UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

VALORACIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN CASOS DE DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. DARWIN TARAZONA MENA

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2017

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por habernos permitido hacer realidad un sueño; a mis profesores por brindarme sus conocimientos; a mi familia y amigos por brindarme su apoyo incondicional.

DEDICATORIA

A Dios, que da la fortaleza a seguir adelante; a Victoria Mena Mallqui, mi madre ser que ha estado en los momentos que más necesité y que estará por siempre en mi corazón y en mi pensamiento.

ÍNDICE

Pág.

RESUMEN..... viii

ABSTRACT..... ix

INTRODUCCIÓN 10

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema 14

1.2. Formulación del problema 16

1.2.1. Problema general 16

1.2.2. Problemas específicos.....16

1.3. Importancia del problema 17

1.4. Justificación y viabilidad.....19

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 24

1.8. Metodología 24

1.8.1. Tipo y diseño de investigación 24

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....25

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....26

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información 27

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información 27

1.8.6. Validación de la hipótesis 28

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes 30

2.2. Bases teóricas 34

2.2.1. La prueba ilícita 34

2.2.2. Los delitos de corrupción de funcionario.....47

2.3. Definición de términos.....55

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Elementos a tener en cuenta para la elaboración de un concepto de prueba ilícita.....58

3.1.1. Primer elemento: Límite al principio general de averiguación de la verdad.....58

3.1.2. Segundo elemento: Vulneración de derechos fundamentales.....60

3.1.3. Lo que se vulnera es el contenido esencial de los derechos fundamentales.....64

3.2. La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República 65

3.2.1 Sobre la definición de prueba prohibida 66

3.2.2. Prueba prohibida y prueba irregular.....68

3.2.3. Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida 70

3.2.4. Excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.....72

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Sobre el concepto de prueba ilícita 77

4.1.1. Definición legal.....77

4.1.2. Análisis del concepto 77

4.2. Fundamento de la prueba ilícita 81

4.2.1. Violación de derechos fundamentales 81

4.3.- Supuestos de producción de una prueba ilícita 87

4.4. Posición doctrinaria respecto a la validez o invalidez de la Prueba Ilícita 94

4.4.1.- Posturas a favor de la validez de la prueba ilícita 95

4.4.2.- Posturas en contra de la validez de la prueba Ilícita 100

4.4.3. Posición crítica 104

4.5. Situación actual de la Prueba Ilícita en nuestro ordenamiento 105

4.5.1. Tratamiento Positivo.....105

4.5.2. Nuevo Código Procesal Penal 108

4.6. Validación de hipótesis 111

4.6.1. La jurisprudencia peruana acepta excepciones que validan materiales "ilegales": Audios interceptados no siempre son prueba prohibida....111

4.6.2. Caso de ponderación de intereses en la jurisprudencia peruana.....116

4.6.3. Tribunal Constitucional y la prohibición de la prueba.....117

4.6.4. Sobre los casos de Business Track y de las agendas de N. Heredia. ..120

4.6.5. A favor de prueba ilícita.....122

CONCLUSIONES.....124

RECOMENDACIONES.....126

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....128

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue realizar un análisis jurídico sobre los fundamentos jurídicos para valorar la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios 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 tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que existen argumentos jurídicos que justifican que la doctrina o teoría de la ponderación de intereses, admite la valoración de la prueba ilícita, a efectos de proteger otros valores constitucionales de mayor relevancia que los vulnerados. Por lo que la prueba ilícita es válida cuando el interés en descubrir y perseguir el delito es claramente superior al derecho individual afectado, excepción que podría aplicarse precisamente en casos de delitos de corrupción de funcionarios, donde el derecho individual del imputado puede ceder frente al interés de descubrir y perseguir dichos delitos.

Palabras claves: Valoración de la prueba, Prueba ilícita, Delitos de corrupción de funcionarios, Proceso penal.

.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to carry out a legal analysis on the juridical foundations to evaluate the illicit evidence in cases of crimes of corruption of officials 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 we have exegetical, hermeneutic, legal argumentation. The investigation has shown that there are legal arguments that justify that the doctrine or theory of the weighting of interests, admits the valuation of the illicit evidence, in order to protect other constitutional values of greater relevance than the violated ones. Therefore, the illegal test is valid when the interest in discovering and prosecuting the crime is clearly superior to the individual right affected, an exception that could be applied precisely in cases of crimes of corruption of officials, where the individual right of the accused can yield against the interest to discover and prosecute such crimes.

Key words: Evaluation of evidence, Protest, Corruption of civil servants, Criminal proceedings.

INTRODUCCIÓN

Según datos de las encuestas sobre percepción de la corrupción de Proética, desde el año 2010, la percepción de la corrupción en el Perú, ha aumentado significativamente. Ciertamente este es uno de los más graves problemas para el ciudadano y que está presente de manera preferencial en la agenda política actual. Es sin duda trascendental que se adopten medidas o políticas públicas efectivas en el campo de la prevención o disuasión, así como en los trabajos de persecución y sanción que permitan la reducción de los índices de corrupción en el Perú que ya están afectando de manera seria la consolidación de nuestro proceso de crecimiento económico e institucionalización del Estado de Derecho.

En ese sentido, la corrupción, es un fenómeno social, político y económico que socava a las instituciones democráticas, y que ha existido desde los tiempos más antiguos. Efectivamente, debido a que la corrupción es un problema generalizado a nivel mundial y que existe desde tiempos inmemorables, se puede notar que se ha enmarañado en las esferas de la vida pública en todos los tiempos.

Por otro lado, la pregunta por la licitud o ilicitud del conocimiento allegado -o por allegar- al proceso penal implica definir cuáles son las actuaciones de las autoridades públicas que desbordan un ámbito de actuación previamente autorizado y cuáles son las consecuencias de estas conductas para el proceso.

En materia probatoria, aquel conocimiento obtenido de manera ilícita o que por medio de su valoración atenta contra los derechos de las personas sometidas a

un proceso penal ha tenido una interpretación del juez constitucional que ha variado en el tiempo a partir de la Constitución colombiana de 1993.

Donde, 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.

En materia probatoria, el articulo VIII y 159 del Código Procesal Penal enarbolan una frontera de actuación de las autoridades públicas, ya que establece que por fuera del debido proceso no puede ser obtenido conocimiento alguno y que de hacerlo, este deberá excluirse.

El sistema penal acusatorio, diseñado en Código Procesal Penal del 2004, acogió el modelo norteamericano de la exclusionary rule, enunciando que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será sancionada con la nulidad y deberá ser excluida del proceso. En conjunto, con la adopción del sistema norteamericano se adoptaron algunas de sus excepciones: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado.

Por lo que, hoy en día, más de un estudioso de Derecho se habrá planteado muchas cuestiones acerca de la validez o invalidez de una prueba ilícita en un proceso penal, esto a consecuencia de los acontecimientos sucedidos en la política peruana durante los últimos años, me refiero a la proliferación de los llamados "Vladivideos", y años después la existencia de los "Petroaudios"; ambos casos,

muy controvertidos, han despertado el interés en este tema, que no ha tenido la debida importancia sino recién ante la necesidad de solucionar controversias entre quienes admiten la validez de las pruebas ilícitas y quienes les niegan tal carácter debido a su origen, sustentando sus posturas en los diferentes principios procesales y constitucionales.

Sin embargo, aunque me referiré a ellos muy sucintamente, mi estudio no se centrará en dichos principios de conocimiento general, sino que tratará de desarrollar los fundamentos que justifican la legitimación de la prueba ilícita como medio de enfrentar los delitos de corrupción de funcionario y desarrollar los principales factores que hacen que sean admitidas dichas pruebas en el proceso penal.

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.

El titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Hoy en día, más de un estudioso de Derecho se habrá planteado muchas cuestiones acerca de la validez o invalidez de una prueba ilícita en un proceso penal, esto a consecuencia de los acontecimientos sucedidos en la política peruana durante los últimos años, nos referimos a la proliferación de los llamados "Vladivideos", y años después la existencia de los "Petroaudios"; ambos casos, muy controvertidos, han despertado el interés en este tema, que no ha tenido la debida importancia sino recién ante la necesidad de solucionar controversias entre quienes admiten la validez de las pruebas ilícitas y quienes les niegan tal carácter debido a su origen, sustentando sus posturas en los diferentes principios procesales y constitucionales.

En ese sentido, el viejo principio de exclusión de la prueba ilícita, expuesto a base de la cuarta enmienda por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1914, en el caso Weeks vs. US, ha ido cediendo de modo constante a diferentes teorías y doctrinas jurisprudenciales en Norteamérica y Europa.

Desde luego, también ha servido como referente en el Perú para justificar que pruebas de origen ilícito se incorporen sobre todo en procesos por delitos de especial gravedad como homicidio, robo, abuso sexual, corrupción o criminalidad organizada. Ejemplo de ello son los 'vladivideos', validados por la Corte Suprema del Perú y el Tribunal Constitucional en los procesos por corrupción del régimen

1990-2000. O el Caso Business Track, en el que se condenó a los 'chuponeadores', pero a la vez se ha perseguido con las escuchas ilegales a los presuntos corruptos del caso de los 'petroaudios', hasta la semana pasada en que una sala superior ha excluido la prueba después de siete años

Sin embargo, el artículo VIII del Código Procesal Penal establece tajantemente que solo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenida mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Así, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como la intimidad personal, la privacidad de los documentos o el secreto de las comunicaciones. Por ello, la defensa de Ilan Heredia planteó, aunque fallidamente, una tutela de derechos para que se excluyan las agendas del proceso. Por su lado, los abogados de su hermana, Nadine, han denunciado el hurto de las mismas y otros documentos.

Por lo tanto, en nuestro sistema aún subsiste, por una parte, la dura regla de la exclusión de la prueba ilícita regulada en el Código Procesal Penal. Conjuntamente están los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004, en que los jueces consensuaron que la prueba ilícita es válida: 1) si se descubre de buena fe en casos de flagrancia (registro domiciliario con orden judicial para hallar armas, pero se encuentra droga o pruebas de corrupción), 2) si beneficia al procesado (audio ilegal que prueba la inocencia), 3) si es invocada por terceros (como Ilan Heredia, él no es la víctima del hurto), 4) si permite contradecir la mentira del imputado o 5) si el imputado narra en un diálogo

privado el delito cometido o por cometer y es grabado por su contraparte (asumió el riesgo al “hablar de más”).

Frente a ese contexto, nos formulamos las siguientes interrogantes de investigación:

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para valorar la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Cuáles son los alcances legales y la aplicación jurisprudencial respecto a la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el Perú?
b) ¿Cuáles son los cuestionamientos a la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano?
c) ¿Por qué se justifica la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano?
d) ¿Cuál es el tratamiento normativo y jurisprudencial sobre la valoración de la prueba ilícita en delitos de corrupción de funcionarios en el derecho comparado?

1.3. Importancia del problema

Los tribunales han aceptado videos o audios cuyo origen son las escuchas o interceptaciones telefónicas tras ponderar que el valor de su uso es superior a los intereses afectados de los investigados. Aceptan grabaciones realizadas sin consentimiento de uno de los interlocutores, debido a que el Estado considera que la otra persona es quien asume el riesgo de estar siendo registrado.

En el mundo actual, en el que la tecnología facilita a cualquier persona registrar las acciones de otro sin su consentimiento. En nuestro país, casos como los "Vladivideos", "Petroaudios" o "Business Track", o la última difusión de un audio que vincularía a Óscar López Meneses, ex operador de Vladimiro Montesinos con diversos políticos, confirman que las escuchas e interceptaciones no solo son comunes, sino que no han terminado y de seguro continuarán.

Hace pertinente familiarizarse con los alcances legales y la aplicación jurisprudencial con una figura repetida cada vez que suceden estos casos: la llamada prueba prohibida o ilícita. ¿Puede un audio, fotografía o video de origen ilícito validarse como prueba en proceso judicial? ¿Qué es lo que dice la jurisprudencia peruana al respecto? Según la experiencia no toda prueba prohibida se dejará de usar en un proceso.

El Tribunal Constitucional ha intentado plantear una noción de lo que es una prueba prohibida o ilícita para establecer sus alcances. En la sentencia EXP. N.° 2053-2003-HC/TC del 15 de septiembre de 2003 sobre el caso Edmi Lastra Quiñonez, el TC definió a la prueba ilícita como: "aquella en cuya obtención o

actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable".

Por ello, en nuestra jurisprudencia existen dos tendencias para ponderar la llamada prueba prohibida o ilícita: un sector de la doctrina considera que la prueba lícita es aquella que atenta contra la dignidad humana (tal como falló el tribunal en el caso anterior) y otro sector considera que es tal si la prueba ha sido adquirida o realizada con infracción a los derechos fundamentales.

En ese sentido, la jurisprudencia peruana se ha esforzado por desarrollar criterios para precisar excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, es decir, que no obstante se verifique que en la obtención de la prueba existió lesión de un derecho fundamental (como interceptaciones telefónicas) éstas puedan ser utilizadas como evidencia en los procesos judiciales.

Una forma de exceptuar la ilicitud de una prueba es a través de la ponderación de los intereses jurídicos en juego, que es la excepción más usada en nuestros tribunales. La ilegitimidad de la prueba puede exceptuarse cuando se trata de alcanzar fines constitucionalmente superiores o valores de mayor jerarquía a los intereses afectados.

Dicho en otras palabras, no será ilícita la prueba cuando los intereses de la persecución penal sean prevalentes a la protección de los derechos del imputado, lo cual sucede especialmente en delitos de alta gravedad.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

El desarrollo teórico se sustenta en la teoría jurídica del Derecho Penal del Enemigo. Fue el alemán Günter Jakobs[1], quien sostuvo que, a efectos penales, no todos los ciudadanos deben ser considerados personas, ya que existen otros individuos que merecen la calificación de enemigos, dando origen a su teoría del Derecho penal del enemigo, la cual, luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, en el "World Trade Center", Nueva York, Estados Unidos, ha generado controversia entre los doctrinarios del Derecho penal moderno, por lo radical de sus postulados.

Jakobs basa su teoría del delito sobre el estructuralismo-funcional de Luhmann, quien a su vez construyó su teoría sobre el concepto de persona-sociedad. Así, Jakobs entiende por "persona", únicamente a aquel individuo que representa un papel en la sociedad. Es decir que persona es la representación de una competencia socialmente comprensible; es decir, sólo aquella que porta un "rol" y a través de ese papel genera una expectativa social de armonía con la norma[2].

1.4.2. Justificación practica

La corrupción es un grave problema que enfrentan los Estados. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un

[1] JAKOBS, Günter et al (2003). *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 35-36.
[2] JAKOBS, Günter (1996). *Sociedad, norma y persona*, Editorial Civitas, Madrid, p. 50.

problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, con lo cual genera que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

En ese sentido, a raíz de la caída del régimen autoritario del expresidente Fujimori en noviembre de 2000, se develó una red de corrupción que había venido actuando sistemáticamente y que involucraba a los más altos funcionarios vinculados a dicho régimen. Ello motivó la creación de un subsistema especializado, el sistema penal anticorrupción, el cual desde entonces ha realizado esfuerzos por investigar, juzgar y sancionar prácticas graves de corrupción cometidas durante dicho período así como aquellas que se han sucedido durante regímenes democráticos posteriores.

Sin embargo, actualmente el sistema penal anticorrupción evidencia una tendencia regresiva respecto de las actuales investigaciones o juzgamientos de graves delitos contra la administración pública. Evidentemente, aún se aprecian esfuerzos importantes de algunos órganos del sistema, como la Procuraduría Anticorrupción, algunas fiscalías especializadas y determinados órganos del Poder Judicial.

Sin embargo, en términos generales, se han producido, en varios casos emblemáticos de corrupción, actuaciones fiscales o judiciales sin la debida

fundamentación o con una concepción arbitrariamente hipergarantista que desnaturaliza los principios del proceso y favorece la impunidad de estos casos.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema penal anticorrupción ha desarrollado jurisprudencia sumamente interesante que ha suscitado un debate intenso entre los especialistas en derecho penal y los interesados en el control de la corrupción. Incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradas veces sobre el interés y la importancia constitucional de la lucha contra la corrupción.

En consecuencia, la relevancia de la lucha contra la corrupción y todo lo que esta implica (investigación, juzgamiento, sanción y reparación) para el fortalecimiento del sistema democrático justifica que, a fin de no generar impunidad en los delitos de corrupción de funcionario, estos sean enfrentados de forma eficaz y haciendo uso de todos los recursos y medios que el Estado posee en merito a su atributo del ius impeirum.

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 las 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 Microsoft Office 2015.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:**

  Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, las que fueron identificadas y registradas.

- **Económica:**

  Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el presupuesto y fue autofinanciado con recursos propios del responsable de la investigación.

- **Temporal:**

La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2016-2017.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para valorar la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

a) Describir los alcances legales y la aplicación jurisprudencial respecto a la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el Perú.
b) Analizar los cuestionamientos a la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano.
c) Explicar por qué se justifica la valoración de la prueba ilícita en casos de delitos de corrupción de funcionarios en el proceso penal peruano.
d) Describir el tratamiento normativo y jurisprudencial sobre la valoración de la prueba ilícita en delitos de corrupción de funcionarios en el derecho comparado.

1.6. Formulación de hipótesis[3]

La doctrina o teoría de la ponderación de intereses, admite la valoración de la prueba ilícita, a efectos de proteger otros valores constitucionales de mayor relevancia que los vulnerados. Por lo que la prueba ilícita es válida cuando el interés en descubrir y perseguir el delito es claramente superior al derecho individual afectado, excepción que podría aplicarse precisamente en casos de delitos de corrupción de funcionarios, donde el derecho individual del imputado puede ceder frente al interés de descubrir y perseguir dichos delitos.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Valoración de la prueba ilícita

1.7.2. V. Dependiente: Delitos de corrupción de funcionario

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[4]**,** cuya finalidad fue profundizar los

[3]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.

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

conocimientos sobre los fundamentos jurídicos para otorgar validez a la prueba ilícita en los casos de delitos de corrupción de funcionario en el proceso penal peruano.

b. Tipo de diseño: Correspondió a la denominada No Experimental[5], 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.

c. Diseño General: el diseño **transversal[6],** toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo del 2016.

d. Diseño específico: Se empleó el diseño descriptivo[7], toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre los fundamentos jurídicos para otorgar validez a la prueba ilícita en los casos de delitos de corrupción de funcionario 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.

[5] ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.
[6] HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *"Metodología de la Investigación"*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.
[7] Ibíd., p. 155.

- **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
- **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, empelándose las fichas de registro de información.
d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente.

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 las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de la 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[8], 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.

[8] BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

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[9].

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.

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[10].

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

[9] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.
[10] *Cfr*. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

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 (…)"[11].

En consecuencia, la validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, como y bajo que procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

[11] 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:

Hamilton Castro Trigoso (2008). "Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana". Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Cuyas conclusiones son: 1.- Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados. 2.- La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la sentencia del caso "Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona

y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita.

Así también el trabajo de Alejandra Isabel Osman Naoum (2008). "La exclusión de prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en los Tribunales de Garantía de Valdivia y Puerto Montt". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral de Chile - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concluye que: 1. No existe unanimidad en la doctrina acerca del concepto de prueba ilícita. Existen dos corrientes al respecto, para algunos autores el concepto de prueba ilícita comprende tanto aquella que proviene de actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas, como aquella obtenida con infracción de garantías fundamentales, en cambio para otros la prueba ilícita solo comprende aquella que ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Es por esto que los resultados prácticos de exclusión probatoria por ilicitud variarán dependiendo de la interpretación que le otorguen al artículo 276 inciso 3º los distintos operadores jurídicos. 2. No toda infracción legal lleva aparejada o recae en una infracción de garantías fundamentales, es necesario, según la doctrina mayoritaria, realizar un segundo análisis a fin de determinar si existe vinculación de la ilegalidad o la trasgresión de la norma legal con una garantía fundamental eventualmente infringida

De la misma forma, esta 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 Vladimir Freitez (2009), titulado: "Las incidencias de la prueba ilícita en el proceso penal venezolano" Universidad Católica Andrés Bello,

Dirección General de los estudios de Postgrado, Área de Derecho, en el cual plantea que el principio de la legalidad de las pruebas consiste en que sólo pueden practicarse y ser incorporadas al proceso aquellos medios de prueba 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. Es por ello que la presente investigación tuvo objetivo general: Analizar las incidencias de la prueba ilícita en el proceso penal venezolano, basándose para ello en una investigación de tipo descriptivo – monográfico. Concluyendo en 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.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La prueba ilícita

2.2.1.1. Generalidades

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental[12], 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

[12] 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.

a la Prueba[13], 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 ciencia procesal penal[14].

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[15]. 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

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

[14] 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.

[15] 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. 148-149. 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.

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[16] "la finalidad del proceso no es la de 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[17].

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

[16] 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 2016).
[17] STRUENSEE, Eberhard (1994). "La prueba prohibida". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Editorial Grijley, Año II, N° 4, Lima, p. 668.

derechos humanos – entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona – en un Estado Democrático y Social de Derecho.

2.2.1.2. Aproximación al concepto de prueba ilícita

No existe consenso en la doctrina sobre el contenido de lo ilícito o prohibido. De allí que no sea pacífica la cuestión de su delimitación conceptual. Hay autores que, inclusive, esgrimen conceptos diferentes para prueba ilícita y prueba prohibida. Gimeno Sendra, por ejemplo, considera que prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, no necesariamente la Constitución, mientras que prueba prohibida sería aquella que para su obtención se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales.[18]

Al margen de los matices individuales que cada autor pudiese aportar en la definición de prueba ilícita, siguiendo a Miranda Estrampes[19] es posible sintetizar las diferencias clasificándolas en dos grandes grupos: a) una concepción amplia que considera que prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, se trate de normas constitucionales u ordinarias; y b) una concepción restringida que la define como aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la transgresión de normas constitucionales y no ordinarias.

---

[18] GIMENO SENDRA, Vicente (2001). , *Lecciones de derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, p. 370. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 31, quien apunta que " ... se distingue doctrinalmente entre prueba prohibida, que no puede ser objeto de valoración en ningún caso, y prueba ilícita, que sí puede ser objeto de valoración en determinadas circunstancias.

[19] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). *El* concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2da. edición, pp. 19·24. Entre nosotros, de este modo también ha procedido CASTILLO ALVA, José Luis (2005). *"Breves apuntes sobre la prueba ilícita"*, En: Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 83, Año 11, agosto, Lima, pp. 19-29.

Por otro lado, 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 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"[20].

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[21].

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.

[20] Tribunal Constitucional: Exp. N° 2333-2004-HC/TC, sentencia del 12 de agosto de 2004
[21] 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.

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 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"[22]

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

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

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 misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable[23]".

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

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

al 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.

2.2.1.3. 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[24]. Sin embargo, la regla de exclusión no es absoluta, sino que cuenta con una serie de excepciones que permitirán incorporar

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

tales medios probatorios al proceso[25].

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 inevitable porque pese a suprimir tal hecho, en un delito de esta naturaleza, el juez de la causa va pedir el levantamiento del referido

[25] 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.

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[26] 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 texto legal: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio."

[26] 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."

Contrario sensus la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

2.2.1.4. Procedimiento de exclusión

A. Legitimación

Miranda Estrampe[27] 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[28] 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 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

[27] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 125.
[28] 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.

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[29] señala que incluso durante la instrucción, el juez que instructor puede excluir un medio probatorio cuando este sea evidentemente ilícito. Consideramos correcta esta afirmación sin embargo debemos tener en

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

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.

2.2.2. Los delitos de corrupción de funcionario

El delito de corrupción de funcionarios, denominado en la doctrina como "cohecho" y en el ambiente jurídico y social con expresiones como "corrupción, soborno", se utilizan para referirse al quiebre de la imparcialidad del funcionario público. Tradicionalmente, entendida como pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser cumplido gratuitamente[30].

Se trata de proteger la integridad del funcionario y su lealtad con respecto al

[30] CARLOS PÉREZ, Luis (1990). *Derecho Penal – Parte General y Especial*, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, p. 22.

Estado. A decir de Fidel Rojas, la corrupción tiene mayor incidencia en sociedades no democratizadas donde la fuerza de los valores y deberes se caracteriza por su déficit o en aquellas donde constituye un valor de intercambio para el cálculo de intereses[31].

Sociológicamente, no se han encontrado explicaciones a los factores que llevan a los individuos que tienen cubiertas sus expectativas de status y bonanza económica, a que practiquen y/o continúen desarrollando comportamientos delictivos de enriquecimiento.

El delito de corrupción es considerado un delito bilateral[32] o plurisubjetivo[33], ya que en ella conspiran dos voluntades que corresponden a dos sujetos intervinientes. Se requiere para su comisión, de la presencia de dos personas, de un lado, un corruptor (el sujeto que ofrece la dádiva) y de otro lado de un corrupto (el funcionario que recibe el ofrecimiento o lo acepta). Esta característica permite que ambos sujetos sean considerados sujetos activos del delito y que por tanto, se sancione ambos comportamiento.

Por técnica legislativa, la mayoría de Catálogos punitivos sancionan ambas conductas en tipos penales distintos.

Es así, que los tipos penales de corrupción pasiva buscan sancionar a los funcionarios públicos que reciben dádivas (artículos 393º y 394º del Código

[31] ROJAS VARGAS, Fidel (1991). *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 355.
[32] MAGGIORE, Giusseppe (1989). *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá, p. 190.
[33] FERREEIRA D., Francisco (1995). *Delitos Contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, p. 84.

Penal), en tanto que los tipos penales de corrupción activa, a los particulares o sujetos que realizan el ofrecimiento patrimonial (artículo 399º del Código Penal). Al respecto cabe agregarse que los tipos penales previstos en los artículos 395º y 396º, constituyen en esencia, formas agravadas de corrupción pasiva, en razón de la calidad del agente.

La corrupción pasiva de funcionarios admite dos modalidades, cuya diferencia radica únicamente en la naturaleza contraria o conforme a derecho de los actos del funcionario o servidor[34].

Así se presenta el cohecho propio, cuando el funcionario o servidor recibe la dádiva, ventaja o promesa de su entrega para realizar actos contrarios a sus deberes funcionales (artículo 393º del Código Penal), de ahí que su penalidad sea mayor.

El cohecho Impropio se produce cuando el funcionario o servidor recibe dádiva, ventaja o promesa de su entrega para realizar un acto que no viola sus obligaciones. Es decir, se limita a cumplirla y actuar de conformidad con el derecho, pues los actos que realiza no están prohibidos. La reprochabilidad del acto radica en el hecho de haber solicitado o aceptado dádivas pera realizar actos de su función, afectándose así la ética, el prestigio de la administración pública y la gratuidad de la función y el servicio público (artículo 394ª del Código Penal).

Sin embargo, pese a que en nuestra legislación interna se han buscado tipificar las modalidades más saltantes de este delito, no se haya incorporado en la

[34] ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., p. 361.

legislación interna, el delito de soborno trasnacional, pese a que nuestro país es suscriptor de la Convención de Caracas, denominada "Convención Interamericana Contra La Corrupción", suscrito en la ciudad de Caracas - Venezuela, el día 29 de marzo de 1996.

Así, el artículo VIII de la "Convención Interamericana contra la Corrupción", recomienda a cada Estado Parte, incorporar en su legislación en donde se prohíbe y se sanciona al soborno transnacional, ya que la legislación penal vigente en nuestro país, no permite la aplicación de las normas jurídicas peruanas para el supuesto de soborno transnacional, en el caso de que dicho delito sea consumado fuera de nuestras fronteras.

La corrupción es un problema que afecta gravemente la legitimidad de las democracias, distorsiona los sistemas económicos y constituye un factor de desintegración social. La lucha contra la corrupción es tal vez uno de los campos en los cuales la acción colectiva de los Estados es no sólo útil y conveniente, sino absolutamente necesaria.

La corrupción impide que muchos países encaren sus problemas más graves, desalienta la inversión extranjera y nacional, socava la confianza del público en las instituciones y agrava los problemas presupuestarios, puesto que priva a los gobiernos de ingresos arancelarios e impositivos considerables.

Cabe mencionar incluso que en la Legislación comparada ya se incorporó el delito de soborno transnacional en el reciente Código Penal de Colombia del 2000: Artículo 433º Soborno transnacional. El nacional o quien con residencia

habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.2.1. La corrupción desde una mirada social, política, jurídica y económica[35]

La corrupción es un problema social, político, jurídico y económico, tanto por sus causas como por sus consecuencias. Las estrategias para combatirla deberán ser consideradas como responsabilidad del Estado desde una mirada global del problema, sin considerarse que la pobreza sea causa, por el contrario es una de las consecuencias.

Ser pobre no es sinónimo de ser corrupto; ello ha quedado demostrado en el Perú a través de los "vladivideos" donde la corrupción, a la cual se desviaron millones de dólares para beneficio privado, ha implicado a representantes de grupos de poder económico.

Estas consideraciones son aplicables al sector público y privado.

a. Social.- La corrupción como un acto contra la ética constituye un vicio, un abuso y una mala costumbre en el manejo de un bien común. Estos actos

[35] Convenciones Anticorrupción en América. Lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Transparencia Internacional. 2006.

minan los espacios de participación social y vigilancia ciudadana frente al Estado, imposibilitando el desarrollo sostenible de la sociedad. Consolida las desigualdades sociales, reproduciendo el poder social de las clases dominantes.

b. Política.- Es concebida como una amenaza para la estabilidad y la seguridad, pues socava las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia. Se pone en la mira los procesos de elecciones y el financiamiento de los partidos políticos, quienes, al aceptar contribuciones de ciertos grupos de poder interesados, están delimitando su actuar (de llegar al poder), para beneficiar luego a grupos que responden a esos intereses políticos y/o económicos. Perpetúa la ineficiencia en el aparato administrativo; el Estado pierde credibilidad y legitimidad, y lo aleja de las clases populares.

c. Jurídica.- Se le considera un acto ilegal, pues transgrede las normas pre-establecidas. No sólo afecta a la sociedad, la corrupción puede conseguir la dación de nueva normatividad favorable a ella, es decir, para que se den leyes o resoluciones que beneficien a sus "promotores".

d. Económica.- Es considerada como una fuente adicional de ingresos o beneficios para las personas que participan de ella. Reduce la calidad y efectividad de las políticas económicas, distorsiona la asignación y composición del gasto público y la aplicación de las regulaciones de las actividades económicas, produciéndose una asignación ineficiente de los recursos del Estado.

2.2.2.2. Tipología de la corrupción[36]

La legislación peruana e internacional define una variedad de conductas como corrupción, de acuerdo a las modalidades y manifestaciones; entre ellas tenemos: Cohecho propio, Fraude, Tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito, Abuso de autoridad

a. Cohecho propio: Es el otorgamiento de un beneficio (dinero, promesa, etc.) para que un funcionario o empleado, público o privado viole y/o incumpla su obligación. Ej. Alcalde que entrega una coima al auditor de la Contraloría General de la República para que la evaluación de su gestión sea positiva, pese a las diversas denuncias de sobrevaloración de costos en sus obras.

b. Cohecho impropio: Es el otorgamiento de un beneficio (dinero, promesa, etc.) para que un funcionario o empleado, público o privado cumpla con su obligación. Ej. Ciudadana que solicita su pasaporte en la oficina de migraciones porque tiene que salir de viaje urgentemente, entrega una coima a la funcionaria responsable, para que agilice su trámite.

c. Fraude: Conducta por la que se busca el enriquecimiento, beneficio político o de posición social a través del engaño y en perjuicio de otros. Ej. Una entidad bancaria ofrece al público altos intereses por sus ahorros. Posteriormente se declara en quiebra y no se devuelve el dinero a sus ahorristas.

[36] ONG Solidaridad Perú – PSF (2006). "Construyendo ciudadanía forjamos un país sin corrupción". Disponible en sitio web: http://www.cerjusc.org.pe/adjuntos/notas/prensa20150824124323.pdf. Consultado 15 de setiembre de 2016.

d. Tráfico de influencias: Acto por el cual se intercede ante un funcionario o servidor para conseguir un beneficio privado, para lo cual invoca (utiliza) influencias reales o simuladas, dando o prometiendo alguna ventaja. Ej. Proveedor de productos lácteos gana la buena pro en licitación para el programa de vaso de leche, porque es amigo del presidente regional, quien le pidió el favor al alcalde dado que eran del mismo partido.

e. Enriquecimiento ilícito: El enriquecimiento sin motivo justificado por parte de un funcionario o servidor, siempre y cuando sea en el ejercicio de sus funciones. Ej. Policía que antes de asumir la jefatura de una comisaría sólo tenía una pequeña casa; cinco años después, cuenta con casa en la ciudad, casa en la playa, auto, sus hijos estudian en escuelas privadas y cuenta bancaria con $ 100 000.00; su ingreso promedio mensual es de 2 000 nuevos soles y no puede justificar como obtuvo tal riqueza.

f. Abuso de autoridad: Es el abuso de las atribuciones por parte de un funcionario o servidor, quien comete u ordena algo en perjuicio de alguien. Ej. Gerente municipal ordena que una secretaria sea transferida de gerencia porque es una señora de edad, y él necesita de una "señorita más eficiente".

g. Nepotismo: Se trata de las preferencias que se otorgan a parientes para que obtengan beneficios o empleos públicos. Ej. Ministro que al asumir el cargo contrata a su cuñado como administrador en el programa "A Trabajar Urbano", a su hermana como gerente en PROVIAS, etc.

h. Malversación de fondos: Consiste en darle al dinero o bienes que

administra una persona, una aplicación distinta a aquella a los que estaban destinados, afectando el servicio o la función encomendada. Ej. Presidente Regional que destina los fondos para la construcción de diques de contención para proteger a la ciudad de probables inundaciones, para asfaltar algunas calles de la ciudad.

i. **Peculado:** Es la apropiación o utilización en cualquier forma, para sí mismo o para otro, de un bien que le ha sido encargado a un funcionario o empleado, público o privado. Ej. Alcalde que asigna personal del serenazgo municipal para desempeñar labores de vigilancia, durante sus horas de trabajo, en hotel de su propiedad.

2.3. Definición de términos[37]

Previo al abordaje de la presente problemática, es necesario definir algunos conceptos básicos:

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

[37] *Cfr*. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima; BASTOS PINTO, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.

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 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) **Corrupción.** -Es aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el "interés público", es decir, son todas aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio.

h) **Delito de corrupción.** –El delito de corrupción de funcionarios, denominado en la doctrina como “cohecho” y en el ambiente jurídico y social con expresiones como “corrupción, soborno”, se utilizan para referirse al quiebre de la imparcialidad del funcionario público. Tradicionalmente, entendida como pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser cumplido gratuitamente.

i) **Funcionario.** -Son funcionarios los que están comprendidos en la carrera administrativa. Los que desempeñen cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. También quienes tienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades del Estado, incluidas las sociedades de economía mixta.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Elementos a tener en cuenta para la elaboración de un concepto de prueba ilícita

3.1.1. Primer elemento: Límite al principio general de averiguación de la verdad

Atendiendo al origen y al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la prueba ilícita, resulta claro que un primer elemento a tener en cuenta en su delimitación conceptual es que se trata de un mecanismo que limita el principio general de averiguación de la verdad en el proceso.[38]

La barrera que impone para el juzgador la prohibición de valorar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales implica que la verdad, cualesquiera que sea la idea que se tenga de ella, no puede ser obtenida a cualquier precio,[39]o, en palabras de ROXIN, "la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal."[40]

---

[38] GUARIGLIA, Fabricio (2005). *Concepto. Fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 7, Asimismo, DIAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Editorial Civitas, Madrid, p. 19, señalan que "la prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es, de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal... "

[39] La expresión fue utilizada por el Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 14 de junio de 1960. Concretamente se estableció que "no es un principio de la SIPO que la verdad tenga que ser investigada a cualquier precio". Al respecto, LÓPEZ BARJA DE OUIROGA, Jacobo (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal, Madrid, p. 90; del mismo autor (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, p. 948.

[40] ROXIN, Claus (2000). *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 191.

Se considera que la regla de exclusión de la prueba ilícita es creación de la jurisprudencia norteamericana[41] y, en tal sentido, es corriente citar, en primer lugar, la sentencia recaída en el caso Boyd vs USA que data de 1886 en la que se decidió no valorar la evidencia obtenida por un agente federal, en un caso de importaciones ilegales, debido a que éste obligó al imputado a crear facturas falsas que lo incriminaban, de modo que la Corte consideró que se había vulnerado el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

Posteriormente, en el caso Weeks vs USA de 1914, los jueces estadounidenses prohibieron la admisión de pruebas obtenidas mediante un registro ilícito, concretamente documentos privados, realizado sin la autorización judicial correspondiente, lo que fue considerado como una violación de la Cuarta Enmienda.

Como es de apreciarse, en ambos casos, lo que estaba en juego era la facultad persecutoria y de averiguación de los hechos de las autoridades, por un lado; y, de otro lado, la vigencia de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, cuyo titular era el accionante. En ambos casos, la Corte determinó que la vulneración de derechos fundamentales invalidaba la evidencia obtenida de ese modo.

Dicho de otra manera: los derechos fundamentales prevalecen sobre el afán persecutorio y la investigación de la verdad por parte de las autoridades y los agentes del Estado.

[41] Véase al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 64-66.

3.1.2. Segundo elemento: Vulneración de derechos fundamentales

Lo expuesto en el párrafo anterior nos conduce directamente a considerar un segundo elemento que es la vulneración de derechos fundamentales. La prohibición de valoración de la prueba tuvo su origen en la vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En esta línea, en consonancia con el origen histórico de la cuestión y el desarrollo doctrinal mayoritario, consideramos que prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales y que, por esta razón, es prohibida, constituyéndose dicha prohibición en un límite al principio de averiguación de la verdad[42], quedando excluida del concepto, por tanto, la que en su adquisición ha lesionado normas únicamente ordinarias.[43]

---

[42] BROW, Guillermo (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, p. 47, refiriéndose a la prueba nula en virtud de lesión a garantías constitucionales, explica, además, que la prohibición de valoración es también una concreta, clara y precisa "limitación" a la libertad valorativa del sentenciante que pueda efectuar sobre el material probatorio de la causa."

[43] Pareciera ser también ésta la idea del autor nacional PÉREZ ARROYO, Miguel (2004). "*Las prohibiciones probatonas en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción"*, en Actualidad Jurídica. Lima, Nro. 164, p. 139, cuando sostiene que • ... una vez constatada la lesión de los derechos fundamentales de la persona en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, se aplican las reglas de exclusión (exclusionary rule) que no son otra cosa que la separación de la fuente de prueba en términos jurídicos (apartamiento de la fuente), del medio de prueba, o la prohibición de valoración - en una suerte de "profilaxis procesal." En igual sentido. SAN MARTÍN CASTRO, César (2001). *Derecho procesal penal*, Editorial Grijley, Lima, 3ra. reimpresión, p. 644, quien apunta que " ... aun cuando la terminología no es univoca, se define por prueba prohibida (así la denominó en 1903 Ernst BELING) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales... " Asimismo, CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, p. 336, quien anota al respecto que "también denominadas pruebas prohibidas, son aquellas obtenidas a través de violación de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales; la declaración obtenida bajo tortura es un claro ejemplo." Una opinión diferente es la que expresan DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel (2000). *La prueba ilícita penal*, Editorial Thomson Aranzadi, , Navarra, p. 52; estos autores españoles se decantan por una concepción amplia de la cuestión sosteniendo que "no es lo esencial, por tanto. que se trate de una infracción constitucional o infraconstitucional - cuestión de la que nos ocuparemos posteriormente - porque la vulneración de un derecho fundamental, siempre conectado para tener trascendencia procesal al artículo 24º CE, no se produce siempre sobre el 'núcleo fundamental" del mismo, sino, la mayoría de las veces, a través de su desarrollo legal, e incluso, de aspectos que no tienen cobertura legal - así las

Podemos citar aquí el pensamiento de buena parte de la judicatura nacional, plasmado en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujíllo en diciembre de 2004, en el que los Vocales Superiores Penales (hoy Jueces Superiores) del país discutieron la problemática de la prueba ilícita y establecieron que su concepto está vinculado con la obtención mediante la violación de derechos constitucionales.[44]

Ya con el carácter de vinculante, el legislador nacional se ha inclinado por la posición que aquí venimos sosteniendo, concretamente al haber establecido en el artículo Vlll.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, - con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona," regla que ha sido complementada por el artículo 159 del mismo cuerpo legal al estipularse que "el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona."

Para los fines de una mejor delimitación conceptual, es necesario precisar qué es lo que debe entenderse por derechos fundamentales. La cuestión no está

---

intervenciones o exploraciones corporales -. pero que implican un uso fraudulento del proceso... " También el mismo MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2da. edición, pp. 31-32, al explicar que mantiene una concepción amplia de prueba ilícita, no constreñida a aquellos supuestos, de obtención o práctica de pruebas con vulneración de derechos fundamentales. Aunque, también, reconocemos que no toda ilicitud debe comportar necesariamente las mismas consecuencias en cuanto a su "inutilizabilidad procesar. No obstante, pareciera que la opinión mayoritaria de la doctrina se decanta por circunscribir el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales que, como tal, están previstos en la Constitución.

[44] En el acta final se puntualiza que "es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella."

exenta de dificultades, las que han sido puestas de manifiesto claramente por GÁLVEZ MUÑOZ para la realidad española.[45]

En nuestro caso, es imprescindible remitirnos al desarrollo jurisprudencia! que sobre la materia ha efectuado nuestro Tribunal Constitucional. El TC peruano ha establecido en reiterados fallos[46] que los derechos fundamentales son "bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica."[47]

En otros pronunciamientos se ha destacado la condición de los derechos fundamentales que los erige como componentes estructurales básicos de todo el orden jurídico objetivo, en tanto expresión jurídica de un sistema de valores que irradia a la totalidad de la organización política y jurídica de la Nación y que, en esa línea, permiten la manifestación práctica del postulado previsto en el artículo 1 º de la Constitución que reza: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."[48]

---

[45] GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2003). *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 77-82. Para el caso español el autor citado señala que estas dificultades resultan de la carencia de claridad del concepto tanto en la dogmática constitucional, como en la jurisprudencia y la propia construcción legislativa. Es por ello que concluye afirmando lo siguiente: "No obstante. lo más prudente, a nuestro juicio, es pecar por exceso en esta cuestión y defender, en consecuencia, un concepto amplio de derechos fundamentales, identificándolos con los derechos subjetivos reconocidos en el Título Primero de la Constitución" (op. cit. p. 81).

[46] Para una visión integral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcances de los preceptos de la Constitución. puede verse: La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Manuel Muro Rojo (2006). Gaceta Jurídica, Lima.

[47] Exp. Nro. 0050·2004-AI, 03-6-2005.

[48] Exp. Nro. 1042·2002-AA, 06-12·2002.

En consecuencia, puede afirmarse que, en principio, los derechos fundamentales que son susceptibles de ser lesionados por la prueba ilícita son aquellos que bajo el epígrafe "Derechos fundamentales de la persona", están consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado.

Es necesario precisar, sin embargo, que no sería correcto circunscribir estrictamente el concepto de derechos fundamentales a los que están previstos literalmente como tales en el Capítulo antes referido, desde que la propia Constitución, en su artículo 3º, establece que la enumeración de los derechos del Capítulo 1, no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.[49] Es lo que en la doctrina constitucional se conoce como la cláusula de los derechos implícitos o derechos no enumerados.

[49] Así, para el caso español, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida,* Editorial Civitas, Madrid, p. 204, quienes apuntan: "Corno se sabe, no es correcto, que no por ello infrecuente, identificar el concepto de derecho fundamental con los derechos de la Sección primera, a pesar de la literalidad de su rúbrica y de que el propio Tribunal Constitucional tendiese en un primer momento ya superado a hacer coincidir el concepto de derecho fundamental con su propio ámbito de jurisdicción en amparo."

3.1.3. Lo que se vulnera es el contenido esencial de los derechos fundamentales

Adviértase, además que el artículo Vlll.2 del Título Preliminar y el artículo 159 del Código Procesal Penal de 2004 se refieren expresamente al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona como el sustrato vulnerado por la prueba ilícita. Sobre el particular de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, debe entenderse como tal a "aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad."[50]

Ese núcleo mínimo o duro que es el contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo es indisponible para el le~islador sino para todos, incluidos jueces, fiscales, funcionarios policiales, etc.[51]

Pero, concretamente, ¿qué es lo que debe entenderse por "contenido esencial"? Como bien enseña MARTÍNEZ PUJAL TE, el contenido esencial de los derechos fundamentales como "límite de los límites" o "restricción de las restricciones" es una elaboración de la doctrina alemana, a partir del texto del artículo 19.2 de su Constitución que establece que "en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial".[52]

---

[50] Exp. Nro. 1042-2002-AA, 06·12-2002.
[51] Del mismo criterio, REYNA ALFARO, Luis (2005). *"El derecho a la defensa. el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales",* en Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 83, Año 11, Lima, agosto p. 35.
[52] MARTÍNEZ - PUJALTE, Antonio Luis (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,* Tabla XIII editores, Trujillo, p. 25.

Al respecto, señala el autor citado, existen dos teorías: la relativa y la absoluta. La primera considera que el contenido esencial no debe ser buscado como un elemento permanente o estructural del derecho fundamental, sino, en palabras de ALEXY, "el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación"[53] en caso de conflicto de bienes constitucionalmente protegidos. La segunda, en cambio, postula la existencia de una esfera permanente del derecho fundamental, de tal modo que en cada uno de ellos se debe identificar un núcleo, que es el contenido esencial, y un contenido secundario o no esencial.[54]

Como es de apreciarse, es innegable que en ambos casos (teoría relativa y teoría absoluta) es imprescindible un ejercicio de interpretación por parte del operador, con todos los riesgos que ello entraña, los que, al parecer, resultan inevitables si es que no se quiere caer en la inacción total. [55] De ahí la importancia de determinar adecuadamente la estructura de los derechos fundamentales y de los criterios jurídico constitucionales para delimitarlos respecto de su contenido.

3.2. La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República

La Corte Suprema de Justicia (la Corte) ha emitido diversos pronunciamientos en torno a la problemática teórica de la prueba prohibida o ilícita. En este sentido, en este capítulo de la investigación se expondrá algunos de estos pronunciamientos en función a una sistematización que abarque los

[53] ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 288. Agrega que "la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad."
[54] MARTÍNEZ - PUJALTE, Antonio Luis, op. cit., pp. 28-29.
[55] Sobre las críticas a ambas teorías, véase el mismo autor, MARTÍNEZ - PUJALTE, Antonio Luis, op. cit., pp. 37-47

siguientes puntos: el concepto de prueba prohibida, la diferencia entre prueba prohibida y prueba irregular, las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida, y las excepciones a dichas consecuencias.

Es de notar que, resulta especialmente trascendente el abordaje de este tema en los procesos penales e investigaciones contra funcionarios públicos por la presunta comisión de delitos contra la administración pública (actos de corrupción), en tanto es frecuente el conocimiento público de estos actos ilícitos en virtud de grabaciones de comunicaciones telefónicas subrepticiamente interceptadas o videos obtenidos mediante la instalación de cámaras ocultas.

3.2.1 Sobre la definición de prueba prohibida

La Corte en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 estableció como definición de prueba prohibida o ilícita lo siguiente: *"La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (…)"*[56] Esta definición es la misma que utilizó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC[57] de 15 de setiembre de 2003, de tal manera que *"se reconoce a la prueba prohibida como un tipo de prueba en caso opere alguna de las excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida*…".

[56] La información fue obtenida de la siguiente dirección electrónica: http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf". p. 20. Visitado el 04 de agosto de 2016.
[57] Ver en CASTRO TRIGOSO, Hamiltón (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores: Lima, p. 13.

No obstante, cabe hacer referencia a lo señalado, posteriormente, por el mismo Tribunal en su sentencia recaída en el expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, en la cual reconoció a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental: *"…No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución (…)"*[58]

Asimismo, nótese que la definición esgrimida por la Corte Suprema hace referencia a la prueba que es "obtenida" o "actuada" en contravención de derechos fundamentales, es decir, pueden existir dos momentos en los cuales una prueba se erige como ilícita o prohibida. En contraste, el Tribunal Constitucional, en su pronunciamiento recaído en el Exp. N° 655-2010-PHC/TC, sostuvo que la prueba prohibida es aquella que sólo se "obtiene" con vulneración de derechos fundamentales: *"(…) una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental (…)"*[59]

Del mismo modo, los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, señalaron que la prueba prohibida sólo puede ser aquella que es ilícita en su obtención: *"(…) Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la*

[58] Fundamento 7 de la sentencia. Disponible en la dirección electrónica: "http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_tc_expeidnete_n0655-2010-hctc_27-10-2010.pdf" Visitado el 04 de agosto de 2016.
[59] Fundamento 15 de la sentencia. Ibídem.

prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba".[60]

En dicho Pleno Jurisdiccional, asimismo, se llegó a la conclusión de que se debe diferenciar entre obtención ilícita de la prueba (fuente de prueba) y la incorporación ilícita de la misma (medio de prueba). Como se expondrá más adelante, la primera da lugar a una prueba prohibida y la segunda a una prueba irregular[61].

Por último, adviértase que la definición de prueba prohibida esbozada por la Corte sólo hace referencia a la lesión de derechos fundamentales de manera general, definición que difiere del concepto de prueba prohibida establecido en el artículo VIII del Código Procesal Penal de 2004, el cual indica que la obtención de la prueba prohibida debe vulnerar el "contenido esencial" del derecho fundamental.

3.2.2. Prueba prohibida y prueba irregular

Pronunciamientos de la Corte, también, han abordado la diferenciación entre la prueba irregular y la prueba prohibida o ilícita. En efecto, como se expuso anteriormente, la prueba prohibida es aquella que es obtenida - o actuada – con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales; sin embargo, pueden existir pruebas que no necesariamente vulneraron normas de rango

[60] Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. Fundamento 4°.
[61] Ibídem. Acuerdo 8°.

constitucional en su obtención, sino solamente normas de rango infraconstitucional.

A estas pruebas la Corte hace referencia como "prueba irregular" en su Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004[62]*: "(…) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales (…*)"

Del mismo modo, se puede percibir la distinción de estos dos conceptos en la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007[63]: *"(…) Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida (…)"*

Aquí observamos que se sostiene que la prueba irregular es aquella que se cuestiona por vicios en una formalidad esencial, es decir, violación de una norma

[62] CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Op. Cit. pp. 211-225.
[63] ASENCIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos (2008). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*. Editorial Grijley, Lima, pp. 184-186.

legal, mientras que la prueba prohibida es aquella que se excluye por veneración de una norma constitucional.

3.2.3. Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida

En principio, como sostiene el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, "(…) *para la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales debe aplicarse la "regla de la exclusión", es decir, no se debe valorar la prueba; mientras que para la prueba que deriva de ella, se debe aplicar "la doctrina de los frutos del árbol prohibido o envenenado", la cual excluye, también, a las pruebas que tienen un nexo causal con la prueba ilícita originaria*.[64]

Ahora, en la doctrina se ha generado un debate en torno a la naturaleza de las consecuencias jurídicas que generaría la prueba prohibida. Se discute si ésta convierte a la prueba en ineficaz, nula, inutilizable, inapreciable, inefectiva, etc.

Habría, primero, que exponer lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida: *"16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal (...)Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la*

[64] Véase el fundamento 3° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. Sobre los necesarios efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas por la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado ver MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Editorial Bosch, Barcelona, p. 107.

prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que "el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato" tiene "como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas""[65].

Así, respecto a los efectos procesales de la prueba prohibida, la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004, antes citada, sostuvo que la consecuencia jurídica de ésta era la inadmisibilidad e ineficacia de la misma: *"(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales (...)*".[66]

La misma resolución, señala, más adelante -aparentemente desde una perspectiva constitucional- que la prueba prohibida genera la imposibilidad de valoración de la prueba: *"(...) que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante (...)."*[67]

[65] Fundamentos 16 y 17 de la sentencia. Disponible en la dirección electrónica: "http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_tc_expeidnete_n0655-2010-hctc_27-10-2010.pdf" visitado el 5 de setiembre de 2016.
[66] CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit. pp. 211-225.
[67] Ibídem.

De otro lado, la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 sostuvo que la prueba prohibida genera que la misma no produzca efecto jurídico alguno ni que pueda ser utilizada procesalmente: *"... de modo que la misma (la prueba prohibida) deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable (...)."*[68]

Por último, sobre este punto habría que mencionar a la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007, la cual determinó que la ilegitimidad constitucional de la prueba genera su "exclusión": *"(...) por lo que es evidente la lesión de éste último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad (...)."*[69]

3.2.4. Excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida

En la doctrina se han reconocido diversas excepciones a la regla de la exclusión probatoria[70], dentro de las cuales se pueden señalar las siguientes: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable[71], la buena fe[72], el principio de

---

[68] La información fue obtenida de la siguiente dirección electrónica: "http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf". visitado el 5 de setiembre de 2011. Esta tesis es la misma que adoptó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC de 15 de setiembre de 2003.

[69] ASENCIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Op. cit. pp. 184-186.

[70] Véase al respecto CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Op. cit. pp. 106-140. Así mismo los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, en el tema referido a prueba prohibida, mencionan que la jurisprudencia americana y europea distingue las excepciones dependiendo de si se trata de una prueba originalmente obtenida con violación constitucional o de una prueba derivada de ésta. Respecto a la primera de ellas sostiene que las excepciones son la obtención de buena fe, la doctrina de la eficacia para terceros, entre otras; mientras que para la segunda serían las excepciones de la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado.

[71] Consiste en valorar aquella prueba prohibida y/o sus derivadas que igualmente se hubiesen obtenido lícitamente, aun cuando el hecho generador de la ilicitud no se hubiese producido.

proporcionalidad o de ponderación de intereses, el nexo causal atenuado[73], la infracción constitucional beneficiosa para el imputado[74], la destrucción de la mentira del imputado[75], la teoría del riesgo y la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena[76].

Esto, también, es evidente en nuestra jurisprudencia suprema, lo que relativiza la regla de la exclusión anteriormente examinada. En tanto, el presente trabajo no constituye un artículo jurídico doctrinario sobre la prueba prohibida, a continuación, se analizarán sólo aquellas principales excepciones que han sido acogidas por un sector de la jurisprudencia nacional. Es importante resaltar que las dos ejecutorias que se citan corresponden a procesos por delitos contra la administración pública.

Luego, respecto a la excepción de la fuente independiente, que permite la valoración de aquella evidencia que no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales, sino que es producto de un curso causal independiente[77], nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-PHC/TC, señaló lo que sigue: *"(...) Ahora bien, en el proceso penal han quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra),*

---

[72] Permite valorar la prueba prohibida que es obtenida con una violación sin intención (por error o ignorancia) de los derechos fundamentales.
[73] Supuesto intermedio entre prueba prohibida y la teoría de la fuente independiente en donde la ilicitud de la prueba se disipa o atenúa, por ejemplo, por efecto del tiempo.
[74] Admite la prueba prohibida cuando ésta puede ser utilizada a favor del imputado.
[75] Consiste en que se puede admitir la utilización de la prueba prohibida a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en el juicio
[76] Reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional pueden ser valoradas para condenar a imputados no víctimas de la violación del derecho fundamental.
[77] Véase al respecto CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Op. cit. p. 108.

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 (...)".[78]

Del mismo modo, esta excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida parece ser defendida por la Corte Suprema en Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, la cual señala lo siguiente: *"(...) 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"*[79].

Por otro lado, en cuanto a la excepción de la teoría del riesgo, que permite la valoración de la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental cuando es el propio afectado el que no cuida sus garantías y voluntariamente asume el riesgo de que sus revelaciones sobre un delito o la realización de actividades relacionadas con éste sean conocidas por otros.[80]

En ese sentido, la Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad 9-2006, señaló lo siguiente: *"(...) es de precisar que la*

[78] Ver en CASTRO TRIGOSO, Hamiltón. Op. cit. p. 112

[79] La información fue obtenida de la siguiente dirección electrónica: "http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf". visitado el 5 de setiembre de 2011. Esta tesis es la misma que adoptó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC de 15 de setiembre de 2003.

[80] En esta misma línea, ver el acuerdo 7° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

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 (…)."[81]

En este sentido, se puede entender que la Corte rechaza la ilegitimidad y, por ende, la inutilización de la filmación mencionada, pues es el propio sujeto pasivo el que voluntariamente se arriesga a que sus conversaciones, al llevarse a cabo en un espacio público, sean conocidas por otros.

Por último, las Cortes Superiores de Justicia de la República, además de permitir la aplicación de las excepciones de la buena fe, la infracción constitucional beneficiosa, la prueba ilícita para terceros y la destrucción de la mentira del imputado, también, han admitido al principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de la exclusión probatoria.

Esta excepción, llamada, también, "doctrina de la ponderación de intereses", permite la valoración de la prueba prohibida cuando se encuentran de por medio intereses de mayor intensidad como los constituidos por los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en los delitos de estructura compleja[82]; en términos del propio Acuerdo Plenario: *"(…) esta doctrina consiste en hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre gravedad de la infracción a las reglas probatorias,*

[81] ASENCIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos (2008). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*. Editorial Grijley, Lima, pp. 184-186.

[82] Ver el acuerdo 5° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación"[83].

[83]Ibídem. Fundamento 8°.

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Sobre el concepto de prueba ilícita

4.1.1. Definición legal

El concepto de prueba ilícita se ha ido expandiendo en los últimos años, sin embargo, hasta el día de hoy la definición que se le dé viene ligada a la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales que ocurre en el momento de su configuración como tal. La cuestión de la prueba ilícita se ubica, desde la perspectiva jurídica, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio; y desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

Así, en el nuevo Código procesal penal el legislador hace referencia a este tipo de prueba en el sentido de que no será admisible aquella prueba que haya sido obtenida tras la vulneración de un derecho fundamental. Por lo pronto sólo dejaremos enunciado lo anterior, ya que considero pertinente desarrollar este punto en un capítulo posterior dedicado al tratamiento legal de la prueba ilícita.

4.1.2. Análisis del concepto

La prueba ilícita podría estar definida por un conjunto de supuestos en donde la prueba es inadmisible, y generalmente lo es por las irregularidades en su

constitución. La ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba; de esta forma algunos autores hacen referencia a ella como aquella fuente probatoria que está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental.[84]

Por otra parte, la prueba ilícita -para Asencio Mellado- indica dos realidades: en cuanto a sus efectos, implica una limitación de los datos que pueden ser susceptibles de investigación preservando ciertos aspectos que forman parte de la intimidad, entendiendo que lo íntimo no es equivalente a lo privado u oculto; y, por otra parte, la denominación de prueba ilícita llevará a la prohibición de utilizar medios desproporcionados, buscando siempre no vulnerar los derechos fundamentales.[85]

A partir de la premisa anterior podríamos aplicar el término prueba prohibida haciendo referencia a que está fuera del ordenamiento el utilizar ciertos medios que nos lleven a obtener una prueba de modo perjudicial para el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos implicados; estos derechos protegidos a través de este tipo de prueba son los derechos recogidos en la Constitución ya que la vulneración de los derechos no recogidos en la norma suprema devendría en una agresión infraconstitucional, que no es protegida por el concepto tratado.

---

[84] PICÓ JUNOY, Juan (2008). *La prueba ilícita en el proceso civil español*, XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, p. 408.
[85] ASENCIO MELLADO, José María (2008). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los vladivideos*. Editorial Grijley, Lima, p. 33.

Concatenando ideas podríamos decir que la prueba ilícita es aquella prueba que ha sido obtenida con la violación de algún derecho fundamental, de este modo la prueba que vulnere un derecho no constitucional probablemente pueda ser cuestionada con otras categorías procesales, en todo caso deberá verse siempre el caso concreto[86].

Al hablar de ilicitud probatoria necesariamente tenemos que unir tanto la actividad probatoria u obtención de la prueba y el menoscabo de un derecho fundamental sin olvidar que tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos.

Sin embargo si nos quedamos con esta definición podemos tener una gran incógnita: ¿Todas las pruebas que vulneren los derechos fundamentales son ilícitas? Para responder a la cuestión será necesario recurrir a dos condiciones adicionales que sirven para delimitar este concepto, éstas son la proporcionalidad de los sacrificios, y la finalidad de este tipo de prueba; aunque cabe citar una tercera condición que la jurisprudencia adiciona y que es la extensión de los efectos de la prueba ilícita.

Debemos entonces hacer una breve referencia a estos conceptos antes citados:

a) Respecto al Principio de Proporcionalidad

En este caso su aplicación será directamente caso por caso ya que no podrá llegarse a soluciones idénticas debido a la diferencia de circunstancias como lo

[86] ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba ilícita*… ob. cit. p. 36.

son la condición de los sujetos intervinientes, los hechos, la capacidad de investigación y la configuración del delito en general.

La proporcionalidad es sinónimo de particularidad y relatividad ya que se busca hacer eficaces la libertad individual y la seguridad colectiva. Respecto a la proporcionalidad de los sacrificios, éstos serán diferentes en cada sujeto, por ejemplo no es igual el sacrificio de un capo de la droga que el de un micro comercializador, si fueran idénticamente iguales estos sacrificios sin duda alguna muchos sujetos quedarían impunes.

b) De la finalidad de la prueba ilícita

La autolimitación del Estado en la investigación penal, es decir el Estado ya no podrá hacer uso de poderes absolutos en el control del proceso penal. Además tiene una finalidad que considero fundamental, ésta es la obtención de la verdad, la que probablemente no podrá alcanzarse con la utilización de instrumentos viciados por la agresión a derechos fundamentales; pero entonces en este panorama nos preguntaríamos si los derechos referidos son absolutos.

Y la respuesta inmediata será que no, y lo mismo será aplicable para su limitación, por lo tanto los derechos podrán y deberán ceder en el curso de la investigación penal en orden a la consecución de fines legítimos, por lo que cabrá analizar la finalidad de la prueba ilícita para poder de alguna manera admitir su validez, por lo tanto cabe afirmar que debe impedirse la supremacía de un derecho sobre otro aplicando conjuntamente el principio de proporcionalidad.

Se podrá hablar de pruebas ilícitas propiamente cuando sea el Estado o sus órganos de investigación los que vulneren los derechos en el curso de un proceso, o incluso de modo extraprocesal, esto debido a la autolimitación al Estado que se busca con este tipo de pruebas y, extraordinariamente podrá considerarse prueba ilícita cuando la vulneración provenga de los particulares de manera extraprocesal[87].

c) Respecto a la extensión de sus efectos

El tercer concepto configurador de una prueba ilícita es la extensión de sus efectos, llamado también "Teoría del fruto del árbol ponzoñoso", conforme a la cual las pruebas derivadas indirectamente de una prueba obtenidas con infracción de los derechos fundamentales son igualmente ilícitas; este tema será tratado más adelante por constituir un elemento muy importante en la determinación de este tipo de pruebas.

4.2. Fundamento de la prueba ilícita

4.2.1. Violación de derechos fundamentales

En nuestro país, y en otros ordenamientos como el español y el italiano, la fundamentación constitucional de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales, es decir toda prueba obtenida directa o indirectamente violentando derechos

[87] En este sentido José María Asencio Mellado considera que esta afectación a los derechos fundamentales debe provenir del Estado, y más concretamente de los órganos de persecución penal, y sólo excepcionalmente puede ampliarse el alcance de la prueba ilícita a los casos en los que la afectación venga de particulares.

fundamentales no surtirá efectos en el proceso, aparentemente ni siquiera deberán ser admitidas.

¿Pero qué derechos son susceptibles de afectación con la obtención de la prueba ilícita? En principio[88] debe entenderse que se brinda protección a todos los derechos constitucionalmente protegidos, pero que en este marco cabe una mayor afectación al derecho a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad de domicilio, el secreto a las comunicaciones y autodeterminación informativa en relación al uso de la informática.

Sin embargo, frente a esta lista de derechos enunciados muchos autores se han cuestionado acerca de la posición de otros derechos como la propiedad, el derecho a la salud, entre otros, que a mi parecer por ser derechos constitucionalmente protegidos no pueden quedar fuera del ámbito de protección del ordenamiento.

Ante la incuestionable importancia y protección de los derechos fundamentales cabe la cuestión acerca de si esta protección es absoluta o al contrario puede verse limitada con la finalidad de investigar la comisión de un hecho delictivo.

Frente a la cuestión planteada, se diría que el proceso penal se vería limitado por una barrera infranqueable que le haría un inútil especialmente en la búsqueda de la verdad, característica del proceso penal. Así lo más acertado parece ser el considerar que en nuestro ordenamiento todos los derechos

[88] CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Jurista Editores, Lima, p. 77.

constitucionales tienen el mismo nivel jerárquico y que por lo tanto no puedeoptarse la postura de darles un trato diferenciado; sin embargo, es importante aquí la cuestión de la posible existencia de un conflicto de derechos.

Por lo expuesto anteriormente, la exclusión de la prueba ilícita por afectar derechos fundamentales son la consecuencia de un proceso equitativo, y además de considerar que tal vez éstas pruebas fueron obtenidas basadas en la violencia, la astucia o el engaño, pero cabe la posibilidad de que la ilicitud de estas pruebas pueda ser contrarrestada por la existencia de pruebas lícitas que deberán valorarse conjuntamente considerando además la importancia del principio de proporcionalidad al momento de la valoración de las pruebas ilícitas, entendiendo que la restricción a estos derechos fundamentales pueden entenderse como primordiales para la finalidad legítima perseguida, en este caso la comprobación del hecho delictivo realizado por el sujeto acusado.

a) Presunción de Inocencia

Se define la presunción de inocencia como un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible, del que está investida toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación viniendo obligado el órgano jurisdiccional a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar, en este sentido la presunción de inocencia funciona como una verdad temporal que se admite sin más y que sólo podrá ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

El derecho a la presunción de la inocencia implica la inversión de la carga de la prueba sobre la parte acusadora y como consecuencia la inocencia como verdad provisional que ampara a todo acusado de modo que la falta de prueba de su culpabilidad se deberá emitir una sentencia absolutoria.

Por otro lado, el carácter constitucional de la presunción de inocencia extiende su vigencia más allá de la sola fase probatoria e, incluso del juicio oral; por lo tanto debido a que es en todo el proceso en el cual se puede dar la vulneración a los derechos fundamentales este derecho tendrá vigencia desde la etapa de la investigación hasta el fin del proceso.

En relación con la prueba ilícita, debemos entender que la mínima actividad probatoria debe ser producida con todas las garantías procesales y que sea de cargo y que por lo tanto sólo podrán ser utilizadas en el proceso verdaderas pruebas debiendo dejarse de lado la utilización de pruebas obtenidas mediante infracción, ni aquella que no se aporta al juicio y se discute en forma contradictoria.

A pesar de lo expuesto, cabe decir que en un proceso penal no es aplicable propiamente la carga de la prueba por varias razones, tales como la obligación impuesta al órgano jurisdiccional de llevar a cabo la investigación y complementación de la actividad necesaria para el esclarecimiento de los hechos, esta obligación recaída sobre el Ministerio Público hará que el fiscal sustente objetivamente su teoría del caso al momento de formular acusación, debido a que si no cuenta con estos medios probatorios tendrá que sobreseer la causa.

Sin embargo esto no es tan absoluto como parece, ya que será el juez quien valorará los hechos alegados por el fiscal y los sostenidos por la defensa del acusado, con esta idea se definiría la idea de que si bien no existe una carga de la prueba en sentido formal si existe en sentido material, por la necesidad que tiene el juez de dar soluciones en situaciones de incertidumbre en el sentido de que la norma manda en caso de duda absolver al acusado, ya que se originaría un mayor daño condenar a un inocente que la absolución de un culpable.

El derecho a la presunción de inocencia implica la producción de un desplazamiento de la carga de la prueba en la parte acusadora en el proceso penal, ya que será el fiscal quien deba aportar la mínima actividad probatoria referida a los hechos constitutivos de la acción penal en caso de acusación, esta carga del Ministerio Público tiene como fundamento que el imputado, antes de iniciada la investigación, es considerado inocente; como consecuencia de esto corresponderá al acusado probar los atenuantes o eximentes del hecho que se le imputa ya que no se verían protegidos por el derecho de presunción de inocencia.

b) Derecho de defensa

La finalidad de este derecho es asegurar la igualdad de las partes, en este sentido no podrán tomarse en cuenta las pruebas obtenidas con irregularidades procesales, es decir cuando se produce una indefensión efectiva.

La indefensión probablemente será el último fundamento de todos los derechos fundamentales, porque cualquier alegación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas,

también en defensa de la presunción de inocencia, busca, en definitiva, "que el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar ante la justicia"[89].

Este derecho tiene gran importancia en la admisión de la prueba en el íter procesal, así únicamente la denegación a la admisión de una prueba pertinente originaría la indefensión porque se privaría al solicitante de un medio de defensa necesario para probar sus alegaciones; a partir de la premisa anterior cabría preguntarse cómo puede circunscribirse el tema de la prueba ilícita.

Entonces llegaríamos a la conclusión de que una prueba puede considerarse ilícita en la medida que su obtención haya originado indefensión en el imputado, pero esta indefensión debido a la afectación de sus derechos constitucionales y no simplemente porque el no tenga una contraprueba para la prueba planteada.

Sería cuestionable el sustento de la vulneración a este derecho teniendo en cuenta que en el proceso penal la ilicitud probatoria tiene lugar, habitualmente, en el procedimiento preliminar, actuaciones que se desarrollan con la finalidad de obtener fuentes de prueba que luego podrán ser consideradas dentro del proceso como medios de prueba.

Este procedimiento preliminar podrá tener naturaleza procesal o no, puede tratarse de una actuación policial en el momento de la las diligencias preliminares propiamente dicha, o una actuación del Ministerio Público al momento de la

[89] Ibídem

Investigación preparatoria cuando el juez, por ejemplo, por medio de un auto, sin indicios suficientes, ordena cualquier tipo de registro.

Se trata, casi siempre, de conductas llevadas a cabo en la fase de investigación, ya que en la mayoría de los casos la vulneración de los derechos se da extraprocesalmente aunque no se debe olvidar que la lesión puede también darse dentro de un proceso; en este último caso deberá analizarse bien el caso ya que no necesariamente la afectación de un derecho fundamental en la etapa probatoria implica la existencia de prueba ilícita sino que más bien puede darse el caso de afectación a principios que rigen la actividad probatoria dentro de un proceso, así se hablaría de la afectación al principio de contradicción, de inmediación, o de defensa propiamente dicho, todos estos principios dentro del gran eje llamado: Debido proceso.

4.3.- Supuestos de producción de una prueba ilícita

Antes de citar los supuestos más importantes conocidos como prueba ilícita debe dejarse muy claro que el concepto de prueba ilícita es muy distinto al de prueba ilegal. Así, la prueba ilegal[90] estaría comprendida por aquellos supuestos en los que la prueba se caracteriza por la afectación al principio de legalidad, no podrá admitirse ningún tipo de prueba que vaya contra la ley, de alguna manera lo que se busca al sancionar es que el juez está obligado a hacer cumplir las normas referentes al procedimiento probatorio, por lo que se deberá denegar toda aquella prueba que suponga infracción de ese procedimiento, este

[90] En este sentido se pronuncia PICÓ JUNOY, Juan (2008), *"La prueba ilícita en el proceso civil español"* dictado en las "XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima.

sería el caso de querer aportar extemporáneamente un documento o un dictamen pericial privado sin que exista una norma de cobertura que lo permita.

Teniendo claras las diferencias entre estos tipos de prueba, estudiaremos los supuestos de la prueba ilícita.

a) Intervenciones telefónicas

La intervención telefónica puede definirse como todo acto de investigación, limitativo de derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Investigación preparatoria, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante resolución motivada, que por la policía se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación del autor.

Para entender la configuración de este caso como un supuesto de prueba ilícita debe tenerse en cuenta que nuestra CP en el artículo 2º inciso 10 establece lo siguiente: *"Al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con la violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativo están sujetos a la*

inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial".

En la persecución de formas de criminalidad organizada la interceptación de comunicaciones privadas, especialmente las telefónicas, han tenido un significado fundamental, ya que, de acuerdo con las posibilidades técnicas de cada época, se han establecido limitaciones al derecho a la intimidad. Un ejemplo de limitación a este derecho es la regulada en el artículo 230º del NCPP en el cual el legislador la da facultad al fiscal de intervenir, grabar o registrar comunicaciones telefónicas u otras formas de comunicación siempre que[91]:

1) Existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.

2) Lo haya solicitado al Juez de la Investigación preparatoria previamente.

3) Esté dirigido contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.

4) La interceptación no puede durar más de 30 días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

[91] Pueden deducirse del Art. 230 del Nuevo Código Procesal Penal 2004.

A partir de lo expuesto se puede afirmar que en nuestro ordenamiento está permitida la utilización de informaciones obtenidas en un proceso en el que fue ordenada la Interceptación o intervención telefónica; quedando descartada la posibilidad de introducir al proceso una prueba obtenida por interceptación telefónica no ordenada por la autoridad competente, infiriendo que este tipo de prueba es considerada ilícita.

El juez puede disponer que la intervención telefónica se de en diferentes supuestos[92]:

a) Recuento, caracterizado por la utilización de un mecanismo que registra los números, marcados y la identidad de los interlocutores, además de la hora y duración de la llamada, sin captar el contenido de la conversación;

b) conocimiento íntegro de la conversación mantenida y, en su caso grabación de la misma.

Además, debe entenderse que las intervenciones telefónicas pueden darse de diferente manera; así puede diferenciarse entre la interceptación y grabación de una comunicación practicada por un tercero ajena a la misma y aquella grabación efectuada por uno de los que interviene en la propia comunicación; en el primer caso puede hablarse de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones pero en el segundo no, más bien podría darse una vulneración del derecho a la intimidad en el sentido que pueden interceptarse conversaciones íntimas que al ser divulgadas afectan dicho derecho del comunicante.

[92] DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel (2000). *La prueba ilícito penal-estudio jurisprudencial.* Editorial Aranzadi, Navarra, p.189.

Por otro lado, no puede negarse importancia al fundamental papel que ejerce este tipo de pruebas en los casos de delitos de criminalidad organizada como el tráfico de drogas, lavado de activos, contrabando, trata de personas, pornografía infantil, tráfico ilícito de migrantes, extorsión, robo agravado, etc; además de que su eficacia depende de las fuertes limitaciones a los derechos señalados anteriormente.

Pero la aplicación de este tipo de pruebas no se reduce a estos delitos, sino que también va a estar de cierto modo permitido su ejercicio en los casos de corrupción de funcionarios por lo que - según Asencio Mellado[93]- los políticos estarán obligados a tolerar mayores intromisiones en el ámbito de sus derechos que el resto de personas, pues mayor es su poder, su capacidad de ocultación de las conductas, y su responsabilidad de responder frente a los ciudadanos; aunque esta es una postura que algunos doctrinarios rechazan.

b) Prueba de videos

Al igual que el supuesto anterior la prueba de videos está también regulada por el NCPP en el Título III del Libro II, en el artículo 207º y ha sido denominado por el legislador como Video vigilancia, la cual procederá en las investigaciones por delitos violentos graves o contra organizaciones delictivas.

La prueba de videos puede consistir en:

a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,

[93] ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba ilícita y…*,op. cit., pp. 25 y ss.

b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Y debe darse de manera excepcional, es decir sólo cuando resulte indispensable para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultara menos provechosa o se vería seriamente afectada por otros medios.[94] Debe realizarse por el fiscal, a iniciativa propia o a pedido de la policía, y sin conocimiento del afectado.

A diferencia de las intervenciones telefónicas que exigen una resolución motivada del juez para su ejecución, en el caso de la video vigilancia sólo se necesitará esta autorización judicial cuando este tipo de investigación se realice en el interior de un inmueble o en lugares cerrados, por lo que se entiende que en lugares abiertos no será necesaria la autorización judicial.

Por lo que contrario sensu si no se lleva a cabo esta exigencia en estos casos podríamos situarnos en el supuesto de prueba ilícita; en este caso, la filmación de imágenes producidas al interior de un lugar están prohibidas y se necesitará una autorización judicial, sin importar que el equipo técnico se encuentre en el interior o fuera del lugar de los hechos.

A partir de este enunciado cabe señalar la regla de inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 2.9 de la CP, que señala lo siguiente: *"A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.*

[94] Art. 207 del Nuevo Código Procesal Penal, 2004.

Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

La necesidad de una autorización judicial para la obtención de información y búsqueda de la verdad a través de este medio exigirá que se apliquen los mismos requisitos dados al supuesto de las intervenciones telefónicas para su utilización dentro del proceso.

Es decir, a la existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave, imposibilidad o gran dificultad de la averiguación de la infracción por otra vía, control judicial de la intervención, y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo la filmación.

La filmación efectuada por los particulares debe ser admitida con tal de que se acredite su autenticidad e integridad, y que sea ocasional, ya que es el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material lo que debe primar frente a la casualidad o lo circunstancial de la grabación.

Por lo que, la ilicitud de la video vigilancia estará configurada cuando no se haya realizado con la diligencia prevista por el ordenamiento, y que por lo tanto, al ser dejadas de lado originen la vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio o al derecho a la intimidad sin ningún fundamento que pueda darles validez; pero no habrá tal vulneración cuando el que realiza la grabación en video es el destinatario de las actos y manifestaciones grabadas.

c) Intervención de Comunicaciones electrónicas

Aunque la comunicación vía electrónica hoy está muy en boga, el legislador peruano no se ha expresado abiertamente al respecto, tal como si lo ha hecho respecto a las intervenciones telefónicas y video vigilancia antes estudiados.

En este punto la doctrina española entiende que la validez y autenticidad de un documento electrónico podrá ser obtenida por medio de la firma digitalizada, ya que constituye un grado de seguridad alcanzable en la transmisión de documentos y que además podría convertir los sistemas informáticos de comunicaciones en el cauce ordinario del tráfico jurídico entre particulares y entre éstos y los poderes públicos.

Desde mi punto de vista, serán aplicables los requisitos de admisión necesarios para las intervenciones telefónicas entendido como un supuesto dentro de otras formas de comunicación previstas en el artículo 230º del NCPP, al igual que en éstas se verá afectado el derecho al secreto de las comunicaciones sino se cumple con los requisitos de autorización judicial para su intervención, y por lo tanto se constituirá como prueba ilícita en el caso concreto.

4.4. Posición doctrinaria respecto a la validez o invalidez de la Prueba Ilícita

El tema tratado ha sido causa de muchos pronunciamientos por diferentes sectores de la doctrina, así algunos defienden con argumentos muy sólidos la validez de la prueba ilícita, y por tanto creen que sea posible la admisión y

valoración de este tipo de prueba en un proceso; sin embargo, no debemos olvidar que otro gran sector doctrinario opina que la obtención de una prueba por medio de la vulneración de un derecho fundamental de ninguna manera puede ser considerada una prueba pasible de ser admitida y mucho menos valorada por el órgano jurisdiccional.

4.4.1.- Posturas a favor de la validez de la prueba ilícita

a) Descubrimiento inevitable

Estamos ante la excepción que en los Estados Unidos se conoce como Inevitable discovery exception. En virtud de esta teoría los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la que la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos-inevitablemente-sería obtenido a través de una actividad regular y lícita[95].

Se trata de admitir la validez de la prueba derivada de forma natural de otra inconstitucional en aquellos casos en los que se considere que, si no hubiese habido tal vulneración del derecho fundamental, la prueba habría terminado por ser inevitablemente adquirida de forma independiente durante el curso normal de la investigación[96]. Por ejemplo, en un proceso por evasión tributaria se obtienen las declaraciones juradas del procesado sin el correspondiente levantamiento del secreto tributario.

[95] CASTRO TRIGOSO, Hamilton. La prueba…op.cit., pp. 90 y ss.
[96] DÍAZ CABIALE, José y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Editorial Civitas, Madird, pp. 88 y ss.

El conocimiento del contenido de las declaraciones juradas es 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.

Para Gálvez Muñoz la excepción del descubrimiento inevitable será admitida, en virtud del principio de proporcionalidad, pues no hay un aprovechamiento de la ilicitud, siempre que se cumplan dos condiciones: a) Solidez del razonamiento que conduce a sostener la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba de forma independiente, y, b) salvaguarda de las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado.[97]

Se habla de una solidez en la argumentación relativa a la razonabilidad fáctica de la inevitabilidad del descubrimiento y a la existencia de la buena fe en el sujeto infractor y siempre que, además, no se comprometan de ninguna otra manera las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado.

Esta teoría ha sido muy criticada, debido a que la ilicitud adherida a este tipo de pruebas no puede ser desechada tan fácilmente, ya que los autores de esta tesis- para algunos doctrinarios-se basan sólo en hechos hipotéticos que no necesariamente llegarán a concretarse siempre por diversas circunstancias.

Desde este punto de vista, no siempre el descubrimiento de ciertos delitos será inevitable, por lo que puede haber una agresión a los derechos fundamentales

[97] GALVEZ MUÑOZ, Luis (2003). *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Editorial Aranzadi. Navarra, p. 197

por el simple hecho de creer en una construcción hipotética, considerando que puede ser real o verdadero algo que tal vez está lejos de serlo.

b) Nexo Causal atenuado

Esta excepción llamada también del Tinte diluido o del Purget Taint considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea que es casi inexistente en la prueba derivada, y por lo tanto esta prueba puede ser admitida y valorada.

Blanca Pastor dice que para considerar contaminada la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con la vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto sea único y exclusivamente consecuencia del primero, es decir que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros razonamientos.

A diferencia del descubrimiento inevitable aquí la prueba no se habría obtenido de no haberse producido la afectación del derecho fundamental. Se exige a consecuencia de esto una cierta diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada.

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 en 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 resultaadmisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante. Aunque debe entenderse que por más atenuado que esté el nexo causal, éste siempre subsistirá[98]; este argumento sostendrán algunos doctrinarios que consideran que la lesión del derecho fundamental persistirá y esto no puede tolerarse por quienes decimos vivir en un Estado Constitucional de Derecho, donde prevalece de forma primigenia el respeto a los derechos fundamentales.

De esta manera, no es menos cierto que esa posible distancia temporal entre la lesión del derecho fundamental y la prueba derivada de ella quede minimizada, si se comprende que, habitualmente la inicial lesión del derecho fundamental es seguida de posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de esas lesiones posteriores.

Por otro lado, también será cuestionable el contenido de lo que se entiende como atenuación, hasta donde puede reducirse el nexo causal, y por tanto cual es el grado de afectación que será permitido en la obtención de una prueba. Al

[98] CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba*…op.cit., pp. 126-127.

respecto, este sector doctrinario ha omitido pronunciarse por lo que su tesis quedaría debilitada si no se da respuesta a las controversias antes planteadas.

c) Buena fe

Considerada una de las excepciones más relevantes de la regla de exclusión probatoria; esta excepción propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención quienes la consiguieron actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir de buena fe. Es una prueba ilícita directa y ya no indirecta o derivada como el planteamiento de las excepciones anteriores.

Claro ejemplo de la aplicación de esta excepción, es la actividad de un policía que realiza un allanamiento con orden judicial que ellos consideran válida pero que en realidad no lo es. Otro 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.

Así en nuestro país, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004 realizado en Trujillo se acordó por mayoría admitir la excepción de buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de

flagrancia, siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez penal,[99] por lo tanto podía entenderse que el pensamiento del especialista va por esa línea.

Los críticos de esta tesis indicarán que 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 y por lo tanto considerarán que este tipo de pruebas no deben ser admitidos en un proceso penal.

4.4.2.- Posturas en contra de la validez de la prueba Ilícita

Así como hay autores que consideran a la prueba ilícita como prueba válida, habrán sujetos que se opongan a ellos, y como ya hemos adelantado cada una de las tesis o excepciones posibles de aplicar tienen sus detractores. Además de la oposición a los planteamientos anteriores, han surgido en el panorama actual dos corrientes de manera casi uniforme en la doctrina; así tenemos: a) la conexión de antijuridicidad y, b) la teoría del árbol ponzoñoso.

a) Conexión de antijuridicidad

Esta tesis surge en contraposición a las excepciones de buena fe, descubrimiento inevitable y nexo causal atenuado; en virtud de que si no pueden comprobarse los requisitos previstos para la procedencia de estas excepciones se considerara la prueba obtenida como ineficaz.

En esta postura cobra importancia la consideración de la prueba ilícita como independiente o como prueba refleja de la obtenida con la agresión de

[99] CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita*… op. cit., p.116

derechos fundamentales, por lo que será muy importante tratar el tema de la conexión entre la prueba obtenida ilícitamente y la posterior a ella.

La transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, requiere la presencia tanto de una conexión causal llamada también conexión natural como de una conexión jurídica.

La conexión natural es un requisito necesario pero no suficiente, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales, ya que se necesitará la conexión jurídica de manera obligatoria, de otro modo se entendería contaminada y debería, por esto, ser ineficaz. Para poder llegar a la conclusión acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad en el caso concreto será preciso[100]:

1) Examinar la índole y las características de la vulneración del Derecho fundamental que en cada caso se trate, así como el resultado de esta lesión con el fin de determinar si hay algún elemento fáctico que permita romper la relación de causalidad entre la prueba ilícita y la conectada con ella, y por lo tanto estimar su eficacia o ineficacia,

2) Debe valorarse la intencionalidad de la violación originaria, la existencia de negligencia grave y la importancia objetiva de dicha violación. La consecuencia de este procedimiento será: Si se considera que en el caso concreto se ha producido algún hecho en el que pueda sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión; y si además se llega al

[100] GALVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de*… op.cit., pp.183.

convencimiento de que la valoración de la prueba no conlleva a nuevas lesiones del derecho fundamental vulnerado, debe considerarse que esta prueba es independiente jurídicamente y por tanto apta para la valoración procesal, pero si no se cumple lo anterior tendríamos que hablar de una prueba que es ineficaz por ser considerada como refleja.

b) Teoría del árbol envenenado

Desde mi punto de vista, ésta teoría es el punto de inicio para la calificación de una prueba como ilícita y frente a su existencia la aplicación de ciertas excepciones a las reglas de exclusión, con el fin de que las pruebas ilícitamente obtenidas sean sujetas a valoración judicial.

Ésta teoría, también conocida como la teoría de la ineficacia refleja o The fruit of the poisonous tree, es reconocida en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos que proclaman la regla de la exclusión de la prueba ilícita.

Al referirse a pruebas directas el legislador hace referencia a aquellas obtenidas con la vulneración de un derecho fundamental; y al mencionar las pruebas indirectas se refiere a las pruebas que deriva o que es consecuencia de la anterior; en este caso es muy discutible que en los supuestos de menoscabo de un derecho fundamental y posteriores actuaciones derivadas de ella sólo exista una lesión del derecho fundamental al comienzo.

La prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales es una consecuencia más de la posición preferente de los

derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmación de condición de inviolables.

Como crítica a esta teoría se dice que la teoría de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba; que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social; además se dice que esta teoría fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad; y finalmente que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales.

Sin embargo, debe considerarse que si bien es cierto esta teoría ha significado la anulación de muchos actos de investigación, lo más trascendental en un ordenamiento como el nuestro es la protección a los derechos fundamentales.

Finalmente, podemos observar que hoy por hoy se han consolidado límites[101] específicos a la consideración de invalidez de la prueba refleja, límites del efecto contaminante de una prueba ilícita a la posterior derivada de ella, tales como el descubrimiento inevitable, el nexo de causalidad atenuado y la excepción de buena fe; todas estas figuras con requisitos cada vez más aceptados por la doctrina.

[101] DÍAZ CABIALE, José y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 82ss

4.4.3. Posición crítica

Después de un estudio acerca de las diferentes posturas doctrinarias considero que todo absolutismo es negativo, me refiero a que no pueden cerrarse las puertas a múltiples posibilidades referentes a las pruebas consideradas ilícitas.

De este modo, creo que todo derecho fundamental que si bien es cierto es inviolable, muchas veces es necesario aplicar ciertas limitaciones con el fin de perseguir un fin social común; por lo tanto considero que en aras de la verdad procesal lo que debe prevalecer es la valoración de éste tipo de pruebas pero no siempre, sino de modo excepcional; quiero decir que no puede dejarse de lado el fin último de nuestra CP, el respeto de la dignidad humana y sus derechos.

Dentro de la ponderación que debe realizar el juez, debe analizar cuál de los dos bienes en conflicto debe prevalecer. Si el interés de la sociedad en el descubrimiento de la verdad, la realización del valor justicia, o por el contrario, el derecho de la personalidad individual.

No puedo dejar de mencionar que el principio de proporcionalidad supone la graduación de la naturaleza del delito, su gravedad, factibilidad de descubrimiento por otros medios y valoración, siempre bajo la inspiración de que sólo los delitos graves o de gran trascendencia social pueden dar lugar a la vulneración de un derecho fundamental, una interceptación telefónica, por ejemplo.

A la última premisa podemos agregar, que existe un tratamiento diferenciado para los diferentes tipos de delito, afirmar que existe la posibilidad de

aplicar un Derecho Penal del Enemigo para quienes forman parte de organizaciones terroristas o realizan actividades de Narcotráfico o análogas a ellas y, por otra parte, el Derecho Penal Común que será aplicable a sujetos de peligrosidad común.

Cito esto en la medida que, en el caso de Terroristas el reconocimiento y respeto a sus derechos fundamentales no va a ser tan exigible como en el caso de cualquier otro imputado, por lo tanto cabría decirse a mí entender que la admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida en estos casos es realmente aceptable. Finalmente, me parece acertado que no se destierre la posibilidad de admisión de una prueba ilícita en procesos donde realmente es necesaria para la obtención de la verdad y protección del bien social.

4.5. Situación actual de la Prueba Ilícita en nuestro ordenamiento

4.5.1. Tratamiento Positivo

Es importante determinar el tratamiento que nuestro ordenamiento le da al tema bajo estudio, ya que será dentro de éstos parámetros en los que se desenvolverá el juez para la admisión y valoración de la prueba ilícita. Constituyen fuente fundamental de regulación, tanto la Constitución Política del Estado de 1993 como el Nuevo Código Procesal Penal.

a) Regulación en la Constitución

Aunque la Constitución no hace referencia expresa, podemos deducir de su contenido que establece ciertos límites a la actividad probatoria. En este sentido,

primero debe citarse el artículo 1 de la norma suprema que establece el respeto de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. La naturaleza ejecutiva y la auto operatividad de los derechos fundamentales no requieren de una norma legal de segundo orden (ley, reglamento) para hacer ineficaz la prueba obtenida con lesión de los derechos constitucionales.

Artículo 2º[102].-Toda persona tiene derecho: *7.- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.*

9.- A la inviolabilidad de domicilio. *Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.*

10.-Al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. *Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados*

[102] Cfr. Constitución Política del Estado Peruano de 1993

obtenidos con la violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativo están sujetos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Claro está que la enunciación de éstos derechos está destinada a prohibir la utilización de pruebas ilícitas como la interceptación de comunicaciones telefónicas o electrónicas, así como la llamada video vigilancia, temas que ya hemos tratado.

Art.2.24º.- A la libertad y a la seguridad personales. *En consecuencia: e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmete su responsabilidad. f) Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito(...)*[103]

Art. 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: *3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. 5.- La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con*

[103] Ver todo el artículo en Constitución Política del Perú de 1993.

mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.

La constitución en estos artículos busca proteger al inculpado frente a detenciones arbitrarias o sin orden judicial que pueden llevar a confesiones que vulneren los derechos fundamentales del sujeto implicado. Para finalizar con este apartado, el desconocimiento de éstos límites llevará a considerar la prueba obtenida tras la afectación de los derechos protegidos por estos preceptos, como ineficaz y por lo tanto inútil al proceso.

4.5.2. Nuevo Código Procesal Penal

El NCPP a diferencia de la constitución si establece abiertamente en el Artículo VIII del Título preliminar las exigencias para la admisión de la prueba en un proceso penal; así en el primer inciso, se indica que sólo será valorada la prueba si es que ha sido obtenida e incorporada al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

De este inciso se deduce que será casi imposible la admisión de medios probatorios que han sido obtenidos fuera del procedimiento regular, sin una autorización judicial o al margen de la autoridad competente.

Por otra parte, el segundo inciso de la referida norma, niega todo efecto legal a aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; al respecto no es inútil recordar que el legislador hace mención a la prueba ilícita obtenida

directamente de la lesión de un derecho fundamental y , a la prueba indirecta, reflejo de la primera o derivada de ella.

Después de saber qué establece la norma VIII del TP del NCPP, cabe hacer un análisis acerca de la posibilidad de no aplicar una interpretación literal restrictiva a este artículo y más bien considerar la opción de que en algunos casos pueda ser admisible este tipo de prueba; y por consiguiente ser valorada por el juez.

La inutilizabilidad de este tipo de pruebas puede desplegar efectos en dos momentos procesales distintos: el primero de ellos es la etapa de la admisión del medio de prueba y el segundo, cuando la prueba por algún motivo haya sido incorporada al proceso, en el momento de su valoración o apreciación por el juez; por lo tanto, las pruebas contrarias a derechos fundamentales no deben ser admitidas en el proceso y, en el caso sean admitidas, no deben por ningún motivo ser valoradas.

La importancia de desterrar la prueba ilícita desde el momento de la admisión[104] radica en que con ello se garantiza la exclusión de pruebas inconstitucionales que pueden influir psicológicamente en el juzgador; además de la importancia en el tema de economía procesal, ya que el dejar de lado la prueba ilícita desde la admisión evitará la realización de actos procesales basados en una prueba inconstitucional, que hará que estos actos sean declarados posteriormente nulos.

[104] Según GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia*… op. cit. p. 217

Debe entenderse que cualquiera sea el momento en el que se declare la ineficacia de una prueba debe admitirse la posibilidad de un debate contradictorio entre las partes, con la finalidad de que las partes realicen determinadas actividades que adviertan su licitud o ilicitud. Otra referencia que el NCPP hace respecto al tema de las pruebas, está en el artículo 155[105] incisos 1 y 2 que claramente establecen un límite a la actividad probatoria indicando que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código; y además dando la posibilidad al juez de excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la ley, tal precepto también se deriva del artículo 159 del NCPP.[106]

No cabe duda que el NCPP se pronuncia claramente en contra de la validez y eficacia de la prueba ilícita; sin embargo, cabe señalar la existencia de un Pleno del Tribunal Superior de Trujillo24 que admite de alguna manera la existencia de excepciones en estos casos, tales como la ponderación de intereses, la buena fe entre otras con el fin de darle validez a este tipo de pruebas, recalcando siempre el respeto a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Por otro parte, la alusión del legislador a que esta prueba no surtirá efectos comprende también el momento de la admisión de la prueba, es decir tampoco se

[105] Artº 155 del NCPP (inc.1 y 2).- 1.- La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este código. 2.- Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrán excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

[106] Artº 159 del NCPP.-1 "El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona."

hace referencia expresa a si en el momento de la etapa intermedia se deba tratar este tema. El tema más controversial, a mi parecer, es el momento de la investigación preparatoria; la doctrina dice que aquí si se pueden excluir, nada impide esto teniendo en cuenta que el juez penal es un juez de garantías y que el partir de una prueba ilícita puede llevar al peligro de obtener otras fuentes de prueba igualmente viciadas.

Finalmente, parece claro que la validez de la prueba ilícita puede ser cuestionada durante todo el proceso penal actual.

4.6. Validación de las hipótesis

La hipótesis se ha validado en mérito a los siguientes argumentos que justifican:

4.6.1. La jurisprudencia peruana acepta excepciones que validan materiales “ilegales”: Audios interceptados no siempre son prueba prohibida

Los tribunales han aceptado videos o audios cuyo origen son las escuchas o interceptaciones telefónicas tras ponderar que el valor de su uso es superior a los intereses afectados de los investigados. Aceptan grabaciones realizadas sin consentimiento de uno de los interlocutores, debido a que el Estado considera que la otra persona es quien asume el riesgo de estar siendo registrado.

En el mundo actual, en el que la tecnología facilita a cualquier persona registrar las acciones de otro sin su consentimiento. En nuestro país, casos como los “Vladivideos”, “Petroaudios” o "Business Track”, o la última difusión de un

audio que vincularía a Óscar López Meneses, ex operador de Vladimiro Montesinos con diversos políticos, confirman que las escuchas e interceptaciones no solo son comunes sino que no han terminado y de seguro continuarán.

Hace pertinente familiarizarse con los alcances legales y la aplicación jurisprudencial con una figura repetida cada vez que suceden estos casos: la llamada prueba prohibida o ilícita.

¿Puede un audio, fotografía o video de origen ilícito validarse como prueba en proceso judicial? ¿Qué es lo que dice la jurisprudencia peruana al respecto? Según la experiencia no toda prueba prohibida se dejará de usar en un proceso.

El Tribunal Constitucional (TC) ha intentado plantear una noción de lo que es una prueba prohibida o ilícita para establecer sus alcances. En la sentencia EXP. N.° 2053-2003-HC/TC del 15 de septiembre de 2003 sobre el caso Edmi Lastra Quiñonez, el TC definió a la prueba ilícita como: "aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable".

Según un análisis sobre este tema de Carlos Cabrera Carcovich, en nuestra jurisprudencia existen dos tendencias para ponderar la llamada prueba prohibida o ilícita: un sector de la doctrina considera que la prueba lícita es aquella que atenta contra la dignidad humana (tal como falló el tribunal en el caso anterior) y otro sector considera que es tal si la prueba ha sido adquirida o realizada con infracción a los derechos fundamentales.

4.6.1.1. Cuándo lo prohibido no puede ser “prueba prohibida”

La jurisprudencia peruana se ha esforzado por desarrollar criterios para precisar excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, es decir, que no obstante se verifique que en la obtención de la prueba existió lesión de un derecho fundamental (como interceptaciones telefónicas) éstas puedan ser utilizadas como evidencia en los procesos judiciales.

Una forma de exceptuar la ilicitud de una prueba es a través de la ponderación de los intereses jurídicos en juego, que es la excepción más usada en nuestros tribunales. La ilegitimidad de la prueba puede exceptuarse cuando se trata de alcanzar fines constitucionalmente superiores o valores de mayor jerarquía a los intereses afectados.

Dicho en otras palabras, no será ilícita la prueba cuando los intereses de la persecución penal sean prevalentes a la protección de los derechos del imputado, lo cual sucede especialmente en delitos de alta gravedad (ver ejemplo al final de la nota).

4.6.1.2. Chavinaudios

En este punto un ejemplo nos puede ayudar a comprender mejor el esquema. En agosto de este año se difundieron audios de una conversación entre el entonces premier Juan José Jiménez, el ex titular del Poder Judicial, César San Martín, el actual ministro de Defensa, Pedro Cateriano –en ese momento agente del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos—y la jueza Carmen Rojassi durante una reunión en la sede del Poder Judicial. Los audios

revelaron una supuesta injerencia del poder político sobre el judicial para "coordinar" la sentencia en el caso Chavín de Huántar.

En esa ocasión, San Martín negó la validez de los audios y sostuvo que era una prueba ilícita, debido a que la grabación habría provenido –según dijo– de un supuesto "chuponeo". En otras palabras, el magistrado negó la licitud del audio porque atribuía su origen a un mecanismo de interceptación. El Fiscal de la Nación, José Antonio Peláez secundó a San Martín y dijo que el audio no tenía valor porque "no tenía autorización de las personas que han sido materia de las conversaciones".

¿Pero esta precisión fue solo una sutileza legal? ¿Existía una poderosa razón jurídica que motiva esa distinción? Sí. La explicación se ata con lo explicado líneas arriba: un audio cuyo origen es la interceptación es muy improbable que sea validado como prueba en un proceso penal –aunque no imposible–, mientras que si se comprobara que la grabación fue realizada por uno de los participantes de la reunión, pese a no estar consentida, se abre la posibilidad legal de validarla como prueba.

4.6.1.3. Teoría del riesgo

Sobre lo anterior, además de la ponderación de derechos, también podría aplicarse la teoría del riesgo, que permite exceptuar la ilicitud de una prueba. Esta doctrina se justifica en el riesgo que voluntariamente asume una persona ante otra en una reunión y conversación y, considera que las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse como pruebas válidas cuando al menos uno de los

interlocutores tengan conocimiento de la grabación y siempre que el contenido no esté dentro del ámbito privado e íntimo de las personas.

De hecho esta doctrina no es ajena a nuestros tribunales pues fue aplicada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (ver aquí), que señaló que el audio entregado por Herald Andrés Gamarra que contenía una conversación de él con Miguel Santiago Ñopo Fernández (en ese momento investigado por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) no podía considerarse como prueba prohibida o ilícita y no podía ser amparado al pedido de exclusión del referido material probatorio.

Además, la Corte Suprema de Justicia aplicó la tesis de la teoría del riesgo en el Expediente Nº 21-2001, en el caso de los miembros del Tribunal Constitucional y falló que la supuesta vulneración de sus derechos "provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (…) Por lo que es él y no el Estado al que corresponde asumir la indefensión". Concluye que la incautación del video por parte del Estado y su uso como medio de prueba no atenta contra los derechos constitucionales de la persona".

Otro caso en que la justicia peruana ha adherido la teoría del riesgo como excepción a la regla de exclusión, fue en el Acuerdo Plenario de jueces superiores en Trujillo el 11 de diciembre de 2004, donde los magistrados indicaron que esta teoría se justifica "en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una

persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este".

Dicho todo lo anterior, frente a la aparición de nuevos audios provenientes de escuchas queda en evidencia que nuestros tribunales permiten excepciones que podrían convertir lo prohibido en válido en un proceso judicial.

4.6.2. Caso de ponderación de intereses en la jurisprudencia peruana

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el "caso de miembro del Tribunal Constitucional García Marcelo" (Vladivideo) del 3 de febrero de 2003 (Exp. N° 21-2001) señaló:

"En el presente caso los temas del conflicto entre los derechos a la intimidad y privacidad y la tranquilidad pública son solo aparentes y no sustanciales, por lo que corresponde resolverse a favor del bien jurídico tranquilidad pública, en estricta pertinencia de la teoría de la ponderación de los intereses involucrados (...)".

En sus propias palabras el lenguaje el PJ ha sostenido: "Si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio - ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos.

Sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida- en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución pena- que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esa 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".

4.6.2.1. R.N. 4826-2005: La Sala Penal Permanente en el "caso El Polo II" (19/07/2007).

Esta excepción también se ha empleado en los procesos tramitados conforme al nuevo Código Procesal Penal de 2004, como en la sentencia Exp. N° 1694-2008-60, emitida por la Primera Sala penal de Apelaciones de la Libertad del 30 de noviembre de 2009.

4.6.3. Tribunal Constitucional y la prohibición de la prueba

En octubre de 2010 tras el caso Alberto Quimper, condenado por el caso de los Petroaudios, el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia EXP. Nº 00655-2010-PHC/TC, que la figura de la prohibición de la prueba prohibida es un

derecho fundamental, pese a no estar en la Constitución. Es decir, es un derecho exigible y de cumplimiento obligatorio por todos.

No obstante, el TC precisó que esta garantía no era absoluta y en la misma sentencia indicó que en el caso de los medios de comunicación estos podrían divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas siempre que: “exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público”. Ello bajo el riesgo de ser denunciados penalmente.

El penalista Luis Lamas Puccio advierte que nuestra jurisprudencia penal ordinaria no ha sido lo suficientemente homogénea, uniforme y clara como para zanjar y poner fin a la discusión sobre la prueba ilícita, la cual es relevante para resolver la denuncia por lavado de activos contra la primera dama. Cita los casos de los "vladivideos" y los "petroaudios", en donde la judicatura ha tenido posiciones encontradas sobre el particular.

Tema controvertido y de trascendencia jurisdiccional no solo por las posibles implicancias legales que tendría para quienes están a favor y son de la opinión de incluirlas o, por el contrario, excluirlas porque contaminarían el proceso o la investigación incoada, sino porque nuestra jurisprudencia penal ordinaria sobre el particular no ha sido lo suficientemente homogénea, uniforme y clara como para zanjar y poner final al tema.

Para algunos casos las pruebas obtenidas de manera ilícita o irregular han servido para condenar a personas por delitos de corrupción (los famosos “Vladivideos”), y en otros procesos judiciales similares o parecidos, al reverso, las pruebas obtenidas en estos términos han sido descartadas y rechazadas por los magistrados (por ejemplo, los "petroaudios"), señalándose que la forma como se obtuvieron viola preceptos fundamentales de la persona humana.

La regla de la exclusión de la prueba ilícita admite excepciones que han sido especialmente desarrolladas en la jurisprudencia extranjera, con el objetivo de atenuar el impacto que implica la sensación de impunidad que suscita la aplicación de las exclusiones probatorias, y viceversa superponer los derechos personales sobre los derechos colectivos.

La ponderación de intereses entre los derechos individuales frente a los derechos de las mayorías, implica una interpretación racional para resolver un caso de estas características. Nos referimos a una decisión equilibrada por parte de quien resuelva la polémica, compulsando la averiguación de la verdad en el proceso penal como fin supremo y, de otro lado, la defensa irrestricta de los derechos fundamentales de la persona humana.

En otras palabras, estamos refiriéndonos a una conducta evidentemente de valoración pública, no solo porque se trata de una ciudadana que desempeña una labor especialmente relevante para la vida nacional, sino porque además se desempeña como la presidente del partido de gobierno.

4.6.4. Sobre los casos de Business Track y de las agendas de Nadine Heredia.

El viejo principio de exclusión de la prueba ilícita, expuesto a base de la cuarta enmienda por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1914, en el caso Weeks vs. US, ha ido cediendo de modo constante a diferentes teorías y doctrinas jurisprudenciales en Norteamérica y Europa.

Desde luego, también ha servido como referente en el Perú para justificar que pruebas de origen ilícito se incorporen sobre todo en procesos por delitos de especial gravedad como homicidio, robo, abuso sexual, corrupción o criminalidad organizada. Ejemplo de ello son los 'vladivideos', validados por la Corte Suprema del Perú y el Tribunal Constitucional en los procesos por corrupción del régimen 1990-2000. O el Caso Business Track, en el que se condenó a los 'chuponeadores', pero a la vez se ha perseguido con las escuchas ilegales a los presuntos corruptos del caso de los 'petroaudios', hasta la semana pasada en que una sala superior ha excluido la prueba después de siete años

Sin embargo, el artículo VIII del Código Procesal Penal establece tajantemente que solo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenida mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Así, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como la intimidad personal, la privacidad de los documentos o el secreto de las comunicaciones.

Por ello, la defensa de Ilan Heredia planteó, aunque fallidamente, una tutela de derechos para que se excluyan las agendas del proceso. Por su lado, los

abogados de su hermana, Nadine, han denunciado el hurto de las mismas y otros documentos.

Por lo tanto, en nuestro sistema aún subsiste, por una parte, la dura regla de la exclusión de la prueba ilícita regulada en el Código Procesal Penal. Conjuntamente están los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004, en que los jueces consensuaron que la prueba ilícita es válida: 1) si se descubre de buena fe en casos de flagrancia (registro domiciliario con orden judicial para hallar armas, pero se encuentra droga o pruebas de corrupción), 2) si beneficia al procesado (audio ilegal que prueba la inocencia), 3) si es invocada por terceros (como Ilan Heredia, él no es la víctima del hurto), 4) si permite contradecir la mentira del imputado o 5) si el imputado narra en un diálogo privado el delito cometido o por cometer y es grabado por su contraparte (asumió el riesgo al "hablar de más").

Sin embargo, la prueba ilícita es válida también cuando el interés en descubrir y perseguir el delito es claramente superior al derecho individual afectado (teoría de la ponderación de intereses o del 'balancing test' en Estados Unidos), excepción que podría aplicarse precisamente en los casos de Business Track y de las agendas: el derecho a la intimidad (el contenido de un diario o bitácora personal) o el secreto de las comunicaciones puede ceder frente al interés de descubrir y perseguir, por ejemplo, un posible caso de lavado de activos, la evasión tributaria o la financiación ilegal de un partido.

Una regla de exclusión con tantas excepciones es lo que el jurista español Manuel Miranda Estrampes califica como una 'zombie proof', una doctrina de la

prueba ilícita muy desdibujada y que “se resiste a morir”, y que aún deambula en la jurisprudencia con cada vez menos seguidores.

4.6.5. A favor de prueba ilícita

En los últimos años, es frecuente escuchar que los principales sospechosos de casos de corrupción se amparan en el argumento de la prueba ilícita para tratar de evadir la acción de la justicia. Basta recordar que el propio Vladimiro Montesinos utilizó esta tesis para intentar que los cientos de videos que lo inculpan a él y a decenas de otras personas no fueran valorados como prueba incriminatoria en los procesos seguidos en su contra, señalando que los mismos habían sido incautados ilegalmente por el falso fiscal enviado por Alberto Fujimori a irrumpir en su domicilio al amparo de una orden judicial válida. Pese a ello, la justicia, con un criterio adecuado, procedió a desestimar su argumento y le dio plena validez a los videos.

Frente a ello, y para evitar situaciones absurdas de impunidad, es necesario precisar a qué nos referimos cuando hablamos de prueba ilícita o prueba prohibida y cuáles son las características de la misma. El concepto de prueba ilícita surge con una doble finalidad. Por un lado, evitar abusos y arbitrariedades del Estado, que –al menos teóricamente– es la parte fuerte en la relación procesal penal de acusador-acusado. Por otro, asegurar que se descubra la verdad, en la medida en que las pruebas obtenidas violando derechos, pueden haber sido manipuladas para distorsionar la realidad.

Desde esa perspectiva, para que una prueba sea prohibida, debe obtenerse violando derechos fundamentales de la persona humana y esta violación tiene que ser cometida por el Estado. Aunque no hay unanimidad al respecto entre los doctrinarios, una corriente mayoritaria sostiene que la evidencia obtenida mediante la comisión de delitos por terceras personas no es prueba prohibida en tanto sea auténtica, pues lo contrario implicaría una extensión inadecuada de la protección a los derechos fundamentales, que por cierto, en materia procesal penal, no son absolutos, como lo demuestra la existencia de la detención preliminar o provisional como limitación a la libertad individual.

Así por ejemplo, en el Caso Nadin Heredia, respecto a la admisibilidad como prueba de cargo de las agendas de la señora Heredia (de ser auténticas como todo indica), al haber sido sustraídas de su domicilio por un particular, no el Estado, y conteniendo información que parece muy relevante para determinar la existencia de delitos graves como los de lavado de activos o corrupción, debe ser procedente para ser verificada. El contenido de estos cuadernos será gravitante para descubrir la verdad sobre el movimiento de importantes sumas de dinero de origen sospechoso.

CONCLUSIONES

1. La corrupción es un problema real, histórico y grave en el Perú. No por nada uno de los principales best sellers peruanos es el espectacular libro de Alfonso Quiroz: Historia de la Corrupción en el Perú; y por ello también, en las encuestas de percepción constantemente aparece la corrupción como el segundo problema que más preocupa a la población, después de la inseguridad ciudadana.
2. Una razón importante del avance de la corrupción es la impunidad que hay en relación a ella. Los factores son diversos: mal funcionamiento de las medidas de control (Contraloría de la República), la falta de cumplimiento de normas; sin embargo, uno prioritario es la falta de independencia e imparcialidad del sistema de justicia. Un trabajo independiente e imparcial del sistema de justicia guarda especial relevancia para la concretización y consolidación de los derechos fundamentales en cualquier estado, así como el control del poder o el avance del crimen organizado.
3. La doctrina penal precisa la existencia de 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.

4. La regla de la exclusión de la prueba ilícita tiene excepciones, siendo una de ellas la excepción de la "ponderación de intereses" o excepción del "principio de proporcionalidad". Esta excepción, permite la valoración de la prueba

prohibida cuando se encuentra de por medio intereses de mayor intensidad como, por ejemplo, los constituidos por los bienes jurídicos que se protegen en la criminalidad organizada o en los delitos de corrupción.

5. Se deben valorar las pruebas prohibidas o derivadas de ellos en aplicación del test de ponderación (excepción de la ponderación de intereses), si los hechos enjuiciados revisten connotaciones de suma gravedad y son de interés nacional y que se relacionen con actos de corrupción en asuntos muy importantes para el país.
6. No se deben excluir la valoración de las pruebas, si se garantiza que no se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental, sino que dicha prueba solo lo limita por la prevalencia del interés constitucional del Estado y la sociedad de luchar contra graves actos de corrupción pública.
7. La prueba ilícita es válida también cuando el interés en descubrir y perseguir el delito es claramente superior al derecho individual afectado (teoría de la ponderación de intereses o del 'balancing test' en Estados Unidos), donde el derecho a la intimidad (el contenido de un diario o bitácora personal) o el secreto de las comunicaciones puede ceder frente al interés de descubrir y perseguir, por ejemplo, un posible caso de lavado de activos, la evasión tributaria o la financiación ilegal de un partido.

RECOMENDACIONES

1. Las propuestas para combatirla deben tener también un contenido interdisciplinario, ser estructurales y transversales, y deben apuntar a alcanzar un ejercicio pleno de derechos humanos para toda la población; pues de esa manera se puede lograr disminuir la inseguridad ciudadana y la desigualdad; no hay duda que la corrupción alimenta ambos fenómenos.

2. Debido a que la tesis del "fruto del árbol envenenado" (no son admisibles las pruebas que directa o indirectamente se hayan obtenido violando derechos fundamentales) genera desprotección social frente al crimen, algo que hoy está en el tope de nuestra agenda nacional por los altos niveles de inseguridad ciudadana que vivimos, se ha puesto en revisión. Por lo que los jueces y fiscales tienen que hacer un análisis de proporcionalidad entre el derecho protegido y el daño social derivado del delito y, por lo tanto, la declaración de ilegalidad de una prueba debe analizarse y decidirse caso por caso.

3. La universidad a través de la Facultad de Derecho debe de implementar cursos de capacitación a favor de los integrantes del Poder Judicial, Ministerio Público y Colegios de Abogados con la finalidad de formar a sus miembros en el conocimiento y manejo de las categorías concernientes a la admisión y valoración de la prueba ilícita frente a la lucha contra actos de corrupción a fin de no generar impunidad.

4. Los operadores jurídicos deben de enfatizar la importancia de tener siempre en cuenta que la aplicación de dichos criterios requiere considerar nuestra particular realidad jurídico – procesal.

5. Modificar el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de posibilitar como excepción la regulación de la admisión y valoración de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionario, teniendo como fundamento la teoría de la ponderación de intereses; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
2. ASENCIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos (2008). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*. Editorial Grijley, Lima.
3. BASTOS PINTO, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
4. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México.
5. BROW, Guillermo (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe.
6. 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.
7. CARLOS PÉREZ, Luis (1990). *Derecho Penal – Parte General y Especial*, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá.
8. CASTILLO ALVA, José Luis (2005). *"Breves apuntes sobre la prueba ilícita"*, En: Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 83, Año 11, agosto, Lima.
9. CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Jurista Editores, Lima.
10. CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima.
11. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel (2000). *La prueba ilícito penal-estudio jurisprudencial.* Editorial Aranzadi, Navarra.

12. DÍAZ CABIALE, José y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Editorial Civitas, Madrid.
13. FERREEIRA D., Francisco (1995). *Delitos Contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá.
14. FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.
15. GALVEZ MUÑOZ, Luis (2003). *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Editorial Aranzadi. Navarra.
16. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.
17. GIMENO SENDRA, Vicente (2001). , *Lecciones de derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid,
18. GUARIGLIA, Fabricio (2005). *Concepto. Fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
19. JAKOBS, Günter (1996). *Sociedad, norma y persona*, Editorial Civitas, Madrid.
20. JAKOBS, Günter et al (2003). *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid.
21. LÓPEZ BARJA DE OUIROGA, Jacobo (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal, Madrid.
22. LÓPEZ BARJA DE OUIROGA, Jacobo (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra.

23. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima.
24. MAGGIORE, Giusseppe (1989). *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá.
25. MAGGIORE, Giusseppe (1989). *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá.
26. MARTÍNEZ - PUJALTE, Antonio Luis (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XIII editores, Trujillo.
27. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
28. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
29. MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
30. 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.
31. PÉREZ ARROYO, Miguel (2004). "*Las prohibiciones probatonas en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción"*, en Actualidad Jurídica. Nro. 164, Lima.
32. PICÓ JUNOY, Juan (2008), *"La prueba ilícita en el proceso civil español"* dictado en las "XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima.

33. 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.
34. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.
35. REYNA ALFARO, Luis (2005). *"El derecho a la defensa. el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales"*, en Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 83, Año 11, Lima.
36. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.
37. ROJAS VARGAS, Fidel (1991). *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima.
38. ROXIN, Claus (2000). *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
39. 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.
40. SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). *Derecho Procesal penal*, Editorial Grijley, Lima.
41. STRUENSEE, Eberhard (1994). *"La prueba prohibida*". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Editorial Grijley, Año II, N° 4, Lima.
42. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima.