida, puesto que, en ese afán por mantener la ponderación de los intereses en conflicto, también debemos considerar el mínimo de eficacia que se exige en la persecución penal para que esta tampoco derive en vulneración de garantías por una dilación indebida del juicio.[75]

Así entonces, la redacción del artículo VIII del TP del CPP, que en nuestro ordenamiento jurídico aborda el tema, a nuestro entender, a fin de mantener el equilibrio dialéctico propio de un proceso, debe ser interpretado en el siguiente sentido: cuando el legislador ordena al juez de garantía la exclusión de pruebas obtenidas con "inobservancia" de garantías fundamentales, está exigiendo algo más

---

74 ROXIN, Claus. op. cit., p. 191

75 GONZALEZ GARCIA, Jesús María (2005). *El Proceso Penal Español y La Prueba Ilícita*. Rev. Derecho (Valdivia), Universidad Austral de Chile, volumen 18, Nº 2, diciembre, pp. 187-211. Sobre la dilación indebida y sus consecuencias en el derecho penal, ver: PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio (1997). *Dilaciones Indebidas y Derecho Penal (causas y remedios, crítica a las soluciones jurisprudenciales arbitrales)*, Editorial Akal, Madrid, p. 21.

que la mera inobservancia o desobediencia de la legalidad ordinaria del acto de obtención de la prueba.

En terminología alemana, junto con requerir que la prueba sea conseguida con infracción de ley, se exige además para ser excluida, la vulneración o afectación de la esfera de derechos del imputado, es decir, la real y manifiesta violación de sus garantías fundamentales a través de la prueba alcanzada irregularmente.[76]

Un ejemplo claro al respecto: "Mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley, difícilmente podrá admitirse el mismo efecto excluyente cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero que se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente. De esta forma, requisito indispensable para que se excluya la prueba obtenida, es en primer lugar que ella se haya recopilado a través de una ilegalidad que además, se encuentra revestida de una entidad mayor, la que se manifiesta en el hecho de devenir en consecuencias graves de afectación de las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la actuación o diligencia.

[76] Una posición contraria a la expuesta en MAIER, Julio (1995). *Derecho Procesal Penal*, T. I., 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 703 y ss. Por otra parte la consideración en este trabajo de la teoría de la esfera de derechos (*Rechtskreistheorie)*, más allá de los reparos que en doctrina se le plantean, surge como forma ilustrativa y de distinción del simple respeto general a la legalidad procesal ordinaria. Lo importante es expresar que siempre ha de exigirse algo de una entidad mayor a la pura constatación de la mera infracción legal para excluir la prueba ilícitamente obtenida. En relación con la Teoría del ámbito de derechos, véase por todos, ROXIN, op. cit., pp. 192 y ss.

3.2. Concepto de garantías fundamentales y contenido del debido proceso.

La norma que trata la exclusión de prueba ilícita hace referencia al concepto de "garantías fundamentales", el que por tanto resulta importante definir. Según Zapata García, debemos entender que comprende los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales, es decir, al catálogo de derechos reconocidos en la Constitución Política.[77] Para Piedrabuena Richard, "garantías fundamentales" involucra "todo derecho que la Constitución, los tratados internacionales, la ley procesal penal u otras leyes, reconocen a quien debe sufrir un proceso criminal o a otras personas que se vean afectadas por él."[78]

No existe mejor expresión, para manifestar la estrecha relación existente entre el derecho procesal penal y el derecho constitucional, y que se muestra en el contenido de las definiciones sugeridas en la doctrina nacional, que la dada por Roxin, para quien el primero se convierte en el "sismógrafo" del último, en el sentido de contribuir a descubrir la actualidad de la estructura política precisamente a través de las transformaciones que sufre el proceso penal y que hoy en día, en nuestro derecho, se manifiestan en una Constitución Política de corte liberal que consagra la división de poderes, la independencia de los jueces, y el reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al Estado que permiten reconocer al imputado como un sujeto del proceso, dotado de derechos autónomos, de los cuales

---

77 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. op. cit., p. 52.

78 PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo (2002). Oficio Nº 167 dirigido a Fiscales Regionales que orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita, Santiago de Chile.

los más importantes son el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho a la defensa.[79]

Ahora bien, dentro de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política, la garantía del debido proceso, definida como "el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas"[80], constituye uno de los mecanismos más importantes con que cuenta todo ciudadano ante la investigación y un procedimiento criminal, a pesar de lo difusa y vaga que resulta ser su noción, característica que para algunos con quienes coincidimos, la hace adquirir mayor importancia por permitir a través de ella incorporar una serie de garantías procesales específicas que no aparecen explícitamente reconocidas.[81]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el principio del debido proceso comprende "las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial."[82] El derecho a un debido proceso, tiene su reconocimiento a nivel constitucional en el art. 139.3. De la CPE, el que preceptúa lo siguiente: "La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

---

79 ROXIN, Claus. op. cit., pp. 10 y ss.

80 BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT. J. M. cit. por HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián (2006). *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 69.

81 Una exposición y análisis acerca del contenido de la garantía del debido proceso, así como de su consagración a nivel de tratados internacionales en HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián. op. cit., pp. 65 y ss.

82 Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Ser. A Nº 9, párrs. 27-28 citado por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, ob. ciit. p. 69.

Ahora bien, siguiendo a López Masle, entre las garantías que habitualmente se asocian a la noción de debido proceso, encontramos: a) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; b) El derecho de defensa; c) El derecho a la presunción de inocencia y d) La inadmisibilidad de la persecución penal múltiple.[83]

La relevancia de cada una de estas garantías es indiscutible, y para cada una de ellas, sería posible, hallar una relación de contrariedad con la prueba ilícita, sin embargo, un trabajo en ese sentido, excedería con creces los límites del presente, razón por la cual, como advirtiéramos, en lo que sigue, nos concentraremos en determinar el contenido de una de esas garantías, el "derecho de defensa", para posteriormente entroncarlo con casos jurisprudenciales en que la garantía se ha visto transgredida al momento de obtener un elemento probatorio.

3.3. El derecho de defensa

El "derecho de defensa" es definido por Gimeno Sendra como "el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la

[83] HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, op. cit., pp. 71 y ss. Sobre el contenido del "debido proceso" y su relación con el derecho penal, en cuanto realización de este último a través del primero, véase JAÉN VALLEJO, Manuel (2006). *Estudios Penales. Principios, Sistema de Consecuencias Penales, Jurisdicción Universal, Nuevas Formas de Criminalidad, Proceso Penal, y otras cuestiones de actualidad penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, pp. 438 y ss.

libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente."[84]

En consecuencia, el derecho de defensa implica conocer los cargos que se formulan en contra del imputado, la oportunidad para rebatirlos frente al tribunal, el derecho a presentar pruebas, a confrontar las que se presentan en su contra, y el de contar con la asistencia de un letrado, además de otras manifestaciones."

En el mismo sentido, Vásquez Rossi nos dice que "consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.[85]

Su contenido en términos generales, comprende según Horvitz Lennon, los siguientes derechos:

a) El derecho a ser oído, lo que abarca a su vez el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa. Desde el punto de vista del juez, atendida la existencia de éste derecho, las decisiones judiciales sólo podrán basarse en hechos y elementos probatorios sobre los cuales se les haya ofrecido a las partes la posibilidad de tomar noticia[86];

---

84 GIMENO SENDRA, Vicente., cit. por. HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, op. cit., pp. 76 y 226.

85 VÁSQUEZ ROSSI, J., cit. por HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, op. cit., p. 226

86 ROXIN, Claus. op. cit., pp. 124 y ss.

b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;

c) El derecho a probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;

d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable; y

e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista.[87]

Este haz de derechos reunidos en el concepto de "derecho de defensa", reconocidos a nivel de tratados internacionales, y por tanto, con rango constitucional por aplicación del art. 139.14 de la CPE, presenta dos aristas, una, a la que denominamos derecho de defensa material, y que consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado; y, otra, a la que llamamos derecho de defensa técnica, consistente en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

La relación que existe entre una y otra, radica en que la defensa técnica es consecuencia necesaria de la efectiva defensa material.[88] En lo que dice relación con el derecho de defensa de nivel material, este comprende:

a) derechos de información;

---

87 HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, op. cit. pp. 67 y ss.
88 HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, ibídem

b) derechos de intervención en el procedimiento; y,

c) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal.

Por su parte, el derecho de defensa de nivel técnico, comprende:

a) El derecho a la autodefensa técnica; y,

b) El derecho del imputado a designar un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público.[89]

3.4. Referencia a casos jurisprudenciales de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa.

A continuación, se hará referencia a distintos casos jurisprudenciales de derecho comparado, y se comentará en términos generales, como a través de estos, es posible hallar una afectación a alguna arista del derecho de defensa, material o técnica.

Muy lejos estamos de poder en estas escasas líneas, determinar criterios de razonamiento acerca de cuándo se está frente a una prueba obtenida con vulneración del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso, pero si al menos, buscaremos encontrar un denominador común que contribuya a establecer reglas de determinación al interior de esta garantía.

89 HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, ibídem.

3.4.1.- Alemania

De acuerdo con la jurisprudencia alemana, el derecho de defensa de carácter técnico, se ve vulnerado, en aquellos casos en que la declaración del imputado es lograda, omitiendo la advertencia al individuo sobre su derecho a consultar a un defensor (BGHSt. 38 374).

Del mismo modo, se violenta el derecho de defensa del imputado cuando, no obstante haberse hecho las advertencias en el sentido de su derecho a consultar con un defensor, no se le permite que este lo asista de forma efectiva (BGHSt. 38 372).

De igual manera, su derecho de defensa de carácter técnico se ve transgredido cuando estando el imputado detenido ante la policía, no se le ayuda suficientemente en la búsqueda de un defensor, ocultándosele la existencia de un servicio de abogados de urgencia (BGHSt. 42 15).[90]

Como puede apreciarse, en todos los casos precedentemente expuestos, lo que se ha tomado en consideración para los efectos de prescindir de la prueba obtenida por ser considerada ilícita, es la imposibilidad que tiene el imputado de ser asistido por un abogado, y que, y que a nivel constitucional se consagra en los incisos 3 y 14 del art. 139.

En otros términos, la obtención de declaraciones del imputado, sin la presencia del abogado defensor por causas no atribuibles al imputado, constituye

[90] Cit. por HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. op. cit., pp. 33 y ss. y ROXIN, Claus. op. cit., p. 196 y ss.

una afectación esencial del derecho de defensa, se convierte en un serio obstáculo para la planificación de su defensa produciéndose una desigualdad de armas, que sin duda dejará disminuido desde el inicio, el derecho que tiene el imputado de efectuar sus descargos de forma ordenada y planificada.

No ocurre lo mismo, cuando el no contar con abogado defensor en ciertas diligencias, surge como consecuencia de su decisión de prescindir del mismo en una determinada etapa, por cuanto aquello, sólo se traduce en una afectación marginal del derecho de defensa.

Tan relevante resulta ser el derecho de defensa, que la ley buscando paliar la situación desventajosa con que entra el imputado al proceso o contienda frente a la máquina del Estado, ha establecido la obligatoriedad de la defensa técnica, ya que esta presume que el imputado no tiene capacidad para resistir los embates de la persecución penal por sí sólo, con excepción del caso, muy infrecuente por cierto, en que se autorice la autodefensa.[91]

A mayor abundamiento, de acuerdo al NCPP, existen casos en que se sanciona con nulidad las actuaciones que se realicen en ausencia del defensor cuando la ley exija expresamente su presencia. Distinto es lo que ocurre, cuando la declaración del imputado, que en principio desea hacerlo en presencia de un defensor, por la imposibilidad de contar con él, debido a la hora, acepta declarar sin esa asistencia (BGHSt. 42, 170).[92]

---

91 HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, op. cit., p. 242.

92 HERNÁNDEZ BASUALTO, Hector. ibídem; ROXIN, Claus. ibídem, quien, en relación con el fallo citado, advierte que "…cuando el imputado no insiste en un interrogatorio inmediato, se le debería dar tiempo de buscar un abogado a la mañana siguiente, antes de que continúe el

Se entiende en este caso, que el imputado está haciendo uso de su derecho a ser asistido por un defensor de forma negativa, decidiendo libre y espontáneamente no participar con él, al menos en esta diligencia.

En otras palabras, no son los órganos de investigación, quienes han decido obtener una prueba, en este caso, la declaración del imputado, vulnerando el derecho de defensa, en cuanto garantía fundamental del debido proceso, sino que es el propio imputado quien, se desprende, renuncia a esa protección que le entrega el ordenamiento procesal-punitivo al momento de declarar.

En lo que dice relación con las denominadas "trampas de escucha" (Hörfalle) un caso emblemático de la jurisprudencia alemana lo constituye uno resuelto por el Gran Senado Penal del Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 42, 139).

El caso en cuestión, consiste en que se convence a un compatriota del imputado para que telefonee a este último desde dependencias policiales con la presencia de un intérprete y lo induzca a confesar, naturalmente sin mencionar estas circunstancias; convencido de estar conversando sólo con su interlocutor se obtiene la confesión y el imputado es condenado en virtud del testimonio del intérprete.

Al respecto, el Gran Senado declara admisible la prueba obtenida argumentando que los deberes del parágrafo 136 StPO sólo persiguen contrarrestar la posible creencia errónea del imputado de estar obligado a declarar cuando lo interroga un agente policial, pero que no protegen la "libertad de error".[93]

interrogatorio. Si esto no sucede, también está lesionado el derecho a consultar a un defensor, con la consecuencia de que se presenta una prohibición de valoración."

93 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ibídem. p. 35

En relación con este último fallo, no compartimos el razonamiento del Tribunal Supremo, y por el contrario, consideramos que necesariamente una confesión obtenida mediante el engaño, sin lugar a dudas es una prueba ilícita que no puede ser admitida ni apreciada en el proceso.

Pensar lo contrario, significaría admitir la autoincriminación alcanzada por un medio engañoso y promovido además por el Estado, sería admitir la mentira como mecanismo de contrapeso de los órganos policiales frente al derecho a guardar silencio que todo individuo tiene, y que en el caso citado se ve perjudicado.

Otro caso comentado ya en trabajos nacionales[94], dice relación con los casos en que, se prohíbe al imputado participar de las actuaciones probatorias anteriores al juicio oral, puesto que de esta forma se afecta su derecho a ser legalmente oído en juicio, toda vez que de esa forma pierde toda posibilidad de influir en el resultado de la prueba (BGHSt. 26, 332).

3.4.2. Estados Unidos

Otro importante caso en lo que dice relación con la prueba ilícita obtenida con vulneración del derecho de defensa, se ha dado en Estados Unidos.

Es el conocido caso Miranda (Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 [1965]). Ernesto Miranda en el año 1963, en la ciudad de Phoenix, Arizona fue detenido por robo con violación. Mientras permanecía en detención, el señor Miranda firmó una confesión por escrito respecto del robo y la violación. Posteriormente, los abogados

94 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ibídem. p. 38

apelaron de la diligencia argumentando que Miranda no conocía que él se encontraba protegido de su propia incriminación.

La Corte Suprema de Estados Unidos declaró inadmisible la prueba obtenida en el caso, la confesión por escrito de Ernesto Miranda, argumentando que previo a ello se le deben leer los siguientes derechos y advertencias: a) Usted tiene derecho a guardar silencio; b) Cualquier cosa que usted diga puede y será usada en su contra en un tribunal; c) Usted tiene el derecho de llamar a un abogado y tenerlo presente durante el interrogatorio; d) Si Usted no cuenta con los recursos para contratar a un abogado, le será asignado uno para representarlo, si usted así lo desea."[95]

La protección que hay detrás de este importante fallo, viene dada por la Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución Federal. La Quinta Enmienda señala lo siguiente: "…tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial."

La Sexta Enmienda preceptúa lo siguiente: "En todas las causas penales, el acusado… contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa." Como puede apreciarse, desde la Declaración de Derechos de 1789, la preocupación en lo que dice relación con el derecho de defensa, es proteger al individuo de apremios y engaños que no le permitan enfrentar debidamente al Estado en la realización que a este le compete del derecho penal a través del proceso.

---

95 En el mismo sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. op. cit., p. 11.

Desde el momento en que el Estado a través de sus órganos obliga a un sujeto a confesar contra sí mismo o se le niega una defensa letrada, está vulnerando, el derecho de todo individuo a realizar en un proceso legalmente tramitado todos los descargos que le correspondan mediante los profesionales correspondientes para probar su inocencia en los hechos de los que se le acusa.

4.4.3. Argentina

En el caso Daray, Carlos Ángel presentación, 1994.[96] Como consecuencia de un control policial rutinario efectuado en la ciudad de San Rafael, se le solicitó a don Carlos Antonio Garbin la documentación del vehículo que manejaba. Una vez cumplida dicha diligencia, fue invitado a concurrir al local de la delegación.

Mientras, se verificaba que el vehículo no tuviera ningún impedimento legal, el señor Garbin manifestó espontáneamente que sus hijos Claudio y Alejandro poseían vehículos de industria extranjera con patentes colocadas diplomáticas.

El señor Garbin, se ofreció a acompañar al personal policial para hablar con ellos. La entrevista tuvo lugar en la bodega de propiedad de Carlos Garbin, donde sus hijos habrían reconocido haber comprado automóviles importados por diplomáticos, aportando detalles sobre las operaciones y revelando el lugar de su ocultamiento.

[96] ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004). *La Prueba Ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, pp. 201 y ss. 24 y ss.

Posteriormente, el funcionario policial solicitó las órdenes de allanamiento a través de las cuales, se logró el secuestro de dos vehículos. Pues bien, en la causa, la prueba así obtenida, fue declarada absolutamente ilegal, porque como el mismo Tribunal indicó, "la misma iniciación del procedimiento aparece teñida de violaciones constitucionales que a continuación se señalarán.

Esos hijos fueron inmediatamente detenidos y dieron explicaciones acerca del supuesto delito y del lugar en el que se encontraban los objetos del ilícito. Todo este procedimiento que duró al menos varias horas, y en el que todos los afectados se vieron privados del acceso a un defensor…Lo cierto es que para simplificar la investigación acerca de la existencia de los automóviles y de su lugar de depósito, la policía recurrió a una detención contraria a la Constitución."

Se colige entonces, a partir del razonamiento del Tribunal, que también así como para otros casos de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales distintas a la garantía del debido proceso, en relación con el derecho de defensa la doctrina de los frutos del árbol envenenado es aplicable, puesto que en este caso, la obtención de la información que en definitiva permite dar con los objetos del delito fue lograda a través de una detención ilegal y mediante una declaración prestada sin que previamente se le hubieren advertido al imputado de su derecho a guardar silencio y a ser asistido por un abogado.

Otro caso de relevancia ocurrido en Argentina, Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo, 1981, la Suprema Corte de Justicia, basándose en el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos Spano vs. New York, 360 US. 315 – 1958, declaró como prueba ilícita la confesión extrajudicial obtenida mediante apremios

físicos respecto de un sujeto que había cometido previamente el delito de robo y respecto del cual las especies fueron halladas en su domicilio por su propia confesión.

Como se indicó por tribunal estadounidense, citado por el máximo tribunal argentino, el problema de legitimidad aquí viene dado por "el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley."[97]

Efectivamente, la obtención de una confesión a través de esos métodos, transgrede el derecho de todo individuo a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el art. 2.24 letra h) del CPE. Al mismo tiempo, y como consecuencia de su forzamiento a informar acerca del paradero de las especies, se ve transgredido en derecho de todo imputado a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

97 ZAPATA GARCÍA, María Francisca. op. cit., pp. 144 y ss.

3.5. Análisis de la jurisprudencia sobre las excepciones de la exclusión de las pruebas que afectan derechos fundamentales en el nuevo código procesal penal peruano.

a) La excepción de la fuente independiente

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-PHC/TC, señaló lo siguiente: *"(...) Ahora bien, en el proceso penal ha quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal*, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna **(**...*)".*

Por su parte la Corte Suprema en Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, señaló que *"(...) por lo demás, como se ha venido sosteniendo precedentemente la incriminación efectuada por Montesinos Torres solamente* constituyó un "indicio base", que ha sido concatenado con otros indicios, sin los cuales no se hubiera logrado establecer la concurrencia del hecho a probar, *por todo lo anteriormente expuesto, lo resuelto por la Sala Penal Especial en este extremo, también resulta conforme a ley".*

En realidad no se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia determinación del contenido de la regla de exclusión. Si esta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada licita exista una relación o conexión causal, su inexistencia determinará su no

aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión alguna con la prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales.[98]

Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al re - conocimiento 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.[99]

Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple con el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja.[100]

Entonces, la prueba obtenida que no tiene ningún tipo de conexión con otra prueba ilícita, se admite simplemente porque es lícita.

Se ha cuestionado a esta excepción de "muy débil e inconsistente, porque no siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera; por lo que la admisión y valoración de la segunda prueba debe darse solo si se tiene plena certeza que es totalmente

---

98 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2011): *"Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita: Historia de su Nacimiento y su Progresiva Limitación"*, p. 57. En: file:///C:/Users/giacuna/Downloads/Dialnet-LaReglaDeExclusionDeLaPruebaIlicita-668798%20(4).pdf, consultada el 27 de octubre del 2016.

99 Ibídem.

100 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2010). *"La prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones"*. En: Revista Catalana de Seguritat Pública, mayo p. 36: Para poder apreciar esta excepción será necesario que exista una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada.

independiente a la primera prueba ilícita, lo que solo puede ser evaluado en cada caso concreto[101].

b) El descubrimiento inevitable

La Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Caso Centro Comercial el Polo, en la sentencia recaída en el expediente R.N. 4826-2005 de fecha 19 de julio del 2007, afirmó lo siguiente"…*con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria- lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y las ya obtenidas 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."*

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del «descubrimiento inevitable» autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de

[101] GOMEZ COLOMER, Juan Luis (2008). *"Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Español".* En: Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 159.

derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales (Velasco Núñez, 1996).[102]

De similar parecer es Delgado del Rincón, quien ha señalado que, desde la doctrina se ha puesto de manifiesto la necesidad de que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional sea descubierta por medios lícitos e independientes de la conducta ilícita original. También se apunta, desde la doctrina, el riesgo que para el derecho a la presunción de inocencia supone la ambigüedad y generalidad con la que se formula esta excepción del descubrimiento inevitable, ya que se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo suceder y no sucedió realmente. La presunción de inocencia sólo puede enervarse mediante datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita[103].

c) La excepción del hallazgo casual

Esta excepción, consiste en que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, armas, facturas o dinero falso.

En dicha situación, (...) se admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de

---

102 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "*La prueba Ilícita*…, p. 144.

103 DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2012): *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia.* Disponible en la siguiente dirección electronica: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales.[104]

Si el hallazgo casual es considerada como una intervención en flagrancia delito, en realidad, tampoco es una excepción a la exclusión de la prueba prohibida, debido a que la diligencia por una investigación de otro delito, como el allanamiento con autorización judicial, por ejemplo, excluye la ilicitud.

d) La buena fe

En Los Acuerdos Plenarios de los Vocales Superiores del 10 y 11 de Diciembre del 2014, se ha sostenido que esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Así mismo, en jurisprudencia extranjera se han verificado otros dos supuestos de excepción de buena fe que son los siguientes: El primer supuesto consiste "en que la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que había sido emitido sin concurrir *causa probable*. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de *buena fe*, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. También

104 GOMEZ COLOMER, Juan Luis: Ob. Cit., p. 163.

se ha aplicado dicha excepción en un supuesto en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional.[105]

Al respecto se afirma "...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión". La excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera, excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.[106]

Como puede apreciarse, ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales.

Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe. En esta línea crítica se pronunció el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular a la referida STC 22/2003, quien advertía que hasta

105 GOMEZ COLOMER, Juan Luis: Ob. Cit., p. 163.
106 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *"La prueba Ilícita*… Ob. Cit., p. 140

este momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido a su respecto excepción alguna.

Razona dicho magistrado que: ...pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de «proceso justo», sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial. Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.[107]

e) El nexo causal atenuado

Esta excepción es, en realidad, una variante de la excepción de la fuente independiente que ya hemos expuesto. (...). Se trataba de un supuesto en que se había producido una entrada ilegal en un domicilio que motivó la detención de una persona (A); ésta en su declaración acusó a otra persona (B) de haberle vendido la droga ocupada. Como consecuencia de esta declaración se procedió a la detención

[107] Ibíd., p. 142.

de B, incautándose una determinada cantidad de droga, implicando en su declaración a un tercero (C), que también fue detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, 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 menos esta última confesión, aun reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la *voluntariedad* de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto *independiente* sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial. Para la Corte Suprema Federal norteamericana son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación originaria y el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías (caso US vs. Cecco - lini, 435 US 268, 1978).[108]

En mi opinión, no parecía existir ningún obstáculo en admitir que la confesión voluntaria del acusado era una *prueba diferente*, pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de *prueba independiente* pues se encontraba causalmente conectada con la inicial prueba ilícita.

Pero, como apunta Andrés Ibáñez (1993, 240) la confesión así obtenida también sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre

---

[108] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *"La prueba Ilícita...* Ob Cit., p. 146

los datos, efectos u objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por ejemplo, durante un registro domiciliario ilícito). 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 prevalimiento 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-formalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal.

Según esta doctrina, la confesión del acusado actuaría, en realidad, como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarían de esta forma una plena virtualidad probatoria.

Como adverte, parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y

resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento.

Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena.

Cuestión muy diferente es que el imputado confiese en función a pruebas obtenidas lícitamente con independencia y sin conexión alguna con respecto a las pruebas ilícitas obtenidas primigeniamente, caso en la que la confesión del investigado sería considerada prueba de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, pero ya no sería una excepción a la inadmisión de la prueba ilícita, sino, una verdadera prueba lícita[109].

f) La Regla del Standing o legitimación procesal

El Tribunal Constitucional Peruano en los fundamentos 13, 14 y 22 de la Sentencia recaída en el EXP. N.° 1058-2004-AA/TC. ha establecido lo siguiente: *"de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos*

[109] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989). *Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*, Editorial Akal, Madrid, p. 86

de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrín, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar.

El citado instrumento consigna expresamente que "[...] el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatara en su existencia y contenido".

De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones: ***a)*** *que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes;* ***b)*** *que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió motu proprio a abrirlos y revisarlos sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso,*

era el único y excluyente destinatario de los mismos; ***c)*** *no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.*

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."

El Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del fecha 11 de diciembre del 2014[110], llevada a cabo en Trujillo, también ha acordado por mayoría *"admitir la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo argumento que no existe*

[110] Los Acuerdos Plenarios de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre del 2014. En: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/c7polt.jur.1plenonac.pres.pdf?mod=ajperes&cacheid=72b7478046d47810a53fa544013c2be7.

identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero).", bajo el fundamento de 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 ya que no hay identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena*.

Es la excepción a la exclusión probatoria que cosiste en el hecho de que si se trata de una prueba ilícitamente obtenida por violación de la garantía de un tercero, entonces la prueba será vaída o se dice que se ha legitimado; es decir, que la prueba obtenida con violación de alguna regla constitucional y consecuentemente infractora de los derechos fundamentales de un tercero podrá ser utilizada contra otro sujeto procesal.[111]

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.[112]

Resulta extremadamente peligrosa la atenuante expuesta en los supuestos de co-imputados, ya que uno de ellos puede aceptar la violación de su garantía fundamental procesal para afectar a otro, llevándonos a ignorar que las normas son de efectos generales y no particulares.

---

111 FUENTES RODRÍGUEZ, Armando (2012): "*El sistema Acusatorio y las Pruebas Ilícitas"*. En: https://es.scribd.com/doc/130891680/el-sistema-acusatorio-y-las-pruebas-ilicitas, Revisado el 28 de octubre del 2016.

112 Los Acuerdos Plenarios de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre del 2014, Ob. Cit..

En ese sentido, Jauchen refiere que la incautación probatoria ilícita importa una vulneración al orden público que importa una situación indivisible para todos aquellos directa o indirectamente afectados aunque no sean titulares de la garantía conculcada. Así el fruto de la ilegalidad es inescindible para todas las partes[113]. Además, sería contradictorio sostener que una prueba es ilícita para la persona afectada en su derecho fundamental, pero puede ser utilizada en contra de otra persona.

g) Teoría de la destrucción de la mentira del imputado

Introducida por la jurisprudencia americana, a partir del caso Walter v. US (1954) y Harris, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente.

Esta doctrina[114] admite la validez de una prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad.

Como bien señala Flores Neyra[115] es una excepción ya que esta prueba no puede ser utilizada para fundamentar una sentencia condenatoria, pero si existe el

---

113 JAUCHEN, Eduardo M. (2004) "*Tratado de la Prueba en Materia Penal".* T II. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 627.

114 CARRILLO CARHUAJULCA, Juana (2009). *"Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la jurisprudencia peruana".* En: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Vol. 3, No 1. Disponible en la siguiente dirección electrónica http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561.

115 NEYRE FLORES, José Antonio (2014). *"Concepto y desarrollo de la prueba prohibida"*. En: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/prueba_prohibida_dr_neyra.pdf.

nexo de causalidad entre la prueba original y la derivada. Pero no es aplicable a nuestro sistema porque el imputado no está obligado a declarar la verdad.

Se debe tomar en cuenta que de aceptarse esta teoría se proscribiría la prohibición de admitir elementos probatorios en el proceso, como lo hace el modelo italiano, pues sólo se acogería la inadmisión de la prueba prohibida en el momento de la valoración.

h) Teoría del riesgo

La Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 9-2006 de fecha 14 de mayo del 2007, señaló lo siguiente: *"(...) es de precisar que la filmación ha sido realizada en la vía o espacio público... que* **tampoco se lesiona el derecho a la propia imagen, no sólo por el lugar y circunstancias de la filmación**, *sino porque refleja conversaciones, no destinadas a ser excluidas del conocimiento de los demás (...)"*

La Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el incidente Nº 182-2011-5-1826-JR-PE-02, ha señalado que, la teoría del riesgo *" (...) se justifica en el riesgo de la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del "venite contra factum propium" (no se puede actuar contra los hechos propios) (...)*

El pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del fecha 11 de diciembre del 2014, llevada a cabo en Trujillo, se ha acordado por mayoría, *"admitir la Teoría*

del riesgo, como excepción en casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre n delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretende 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 grave la conversación, o, sea origen o destinatario de una cata o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas contenidas por particulares a través de cámaras ocultas."

Es una excepción aplicada 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.

Su justificación reside en el riesgo 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. Según esta teoría la validez de una cámara oculta se admite, cuando uno de los interlocutores lo consciente, pues su posterior testimonio es

válido. Igual trato se les da a las grabaciones de llamadas telefónicas (efectuadas por uno de sus interlocutores).[116]

Reaño Peschiera[117] nos pone un ejemplo sobre las escuchas telefónicas donde refiere que, desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y validas siempre que:

a. Al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación.

b. El contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados (es decir que no sea delito lo grabado subrepticiamente).

Lo cual es un claro ejemplo de aplicación de esta teoría. En esta se admite la prueba en la creencia que existe un consentimiento por parte de un interlocutor.

i) Prueba prohibida a favor del reo

En este caso no debe excluirse la prueba prohibida ya que, si se prefiere exculpar a un culpable por falta de pruebas que condenar a un inocente, es aún más irracional penara un inocente, sabiendo que es inocente[118].

116 CARRILLO CARHUAJULCA, Juana. Ob. Cit. p. 45

117 REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2004). *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*. Jurista Editores, Lima, p. 56.

118 NEYRE FLORES, José Antonio. "*Concepto* ... op. cit.

Para Pellegrini Grinover se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad, en la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente asegurado, y de modo prioritario en el proceso penal, basado íntegramente en el principio "pro reo"[119]. Así, en la jurisprudencia y en la doctrina extranjera, se ha reconocido la conducta de la persona que graba subrepticiamente su conversación con un tercero para demostrar su propia inocencia[120].

j) Doctrina de la Ponderación de Intereses

El pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de fecha 11 de diciembre del 2014, llevada a cabo en Trujillo, se ha acordado por mayoría *"admitir la doctrina de la ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de intereses de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja."*

Por su parte, la Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Caso Centro Comercial el Polo, en la sentencia recaída en el expediente R.N. 4826-2005 de fecha 19 de julio del 2007, señala lo siguiente: "…*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*

---

119 PELLEGRINI GRINOVER, Ada (2003). *"Pruebas Ilícitas".* Maestría en Derecho Penal. Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias. Universidad Nacional Federico Villareal, Lima p. 147

120 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *"Pruebas* ... op. cit. p. 147.

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 circunstancias 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 (…).”

La prueba prohibida depende de la relación de importancia y gravedad que tenga el acto legal (valoración constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). (...). Este principio no hace ilícita la prueba prohibida, sino que, no obstante, su ilicitud, se le valora porque otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen[121]. Esta doctrina tiene gran

[121] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2000). “*El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”*. En: Themis N° 43, Lima, p. 154.

importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares[122].

[122] Los Acuerdos Plenarios de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre del 2014, Ob. Cit.

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Argumentos a favor y en contra de su formulación

A favor y en contra de esta regla se alzan voces provenientes de todos los sectores del pensamiento jurídico. Aquellas posturas que definen el proceso por la necesidad y obligación de investigar la verdad a ultranza y de manera absoluta, niegan cualquier posibilidad de que existan prohibiciones de prueba, y con ello admiten la eficacia del medio obtenido ilegalmente: no hay tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación que no deba ser utilizado.

Por el contrario, quiénes hacen pie en una concepción menos absolutista, reconocen que junto al interés social en la averiguación de la verdad coexisten otras incumbencias y compromisos; es decir, motivaciones y responsabilidades en ocasiones de superior valor y jerarquía que llevan a impedir la búsqueda a través de métodos siempre ilimitados.

Entre las posiciones a favor de la exclusión de la regla se encuentran:

a) El fundamento ético: la especulación que gira en torno de este primer argumento parte de una premisa: que el Estado, y por ende, a la Administración de Justicia, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, que en el proceso penal subyace un imperativo moral que

restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir el delito.

Esta idea es susceptible de ser explicada de dos maneras según el cristal por donde se observe. Desde un primer punto de vista, el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comporta una actitud inmoral: la Justicia no puede aprovecharse de ningún contrario a la ley sin incurrir en contradicción fundamental, desde que dicho valor [Justicia] se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas son los primeros en violarlas, y si quienes tienen por función aplicar e interpretar la ley basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.

Desde otro enfoque -que se incorpora a la misma línea argumental- la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un adecuado comportamiento ético de parte del estado; en primer lugar, porque denota que la prosecución de un fin no justifica el empleo de cualquier medio, como lo es el aprovecharse de una ilicitud; en segundo orden, porque desde una perspectiva institucional, el proceder del Estado debe ajustarse a la ley como un imperativo del Estado de Derecho y admitir las viciadas probanzas significa desconocer la función ejemplar que los actos estatales deben predicar de cara a la comunidad[123].

b) El inevitable precio del sistema: el discurso según el cual no pueden emplearse artificios ilegales en la investigación penal, y únicamente puede procederse al descubrimiento de la verdad conforme lo permite la ley porque, de lo

[123] MIDÓN, Marcelo Sebastián, (2005), *Pruebas ilícitas*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, pp. 50-57.

contrario se vulnera un principio ético, tiene otras implicancias valorativas no menos significativas.

Aún cuando el descarte del medio de prueba oriundo de la ilegalidad conduzca a la impunidad de algún delito, éste es el precio que, fatalmente, se debe pagar para tutelar intereses más valiosos que el castigo del ilícito. Dicho de otra manera, en el marco del proceso penal la investigación de la verdad debe efectuarse dentro de los cánones legales, respetando las garantías que la Constitución consagra a favor del imputado y con abstención de recopilar elementos ilícitos que la contaminen.

Y no sólo porque subyace un imperativo moral a la hora de reprimir el delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito[124].

c) La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada: la cuestión referida a la admisión o inadmisión de la prueba obtenida por medios ilegítimos supone un conflicto de supremacía o subordinación entre valores: la impostergable necesidad

[124] MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pp. 58 - 62. Esta idea puede ser explicada de la siguiente manera: 1) Cuando durante la investigación de un delito se incorpora al proceso un elemento de prueba adquirido ilegítimamente, y ese elemento sirve para demostrar la responsabilidad de encartado, reconocer eficacia al medio probatorio importa incurrir en una contradicción ética; porque para reprimir una conducta contraria al orden jurídico, el Estado está apelando a un recurso idénticamente transgresor de la legalidad. 2) Empero, si el Estado desecha ese viciado instrumento, el imputado que en forma comprobada cometió el hecho, puede quedar en ocasiones impune; no sufre castigo por la conducta reputada indeseable, y con ello, la pena puede perder su finalidad preventiva. 3) Se plantea entonces una nueva dicotomía axiológica entre la necesidad de respetar las garantías que protegen la dignidad del hombre (lo que conlleva a su exclusión) y el interés comunitario en que se repriman los delitos (lo que conduce a la admisión de la prueba). 4) Producido este segundo conflicto, el argumento analizado aconseja sacrificar el valor de menos jerarquía; ergo, como a la dignidad humana se le reconoce primacía, la eventual impunidad del delincuente se convierte en el inevitable precio de un Estado de Derecho.

de preservar los derechos y garantías fundamentales del imputado y el imperioso interés social en la investigación y represión de delitos.

Y es que el concurso de disputas axiológicas se resuelve privilegiando el axioma de mayor valor, sacrificándose con la selección al postulado de inferior graduación. En un sistema de Constitución escrita, rígida y suprema como la nuestra, los principios, derechos y garantías declamados y contenidos en dichos cuerpos normativos representan la cúspide del ordenamiento jurídico.

Así, ninguna norma, acto o hecho, sea que provenga del Estado, de sus autoridades o de particulares es susceptible de contradecir lo que la Constitución o los mencionados instrumentos internacionales establecen como obligatorios o reconocen como potestativos.

Y cuando de facto ese avance acontece, la norma, acto o hecho es reputado inconstitucional y por consiguiente, inválido como fuente de efectos jurídicos. Entonces, partiendo de la premisa de que los derechos fundamentales del individuo[125] y las garantías destinadas a protegerlos[126], se hallan reconocidos y tutelados por la Constitución y por Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de igual jerarquía. En nuestro caso forman parte del bloque de constitucionalidad donde a los tratados en materia de derechos humanos se la da el rango constitucional.

---

[125] MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pág. 64. Se hace referencia al derecho a la vida, integridad física y psíquica, libertad, honra, igualdad, intimidad etc

[126] MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pág. 66. En cuanto a las garantías destinadas a proteger los derechos del hombre, se alude a prohibición de azotes y torturas, de arrancar confesiones compulsivas, inviolabilidad del domicilio y papeles privados, un debido proceso legal, etc.

Y que tales derechos y garantías se ven vulnerados o gravemente resentidos en caso de admitirse en un proceso y como prueba de cargo contra el imputado elemento obtenido al margen de la Ley Fundamental, la preservación de los mismos se convierte en un imperativo insoslayable para la salud y el buen funcionamiento del sistema[127]. En suma, para esta visión, la regla de exclusión no es sino el producto de interpretar la Constitución y los tratados equiparados a ella en su justa medida.

d) El derecho a la prueba no es absoluto: el derecho a la prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, no es absoluto, reconociendo límites. Son ejemplo de estas restricciones los impedimentos para deponer las personas que, en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto; o la negativa a declarar consentida a los parientes y afines del acusado, etc.

Otras consideraciones o implicancias del discurso ético también llevan a la necesidad de colocar límites a la prueba: el proceso sólo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes. Es decir, los límites deben ser cuidadosamente preservados para salvaguardar la legalidad de la prueba, ya que la búsqueda de la verdad no autoriza al juez ni a las partes a sobrepasar los límites éticos y legales colocados en el proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana[128].

---

127 En esta línea de pensamiento, sostiene CARLOS ENRIQUE, Edwards. (2000). *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal.* Marcos Lerner Editora, Córdoba, p. 52, que la necesidad de tutelar las garantías constitucionales se presenta como uno de los argumentos más contundentes para justificar la equidad de la regla de exclusión. De nada sirve la consagración de estas garantías tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que gozan de jerarquía constitucional, si luego pueden hacerse valer en el proceso penal los elementos de prueba logrados a partir del quebrantamiento de alguna de esas garantías.

128 MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pp. 66-67. Con cita de Roxin, este autor señala que "... una clarificación exhaustiva, ilimitada, de los derechos penales podría suponer peligro de muchos valores sociales y personales. Por ello, la investigación de la verdad no es en el proceso penal un

e) El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares: este argumento entiende que, excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida, ejerce un notable efecto disuasorio respecto de futuros procedimientos irregulares.

En este sentido, la regla de exclusión viene a operar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, desde que las pruebas logradas en ilegales circunstancias carecen de todo valor probatorio. Desde esta perspectiva, el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desanima a quienes puedan recurrir a esos medios, lo que supone un importantísimo paso para la consecución de un Estado de Derecho[129] .

En la otra vereda, los argumentos que sustentan la viabilidad de incorporar al proceso con plena eficacia la prueba oriunda de la ilegalidad (la mayoría de ellos construidos como una reacción o severa crítica a los males de la exclusión), son:

a) La búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio: el argumento que se esgrime en defensa de la validez de los viciados elementos probatorios reside en la proclamación de la verdad material como fin del proceso

valor absoluto; antes bien el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado".

[129] Para SUPERTI, Héctor C., (1998). *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*. Editorial Juris, Rosario, p. 121, expresa que en la medida que ante procesos donde se debate la validez o eficacia de pruebas obtenidas ilegalmente, se opte por reivindicar el sistema garantizador de nuestra Carta Magna aún a costa de soportar impunidad en el caso concreto, se consolida la idea de que las investigaciones penales deben ser respetuosas de los derechos constitucionales, por lo que es cada vez más difícil que se tenga que presenciar este tipo de consecuencias indeseables. "... Los buenos investigadores tratarán de evitar que su trabajo se convierta en inútil por exceder los márgenes legales...".

penal, y por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil.

Para los partidarios de esta postura, la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse en el proceso y puede ser objeto de apreciación por el juez en aras al descubrimiento de la verdad. El fin enarbolece la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba es incorporada al proceso resulta intrascendente su forma de adquisición. Lo verdaderamente importante es su disponibilidad por el magistrado para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos[130].

b) La exclusión entorpece el accionar de la justicia: esta objeción a la regla de supresión aduce que el principio no hace sino entorpecer la acción de la justicia, dificultando la investigación y represión del crimen, al declarar inadmisibles pruebas de la comisión de un delito. Ergo, lo que corresponde es admitir la prueba, preconizándose la sanción del responsable del delito[131].

c) El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado: por aplicación de esta idea, se sostiene que si un domicilio es allanado ilegalmente, o si las grabaciones contenidas en una cinta magnetofónica o de video se logran a través de interceptación clandestina de comunicaciones telefónicas o mediante la violación a la intimidad del inculpado, o si la confesión del reo es producto de la tortura, ante tales circunstancias debe investigarse la conducta de los

---

130 MUÑOZ SABATE, Luis (1987), *Técnica Probatoria (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*. Editorial Praxis, Barcelona, p. 80, afirma que la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no busca a propósito.

131 MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pp. 75-76.

responsables del allanamiento ilegítimo, de las interceptaciones espurias, o de los malos tratos por separado, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros ni dejan de lado una realidad intangible, como la existencia de material demostrativo de la responsabilidad criminal del imputado[132].

d) El alto costo social de la exclusión: a través de este criterio se menciona que la sociedad paga un altísimo costo por el drástico remedio. Mediante su empleo, se priva de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, porque ya no sólo el delincuente no recibe su condigno castigo, sino que, además, la pena puede perder la finalidad preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado por las conductas contrarias al orden jurídico.

De este modo, al no aplicar la regla de exclusión, el juez se limita a ejercitar adecuadamente el derecho de la sociedad a defenderse del delito y que es consecuente con el deber de los magistrados de resguardar la razón de la justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios[133].

e) El falso efecto persuasivo: otra observación aduce que no es dable suponer que el precepto de postergación de la prueba de génesis ilícita ejerza real efecto de persuasión respecto de futuros procedimientos irregulares. Ello así por

132 MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pp. 76-77.
133 MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., pp. 77-78

cuanto el verdadero destinatario de la regla no es el agente que conduce el allanamiento anómalo o propina torturas.

Antes bien, el perjudicado por la exclusión es la Administración de Justicia -y más específicamente el Ministerio Público al frustrarse una importante prueba en contra de quien comete el delito. Así, ante la comprobación de procedimientos ilegales cumplidos por agentes policiales, debe optarse por denunciar a sus responsables criminalmente, demandarlos por daños y perjuicios, obtener su corrección por vía disciplinaria o cualquier otro mecanismo que puede crearse a esos fines[134].

f) La exclusión es una regla indiscriminada: por último, los detractores refuerzan la crítica esforzándose por demostrar cómo la pauta peca por exceso al propiciarse una aplicación indiscriminada de ella. No se distingue entre aquellos procedimientos "putativos" (como lo son, por ejemplo, los casos en que la agencia policial actúa de buena fe y con la razonable creencia de realizar un allanamiento o un arresto legítimo, sin perjuicio de carecer de la orden correspondiente) y los que son deliberadamente practicados en contravención al orden jurídico vigente[135].

134 La síntesis del pensamiento crítico la hace CARRIÓ, Alejandro, (1994), *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 156-157.

135 MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., p. 79.

4.2. El alcance de la exclusión: la “doctrina del fruto del árbol venenoso”

4.2.1. Las pruebas ilícitas por derivación

Hasta aquí es posible afirmar que toda vez que una prueba es obtenida violando, superando o transgrediendo los límites éticos y legales colocados en el proceso y sensibles a la dignidad humana, dicha prueba resulta procesalmente inadmisible y, por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento de juicio.

Sentado ello, resta precisar el alcance o extensión de la máxima de supresión. Esto es, hasta qué punto y con qué límites la existencia de una irregularidad inicial en la instrucción se proyecta y contamina otros actos, diligencias o probanzas cumplidos u obtenidas a partir de aquella irregularidad inicial.

La tarea de fijar la dimensión de la regla de exclusión no se exhibe problemática en los casos donde la sentencia desfavorable para el titular de la garantía constitucional tiene fundamento directo e inmediato a través de un acto reñido por ella, que incorpora un elemento decisivo.

Así, por ejemplo, la sentencia condenatoria fundada en una confesión arrancada a través de tortura, o sustentada en el hallazgo de la res furtiva en el domicilio del imputado al que los instructores acceden mediante un allanamiento ilegal, o basada en una grabación que delata la responsabilidad del encartado y que es obtenida por la interceptación clandestina de sus comunicaciones telefónicas.

En estos casos, que involucran pruebas ilícitas "por sí mismas", resulta claro que el elemento obtenido en forma ilegítima es invalorable en una decisión judicial. Sin perjuicio de ello, algunas consideraciones no se muestran tan sencillas y continúan dividiendo a la doctrina y jurisprudencia.

Nace así el debate relativo a las llamadas pruebas ilícitas "por derivación" (también llamadas pruebas ilícitas indirectas o por efecto reflejo), o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de la prueba ilícitamente obtenida.

Es decir, de esta cuestión participan una prueba adquirida de modo regular y con todas las garantías de la ley, pero a la que se accede a merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal[136].

Entonces, siempre que el denominador común consista en la concurrencia de una prueba obtenida lícitamente, pero que tiene origen o fundamento en un acto o prueba cumplido por métodos ilegales, puede encontrarse de frente a una polémica: conocer si la irregularidad inicial repercute o no sobre la formalidad del acto subsiguiente, contagiando su vicio.

O sea, saber si la regla de exclusión tiene un alcance amplio o una extensión acotada y por más restringida. En una posición más sensible a las garantías

[136] MAIER, Julio B. J., ob. cit., expone que los casos verdaderamente discutidos contienen dos componentes: un acto regular por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por su resultado (el conocimiento mediante él) la práctica del siguiente. Allí reside la cuestión, en la pregunta acerca de si el acto regular, como fuente en uno anterior viciado, puede ser valorado en perjuicio del imputado.

constitucionales, la ilicitud de la obtención de la prueba se trasmite a las pruebas derivadas, que son igualmente excluidas del proceso.

Es la conocida teoría de "los frutos del árbol envenenado" acuñada por la Corte norteamericana, según la cual el vicio de la planta se trasmite a todos sus frutos. Aplicando la "fruit of the poisonous tree doctrine", los tribunales de los Estados Unidos entienden que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad[137].

De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas en el procedimiento inicial, sino además todas las restantes evidencias que son "el fruto de la ilegalidad originaria"[138].

---

137 CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales*, ob. cit., p.162. Sobre la génesis de la expresión, relata este autor que su origen se remonta al caso "Silverthorne Lumber Co. Vs. United States", 251 US 385 (1920) en el que la Corte estadounidense decide que el Estado no puede intimar a una persona a que entregue documentación, cuya existencia es descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente en "Nardone vs. United States", 308 US 338 (1939), ese Tribunal hace uso por primera vez de la expresión "fruto del árbol venenoso", al resolver que no sólo debe excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se llega aprovechando la información que surge de tales grabaciones.

138 AMADEO, Sergio L. y PALAZZI, Pablo A., (1997), "*Sentencias Sobre Prueba Ilegal"*. En: Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, J.A., 1997-III, pp. 1152. "... El radio de acción de la prohibición de obtener pruebas ilícitamente no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba original prohibida (original evidence), sino que llega a las adquiridas en forma derivada (derivative evidence) a partir de aquélla, con arreglo a la doctrina plásticamente conocida como de los frutos del árbol envenenado...". Sentencias: "Silverthorne Lumber Co. vs. United States", 251 US 385, 1920; "Nardone vs. United States", 308 US 338,1939; "Wong Sun vs. United States", 371 US 471, 1963; "Harrison vs. United States", 329 US 219, 1968.

4.2.2. La polémica sobre el alcance y su tratamiento doctrinario

Como en tantas otras cuestiones que involucran valores enfrentados, la literatura jurídica toma partido a favor o en contra (del extenso alcance de la regla de exclusión pretendido por la teoría del fruto del árbol envenenado), incorporando matices que evidencian el propósito de arribar a la solución estimada más justa. Así, puede hablarse de:

a) Tesis restringida: desde una primera perspectiva, hay quienes sostienen que todo aquello que pudiere ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debe ser valorado por el juez para formar su convicción, resultando irrelevante el modo de su obtención.

A los que participan en este pensamiento ("el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito") no se les plantea ningún problema en cuanto a los efectos reflejos de una prueba ilícita. O sea, si admiten y reconocen plena eficacia al material directa e inmediatamente recolectado de la ilegalidad, tanto más lo hacen respecto de irregularidades oblicuas o indirectas[139].

b) Tesis ecléctica: en una posición intermedia, se considera necesario encontrar una solución que respetando los valores garantizados por las

[139] MIDÓN, Marcelo Sebastián, ob. cit., p. 146. En el mismo sentido, GUARIGLIA, Fabricio, (2005), *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, p.159. "... La posición que rechaza el efecto extensivo se apoya en un argumento puramente político-criminal: la eficiencia de la persecución penal quedaría seriamente afectada si se excluyera prueba relevante 'sólo' porque dicha prueba se apoya en información irregularmente adquirida; a ello se agregaría una (alegada) dificultad de verificar el vínculo de causalidad entre la prueba original y la derivada...".

prohibiciones probatorias no límite excesivamente el derecho a la prueba. En esa línea, se estima que la solución puede hallarse distinguiendo el fundamento de las normas violadas.

Si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, son válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso son ineficaces. Incluso puede reducirse la ineficiencia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no se obtengan por un procedimiento lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presume o no la obtenibilidad legítima[140].

c) Tesis amplia: desde este enfoque se concluye que, permitir que la justicia, so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción constitucional, es abiertamente contrario a la prelación normativa del art. 138 de la Constitución del Estado. La operatividad propia de las garantías constitucionales priva de todo valor, no sólo a las pruebas que constituyen el corpus de la violación, sino también a aquellas que son la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes, como los larvados o encubiertos[141].

---

140 DE MARINO, Raúl. (1983), *"Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba",* en Primeras Jornadas de Derecho Judicial. Madrid. También GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones*, ob. cit., p. 160, sostiene que "... La posición intermedia está... representada -cuando no- por quienes afirman que la solución pasa por una ponderación en cada caso concreto, que contemple los intereses de la persecución penal, los intereses individuales protegidos y considere la gravedad y la relevancia constitucional de la injerencia estatal y el peso del hecho punible a esclarecer".

141 CEFFERATTA NORES, José I, (1988). *Temas de derecho Procesal Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, pp. 106-107. Participando de esta óptica, para MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, (1999), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosh Editor, Barcelona, p. 107, la prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aún obtenidas en forma ilícita tengan su

4.3. Validación de las hipótesis

Los argumentos que validan y justifican la hipótesis planteada en la investigación son:

1. Dentro del marco del sistema penal acusatorio existen diferentes normas de carácter constitucional y procesal que contienen un mandato de exclusión de las pruebas ilícitas e ilegalmente obtenidas por fuera del debido proceso y todas aquellas vulneradoras de las garantías fundamentales del presunto penalmente responsable de una conducta de carácter delictivo, herramientas jurídicas que permiten a los sujetos procesales solicitar la nulidad o exclusión de la prueba, sino, revisten de legalidad o licitud esperada por la Constitución y la Ley.

2. Resulta irrazonable otorgar valor procesal al accionar del Estado, cuando ésta resulta exitosa sobre la base de la comisión de actos ilegales; por más que se hayan realizados con el propósito de descubrir y perseguir el delito, ya que el fin no justifica los medios y la admisión de tal prueba importa desconocer la función ejemplar que el Estado tiene para con la comunidad. El Estado no puede, ni debe aprovecharse de un delito para verificar otro delito.

3. La valoración de las pruebas, no debe fundarse en pautas éticas, sino primordialmente en la salvaguardia de los derechos y garantías que emanan del

---

origen en la primera. En otras palabras, que la ineficacia de la prueba ilegalmente adquirida debe alcanzar, también, a las otras pruebas que si bien son en sí mismas ilícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas indirectas pruebas ilícitas puedan ser admitidas o valoradas. Por su parte, GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones…*, ob. cit., pp. 159-160, señala que esta posición "... advierte sobre los riesgos de vaciar de contenido a las prohibiciones de valoración probatoria mediante el aprovechamiento, aunque sea mediato, del producto de la recolección irregular de prueba...".

articulado de la Constitución Politica, al igual que de los Tratados Internacionales incorporados a ella con tal jerarquía. Puede parecer que el interés social de defenderse del delito tenga que merecer preferencia, si se lo considera como el bien común y que como tal es superior al bien individual. Pero aunque un bien sea más valioso que otro, jamás puede perseguirse su realización violando la Constitución.

4. El respeto de las garantías individuales debe prevalecer sobre todo interés aunque esto pueda dar lugar a la impunidad de algún delito, pero para evitar tal consecuencia, el Estado no está autorizado a realizar cualquier acto tendiente a poner fin a la delincuencia.

5. Si esto se permite en lugar de evolucionar hacia el respeto del hombre como sujeto de derecho y reconociendo su dignidad que posee como tal, se involuciona hacia el sistema inquisitivo, el que considera al imputado como un objeto de persecución penal, y al que no le reconoce su dignidad ni sus derechos, ya que apunta a la represión y al castigo de ellos.

6. Sólo en este marco se sobrevaloran los fines del Estado hasta el punto que puede justificársele cualquier medio para lograr su finalidad. Son las propias garantías constitucionales las que impiden la admisión de las pruebas ilegalmente obtenidas. Por supuesto que, si se elimina el 'debido proceso', la prohibición de declarar contra sí mismo, la inviolabilidad de la defensa en juicio y del domicilio; si se reinstala la pena de muerte, toda especie de tormentos y azotes, en definitiva, si se cambia la Constitución, es obvio que se tendrán más delincuentes sancionados. Por ello, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean

penados, sino la propia Carta Magna. La regla constituye sólo un imperativo constitucional.

7. También la doctrina del fruto del árbol venenoso es receptada por la Corte en los casos anteriormente citados, aunque alcanza su conceptualización integral en el fallo "Reginal Raydford" (Fallos 308:733), donde -al tratarse de un allanamiento realizado sin orden judicial y en el cual se secuestra droga, ocasión en la que igualmente el imputado involucra a otras personas como vendedores de esa sustancia, las que son también detenidas- establece que "... la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio por vía ilegitima, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso...".

8. Sin embargo, no siempre la Corte sostiene tal postura llegando a admitir que "... una aplicación errónea de la doctrina de la exclusión no podría desvirtuar el proceso de la búsqueda de la verdad, y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial". Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que tal postura no es compartida. En primer lugar, por considerar al proceso neutral; y en segundo término, porque pretender instrumentar la política represiva por medio del proceso, implica tomar partido en favor de la defensa social en desmedro del imputado y sus garantías.

9. El proceso no es instrumento ni de la represión, ni del derecho penal sustancial, ya que éste no se instaura para penar, sino para saber si se debe o no penar. A su vez, porque el afianzamiento a ultranza de la verdad como objeto y meta del proceso penal, termina generando una repontenciabilización del sistema

estatal en detrimento de los derechos individuales, tal como ha ocurrido en los sistemas inquisitivos.

10. Resulta fundamental destacar que dicha doctrina tiene un doble fundamento, por un lado, utilitaria (para erradicar procedimientos policiales ilegales) y por el otro, moral (la justicia no puede servirse de pruebas mal habidas). El fin legítimo de defensa de la sociedad contra el delito no debe lograrse transgrediendo la Constitución.

11. Que a la sentencia de condena -que va a decidir procesalmente la vida de una persona- se debe llegar sólo por los medios y las formas que la ley permite, y que habiéndose incorporado una prueba obtenida ilegalmente o como derivado de un acto irregular, las mismas no deben ser admitidas, ni mucho menos valoradas, ya que esto no sólo produce un perjuicio al imputado, sino que también desvirtúa el sistema constitucional garantista instaurado en nuestro país.

12. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado. En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: **a)** la violencia moral, psíquica o física; **b)** la tortura, y **c)** los tratos humillantes o denigrantes.

13. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal,

cuyo texto dispone que "[e]l 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". 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.

CONCLUSIONES

1. Nuestro proceso penal consigue compatibilizar los principios básicos del sistema acusatorio con las diversas garantías que derivan de la Constitución Política. Puntualmente, teniendo en cuenta que estas últimas imponen un límite al principio de la libertad probatoria, todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción.
2. Con la técnica de redacción utilizada en cuanto a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, permite, al menos desde la perspectiva del imputado, entregar una importante herramienta de compensación a los poderes persecutorios del Estado.
3. En relación con el derecho de defensa, un denominador común encontrado a la luz de la jurisprudencia comentada, lo constituye el que en cuanto derecho fundamental de todo individuo compelido a intervenir en un proceso penal por estar siendo investigado de hechos que revisten caracteres de delito, constituye un derecho del imputado el ser asistido en primer lugar y antes que todo por un abogado que contribuya con él y materialice una estrategia de defensa, previamente planificada y discutida, el que en ciertos casos es disponible, en la medida que dicha disposición sea efectuada libre y espontáneamente y siempre que no sea definitiva, a menos que el imputado se defienda a sí mismo.

4. Frente a la máquina de órganos de persecución e investigación con que cuenta el Estado, y no obstante la misión del fiscal de investigar también los antecedentes que acrediten la inocencia del imputado, es el mismo Estado el llamado a respetar y hacer respetar el derecho de defensa del imputado.
5. La regla de exclusión, en una regla que efectivamente contribuya al necesario equilibrio dialéctico a través de la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, en la medida en que esta junto con la inobservancia de una determinada norma reflejo del derecho de defensa, afecte de forma esencial y no marginal, el derecho tutelado.
6. Los elementos materiales probatorios, evidencia física y pruebas, obtenidas con violación a las garantías fundamentales y legales, serán nulas de pleno derecho y deberán ser excluidas 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 (pruebas derivadas).
7. 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. Puede ser solicitada la exclusión de un medio procesal que se reputa ilícito tanto por quien sufrió el acto violatorio de sus derechos como por el procesado, aunque este sea diferente de aquel.
8. El procedimiento de exclusión debe seguir las características básicas del juicio. Dicho procedimiento tiene por objeto determinar la ilicitud del medio probatorio o la derivación del mismo de uno ilícito; y la existencia de una de las excepciones a la regla de exclusión.

9. De los distintos casos jurisprudenciales expuestos, así como del desarrollo de la doctrina estudiada, es posible avizorar en primer término que, la amplitud con que fue redactada la regla de exclusión de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales, sumado a la generalidad de derechos que comprende la garantía del debido proceso, y en su interior del derecho de defensa, constituye una virtud del sistema procesal penal nacional e internacional.

RECOMENDACIONES

1. El asunto de cómo es "lícito" juzgar en un proceso penal, implica la discusión de cómo es lícito obtener y llevar cierto conocimiento al escenario procesal. Esta discusión, sin embargo, debe ser enmarcada dentro de una más amplia, es decir, de aquella acerca de los límites de actuación del Estado, de cuándo este desborda su ámbito de actuación autorizado.

2. El remedio que el juez y el legislador han incorporado para excluir las ilicitudes probatorias, es la regla de exclusión; sin embargo, el alcance de este mandato es relativo gracias a la consagración de excepciones a la misma que contribuyen a subsanar las ilicitudes que las autoridades públicas y los particulares cometen para llevar los medios de conocimiento al proceso y que, en todo caso, deben ser excluidas, ya que es la única forma en que puede evitarse que el Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva, no se aproveche de lo ilícito.

3. De la fundamentación de la regla de exclusión en el efecto disuasorio que esta tenga sobre las autoridades de la persecución penal, resulta una interpretación con efectos inconstitucionales, ya que permite transgredir derechos constitucionales de los ciudadanos cuando con la exclusión de las ilicitudes probatorias no se generen efectos preventivos, sin tener en cuenta la prevalencia de valores constitucionales como el debido proceso, de mayor jerarquía.

4. Se exhorta a los operadores jurídicos que el trámite procesal que se adelante en cualquiera de sus instancias, debe ir dirigido por los principios, garantías y Derechos Fundamentales de origen Constitucional y legal que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce a las personas que han sido individualizadas por la comisión de una conducta antijurídica.

5. Se debe exigir que los servidores públicos no pueden actuar de manera arbitraria, burlando los preceptos constitucionales y legales que rigen su actuar, quienes al momento de iniciar cada una de las etapas a desarrollar dentro del proceso penal deben garantizar al procesado el cabal cumplimiento de sus derechos tales como el debido proceso, derecho a la libertad, derecho a la igualdad, derecho a la intimidad y en especial el derecho a la Dignidad Humana,

6. Exhortar de manera especial a los jueces, que es de vital importancia la claridad que siempre se debe tener en cuenta para la interpretación y valoración de las pruebas obtenidas dentro del proceso penal. Así el juez penal, ante la valoración de la prueba se puede encontrar con elementos materiales probatorios obtenidos de manera ilegal o irregular, es decir, cuando en la producción o práctica de los actos de investigación se desconocen los presupuestos legales esenciales que el legislador ha reglamentado para las mismas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILÓ, Joseph (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Editorial Palestra – Temis, Perú – Colombia.
2. AMADEO, Sergio Luis. y PALAZZI, Pablo A., (1997), "*Sentencias Sobre Prueba Ilegal"*. En: Revista Jurisprudencia Argentina, J.A., 1997-III, Buenos Aires.
3. ATIENZA, Manuel (2007). *"Argumentación y Constitución"*. En: Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Editorial Iustel, Madrid.
4. BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Editorial EDIAR, Buenos Aires.
5. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México.
6. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). *"Principios rectores del nuevo código proceso penal"*. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra, Lima.
7. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2000). "*El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal"*. En: Themis N° 43, Lima.

8. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). *"El problema de la "Prueba Ilícita" un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal"*. En: Revista THEMIS, N° 43, noviembre, Lima.

9. CALAMANDREI, Piero (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Editorial JEA, Buenos Aires.

10. CAPELLETTI, Mauro (1972). *"Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte"*. En: La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

11. CARLOS ENRIQUE, Edwards. (2000). *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal.* Marcos Lerner Editora, Córdoba.

12. CARRILLO CARHUAJULCA, Juana (2009). *"Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la jurisprudencia peruana".* En: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Vol. 3, No 1. Disponible en la siguiente dirección electrónica http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561.

13. CARRIÓ, Alejandro, (1994), *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

14. CEFFERATTA NORES, José I, (1988). *Temas de derecho Procesal Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires.

15. CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Editorial Palestra, Lima.

16. CHIOVENDA, José (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Reus, Madrid.

17. DE MARINO, Raúl. (1983), *"Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba",* en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Madrid.

18. DE OTTO, Ignacio (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona.

19. DE VEGA GARCÍA, Pedro (1987). *Estudios político constitucional*. UNAM, México D.F.

20. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2012): *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia.* Disponible en la siguiente dirección electronica: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

21. FERRAJOLI, Luigi (2005). *"Pasado y futuro del Estado de derecho"*. En: Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid.

22. FERRAJOLI, Luigui (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.

23. FUENTES RODRÍGUEZ, Armando (2012): "*El sistema Acusatorio y las Pruebas Ilícitas".* En: https://es.scribd.com/doc/130891680/el-sistema-acusatorio-y-las-pruebas-ilicitas.

24. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

25. GÓMEZ COLOMER, Juan (1985). *Introducción y normas básicas*. Editorial Bosch, Barcelona.

26. GOMEZ COLOMER, Juan Luis (2008). *"Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Español".* En: Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid.

27. GONZALEZ GARCIA, Jesús María (2005). *El Proceso Penal Español y La Prueba Ilícita*. Rev. Derecho (Valdivia), volumen 18. Universidad Austral de Chile, diciembre 2005,

28. GUARIGLIA, Fabricio, (2005), *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento pena*l. Editores Del Puerto, Buenos Aires.

29. GUASTINI, Ricardo (2007). *"Sobre el concepto de Constitución"*. En: Miguel Carbonell (editor). Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta - IIJ/UNAM, Madrid.

30. GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid.

31. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2004). *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno,* Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

32. HESSE, Honrad (1885). *Derecho constitucional y derecho privado*. Editorial Civitas, Madrid.

33. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto (2003). *El debido proceso en las decisiones de /o Corte Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Lima.

34. HUERTAS MARTÍN, María (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona.

35. JAÉN VALLEJO, Manuel (2006). *Estudios Penales. Principios, Sistema de Consecuencias Penales, Jurisdicción Universal, Nuevas Formas de*

Criminalidad, Proceso Penal, y otras cuestiones de actualidad penal, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

36. JAUCHEN, Eduardo M. (2004) "*Tratado de la Prueba en Materia Penal".* T II. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

37. LANDA ARROYO, Cesar (20010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Palestra Editores. Lima.

38. LANDA, César (2006). *"Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano"*. En: Constitución y fuentes del derecho. Editorial Palestra, Lima.

39. LANDA, César (2008). *"Autonomía procesal del Tribunal Constitucional"*. En: La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

40. LANDA, César (2010). *"Los precedentes constitucionales. El caso del Perú"*. En: Teoría y práctica de la justicia constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador.

41. LANDA, César (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura, Lima.

42. LANDA, César (2013). *"La constitucionalización del derecho peruano"*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 71, Lima.

43. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Editorial Akal, Madrid.

44. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

45. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

46. MAIER, Julio (1995). *Derecho Procesal Penal*, T. I., 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.

47. MASLE, Julián (2006). *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

48. MESIA, Carlos (2004). *Exegesis del Código Procesal Constitucional.* Gaceta Jurídica Primera edición. Lima.

49. MIDÓN, Marcelo Sebastián, (2005), *Pruebas ilícitas*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

50. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal*. Editorial J. M. Bosch, Barcelona.

51. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2010). *"La prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones"*. En: Revista Catalana de Seguritat Pública, Madrid.

52. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2011): *"Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita: Historia de su Nacimiento y su Progresiva Limitación"*. En: file:///C:/Users/giacuna/Downloads/Dialnet-LaReglaDeExclusionDeLaPruebaIlicita-668798%20(4).pdf.

53. MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Thomson – Civitas, Barcelona.

54. MUÑOZ SABATE, Luis (1987), *Técnica Probatoria (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*. Editorial Praxis, Barcelona.

55. NEYRE FLORES, José Antonio (2014). *"Concepto y desarrollo de la prueba prohibida"*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/prueba_prohibida_dr_neyra.pdf.

56. NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y auxiliares de Justicia.* Academia de la Magistratura. Lima.

57. PASTOR BORGOÑÓN, Beling (1986). *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*. Ediciones Justicia, Barcelona.

58. PELLEGRINI GRINOVER, Ada (1995). *"Pruebas Ilícitas en Ciencias Penales"*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, AÑO 7, N° 10, Setiembre, San José. Disponible en sitio Web: http://www.cienciaspenales.org /REVISTA%2010/pellegrini10.htm.

59. PELLEGRINI GRINOVER, Ada (2003). *"Pruebas Ilícitas".* Maestría en Derecho Penal. Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias. Universidad Nacional Federico Villareal, Lima.

60. PÉREZ ROYO, Javier (1985). *Las fuentes del derecho*. Editorial Tecnos, Madrid.

61. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo (2002). Oficio Nº 167 dirigido a Fiscales Regionales que orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita, Santiago de Chile.

62. PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio (1997). *Dilaciones Indebidas y Derecho Penal (causas y remedios, crítica a las soluciones jurisprudenciales arbitrales)*, Editorial Akal, Madrid.

63. PRIETO SANCHIS, Luis (2009). *"Neoconstitucioanlismo y ponderación judicial"*. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid.

64. RAMÍREZ BAGES, Mariano (1981). *La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan.

65. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.

66. REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2004). *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*. Jurista Editores, Lima.

67. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.

68. ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Editorial Jurista, Lima.

69. ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires.

70. SALAS CALERO, Luis (2008). *"Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias"*. En: Prueba y Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

71. SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). *Derecho Procesal penal*. Editorial Grijley, Segunda Reimpresión Corregida, Lima.

72. STRUENSEE, Eberhard (1994). *La prueba prohibida*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Grijley, Año II, N° 4, julio - diciembre, Lima.

73. SUPERTI, Héctor C., (1998). *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*. Editorial Juris, Rosario.

74. ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004). *La Prueba Ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

75. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima.