

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES
SOBRE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA
PROHÍBIDA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada

Responsable de la investigación:

Bach. HUERTA TORRE ROXANA JACKELINE

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2016

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento al magistrado LUIS WILFREDO ROBLES TREJO, quien me motivo a recorrer la senda DEL Derecho Penal, a quien estaré infinitamente agradecida por sus enseñanzas y aportes al presente trabajo de investigación; a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por habernos permitido hacer realidad un sueño.

DEDICATORIA

A mi madre por ser el pilar más importante y por demostrarme su cariño y apoyo incondicional. A mis hermanos Jin, Marle, Alex, Marco, Fredy, Luis, Omar, Jino y Raúl porque ellos siempre estuvieron a mi lado brindándome su apoyo y sus consejos para hacer de mi una mejor persona. A mi sobrina Maribett que aunque no está físicamente con nosotros sé que desde el cielo siempre me cuida y me guía.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	13
1.2. Formulación del problema	16
1.2.1. Problema general	16
1.2.2. Problemas específicos	16
1.3. Importancia del problema	16
1.4. Justificación y viabilidad.....	18
1.5. Formulación del objetivos.....	20
1.5.1. Objetivo general.....	20
1.5.2. Objetivos específicos	21
1.6. Formulación de hipótesis	21
1.7. Variables	22
1.8. Metodología	22
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	22
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	23
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	24
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	24
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	25

1.8.6. Validación de la hipótesis	26
---	----

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	28
2.2. Bases teóricas	31
2.2.1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico	31
2.2.2. Teoría de la prueba.....	40
2.2.3. La prueba ilícita	53
2.3. Definición de términos.....	65

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. El tratamiento de la prueba ilícita y la prueba irregular en el código procesal penal del 2004	68
3.1.1. Generalidades.....	68
3.1.2. Los derechos fundamentales y su contenido esencial.....	70
3.1.3. Las garantías procesales.....	77
3.1.4. La prueba ilícitamente obtenida y la prueba irregular	83
3.1.5. La teoría del fruto del árbol envenenado	89
3.1.6. La regulación de la prueba ilícitamente obtenida y la prueba irregular en el CPP 2004.....	91
3.2. Límites a la prueba ilícita.....	99
3.2.1. Los límites del derecho a la prueba.....	100
3.2.2. La prueba ilícita	101
3.2.3. Contenido constitucionalmente protegido	103

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Definición de la prueba ilícita	107
4.2. Concepción amplia y restringida sobre prueba ilícita.....	110
4.3. La necesidad de perseguir el delito y el respeto a los derechos fundamentales: eficiencia versus garantía	113
4.4. La constitución política del Perú y la prueba ilícita.....	118
4.5. La ineficacia o inutilización como consecuencia de la prueba ilícita en la legislación ordinaria	123
4.6. ¿La prueba ilícita solo puede ser declarada a nivel de la sentencia?	128
4.7. ¿Quiénes pueden incurrir en la obtención y/o práctica de una prueba prohibida?.....	131
CONCLUSIONES.....	135
RECOMENDACIONES.....	138
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	139

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar los fundamentos constitucionales y legales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativa, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección de 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 existe una relación negativa y adversa entre la prueba prohibida y las investigaciones encubiertas en el marco del proceso penal garantista, toda vez que en las investigaciones encubiertas se vulnera algunos derechos fundamentales, tales como los derechos a la intimidad, inviolabilidad de domicilio, autoincriminación, por lo que el uso de agentes encubiertos constituiría una práctica violatoria de los derechos fundamentales de los investigados, por ende las pruebas obtenidas transgrediendo derechos fundamentales, no deben de ser valoradas.

Palabras claves: Prueba prohibida, derechos fundamentales, regla de exclusión, proceso penal.

ABSTRACT

The aim of the research was to analyze the constitutional and legal grounds which justify the exclusion rule of illegal evidence in the new criminal procedure code; for which a dogmatic, cross, explanatory, non-experimental research, lacking temporal and spatial delimitation problem by the type of research was conducted. The analysis unit consisted of the analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. the signing and content analysis were used as techniques, using data collection instruments tabs and tab content analysis respectively. Among the employees we have to exegetical method, hermeneutical, legal argument.

Research has shown that there is a negative and adverse relationship between the prohibited evidence and undercover investigations under the guarantees in criminal proceedings, every time that covert investigations certain fundamental rights, such as rights to privacy, inviolability is breached home, self-incrimination, so the use of undercover agents constitute a practice violates the fundamental rights of those under investigation, evidence obtained thus transgressing fundamental rights should not be evaluated.

Keywords: Prohibited evidence, fundamental rights, rule of exclusion, criminal proceedings.

INTRODUCCIÓN

La prueba ilícita probablemente sea uno de los temas más complejos sobre los que se ha venido ocupando ampliamente la doctrina procesalista, aunque, en los últimos tiempos, dada la incidencia importante que tiene en el ámbito del Derecho constitucional, concretamente, en la materia de los derechos fundamentales, ha entrado también en el punto de mira y análisis de la doctrina constitucionalista. Se trata así de una regla que adquirirá una naturaleza y contenido constitucional, con independencia de que la misma se regule en el Texto constitucional, en la ley o se construya jurisprudencialmente

Cuando uno se aproxima al estudio de esta materia lo primero que salta a la vista es la diversidad terminológica que se emplea en la doctrina y en la jurisprudencia para referirse a ella. Así se utilizan, entre otros, los siguientes términos: prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, o prueba viciada

En los últimos años, un amplio sector de la doctrina, al que nos sumamos, ha tomado en consideración la distinción entre dos conceptos que tendrán un significado y alcance diferente: prueba irregular y prueba ilícita. Por prueba irregular se entiende aquella prueba obtenida, propuesta o practicada con infracción de la legislación ordinaria, particularmente de las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, pero sin vulnerar, sin afectar directamente a los derechos fundamentales. La prueba ilícita es, por el contrario, aquella prueba que se obtiene o se practica con lesión de los derechos y libertades

fundamentales, de tal manera que los jueces no podrán valorarla ni fundamentar en ella sus decisiones.

La importancia de esta distinción conceptual radica en el hecho de que la regla de exclusión y la traslación de su eficacia a la prueba refleja o derivada, a la que dedicaremos un tratamiento especial, se predica exclusivamente respecto de la prueba ilícita. Por el contrario, la prueba irregular queda sometida al régimen jurídico de la nulidad de los actos procesales, que, en determinados casos, pueden ser susceptibles de subsanación o convalidación (prestación de testimonio entre parientes o por quien está obligado a guardar secreto).

La regla de exclusión tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso-administrativo o laboral). No obstante, ha de reconocerse que es el proceso penal su ámbito de aplicación natural y habitual, ya que este tipo de proceso ejercerá una incidencia especial sobre los derechos individuales, entre otros motivos, por la supremacía que tiene el Estado sobre el individuo en el ejercicio del ius puniendi o por facultad que tiene el juez para imponer las más graves penas privativas de libertad.

En ese ámbito del proceso penal, la prueba ilícita presupone la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos contrapuestos, pero susceptibles de protección constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el ius puniendi para castigar a los ciudadanos que incumplan la ley.

Este interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

Tradicionalmente ha venido imponiéndose el interés público de búsqueda de la verdad material en el proceso, ya que el esclarecimiento de los hechos de la forma más ajustada a la realidad daba lugar a que se admitiera la validez o eficacia de las pruebas, cualquiera que fuese su modo de obtención. El juez podía valorar libremente el material probatorio empleado para el descubrimiento de la verdad, incluso aunque para ello se hubieran lesionado los derechos y libertades de los ciudadanos.

Con la implantación del Estado de Derecho, y con el reconocimiento en los textos constitucionales de los derechos y libertades a favor de los ciudadanos, no puede procederse a la obtención de la verdad material en el proceso a cualquier precio. Ello es incompatible con la proclamación y protección constitucional de los derechos y libertades individuales que es uno de los objetivos esenciales del Estado constitucional.

En consecuencia, la tutela efectiva de estos derechos y libertades conlleva la negación de eficacia jurídica probatoria a todas aquellas pruebas que lesionen derechos y libertades, aunque aquellas sean relevantes para la resolución de los casos y aunque ello suponga que no se castiguen algunos delitos y que queden en libertad sin cargos algunos delincuentes. La relevancia y la posición preferente

que tienen los derechos fundamentales en el sistema constitucional hacen que la búsqueda de la verdad en el proceso no solamente no pueda obtenerse a cualquier precio sino que tenga que ceder frente a la protección de los derechos individuales, que tendrán un valor superior en la ponderación de bienes jurídicos.

Con carácter general y desde una perspectiva comparada, la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas tiene su origen en Estados Unidos, habiéndose extendido a otros países incluso con ordenamientos jurídicos y sistemas procesales diferentes, sin perjuicio de que la regla pueda tener una naturaleza, fundamento, alcance y efectos diferentes.

La titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

En el campo del derecho penal el tema de la Prueba ilícita, (supuesto normativo hipotético para la aplicación de la regla de exclusión) genera complejas y profundas discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados.

La discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del ius puniendi del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado, esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público.

Se tiene como claro postulado constitucional que la dignidad de la persona es una pieza clave del concepto prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en estricta aplicación del Principio de Exclusión se tornará inadmisibile; Se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales constituyen

actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad.

La doctrina penal y constitucional coincide en considerar que la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto prueba ilícita: todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en inadmisibles”; que la violación a la dignidad humana constituye acciones de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con excusas de combatir la criminalidad.

Ahora bien, el principio de exclusión probatoria consagra que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso y del contenido de los derechos constitucionales. En consecuencia, toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Desde el punto de vista teórico, la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso o de los derechos constitucionales se expande hacia las pruebas que son producto de ella; Mandamiento Constitucional que lamentablemente pasa a ser relativizado en virtud de ciertas teorías que hasta el día de hoy no han sido suficientemente desarrolladas. Tesis que necesariamente deben ser examinadas a la luz de la Constitución y de los Principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual en virtud de nuestra Carta Política se autoproclama como respetuoso de los derechos Humanos.

Frente a lo anterior, el punto de vista un importante sector de la doctrina fundamentado en el interés público del proceso penal y en la ausencia del formalismo aboga y argumenta a favor del reconocimiento probatorio de las pruebas reflejas, pues la búsqueda de la verdad material obliga a obtener la prueba incluso en estas circunstancias.

Según este sector de la doctrina, la validez de las pruebas obtenidas por efecto reflejo de las prohibidas también se inspira en una interpretación exclusiva de las normas referente a la nulidad procesal, sin tomar en cuenta la trascendencia de las garantías fundamentales que hayan podido lesionarse, argumentándose que “No existirá nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica”.

Es preciso entonces extender la nulidad constitucional a todas aquellas pruebas que provengan de la ilícita, para que sus efectos sean realmente trascendentes y no simplemente retóricos; al castigar con nulidad de pleno derecho a las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Lamentablemente, frente a esta prerrogativa legal existe una tendencia reduccionista de la regla de exclusión, la cual tiende a relativizar su aplicación con fines eficientistas y utilitaristas, degradando conceptos y valores como la legalidad y la justicia frente a la necesidad de generar eficacia y resultados cuantitativos.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los fundamentos constitucionales y legales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuál es el tratamiento dogmático de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal?
- b) ¿Cuáles son los alcances y limitaciones del marco normativo respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal?
- c) ¿Cuáles son los contenidos constitucionales o parámetros constitucionales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal?
- d) ¿Cuál es el procedimiento de obtención, admisión, utilización y valoración de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal?
- e) ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema?

1.3. Importancia del problema

La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes

pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales. Al analizar dicha materia nos encontramos ya con una primera dificultad derivada de la diferente terminología que vienen utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues la misma dista bastante de ser uniforme.

La prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”. Finalmente como causa de ilicitud se encuentran las Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales

Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias¹, prueba ilegal² o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida,³ prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. A ello se añade que estas diferencias terminológicas implican, en muchas ocasiones, verdaderas divergencias conceptuales. Por lo que el trabajo se centró en diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben

¹ PASTOR BORGONÓN, Beling (1986). *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*. Barcelona: Ediciones Justicia, p. 338; GÓMEZ COLOMER, Juan (1985). *Introducción y normas básicas*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 133; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Editorial Akal, p. 82.

² HUERTAS MARTÍN, María (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: Editorial J.M. Bosch, pp. 132-133.

³ CAPELLETTI, Mauro (1972). “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”. En: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 137.

obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

El desarrollo teórico se sustenta en dos paradigmas o modelos teóricos como son el Neoconstitucionalismo⁴ como teoría del derecho y del Garantismo Penal; donde uno de los logros indiscutibles de la propuesta ha sido la elaboración del concepto de “garantismo” como la base de una teoría del derecho⁵. Ferrajoli no ha dudado en calificar a su propuesta como Estado de derecho garantista o como un tercer modelo de Estado de derecho⁶.

1.4.2. Justificación practica

La búsqueda de la verdad material y el principio de investigación oficial han enmarcado tradicionalmente la actividad probatoria en el proceso penal. La función de examinar el delito, ha estado enlazada a la contravención previa de derechos fundamentales; es por ello, que el tratamiento de la prueba prohibida, constituye verdaderos límites a la actuación probatoria oficial (sistemas mixto o inquisitivos como lo desarrollado en el anterior modelo procesal penal) o de las partes (sistema adversarial recogido en el nuevo código procesal penal). En

⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 123 y ss.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta

⁶ *Ibíd.*

términos genéricos, el tratamiento de la prueba prohibida se encuentra en el desarrollo de reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales.

De conformidad con lo establecido en diversos ordenamientos nacionales y de conformidad con la jurisprudencia internacional, la prueba prohibida no puede ser objeto de valoración por los juzgados o tribunales penales; sin embargo, a pesar de lo trascendente de la invalidez de la prueba obtenida vulnerando derechos, en la actualidad somos testigos como algunos medios probatorios con carácter de prohibición están siendo valorados por el sistema judicial peruano, en razón de la aplicación del test de ponderación o en aplicación de las reglas de exclusión.

Dicha prohibición es consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de que exista o no una concreta norma procesal que prevea expresamente su inadmisión en el proceso.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto y Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013.

1.4.6. Viabilidad

- a. **Bibliográfica:** Se cuenta con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, los cuales nos permitió recolectar la información para el marco teórico, discusión y validación de la hipótesis.
- b. **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 que fueron autofinanciados por la responsable de la investigación.
- c. **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el año 2015, periodo en el cual se recogió la información en base a las variables de estudio.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar los fundamentos constitucionales y legales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Describir el tratamiento dogmático de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.
- b) Explicar los alcances y limitaciones del marco normativo respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.
- c) Determinar los contenidos constitucionales o parámetros constitucionales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.
- d) Describir el procedimiento de obtención, admisión, utilización y valoración de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.
- e) Explicar el tratamiento jurisprudencial de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

1.6. Formulación de hipótesis⁷

⁷ 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 correlacionales, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 239 y ss.

El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de las actividades de investigación y probatoria; el debido proceso, la presunción de inocencia, proporcionalidad y razonabilidad constituyen los fundamentos constitucionales de la regla de exclusión probatoria por existir implicaciones sobre los derechos fundamentales del procesado a partir de la relativización de la regla de exclusión probatoria, constituyendo una evidente y nefasta transgresión de los derechos fundamentales y de las garantías procesales e institucionales que amparan al procesado.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente:

Fundamentos constitucionales de la regla de exclusión probatoria

1.7.2. V. Dependiente:

La prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a. Tipo de investigación:** Correspondió a una **investigación jurídica dogmática teórica-normativa**⁸, cuya finalidad fue profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre la prueba prohibida y justificar los fundamentos constitucionales y

⁸ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Editora Fecat, pp. 54 y ss.

legales sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.

- b. Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada **No Experimental**⁹, 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**¹⁰, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo correspondiente del 2015.
- d. Diseño específico:** Se empleó el diseño **explicativo**¹¹, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema de los fundamentos constitucionales y legales sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.

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

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en

⁹ ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

¹⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill, p. 151.

¹¹ *Ibíd.*, p. 155.

general.

- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia penal y constitucional.
- **Universo temporal:** Correspondió al periodo de estudio del 2015.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Norma, Doctrina y jurisprudencia.
- **Unidad de análisis:** Documentos.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- b. Documentales. Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina penal sobre el populismo penal.
- c. Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el

momento oportuno, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

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 la 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 la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

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. El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**¹², 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.

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 estadística¹³.

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

¹² BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, p. 43.

¹³ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**¹⁴.

En tal sentido, 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.

Por ello, debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁵.

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

¹⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra.

¹⁵ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra localidad; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida en relación a los fundamentos constitucionales y legales que justifican la regla de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal.

En la búsqueda de antecedentes se han encontrado las siguientes investigaciones, lo cual nos sirve como antecedentes de investigación, entre ellos tenemos el perteneciente a 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, donde se utilizó para su desarrollo las técnicas e instrumentos

propios de este estudio, entre las cuales se pueden citar: la Observación documental , la técnica del resumen, el análisis, entre otras. 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 constitucionalización del ordenamiento jurídico

La vigencia del paradigma neoconstitucionalista¹⁶ en tiempos actuales ha traído como consecuencia la constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁷ convirtiendo a los principios, derechos y garantías constitucionales como parámetros de validez formal y material de todos los actos de los poderes constituidos, en ese sentido cabe desarrollar el presente ítems como justificación del problema de investigación sobre la prueba prohibida.

2.2.1.1. Constitucionalización del derecho

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de

¹⁶ PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit., p. 158.

¹⁷ GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 49-74.

disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional¹⁸.

De esta forma, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados¹⁹, lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez²⁰.

En tal sentido, se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”²¹. Por tanto, la Constitución es considerada la norma normarum –la norma de creación de las normas– y la lex legis –la ley suprema–, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general²², es decir,

¹⁸ LANDA ARROYO, César (2013). “La constitucionalización del derecho peruano”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 71, Lima, p. 14.

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: Miguel Carbonell (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta - IJ/UNAM, p. 23; asimismo, PÉREZ ROYO, Javier (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 27.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 13-30; ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: AGUILÓ, Joseph, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Iustel, pp. 113 y ss.

²¹ DE OTTO, Ignacio (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 76.

²² HESSE, Honrad (1885). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas, p. 14.

aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional – dinámico y vital– presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho²³, se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en las distintas áreas del derecho.

2.2.1.2. La constitucionalización del proceso

La concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas²⁴.

Por eso, el derecho constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales. Este procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez²⁵.

²³ AGUILÓ, Joseph (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Lima: Editorial Palestra, pp. 55 y ss.

²⁴ CHIOVENDA, José (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, pp. 43 y ss.

²⁵ CALAMANDREI, Piero (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Buenos Aires: Editorial JEA, pp. 317 y ss.

En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional²⁶.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. Se permite, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales²⁷.

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

²⁶ LANDA ARROYO, César. “La constitucionalización...”. Ob. Cit. p. 32

²⁷ *Ibíd.*

adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución²⁸.

En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales, irradiando los procesos. Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Estos se ha potencializado con la jurisprudencia del TC, la cual ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos²⁹.

Pero, tal como señala el profesor Pedro De Vega, el TC, bajo pena de traicionar los fines de la justicia constitucional, no puede ni debe operar con los principios y mecanismos del procedimiento ordinario de la justicia rogada –da mihi facto dabo tibi jus–. Si esto sucediera, no se comprendería que el juez constitucional –en virtud del principio inquisitivo– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles³⁰.

De ello deriva la importancia de los principios constitutivos o informadores de los procesos que el TC ha ido desarrollando a través de la autonomía procesal. Estos principios permiten viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia

²⁸ *Ibíd.* p. 33.

²⁹ LANDA ARROYO, César (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura, p. 162.

³⁰ DE VEGA GARCÍA, Pedro (1987). *Estudios político constitucional*. México: UNAM, p. 285.

constitucional, al permitir que esta no acabe sumergida en las ineficiencias de la práctica o la teoría procesal sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad y medio para la realización de la Constitución³¹.

En ese entendido, qué duda cabe de que el TC, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial, e incluso funciona como un complemento normativo sobre la regulación procesal, mediante resoluciones judiciales, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales³².

En efecto, un cambio importante en esta materia es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar, bajo la forma de resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio de reglas que afectan los ordenamientos procesales ordinarios³³. Por ejemplo, en materias de plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, allanamiento, acumulación y separación de demandas, prescripción de admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, gratuidad para el pobre, determinación de costas y costos, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, ejecución y eficacia de las sentencias.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Editorial Ediar, p. 529.

³² LANDA ARROYO, César (2008). “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 213.

³³ LANDA ARROYO, César (2010). “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”. En: *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 91.

Esto ha generado un grado de tensión entre la justicia constitucional y la ordinaria, debido a la revisión de los fallos que han pasado en calidad de cosa juzgada; sin embargo, ello ha sido posible debido a los déficits de confianza ciudadana en los fallos del Poder Judicial y que han podido ser satisfechos por las resoluciones del Tribunal Constitucional.

2.2.1.3. Constitucionalización del proceso penal

Lo mismo ha ocurrido con el derecho procesal penal, en donde la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, es común leer en la doctrina procesal penal, tanto europea como iberoamericana, la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde el año 1935 señalaba que: “Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”³⁴, o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra *Derecho Procesal Penal*, quien caracterizó al “Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado”³⁵.

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

³⁴ Citado por MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Barcelona: Editorial Thomson – Civitas, p.20.

³⁵ ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 74.

Juan Montero Aroca señala que “el proceso penal debe dejar de ser concebido como mero instrumento para la aplicación del Derecho penal y debe lograr ser entendido como garantía, como medio para garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos ante o frente a la aplicación de ese Derecho.”³⁶

Es así como la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal,³⁷ que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos.

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

De esto se desprende que la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como

³⁶ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. p. 23.

³⁷ BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). “Principios rectores del nuevo código proceso penal”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Editorial Palestra, p. 48.

son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho³⁸.

Esta concepción ha sido recogida de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte, como son propiamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos garantistas, los cuales forman parte del derecho nacional en conformidad de la cláusula de incorporación del derecho internacional consagrado en el artículo 55 de la Constitución³⁹.

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

Esta perspectiva constitucional ha sido recogida en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, cuyo Título Preliminar ha recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal.⁴⁰ Esta postura ha sido expresada en la Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Penal, al afirmarse: “...la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del

³⁸ LANDA ARROYO, César (2006). “Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano”. En: *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Editorial Palestra, p. 54.

³⁹ Constitución Política del Perú: “Art.55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”

⁴⁰ LANDA ARROYO, César. “Bases Constitucionales...”. Ob. Cit. p. 54.

modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso”⁴¹.

2.2.2. Teoría de la prueba

2.2.2.1. Generalidades

La publicación del Código Procesal Penal y las diversas modificatorias que se dan en esta materia; con la reforma de la justicia penal en el país la cual ha sido diseñada para instruir un sistema rápido y eficaz, con observancia de las garantías constitucionales y principios democráticos en un Estado de Derecho que nos lleve a superar el obsoleto sistema inquisitivo y dar plenitud al modelo acusatorio.

Dentro de este contexto el tema de la prueba en materia jurídica en cualquiera de las esferas del derecho es muy importante, así para el desarrollo de la ciencia jurídico procesal este tema es de suma importancia, pues no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida en el seno del proceso, no puede existir una sentencia en materia penal que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente

⁴¹ ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Editorial Jurista, p. 64.

veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado.

Debido a la relevancia del asunto, la doctrina cada vez que ha tocado el tema lo ha desarrollado de manera prolija y la jurisprudencia de países que han tenido un desarrollo judicial envidiable así como otros que poseen un sistema jurídico diferente han ido cada vez perfilando los tópicos necesarios que se toman en cuenta en el desarrollo de este trabajo.

2.2.2.2. Concepto de prueba

Al iniciar la presente disertación será de suma importancia brindar un concepto de la Prueba, y para ello debemos recurrir a su sentido etimológico, así para Sentis Melendo, la palabra prueba, deriva del término latin probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa⁴².

Sin embargo, podemos advertir que en el lenguaje corriente la prueba se entiende como equivalente a ensayo o experimento⁴³, pero debe quedar en claro que la actividad probatoria es siempre posterior al ensayo o experimento, además este último tiene como finalidad el permitir realizar una afirmación en relación a la cosa ensayada, es decir tras el ensayo hay que probar, hay que verificar la

⁴² SENTIS MELENDO, Santiago (2000). *Introducción al Derecho Probatorio*. Madrid: Editorial Castellana, pp. 534-535;

⁴³ DELLEPIANE, Antonio (1996). *Nueva Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis, p. 14

exactitud de la afirmación formulada, en definitiva se puede concluir que probar significa comprobar o verificar.

De otro lado se afirma que la prueba en materia jurídica es aquella en la cual los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por leyes⁴⁴. Asimismo la prueba como idea es un juicio de necesidad, pero una necesidad intelectual del ser humano como sujeto cognoscente. La prueba se presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento; Díaz De León: comparte este criterio, para dicho autor “la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso⁴⁵”.

De lo expuesto debemos dejar en claro que la prueba es algo distinto a la averiguación o investigación, para probar es necesario previamente investigar, averiguar o indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba, así tenemos que se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir la verificación de su exactitud, así vemos que siendo necesaria la investigación, la misma no forma parte del fenómeno probatorio⁴⁶.

⁴⁴ DE LA PLAZA, Manuel (1985). *Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 747

⁴⁵ DIAZ DE LEON, Marco Antonio (1991). *Tratado sobre las pruebas penales*. Mexico: Editorial Porruá, pp. 28-29

⁴⁶ CAFERATA NORES, José (1986). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 3, señala: “En un sentido amplio prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”.

Sin embargo Couture afirma que la prueba en su acepción común, equivale tanto a la operación tendente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto⁴⁷; analizando esta posición creemos que la misma incide en error al comprender en la noción de prueba dos actividades distintas , la actividad de averiguación y la de verificación de lo previamente averiguado, debiéndose reservar el término prueba para esta última actividad.

2.2.2.3. Importancia

La prueba tiene un gran importancia en la vida jurídica tal como nos lo hace saber la doctrina, así Davis Echandia sostenía que: “No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba”, de igual parecer es Varela, quien afirma: “sin la prueba el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de un conflicto de manera racional⁴⁸”.

Sin la prueba no sería posible la eficacia de los derechos materiales, lo que se resume en el adagio: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo⁴⁹”; sin la prueba el juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal, así resulta difícil imaginar un proceso en el cual no se halla

⁴⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1985). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 215.

⁴⁸ VARELA, Casimiro (2004). *La Valoración de la Prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 20.

⁴⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob.. Cit., p. 52; nos dice: “la prueba es, o debe ser, el eje principal de un proceso, y por ello de la misma en definitiva depende la realización de la justicia material”.

realizado algún tipo de actividad probatoria, por lo que se ha llegado a afirmar que sin la prueba no hay proceso⁵⁰.

2.2.2.4. Algunas acepciones respecto a la prueba procesal⁵¹

Existen varias acepciones en cuanto a la prueba procesal, sin embargo para nuestro estudio nos ocuparemos de las más útiles, con el fin de no crear redundancia en el desarrollo del tema, habiendo hecho esta salvedad, podemos decir que desde una perspectiva jurídico procesal, se habla de la prueba como procedimiento, utilizada para probar (procedimiento probatorio), señalada como actividad procesal que se despliega durante el desarrollo de la causa por las partes y el Juez; asimismo, tenemos la prueba como medio o medios utilizados para la demostración del *thema probandum*; de la prueba como las razones, argumentos o motivos que se obtienen de los medios de prueba para llevar al Juez, al convencimiento de lo acontecido; de la prueba como resultado al afirmarse que tal hecho esta probado o no.

La doctrina considera, en tres, los aspectos desde los cuales se puede dar un concepto de prueba procesal:

a) Aspecto de carácter objetivo: se considera prueba al medio que sirve para llevar al Juez al conocimiento de los hechos, definiéndose la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza Judicial⁵².

⁵⁰ Cfr. SENTIS MELENDO, Santiago. Ob. Cit., p. 538; DOHRING, Erich (1986). *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 12.

⁵¹ TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta Editores, pp. 439-440.

⁵² FENECH, Miguel (1982). *El Proceso Penal*. Madrid: Editorial Ageda, p. 35. Nos dice: “la prueba en sentido objetivo, son todos aquellos medios que permiten al órgano jurisdiccional

Tomando en cuenta este criterio, apreciamos que la prueba abarcaría todas las actividades relativas a la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, así como la práctica de los diferentes medios de prueba a través de los cuales, las fuentes de las mismas se introducen en el proceso⁵³.

b) Aspecto subjetivo, en este caso se equipara la prueba al resultado que se obtiene de la misma, dicho de otro modo al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del Juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria.

Taruffo, afirma: “Debemos entender a la prueba, como el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del Juez”, en este sentido existe prueba cuando se establece que la afirmación sobre un hecho resulta verificada o confirmada basándose en los elementos cognoscitivos disponibles, así se utiliza el término prueba para hablar de carga de la prueba, valoración de la prueba o de éxito de la prueba.

c) En un tercer aspecto se combinan el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado, esta apreciación permite definir la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso que se deducen de los medios aportados.

En la doctrina Española Jiménez Asenjo señala, tres son los sentidos, como puede ser tomada la prueba: como fin, significando la demostración de la verdad o

formar su convicción sobre la certeza de los propios hechos”; DE SANTOS, Víctor (1992). *La Prueba Judicial*. Buenos Aires: Editora Universidad, p. 29.

⁵³ ASECIO MELLADO, José María (1989) *La Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Editora Trivium, p. 15.

existencia de un hecho; como medio, siendo los instrumentos utilizados para lograr aquel fin, y como actividad o función desarrollada para obtener la certeza moral que aquel fin requiere⁵⁴.

2.2.2.5. El objeto de la prueba hechos o afirmaciones

En la doctrina existen dos posturas en torno al objeto de la prueba, según se considere como objeto a los hechos o a las afirmaciones; un sector de la doctrina (mayoritario) al cual podemos denominar teoría clásica, considera que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos que no son otra cosa que los sucesos que acontecen en la realidad, los mismos que son introducidos por la partes en el proceso⁵⁵.

Para esta corriente el término hecho se utiliza en un sentido jurídico amplio, comprensivo de todo lo que puede ser percibido y que no es una simple entidad abstracta o idea pura, incluyendo por tanto las conductas humanas, los hechos de la naturaleza, las cosas u objetos materiales, la propia persona humana y los estados o hechos psíquicos o internos del ser humano⁵⁶.

Nuestros ordenamientos procesales influidos por esta orientación, suelen referirse a los hechos como objeto de la prueba procesal⁵⁷. Pero en nuestra opinión y de conformidad con la corriente doctrinal cada día más extendida, el objeto de la prueba no lo constituyen los hechos de la realidad sino las afirmaciones que las

⁵⁴ JIMÉNES ASENJO, Enrique (1987). *Derecho Procesal Penal*. Vol. 1. Mexico: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 392.

⁵⁵ COUTURE, Eduardo. Ob. Cit., p. 240.

⁵⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: De Zevalia Editor, pp. 158 y ss. DE SANTO, Víctor. Ob. Cit., pp. 37-38

⁵⁷ Lo podemos comprobar al revisar los artículos 188 del Código Procesal Civil; Código Procesal Penal Art. 156 inc. 1 D. L. 957 del 29 de Julio del 2004.

partes realizan en torno a dichos hechos; mediante la prueba se trata de verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes procesales.

La convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones formuladas por una de las partes no conlleva, per se, la determinación de la existencia de los hechos sobre los cuales se han realizado tales afirmaciones. De igual modo, el no convencimiento del Juez acerca de la exactitud no implica necesariamente que el hecho no existió en la realidad. Como advierte Muñoz Sabate: “nada hay más erróneo que creer, que la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial equivale a una declaración dogmática sobre la verdad de los mismos⁵⁸.

En pocas palabras la prueba procesal aspira a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, siendo que las afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el propio lenguaje y por los juicios de valor que vierten las partes litigantes al realizarlas⁵⁹, estas no se limitan a narrar asépticamente hechos sucedidos en la realidad, sino que al formular sus alegaciones expresan una visión particular o subjetiva de los hechos que responden a una previa valoración de los mismos.

No podemos negar que, cuando alguna de las partes afirma algo no relata los hechos como sucedieron en realidad, sino que afirman hechos que tienen un matiz personal, tal que mejore su situación; por lo tanto los hechos sufren una

⁵⁸ MUÑOZ SABATE, Luis (1997). *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Bogota: Editorial Temis, p. 57.

⁵⁹ RAMOS MENDEZ, Francisco (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch Editor, p. 540.

transformación, entonces el juez no se enfrenta directamente con los hechos, sino con proposiciones relativas a hechos⁶⁰.

2.2.2.6. Algunas diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba

La distinción entre actos de investigación y actos de prueba no presenta especial dificultad, como señala Gimeno Sendra, “los actos de prueba requieren el cumplimiento al menos de dos requisitos, uno objetivo consistente en la contradicción y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano judicial⁶¹”.

Siguiendo la opinión del profesor Ortells Ramos, podemos señalar las siguientes diferencias:

- En cuanto a su estructura los actos de prueba presuponen la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto, en tanto que los actos de investigación se realizan con anterioridad a la formulación de tales afirmaciones y su finalidad es aportar aquellos elementos necesarios para posibilitar la realización de las mismas.
- Los actos de investigación se enmarcan en el seno de la instrucción y cumplen por tanto, la finalidad que se asigna a esta: la preparación del Juicio Oral; por el contrario los actos de prueba se realizan en el acto de

⁶⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor, p. 36.

⁶¹ GIMENO SENDRA, Vicente (1997). *El Nuevo Proceso Penal*. Madrid: JM Bosch Editor, pp. 80-81

Juicio Oral y su finalidad es lograr la convicción judicial y de servir de fundamento a la sentencia⁶².

- Los actos de investigación tienen por misión introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares. Sin embargo al momento de dictar una sentencia se requiere que el juzgador esté plenamente convencido de la responsabilidad, convencimiento que debe estar basado en actos de prueba.

2.2.2.7. La prueba en el ámbito policial

Sabido es al nivel de la doctrina y la jurisprudencia comparada, que los atestados de la policía tienen el genérico valor de “denuncia”, por lo que, en sí mismos, no son medios, sino objeto de prueba. Por esta razón, los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo dicho en el ámbito policial.

A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le compete es la “averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho

⁶² ORTELLS RAMOS, Manuel et al (1991). *Derecho Jurisdiccional*. T. III. Madrid: JM Bosch Editor, p. 174. PIETRO CASTRO, Leonardo (1982). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 227-228 en donde distingue entre los actos de investigación y los actos de prueba.

punible y su autoría (fin probatorio e individualizador)⁶³. Esta facultad de investigación se desprende claramente del Art. 166° de la Constitución, pues allí se le atribuye la potestad de “prevenir, investigar y combatir la delincuencia”.

Sin embargo, junto a esta facultad investigadora también se le faculta excepcionalmente, y sin que ello contradiga lo dispuesto en la Constitución (Art. 166°), a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, etc.).

La doctrina al igual que la jurisprudencia constitucional admiten, que tales actos de constancia tienen el valor de prueba preconstituida al igual que todas aquellas diligencias, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas de dosaje etílico, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa que tienen que ser asegurados urgentemente en el momento de la intervención policial, caso contrario, dicha evidencia corre el riesgo que se pierda, y por consiguiente el delito no pueda ser probado y su autor quede impune.

En resumen, la Policía generalmente realiza actos de investigación, y excepcionalmente actos de prueba, que reciben el nombre de prueba preconstituida, la misma que tendrá eficacia, siempre que sea urgente y

⁶³ Con la dación del Código de Procesal Penal. Decreto Legislativo 638, se ha regulado y especificado cuales son las facultades otorgadas a la policía (Art. 106). De igual forma con la reciente publicación del código Procesal Penal Decreto Legislativo 957 en el Art. 68 se indican las atribuciones de la Policía.

necesaria⁶⁴, o que no pueda ser asegurada por el Juez a través de la prueba anticipada.

Así, por ejemplo, no pueden constituir prueba preconstituida: el reconocimiento fotográfico policial, por parte de la víctima o testigo; la declaración testifical víctima en atestado; el reconocimiento fotográfico policial y declaración sumarial de la víctima; el reconocimiento policial en rueda y declaración sumarial de testigo; la declaración sumarial del coimputado; la declaración testifical sumarial e inspección ocular sin contradicción; la inspección ocular por la policía: no es prueba; reconocimientos policiales fotográficos: válidos como prueba si posteriormente se convalidan mediante reconocimiento judicial “en rueda”; no es prueba la de los “confidentes policiales”⁶⁵, etc.

⁶⁴ Los requisitos de la prueba de urgencia, según la jurisprudencia española son:

a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995).

b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1992). Todo ello sin perjuicio que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia, recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras).

c) Objetivo: cual es la necesidad que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito (STC 303/1993).

d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la cross examination, (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que, las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la “lectura de documentos”, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y la última STC 200/1996, fundamento jurídico 2.º).

⁶⁵ En definitiva en España la utilización como prueba de cargo de testimonios de confidentes anónimos, que no pueden ser interrogados por el acusado, ni siquiera cuestionados en su imparcialidad por desconocer su identidad, aparece proscrita. En primer lugar, en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacional mente, por vulnerar el Art. 6.3, d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE 10 de octubre de 1979), que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano Constitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, reconocido en el Art. 24.1º y 2º de la Constitución Española. En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria, por desconocer lo prevenido en el Art. 710 de la

En nuestro país no está adecuadamente legislado, tampoco delineado jurisprudencialmente, y mucho menos difundido, los criterios por los cuales la Policía debe realizar los actos de investigación, y de otro lado, los actos de aseguramiento probatorio (prueba de urgencia).

En la praxis, los jueces otorgan de la manera más diversa, valor a los medios de investigación que a los actos de prueba, razón por la cual, se puede seguir afirmando que en el Perú, se sigue condenando a las personas por el solo mérito del atestado policial⁶⁶. El Art. 62° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el D. Leg. 126, señala que la “...investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme lo dispuesto por el Art. 283° de este Código...”.

Respecto a esto tenemos que dejar en claro lo siguiente: aun cuando la investigación policial se realice en presencia del Ministerio Público, ello no deja de referirse a los actos de investigación; y cuando menciona que “deberá” valorarse conforme el Art. 283° se refiere, a la valoración que con discrecionalidad se realizará de los actos de investigación obtenidos por la Policía,

LECrím., conforme al cual los testigos de referencia “precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”, como ya se ha expresado. Y, por último, en el ámbito jurisprudencial, al violentar las exigencias que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 217/1989, 303/1993 o 35/1995), como la de esta Sala (STS 30 mayo 1995 o Sentencia 563/1996, de 20 septiembre, entre otras), imponen para la validez como prueba de cargo del testimonio de referencia”.

⁶⁶ Una investigación realizada a nivel nacional por un equipo de expertos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en convenio con el Poder Judicial y la AID, llamado “Diagnóstico integral de la Justicia penal en el Perú”, realizado en 1989, determinó de un universo de casos estudiados, en un 85% de procesos penales se condenaba a las personas únicamente por lo actuado policialmente, lo que al decir del referido estudio, a nivel judicial no se aportaba nada nuevo, y que era la Policía la que verdaderamente decidía el sentido de la sentencia penal.

durante la fase preliminar, luego de que hayan sido introducidos al juicio oral, y convertidos así en actos de prueba.

No debe entenderse literalmente la norma del Art. 62°, pues se corre el riesgo de obligar a los jueces a valorar un acto de investigación y no una verdadera prueba penal. Esta norma procesal, si bien no es abiertamente inconstitucional, debe ser interpretada correctamente, o en todo caso modificada o aclarada.

La presencia del Ministerio Público durante la investigación policial, no sustituye la garantía del juicio oral, por ello la prueba para ser valorada tiene que pasar por la contradicción y la oralidad, y ello como sabemos no se da durante la fase de investigación. Además, el Art. 283° se refiere a la valoración de las pruebas que han sido introducidas en el Juicio oral. De tal manera que de ninguna forma puede aceptarse una interpretación literal del Art. 62°, pues ello nos llevaría peligrosamente a convalidar y legitimar las sentencias condenatorias que se dictan en el proceso penal sumario, ya que, el imperativo “deberá” es contradictorio con el principio de la libre valoración, por lo que mejor sería reemplazarlo con el condicional “podrá”.

2.2.3. La prueba ilícita

2.2.3.1. Generalidades

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental⁶⁷, es un principio

⁶⁷ 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

rector del Derecho Procesal y de la actividad jurisdiccional del Estado, abarcando - entre otros – el Derecho a la Defensa, el mismo que a su vez incluye el Derecho a la Prueba⁶⁸, entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos son 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.

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 pacífica respecto a las implicancias de la prueba ilícita⁶⁹. 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

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.

⁶⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Lima: Editorial Palestra, pp. 48; SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). *Derecho Procesal penal*. Lima: Editorial Grijley, pp. 54 y ss.

⁶⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). “El problema de la “Prueba Ilícita” un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Revista Themis*, N° 43, noviembre, Lima, pp. 148 y 149. El citado autor reseña las tres grandes posturas existentes respecto a la admisibilidad de la prueba ilícita: a) los que propugnan por su admisibilidad de plano; b) los que propugnan por su inadmisibilidad de plano; y c) quienes señalan que se debe realizar en cada caso una operación de ponderación de intereses.

del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento, daremos una breve aproximación al concepto de Prueba Ilícita – a fin de conocer las características de aquello que precisamente se debe excluir del proceso penal – y trataremos las excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.

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

Como señala la profesora Pellegrini⁷⁰ “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 penal⁷¹.

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

⁷⁰ 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.

⁷¹ STRUENSEE, Eberhard (1994). “La prueba prohibida”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año II, N° 4, julio – diciembre. Lima: Editorial Grijley, p. 668.

1993 y el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen con claridad meridiana el carácter primordial que el respeto a los derechos humanos – entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona – en un Estado Democrático y Social de Derecho.

2.2.3.2. Aproximación al concepto de prueba ilícita

Los procesados – dentro de los alcances del derecho constitucional a la defensa – tienen derecho a presentar ante el órgano jurisdiccional los medios probatorios que consideren pertinentes. Sin embargo “en términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se 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.”⁷²

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 restringidas⁷³.

a. Las concepciones amplias se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa –

⁷² Tribunal Constitucional: Exp. N° 2333-2004-HC/TC, sentencia del 12 de agosto de 2004

⁷³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal*. Barcelona: Editorial J. M. Bosch, pp. 17 y ss.

materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas – como la de Silva Melero⁷⁴ - llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones – como la de Perrot – señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina.

Dentro de dicho grupo, posiciones más moderadas establecen mayores criterios de acotación del contenido de la institución. Así, Denti señala que la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de los derechos contenidos en normas diversas, especialmente aquellas de rango constitucional. De tal definición se desprende que 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”⁷⁵

b. La concepción restrictiva define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares

⁷⁴ SILVA MELERO, Valentín (1963). *La Prueba Procesal. Teoría General*. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 70.

⁷⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 42.

aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

En el 2003, el Tribunal Constitucional nacional definió la prueba ilícita en los siguientes términos: “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable⁷⁶”

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

⁷⁶ Tribunal Constitucional: Exp. N° 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre del 2003

de debido proceso para el procesado.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita da el Nuevo Código Procesal Penal en su Título Preliminar: “Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba.- Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al 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.

2.2.3.3. 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 excepcionalmente⁷⁷. Sin embargo la regla de exclusión no es absoluta, sino que cuenta con una serie de excepciones que permitirán incorporar tales medios probatorios al proceso⁷⁸.

⁷⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 44.

⁷⁸ 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*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 2.

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 a 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 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 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 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 ha aplicarla sólo en casos excepcionales.

Pellegrini⁷⁹ 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.” Contrario sensus la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

⁷⁹ 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”.

2.2.3.4. Procedimiento de exclusión

A. Legitimación

Miranda Estrampe⁸⁰ 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 Bages⁸¹ 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 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

⁸⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima...* Ob. Cit., p. 125.

⁸¹ 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.

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 Estrampes⁸² 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 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.

⁸² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La minima...* Ob. Cit., p. 127

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.

2.3. Definición de términos⁸³

- a) **Medios de Prueba:** se le llama así a las actuaciones que, dentro de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio.
- b) **Prueba:** conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.
- c) **Prueba Ilícita:** Aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo

⁸³ Cfr. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

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) Estado Constitucional de derecho: Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales.

h) Proceso penal constitucionalizado: La noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. Esto significa que existe una relación indisoluble entre derecho constitucional y derecho procesal penal y entre Constitución y

proceso penal, lo cual se expresa en la llamada constitucionalización del proceso penal, es decir, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal, el cual nos debe llevar a redefinir la noción de proceso penal en relación al marco constitucional.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. El tratamiento de la prueba ilícita y la prueba irregular en el código procesal penal del 2004

3.1.1. Generalidades

Como sabemos, la nueva legislación procesal penal, ha traído consigo cambios significativos en la estructuración de lo que debe ser el nuevo modelo procesal penal, acorde con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales dentro de un Estado de Derecho como el nuestro. Desde esa perspectiva, ha incluido entre otras instituciones, una de las más complejas como lo es el de la prueba ilícitamente obtenida⁸⁴, las mismas que son cuestionadas porque vulneran derechos fundamentales del imputado, otros autores, sin embargo, consideran que pueden tener total eficacia en determinadas situaciones sin que ello implique una vulneración de los derechos fundamentales⁸⁵.

En dicho contexto, al referirnos al tema en general de la prueba ilícitamente obtenida⁸⁶, podríamos pensar en que estamos ante situaciones concretas en donde

⁸⁴ GUERRERO PERALTA, Oscar (2005). *Las excepciones a la regla de exclusión probatoria. A propósito del artículo 445 del nuevo Código de Procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Editora Temis, pp. 303 y ss.

⁸⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2006). “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿excepciones a la regla?”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 153. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 138 y ss.

⁸⁶ Debemos manifestar que la terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista bastante de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., pp. 15-16.

la garantía de los derechos fundamentales se ven afectadas por los representantes del Estado, quienes ejercen el ius puniendi, así, bajo la premisa de que el proceso penal va en busca de la verdad, muchas veces se llega a situaciones que incluso se hacen a costa de los derechos individuales.

Podemos recordar lo sucedido en los famosos vladivideos, que terminaron por demostrar toda una serie de actos ilícitos, que hoy en día siguen siendo vistos y los implicados procesados e incluso en ciertos casos condenados [debemos dejar en claro que es una apreciación totalmente modélica la situación planteada, sin que ello signifique tener una postura en particular, mucho menos que pretendamos profundizar en el tema]; que para el caso de este trabajo consideramos traer a colación, con las salvedades del caso ya expuestas.

No obstante lo afirmado, si bien la doctrina emplea indistintamente los términos para referirse a la prueba ilícitamente obtenida (v. gr. prueba irregular) cierto sector de la doctrina y jurisprudencia comparada, a la cual nosotros nos adscribimos, hace ciertas diferencias entre lo que es una prueba ilícitamente obtenida, la cual incluso podría no ser admitida ni mucho menos valorada en el proceso penal en caso se afecten derechos fundamentales y, la prueba irregular, la misma que puede ser materia de admisión pero no de valoración, mientras no se subsane ciertos vicios que se puedan presentar.

En ese contexto, el Código Procesal Penal 2004 [en adelante CPP 2004], no regula de manera expresa lo que es la prueba ilícitamente obtenida, mucho menos el tema de la prueba irregular; sin embargo, como sucede en casi todos los ordenamientos jurídicos ordinarios e incluso constitucionales, se ha tenido que

recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para poder entender mejor el tema bajo análisis.

Por ello, no solo vamos a hacer mención a lo que creemos nosotros nos puede pautar el accionar que debe tener el magistrado para tratar a los medios de prueba que se obtengan, vulnerando derechos fundamentales, según el CPP 2004, sino también, los casos en donde no se haya afectado un derecho fundamental, pero sí se inobservó alguna disposición de una ley ordinaria que trae consigo una irregularidad en el medio probatorio, desde la perspectiva del CPP 2004.

3.1.2. Los derechos fundamentales y su contenido esencial

Hoy en día es generalmente aceptado que el problema de los derechos humanos no radica en determinar su fundamento⁸⁷, ni radica en su reconocimiento o formulación dogmático jurídica⁸⁸, sino que el principal problema que afrontan los derechos humanos y, con ellos los derechos fundamentales, es el concerniente a su eficacia y, consecuentemente, al sistema de garantías, al punto que se afirma la inexistencia jurídica de los derechos fundamentales cuando estos no cuentan con garantías⁸⁹.

Sin embargo, a nuestro entender y siguiendo aquí las palabras del profesor Castillo Córdova, el hecho de dirigir el interés hacia las garantías no ha

⁸⁷ BOBBIO, Norberto (1982). “Presente y porvenir de los derechos humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, Santiago de Chile, p. 10.

⁸⁸ MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1990). “Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos (algunos problemas actuales del Estado de Derecho)”. En: *Persona y Derecho*, N° 23, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, p. 253.

⁸⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis (1983). “El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución Española”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, Santiago de Chile, p. 370.

solventado convenientemente los problemas que acarrea el intento de una plena vigencia de los derechos fundamentales, porque no se ha potenciado el conocimiento de lo que es objeto de garantía, es decir, el derecho fundamental, más precisamente, su contenido.

En la medida que los derechos fundamentales vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada del contenido de un derecho fundamental dependerá de una adecuada actividad interpretativa, la misma que viene influida –entre otros– por el fundamento que se le atribuya a los derechos fundamentales [son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva estrictamente positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista], y por la misma formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho⁹⁰.

No es objetivo del presente estudio, analizar el papel que en la interpretación de la norma constitucional juegan tanto el fundamento de los derechos fundamentales como su formulación normativa. A este respecto solo expresaremos dos presupuestos con los que hemos de trabajar, siguiendo al constitucionalista Castillo Córdova: Primero, la existencia de una realidad cognoscible y anterior a la formulación normativa de los derechos, de la cual provienen –y por tanto fundamenta– los distintos derechos: la naturaleza humana. Consecuentemente, y en segundo lugar, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se

⁹⁰ En la doctrina alemana se ha resaltado con acierto la imposibilidad de equiparar la interpretación del texto constitucional con la del texto legal.

reducen exclusivamente a lo establecido en la norma (constitucional o legal), sino que abarca elementos extrajurídicos⁹¹.

Lo que sí pretendemos es intentar aportar algunos elementos de interpretación que permitan la correcta definición del alcance del contenido de los derechos fundamentales, ello nos permitirá definir y tener un mejor panorama de lo que sería la interpretación de las pruebas ilícitamente obtenidas y su diferencia con las irregulares, recogidas en el nuevo código procesal penal en concordancia con nuestra Constitución de 1993.

En dicho sentido, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 25/1981, del 14 de julio [RTC 1981,25], se refería a la doble dimensión de los derechos fundamentales, al configurarlos como derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional [cita textual del tribunal Constitucional español]⁹². Dicha dimensión subjetiva y objetiva, implica que los derechos fundamentales actúan como garantías de libertad individual [dimensión subjetiva] además de haber asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido, debe funcionalizarse

⁹¹ Estos dos presupuestos se notarán claramente en líneas posteriores al referirme a los derechos fundamentales. Por lo pronto, parece llevar razón Santamaría cuando afirma que “la propia inaprensibilidad de la norma escrita, perdida en el bosque inextricable del sistema normativo, ha llevado a una creciente desconfianza en la legislación formal, haciendo volver los ojos hacia una vida jurídica basada en grandes y sencillos principios, en la justicia del caso concreto”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2003). “Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, vol. 7, Coruña, pp. 183–195.

⁹² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2006). *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*. Lima: Jurista editores, p. 29., quien refiere que “los derechos fundamentales hoy en día presentan una doble dimensión subjetiva y objetiva, convirtiéndose así en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones”.

para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados [dimensión objetiva]⁹³.

Siendo ello así, en el caso de la prueba prohibida, siguiendo al profesor González-Cuéllar Serrano⁹⁴, podemos decir que hay hasta tres grandes opiniones en cuanto a esta forma de obtención de la prueba prohibida y lo que son los derechos fundamentales; así tenemos: a) que solo puede hablarse de tal [prueba prohibidas cuando la prueba se consiguió vulnerando los derechos fundamentales recogidos en la Constitución; b) que en todo caso de infracción de las normas procesales hay una violación de la misma Constitución, en el caso peruano serán el artículo 139 que regula los principios procesales; y c) que no en todos los casos de infracción de un derecho fundamental cabe hablar de pruebas prohibidas sino que debe ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

Como podemos apreciar, no es que los derechos fundamentales van a estar limitados a rechazar de plano cualquier medio probatorio que se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales, dado que existirán derechos fundamentales de la sociedad que por una ponderación del juzgador tengan que prevalecer respecto del derecho de la persona de manera individual.

Por ello, es muy importante la interpretación que se haga de las leyes que regulan este tipo de situaciones y se apliquen de acuerdo con el caso concreto. Así, las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Cfr.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editora Colex.

de la constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde este punto de vista formal, la respuesta a esta interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución, y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene⁹⁵.

Pero además de ello, debemos señalar que si bien se trata de derechos fundamentales, esto no significa que no pueden tener sus propios límites, ya que hoy en día la doctrina constitucional es unánime en ese sentido. Así, se ha dicho en ese sentido que, los derechos fundamentales tienen sus límites o restricciones⁹⁶; de este parecer es Robert Alexy, quien manifiesta que: la restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas: el derecho y sus restricciones, entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación –continúa diciendo– entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido⁹⁷.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional patrio se ha pronunciado por las restricciones de los derechos fundamentales, ha dicho pues en dicho contexto que: “En el Estado Constitucional de Derecho por regla general, no hay

⁹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 84.

⁹⁶ ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 268.

⁹⁷ *Ibíd.*

derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues estos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos fundamentales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y, valores constitucionales”⁹⁸.

No obstante lo afirmado, el mismo Tribunal Constitucional también ha dicho que las restricciones o limitaciones que puede sufrir un derecho fundamental tienen a su vez sus propias limitaciones. Estas limitaciones vienen planteadas por el contenido esencial del derecho fundamental.

Precisando que para que una limitación del derecho no sea compatible con los derechos constitucionales a los que restringe, esta debe respetar su contenido esencial⁹⁹. Ahora, el contenido esencial del derecho fundamental lo ha definido el citado Tribunal Constitucional como “el núcleo mínimo e irreducible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”¹⁰⁰.

Y en efecto, de lo dicho se desprende que la validez de toda regulación limitadora de los derechos fundamentales está en función al contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, y que debe impedirse en cualquier caso un exceso en la injerencia de dicho contenido. La doctrina constitucional ha hecho saber lo importante que es la consideración de la cláusula del contenido esencial,

⁹⁸ Sentencia del 3 de enero de 2003. Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 127.

⁹⁹ Sentencia del 3 de enero de 2003. Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 128.

¹⁰⁰ STC. Expediente N° 1100-2000-AA/TC. Citado por REYNA ALFARO, Luis (2005). “El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita: precisiones iniciales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 83, Año 11. Lima: Gaceta Jurídica, p. 35.

ya que es un fortalecimiento adicional al que se deriva del mero hecho de que los derechos fundamentales se encuentran establecidos en la Constitución. De otra forma –afirman– parecería que no hace falta esta garantía de contenido esencial pues cualquier determinación que altere un derecho fundamental hasta hacerlo irreconocible, debería ser declarada inconstitucional¹⁰¹.

Al respecto, Peter Häberle, citado por Claudia Villaseñor, considera que la garantía del contenido esencial es la sanción declarativa, la garantía complementaria y superflua de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución, su importancia se agota en compendiar estos principios de modo específico en una fórmula. También –sigue diciendo–, sin garantía expresa del contenido esencial, el “contenido esencial” a determinar por separado para cada derecho fundamental, estaría garantizado por la Constitución.

La garantía del contenido esencial solo operaría en caso de una interpretación inadecuada de un derecho fundamental¹⁰². Por todo ello, es muy importante la interpretación que se haga de las leyes que regulan este tipo de situaciones y se apliquen de acuerdo con el caso concreto, para poder determinar con mayor claridad si las limitaciones que se puedan hacer a determinados derechos fundamentales, implican una afectación del contenido esencial de los mismos.

En ese sentido, las normas de derechos fundamentales desempeñan el papel central en el control de la constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde

¹⁰¹ HÄBERLE, Peter. Citado por VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia (2003). *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Madrid: Universidad Complutense, p. 19.

¹⁰² *Ibidem*.

la perspectiva de los derechos fundamentales. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde este punto de vista formal, la respuesta a esta interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución, y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene¹⁰³.

Solo de la manera antes expresada, se podrá ver que dicha objetividad y subjetividad de la que se habla hoy en día en torno a los derechos fundamentales se está o no vulnerando, más aún para el caso que nos lleva esta investigación, cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales en la obtención de medios de prueba lícitos o ilícitos; situación que la analizaremos en el transcurso de este trabajo.

3.1.3. Las garantías procesales

Es sabido por todos que en el marco histórico del Derecho Penal, el conflicto entre la arbitrariedad de la autoridad civil y el acatamiento por el respeto de las garantías individuales resulta de muy larga data. Invariablemente nos dice BELLATTI, este conflicto ha formado parte sustantiva de la lucha del hombre por mantener su dignidad frente al repetido arbitrio de la autoridad, quien desde inmemoriales tiempos no ha reverenciado en considerables ocasiones el delicado equilibrio entre el interés público en la persecución de los delitos y las conquistas

¹⁰³ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. Cit., p. 84.

propias de la sociedad en su conjunto, en la búsqueda del respeto por las garantías del individuales¹⁰⁴.

Es dicho sentido que habíamos mencionado que los derechos fundamentales son conocidos como aquellos derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución Política del Estado a favor de la persona humana, mediante los cuales se le atribuye un estatus jurídico, constituyendo elementos esenciales propios de un ordenamiento objetivo perteneciente a una determinada comunidad, toda vez que conforman el pilar de un Estado de Derecho¹⁰⁵.

En ese sentido, tenemos que los derechos fundamentales sirven de base o soporte a todo el ordenamiento jurídico –contando para ello con propia fuerza normativa que obliga y vincula a todos los órganos del Estado y a particulares–, aquellos que le otorgan su sentido y coherencia, y que derivan de tres valores superiores: la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona, operando también como derechos de defensa frente al Estado¹⁰⁶.

Sin embargo, los derechos fundamentales pueden verse limitados por exigencias de otros derechos fundamentales. Así, se tiene que un derecho fundamental puede ser simbólicamente representado como las dos caras de una moneda, en tanto que, por un lado se otorga a su titular prestaciones, mientras que, por otro lado, irroga de una expectativa de abstención a cualquier tercero, ya sea un particular o inclusive el Estado. Es por ello, que los derechos fundamentales

¹⁰⁴ BELLATTI, Carlos (2003). *Detención, requisita personal y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 19 y ss.

¹⁰⁵ VALVERDE LUNA, Vanessa (2005). “Alcances de la prueba ilícita y su naturaleza penal como garantía constitucional”. En: *XVI Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología*. Lima: UNMSM, pp. 724-735.

¹⁰⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. Cit., p. 71.

necesitan vincularse correlativamente a determinadas garantías, ya sean específicas o genéricas, siendo que aquellas tienen como propósito salvaguardar y asegurar la protección de los derechos subjetivos, sobre todo cuando nos encontramos frente a posibles injerencias arbitrarias¹⁰⁷.

Por todo, encontramos dentro de nuestro ordenamiento constitucional las denominadas garantías procesales [art. 139 de la Constitución], las mismas que están referidas estrictamente a la protección de los derechos fundamentales del ser humano a nivel de un proceso cualquiera sea este, en nuestro caso será el proceso penal, dado que estas garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento.

De la misma idea es Cubas Villanueva, quien nos dice que las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de esos derechos [los fundamentales] sean conculcados, por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo¹⁰⁸. Hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal¹⁰⁹. Las únicas armas de los individuos frente al Estado son las garantías que, como dice Ferrajoli, son garantías de libertad¹¹⁰. Es en ese sentido que el Estado busca establecer un orden a través de su potestad sancionadora del delito [ius imperium], dicho orden está

¹⁰⁷ VALVERDE LUNA, Vanesa, Ob. Cit., p. 725.

¹⁰⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 39.

¹⁰⁹ BINDER, Alberto (1993). *Introducción al proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, p. 54.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 39.

destinado a salvaguardar intereses de la colectividad y del suyo mismo. Pero dicho *ius imperium*, tiene límites que el mismo Estado contempla, y son los derechos individuales de la persona, en tanto dignidad del ser humano se contemple.

Dichos límites encuentran su mayor arraigo en el proceso penal, pues no solo está en juego, por un lado el orden que el Estado debe prevalecer dentro de una sociedad, sino que por el otro, está el respeto de la dignidad del ser humano, y por ende de los demás derechos fundamentales del individuo. Tales límites han generado una divergencia de intereses entre el Estado Sancionador y el Estado protector de los derechos fundamentales, siendo aún más complicado en un Estado de Derecho como el nuestro.

De allí que se haya resaltado que muchas veces en el proceso penal se verifica una tensión entre el interés del Estado en penar y el respeto a las garantías constitucionales. También se ha dicho que la forma en que se resuelva en la teoría y en la práctica este conflicto inherente al sistema penal, demostrará el grado de compromiso democrático que tenga un país en un momento determinado¹¹¹. El interés en una persecución penal eficiente se enfrenta hoy frecuentemente con los derechos del ciudadano individual¹¹².

En ese contexto, divergen muchas veces situaciones que, de un lado pone al Estado con dicha potestad de sancionar y por ende lograr mantener el orden dentro de la colectividad, el mismo que muchas veces lo logra a merced de vulneraciones de garantías y derechos fundamentales, y por el otro, el de verse limitado al

¹¹¹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano (2002). *Eficacia de la prueba Ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, p. 147.

¹¹² STRUENSEE, Eberhard. Ob. Cit., p. 665.

respetar tales garantías y derechos fundamentales. Esto es lo que algunos denominan un enfrentamiento entre la eficacia y la garantía.

Ante todas estas dificultades dentro del proceso penal y sobre todo en un Estado democrático de Derecho como el nuestro, se ha buscado darle una solución al mismo; incidiendo en que, todo Estado democrático tiene como norma interna de mayor jerarquía a la Constitución, la misma que otorga el fundamento de las que son las inferiores. Siendo así, la Constitución se encuentra llamada a desempeñar una función de gran importancia en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con ello en el sistema penal de control social¹¹³.

No obstante, nos dice el autor Ávalos Rodríguez siguiendo al profesor alemán Klaus Tiedemann, es el Derecho Procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normativa constitucional, pues es en este sector del ordenamiento jurídico en donde se regula la aplicación [en calidad de medidas cautelares] y las posibilidades de imposición [en calidad de sanciones] de las injerencias más graves que el Estado se puede permitir en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona¹¹⁴. De allí que se hable de un proceso penal conforme a la Constitución¹¹⁵. En ese orden de ideas, en una primera lectura, los derechos fundamentales del ser humano tienen que ser observados en el proceso penal, pues el mismo debe hacerse conforme a la Constitución así como las

¹¹³ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*. Citado por ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante (2005). "Hacia una interpretación constitucional de las normas procesales penales vigentes". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 143. Lima: Gaceta Jurídica, p. 119.

¹¹⁴ TIEDEMANN, Klaus (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, p. 192.

¹¹⁵ Cfr. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2002). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos constitucionales*. Tomo I. Trujillo: Fondo editorial de la USP de Chimbote.

garantías procesales que establece esta como complemento de protección de los derechos del individuo¹¹⁶.

En este contexto, queparía mayor fundamento aún, si estamos frente a situaciones en donde el inicio de un proceso –penal y su posterior sanción–, se dieron como consecuencia de la obtención de un medio probatorio de manera ilícita. De ser así, los derechos y garantías del inculpado, en este caso, estaría amparada por cuanto las imputaciones que se le hagan en base a dichas pruebas ilegales, no tendrían mayor asidero.

Sin embargo, debemos precisar que decir tal afirmación, partiendo de la idea errada que los derechos fundamentales del individuo amparados en la dignidad de la persona no pueden ser vulnerados –en ningún caso– en un proceso penal, cuando de medios probatorios obtenidos ilegalmente se trate, significaría, por un lado generar cierta impunidad, dejando de lado los derechos también fundamentales que ampara la Constitución y los tratados internacionales de las víctimas y de la sociedad en su conjunto¹¹⁷. Y por el otro, crear justamente esa convicción errada que en ningún caso se puede admitir mucho menos valorar, prueba alguna que de manera ilícita se haya obtenido.

Por ello, consideramos que la observancia dentro del proceso penal, a la Constitución se debe hacer no solo desde la perspectiva del inculpado, sino

¹¹⁶ Nuestra Carta Magna ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes [proceso], así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva [procedimiento]. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 40.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2006). Empleo de las pruebas ilícitamente obtenidas ¿excepciones a la regla?. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 139.

también y con mayor razón del agraviado. De la misma idea ha sido el legislador del nuevo código, quien ha considerado situaciones en las que la vulneración de derechos o garantías fundamentales son válidas para el descubrimiento de un hecho criminal, y por tanto, aún cuando se haya obtenido un medio probatorio de manera irregular o ilegal, estas tengan asidero legítimo dentro del transcurso de la investigación y del proceso propiamente, siendo admitidas y valoradas en su momento.

Siendo así, debemos entender además que, las garantías procesales, las mismas que tienen como fundamento a los derechos fundamentales, tienen que tener esta misma perspectiva, esto es, estar orientadas a tutelar los intereses de los actores del proceso, ya sean estos individuales o colectivos [inculpado, agraviado, tercero civilmente responsable, por mencionar a los más relevantes]. Con ello, quedaría claro, que amparar derechos no solo implica hacerlo desde la perspectiva de la defensa del imputado, sino también considerando a las demás partes del proceso. Estas consideraciones, quedarán a criterio del juzgador, quien al final es la persona que valorará todo esto; limitándonos por lo pronto a mencionar solo eso, ya que lo desarrollaremos más adelante.

3.1.4. La prueba ilícitamente obtenida y la prueba irregular

Antes que nada, debemos mencionar lo que podemos entender por prueba, así algunos definen a la prueba como el acto procesal o la pluralidad de actos procesales con los cuales se busca producir convencimiento en el juez o acreditarle hechos anteriores y externos al proceso. Es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y

encaminada a crear la convicción judicial acerca de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones¹¹⁸.

Eduardo Jauchen¹¹⁹, nos dice que en su sentido más estrictamente técnico procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir.

Aunque nosotros solamente hemos considerado estas dos definiciones, por estar acordes a lo que pretendemos llegar en torno al tema que hoy nos reúne, debemos señalar, que es a través de la prueba que se llega a la convicción por parte del juzgador al momento de emitir su decisión final¹²⁰. Siendo esto así, se ha dicho también que, el proceso penal tiene como finalidad la búsqueda de la verdad¹²¹, situación que ha generado una serie de complicaciones en este aspecto, sobre todo cuando se habla de medios probatorios obtenidos ilícitamente o de manera irregular.

Estando a lo antes expuesto, ¿qué debemos entender por prueba ilícita?, por dicha prueba, podemos entenderla, siguiendo a MINVIELLE, como la obtención extraprocesal de evidencias en violación de derechos constitucionales. Agrega

¹¹⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando (1997). *La Prueba documental. Teoría general*. 5ta. Edición. Bogotá: Señal Editora, p. 98.

¹¹⁹ JAUCHEN, Eduardo (1992). *La prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, p. 17.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ La Corte Suprema alemana caracteriza esta problemática con una frase frecuentemente citada: “No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio” (BGH 14,358). Frase citada por STRUENSEE, Eberhard. *Ob. Cit.*, p. 665.

además que, la prueba ilícita es una de las que integra el género prueba prohibida¹²².

Sin embargo, el autor español Ramos Rubio¹²³, dice que no existe unanimidad doctrinal en la definición de lo que denominamos prueba ilícita, puesto que más allá de la nota común que la concibe como es la obtenida infringiendo el ordenamiento jurídico, las posturas se dividen entre los que refieren ordenamiento jurídico en su integridad, los que se concretan en el procesal y los que se ciñen a lo constitucional, no faltando quienes añaden la nota del fraude o del dolo en la infracción.

Del mismo parecer es Miranda Estrampes, siguiendo a Guariglia, al decir que la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal; pues el primer problema se nos presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto. Resaltando el mismo autor que, no existe unanimidad en la doctrina sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita¹²⁴.

Empero para efectos de la presente investigación, esta vez siguiendo al autor nacional Castillo Alva, diremos que la prueba ilícita se puede concebir desde dos vertientes: una concepción amplia¹²⁵, que entiende por prueba ilícita aquella actividad probatoria que se obtiene o se produce con infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de si se trata de una norma constitucional o una

¹²² MINVIELLE, citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. Cit., p. 28.

¹²³ RAMOS RUBIO, Carlos (2000). *La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia. En la Prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 18.

¹²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto...* Ob. Cit., p. 19.

¹²⁵ CASTILLO ALVA, José Luis (2005). "Breves apuntes sobre la prueba ilícita". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°. 83, Año 11, agosto. Lima: Gaceta Jurídica, p. 19.

norma legal. Por su parte, la concepción restringida¹²⁶ de prueba ilícita se basa en la obtención o práctica de la prueba con violación de derechos fundamentales. No toda infracción a las reglas que presiden la obtención y producción de la prueba debe entenderse como una actuación nula e inutilizable en el proceso penal, solo tienen este rango aquellas pruebas que vulneran directamente los derechos humanos.

Pues bien, en dicho sentido, hablar del tema de la prueba ilícitamente obtenida como comúnmente se le denomina no es del todo sencilla, ya que por regla general se tiene que la respuesta a la admisión de una prueba ilícita no es posible en ningún aspecto, menos su valoración; sin embargo, ha sido la misma doctrina y sobre todo la jurisprudencia extranjera [norteamericana para ser exactos] la que ha considerado ciertas excepciones a dicha regla, que hacen aún más complicada la valoración de este tipo de medios probatorios¹²⁷.

Y es que, el respeto a los derechos y garantías fundamentales de sus ciudadanos que un Estado Democrático de Derecho se autoimpone, tiene en el proceso, y en el proceso penal en particular, una concreción que supone la imposibilidad de otorgar eficacia a las pruebas logradas con infracción de tales derechos y garantías, de manera que la verdad, cuyo hallazgo constituye un desideratum de aquel, no puede ser alcanzada a cualquier precio, porque la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos propios del Estado de

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 21.

¹²⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 138.

Derecho, entre los que se encuentra el pleno respeto a la ley y a los derechos inviolables de la persona¹²⁸.

De ese modo, las pruebas prohibidas vienen a encuadrarse en la encrucijada que se presenta enfrentando los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal¹²⁹, en tanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo en tanto a la protección de sus derechos personales¹³⁰.

De allí que el tema de la ineficacia de las pruebas obtenidas violando garantías constitucionales y sus consecuencias, sea una regla conocida por todos los especialistas del derecho penal en particular. Esta situación no es ajena cuando nos referimos a la prueba irregular, ya que como habíamos mencionado líneas atrás, el tema del concepto de prueba ilícita no ha sido uniforme, pues incluso se ha pretendido llamar a este tipo de pruebas con vulneración de derechos fundamentales como prueba irregular entre otras que ya hemos citado. Sin embargo, aunque no existe gran unanimidad en la doctrina en relación con los términos a utilizar, nos parece adecuado siguiendo lo sostenido por la profesora española Elena Martínez, que para referirnos a la prueba irregular debemos entenderla como aquella prueba obtenida con violación de norma de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso¹³¹.

Queda claro que la autora española al referirse a la prueba irregular cuando se viola una norma de rango no constitucional, debe entenderse en el sentido de

¹²⁸ RAMOS RUBIO, Carlos. Ob. Cit., p. 16.

¹²⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit., p. 22.

¹³⁰ RAMOS RUBIO, Carlos. Ob. Cit., p. 18.

¹³¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Valencia: Editora Tirant To Blanch, p. 38.

una ley ordinaria distinta a la norma plasmada en la Constitución, pero sin que ello implique una norma que no tenga un contenido constitucional, que salvaguarde derechos y garantías del individuo, pues su incorporación como tal lleva consigo todo un procedimiento constitucionalmente legítimo. Del mismo parecer es Miranda Estrampes, quien sostiene que la prueba irregular o defectuosa es aquella en cuya obtención se han infringido la legalidad ordinaria y/o [SIC] se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹³².

Por todo, tanto en la prueba ilícita como en la prueba irregular, para la limitación de un derecho fundamental así como la introducción de su resultado en un proceso penal exigen el respeto de requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria. Así, en el caso de la ilicitud probatoria y, por lo tanto el alcance de la propia afectación de la Constitución, solo se predica si se da dicha transgresión se da a derechos fundamentales o, en su defecto estamos ante transgresiones de leyes ordinarias. Por ello, a la luz de estos trascendentales efectos se entiende la importancia de determinar qué es constitucional o de mera legalidad en cada acto de investigación¹³³.

Siendo esto así, se observa que mientras los defectos manifestados en la obtención de pruebas, normalmente afectan a la legalidad constitucional y conllevan la imposible admisión de pruebas directa o indirectamente obtenidas violentando derechos fundamentales, los defectos en la incorporación al proceso

¹³² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 49.

¹³³ MORENO CATENA, citado por MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 39.

penal solo afectan a la legalidad ordinaria y por ello permiten subsanar la irregularidad y admitir como prueba tanto la directa irregular a través de “otros medios”, como la derivada de esta por no alcanzarle la ilicitud. En conclusión nos dice Elena Martínez, un derecho fundamental se podrá violar mediante la quiebra de aspectos de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional, pero solo esta última conlleva prohibición probatoria aludida y producirá consecuencias sobre lo obtenido derivadamente. El quebrantamiento de la legalidad ordinaria recibirá un tratamiento de simple prueba irregular¹³⁴.

3.1.5. La teoría del fruto del árbol envenenado

Brevemente nos vamos a referir a la teoría del fruto del árbol envenenado, considerando que existen algunos aspectos en los que se deben hacer algunas apreciaciones tanto para la prueba ilícita como para la prueba irregular, sobre todo para esta última. Desde esa perspectiva, la teoría del fruto del árbol envenenado, puede ser conceptualizada como una modalidad de la prueba ilegal, que consiste en considerar inválida en el proceso penal aquella prueba que sea derivada de una ilegalidad inicial.

Carlos Edwards¹³⁵, considera que la teoría del fruto del árbol envenenado, no es una extensión de la regla de la exclusión, sino una modalidad de prueba ilegal. Esto debido a que la prueba ilegal se define como la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales, presentando dos modalidades,

¹³⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 26.

¹³⁵ EDWARDS, Carlos (1999). *La prueba ilegal en el proceso penal*. Buenos Aires: Editora Córdoba, p. 100.

la de exclusión y la del árbol envenenado. Sea lo uno o lo otro, ambos son aspectos de la ilegalidad probatoria.

En dicho contexto, se ha dicho que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle todo valor probatorio. Por ello, desde este punto de vista, la jurisprudencia comparada de manera unánime, sostiene que la doctrina norteamericana del fruto del árbol envenenado, solo tiene aplicación en los supuestos de prueba ilícita según la concepción restrictiva que de la misma ofrece la jurisprudencia, excluyéndola en los casos de pruebas irregulares. Dicha orientación jurisprudencial es la que cuenta, en la actualidad, con un mayor predicamento¹³⁶.

Del mismo modo, en cuanto a la prueba irregular, existe una división de la doctrina diametralmente opuesta. Así, mientras unos autores, partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la “inutilizabilidad” procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector de la doctrina, mayoritario en la actualidad, restringe esta inefectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales¹³⁷.

Con lo cual, si estamos ante pruebas derivadas de una ilicitud, el tema de la teoría del árbol envenenado, siguiendo este último planteamiento, queda claro que para el caso de la prueba irregular, no tendría asidero invocar la teoría del fruto del árbol envenenado, ya que las pruebas irregulares se obtienen inobservando leyes sin rango constitucional o también denominadas leyes ordinarias, sin que ello implique una afectación directa de los derechos y libertades fundamentales,

¹³⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 26.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 57.

por lo tanto, pueden ser materia de subsanación e incluso sin serlo, al no afectar derechos fundamentales, pueden ser admitidas sin ningún obstáculo.

Por ello, también tendríamos que señalar que, tanto la regla de exclusión como la teoría de los frutos del árbol envenenado, por ser una derivación de la primera, tendrían que ser observadas e invocadas, si el caso lo amerita, solo para el caso de las pruebas ilícitamente obtenidas y que impliquen una afectación o vulneración de derechos y libertades fundamentales del individuo, mas no para el caso de las pruebas irregulares por las razones antes mencionadas.

3.1.6. La regulación de la prueba ilícitamente obtenida y la prueba irregular en el CPP 2004

Pretender hablar de una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, en el CPP 2004, nos llevaría a una respuesta negativa, por cuanto no existe tal en la referida ley. Esta situación no es única en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en general en todos los ordenamientos jurídicos, no se tiene una regulación expresa sobre las prohibiciones probatorias, tanto a nivel constitucional como de leyes ordinarias. Es por ello que, la regulación de las prohibiciones probatorias nace de la propia doctrina y jurisprudencia comparada, las cuales con el tiempo han ido siendo asumidas y desarrolladas con mayor incidencia a nivel jurisprudencial y doctrinario, pero sin tener de manera directa aún, una regulación expresa en los ordenamientos jurídicos como el nuestro¹³⁸.

¹³⁸ La doctrina y la jurisprudencia es unánime en aceptar que ha sido el Derecho Anglosajón el que ha desarrollado con mayor énfasis el tema de las prohibiciones probatorias.

No obstante lo manifestado, conforme ha ido evolucionando la doctrina y la jurisprudencia comparada y también nacional, han empezado indirectamente los legisladores a observar ciertos aspectos que busquen de alguna manera una regulación no expresa, pero sí tácita en cuanto a las prohibiciones probatorias y su aplicación en el proceso penal. Tal como sucede en el CPP 2004, el cual si bien no tiene una regulación expresa con reglas y pautas bien marcadas, que digan cómo debe ser la admisión y valoración de los medios probatorios obtenidos de manera ilícita, en el cual obviamente incluimos a las pruebas irregulares, sí ha pautado una regla general –consideramos nosotros– que debe quedar a criterio del juzgador al momento de acuerdo con el caso concreto.

En ese sentido, el legislador del nuevo CPP 2004, ha indicado en el artículo VIII del título preliminar, contrastado con el artículo 159 del mismo texto normativo que: todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, se agrega que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

En cuanto a la prueba irregular, no hay un artículo que nos aproxime a analizar su tratamiento en el CPP 2004, por lo que, consideramos que el mismo se deriva de la misma interpretación que se haga de la cláusula contenida en el artículo VIII del citado cuerpo normativo, así como de otros dispositivos que

sobre la obtención de la prueba y su actuación en el proceso penal, ha establecido el CPP 2004.

De lo expresado, en primer término vamos a referirnos a la prueba ilícitamente obtenida. En ese sentido, habíamos mencionado líneas atrás que, así como existía un acuerdo casi unánime en cuanto a la regla de prohibición de la prueba ilícita, también lo era que, se aceptaban, aunque minoritariamente, ciertas excepciones a la mencionada regla, ya que por regla general las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no deberían ser admitidas y mucho menos valoradas. Sin embargo, la misma doctrina y jurisprudencia comparada, ha establecido posibles excepciones a la regla de prohibición probatoria, las mismas que analizaremos brevemente desde la perspectiva del CPP 2004 y, si es posible la admisión de ciertas excepciones o es que de manera uniforme el juzgador debe optar por la regla de no admisión ni valoración de medios probatorios.

Así, dentro de la exclusión probatoria, cuando de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales se trate, se permiten como reglas de excepción, entre otras a las que se obtienen cuando se está ante un peligro inminente o un delito flagrante [art. 202 CPP 2004]. En dichas situaciones, no se puede hablar de que carezca de valor probatorio por la forma como se obtuvo los elementos de prueba, tal como sucede en el presente caso materia de análisis; pues existiendo flagrancia delictiva, aun cuando se haya hecho dentro de un inmueble, el mismo que se procede a intervenir sin mediar orden judicial e incluso a hacer el allanamiento del inmueble (art. 214 CPP 2004) , los medios probatorios que de dichas situaciones se obtengan, tienen total legitimidad, ya que valga redundar, los

allanamientos de domicilio sin orden judicial, la misma que es realizada por efectivos policiales en este caso, se verá acaparada legalmente cuando se está ante un flagrante delito, situación que es reconocida incluso por nuestra Constitución, situación que se ha dado en caso bajo comentario.

Queda claro, que luego conforme a los presupuestos que se establezcan, el juez de la investigación preparatoria en este caso, podrá legitimar posteriormente dicha intervención. Este es solo uno de los casos en los que podría admitirse excepciones a una regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, pese a que el legislador del CPP 2004, no haya incluido de una manera expresa la institución de la prueba ilícita.

El CPP 2004 también ha incluido otros supuestos como son los controles de identidad y la videovigilancia, las pesquisas, la intervención corporal, la exhibición forzosa y la incautación. En todos ellos, si bien se pueden restringir derechos fundamentales sin que ello implique contravenir la Constitución y las leyes procesales, como es en el presente caso; debe tenerse en cuenta que la autorización judicial se tiene que hacer teniendo en consideración el principio de proporcionalidad, pues si no se respeta ni se observa el citado principio, entonces podríamos estar ante situaciones y decisiones que vulneren derechos fundamentales, situación que haría que estemos ante pruebas ilícitamente obtenidas con notable afectación de derechos y garantías fundamentales del individuo.

Por todo, en cuanto a la interpretación del artículo VIII, en concordancia con el artículo 159 del CPP 2004, queda claro que si bien el legislador no lo ha

incluido ni regulado de manera directa, el tema de las prohibiciones probatorias, específicamente sus excepciones, pueden ser admitidas en el proceso penal situación que queda a criterio propio del juzgador, siempre y cuando observe las garantías necesarias que exige todo Estado de Derecho como el nuestro, ya que, como habíamos señalado, no siempre la afectación de un derecho fundamental, implica una afectación del contenido esencial, por lo que las limitaciones que se hagan a ciertos derechos fundamentales para lograr los fines propios del proceso, pueden ser válidos dentro del proceso penal siempre y cuando los medios de prueba hayan sido incorporados al proceso mediante un proceso constitucionalmente legítimo, ya sean pruebas directas o derivadas que hayan sido obtenidas sin afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, caso contrario, entiéndase que las mismas no pueden ser admitidas y por ende rechazadas si se pretende incorporar las mismas al proceso penal que se instaure.

En cuanto a las excepciones que ha regulado la doctrina, es justamente, para el caso del juzgador de acuerdo con la nueva normatividad procesal penal, que para aceptar cualquier medio de prueba que haya sido obtenido afectando algún derecho y pretender justificar su aceptación y valoración en el proceso penal de cualquier excepción que invoque, tendrá que observar justamente las reglas establecidas por el artículo VIII del título preliminar del CPP 2004, y a partir de ello ponderar los derechos tanto individuales como colectivos, sin que ello implique una vulneración de la dignidad del ser humano y el no respeto de las demás garantías que establece un Estado de Derecho como el nuestro acorde con nuestra Carta Magna.

Por otro lado, en cuanto a la prueba irregularmente obtenida, en este caso, tenemos que observar las mismas pautas que para el caso de la prueba ilícita se hace, esto es, en aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del CPP 2004, las pruebas irregulares pueden ser admitidas y valoradas dentro de un proceso penal, ya que, recordemos que de acuerdo con la doctrina dominante, cuando la prueba ha sido obtenida vulnerando una ley de rango no constitucional o, en su defecto aun cuando ello se haya realizado vulnerando un derecho, si este no se encuentra constitucionalmente reconocido, entonces la prueba no pierde importancia dentro del proceso penal.

En ese sentido, se ha dicho que la solución para este caso viene dada por una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos debe prevalecer, desde esa perspectiva, la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita debe quedar limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales. Por ende, si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectación a tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos. Se admite por lo tanto, la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o legal sin vulneración de derechos fundamentales.

Por todo, siguiendo ese razonamiento, de acuerdo con lo que establece el nuevo código procesal penal, que podrán ser valorados todos los medios de prueba solo si han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Entonces, desde tal punto de vista, la interpretación del mencionado texto legal, se complementa con lo que establece la segunda parte del mismo, en el sentido de que carecerá de efecto legal las pruebas obtenidas,

directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Si seguimos tal postura, ni siquiera deberíamos pensar que la prueba irregular estaría en la encrucijada de ser admitida y posteriormente valorada, ya que generalmente se trata de afectación de leyes ordinarias sin rango constitucional y sin que su afectación necesariamente afecte un derecho del individuo y, además, esté reconocido constitucionalmente.

Y es que, siguiendo este razonamiento, estaríamos ante una concepción restrictiva de los derechos fundamentales, a la que antes hemos aludido, se llegaría por tanto a la conclusión, por ejemplo, de que ante la afectación de un derecho no plasmado en nuestra Constitución, entonces no tendría el rango de derecho fundamental¹³⁹, por tanto estamos dentro del campo de lo irregular pero que puede ser incorporado sin problema alguno al proceso penal.

Consideramos nosotros que, este no debe ser el tenor del tratamiento que debe darse tanto a la prueba ilícita como a la prueba irregular, sobre todo en este último caso, pues las leyes ordinarias si bien no tienen un rango constitucional, para su dación cumplen con los requisitos que constitucionalmente se ha establecido, a ello debemos aunarle el hecho que las leyes ordinarias cumplen generalmente una función de complementación en cuanto a pautar determinados derechos, a efectos de evitar vacíos o defectos que constitucionalmente no han quedado muy claros. Ese no es el sentido que debe tener, sino el de estar ligado de manera directa al núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales.

¹³⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 72.

Por lo tanto, si analizamos ambas situaciones, tanto la de la prueba ilícita como la irregular y su incorporación al proceso penal, considerando para ello el CPP 2004, tendríamos que manifestar que no siempre la incorporación de un medio de prueba con afectación de un derecho implique una prohibición probatoria, ya que siguiendo las pautas del nuevo código, se tendría que afectar el contenido esencial del derecho afectado y, pues no siempre la limitación de un derecho implicará afectar su contenido esencial. Por otro lado, al referirse el legislador a que dicho medio de prueba sea incorporado por un proceso constitucionalmente legítimo, consideramos nosotros que, justamente es el contenido esencial de los derechos fundamentales el que va a determinar la incorporación o no de un medio de prueba obtenido de manera ilícita mediante un proceso constitucionalmente legítimo, ya que –y en esto volvemos a incidir– no siempre se afecta el contenido esencial de un derecho fundamental, por ende, su incorporación será constitucionalmente legítima. Por ello, incluso es posible decir que el nuevo código puede aceptar excepciones a la regla de prohibición de la prueba ilícita y ser aplicadas por el juzgador de acuerdo con el caso concreto y con la debida motivación.

Finalmente, en cuanto a las pruebas irregulares, estas también deben versar sobre la base de la no afectación del contenido esencial, si afectan el contenido esencial entonces, estaríamos dentro del plano de la ilicitud y no de la irregularidad. Pero no debe entenderse que por ello, al no afectarse una ley de rango constitucional podría fácilmente ser admitida y valorada en el proceso penal, esto debe ser irrelevante para el juzgador, ya que, por ejemplo, si seguimos las reglas que establece el artículo 202 del CPP, cuando se limitan ciertos

derechos para cumplir con los fines del proceso, se tiene que cumplir observando las leyes y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. Acá, no se está haciendo ninguna diferencia en cuanto a si se trata de leyes con o sin rango constitucional, simplemente señala las formalidades que se deben dar para garantizar un debido proceso y en caso, se incorporen medios de prueba estos cumplan con un proceso constitucionalmente legítimo.

A ello, debemos añadirle que, aun cuando las leyes sin rango constitucional si son afectadas, no carecen de validez sean los medios de prueba directos o derivados de estos. Consideramos que en todo caso, es la inobservancia de alguna pauta establecida por esta ley que ordinaria que genera una afectación de algún derecho de estos no fundamental en todo caso debe atravesar de forma previa o posterior a su admisión por un filtro para que se cumpla con subsanar las omisiones para que la misma tenga plena validez. Con ello se garantiza un proceso con todos los presupuestos que un Estado de Derecho como el nuestro debe observar, máxime si estamos ante un tema tan polémico y controversial como lo es el de las prohibiciones probatorias.

3.2. Límites a la prueba ilícita

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal constituyen dos ámbitos del Derecho irremediamente unidos en la práctica. Dicho en otros términos: la sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia. Se debe comprobar que el acusado ha realizado un hecho previsto por la ley como delito, y esta decisión

debe plasmarse en una sentencia debidamente motivada. Con razón ha dicho Roxin que “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”¹⁴⁰

No cabe duda, que la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal (D. Leg. 957) cuenta con una mayor amplitud de garantías procesales para el acusado, con carácter de derecho fundamental, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable, pues se entiende que esta posibilidad siempre es menos mala que la que supone el riesgo contrario, esto es, el riesgo de condenar a un inocente. Pues dicho lo anterior no queda duda que la prueba es trascendental dentro del proceso. Prueba es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley.¹⁴¹

3.2.1. Los límites del derecho a la prueba¹⁴²:

El derecho a la prueba no es un derecho consagrado expresamente por la Constitución de 1993, pero se reconoce su naturaleza constitucional, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, expediente N° 010-2002-AI/TC¹⁴³, al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo: “El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú”.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 91.

¹⁴¹ CAROCCA PÉREZ, Alex (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Editorial J.M. Bosch, pp. 98 y ss.

¹⁴² Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal. manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima: Academia de la Magistratura.

¹⁴³ Caso: Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos.

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala: “Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba”.

El TC también señala¹⁴⁴: “Ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección”.

El derecho a la prueba aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites¹⁴⁵. Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias, o de utilizar la prueba¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sobre la relatividad de los derechos fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568 [Fundamento 12].

¹⁴⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 86.

¹⁴⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. Ob. Cit., p. 115.

3.2.2. La prueba ilícita

Se debe entender por prueba ilícita aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. El estado actual de la “Teoría de la prueba ilícita” se enmarca dentro de la dogmática procesal una implicancia generalizada de “constitucionalidad”, donde será relevante para la solución de los supuestos de prueba ilícita partir de una interpretación de la Constitución.

Esto debido a la relación existente de los derechos fundamentales involucrados, entre ellos podemos señalar : el derecho a la inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, al no sometimiento de torturas o malos tratos, al debido proceso – entre otros que la doctrina enmarca – ; pero, debemos señalar que también existen bienes jurídicos que la constitución también protege; conllevando para una adecuada solución la utilización del principio constitucional de proporcionalidad para realizar una correcta interpretación constitucional, que los jueces y tribunales tendrán que realizar.

Según el Nuevo Código Procesal Penal¹⁴⁷ el límite a la prueba ilícita es el contenido esencial de los Derechos fundamentales, y es menester del presente artículo, delimitar este contenido, entendiendo que en la doctrina hay dos teorías, pero a través de la interpretación que realiza el TC es claro que nos adscribimos a la teoría relativa.

¹⁴⁷ Artículo 202 Legalidad procesal.- Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

La teoría absoluta imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y la parte circunferencial exterior como la parte accesoria de los mismos, dicho núcleo sería la parte intocable y cualquier afectación al mismo sería ilícita, en cambio en la parte contingente se puede establecer las limitaciones y restricciones que se consideren necesarias y justificadas.

Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que este no es preestablecido y fijo, sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan con él tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

3.2.3. Contenido constitucionalmente protegido

El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia N° 1417-2005-AA¹⁴⁸ ha definido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho en estos términos: “Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

¹⁴⁸ Caso: Manuel Anicama Hernandez.

Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental”.

El TC tiene en su jurisprudencia y en sus Precedentes Constitucionales bien definidos los derechos, ya sobre cada uno de ellos¹⁴⁹, incluso se ha pronunciado por el tema del debido proceso y los derechos fundamentales¹⁵⁰, se pronuncia sobre la prueba y afirma¹⁵¹: “como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales - límites extrínsecos, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos”.

Para poder determinar el límite de aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental se debe utilizar la llamada ponderación de derechos que consiste en sopesar derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cual derecho prevalece en el caso en concreto y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien en

¹⁴⁹ Se delimita los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11° de la Constitución, o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo (FJ 37).

¹⁵⁰ 9081-2006-PHC/TC.

¹⁵¹ Resolución N.º 04831-2005-HC/TC.

concreto. De la mano con el principio de ponderación se encuentra el de proporcionalidad el cual impide que se sacrifique más allá de lo necesario un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte.

El principio constitucional de proporcionalidad¹⁵².- Dentro de un Estado Democrático de Derecho, los “bienes, valores, principios, derechos y libertades” se encuentran interrelacionados y deberán ser armonizados, entre sí, desde una interpretación constitucional correcta; desde esta perspectiva el principio constitucional de proporcionalidad resulta siendo un instrumento válido entre las relaciones entre el Estado y el ciudadano como interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio constitucional de proporcionalidad, se le conoce también como test de proporcionalidad o test de razonabilidad este principio es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional , y que debería ser – a nuestra opinión – aplicada por los tribunales y jueces ordinarios, ya que, es un instrumento jurídico válido en un Estado Democrático de Derecho, donde se ponderan valores, principios, bienes y derechos teniendo como premisa fines constitucionales legítimos¹⁵³.

¹⁵² El principio de proporcionalidad se puede aplicar en todos aquéllos supuestos donde se encuentre en conflicto derechos fundamentales, y demás valores constitucionales que exijan la realización de fines constitucionales legítimos; en particular , debería ser aplicable el principio de proporcionalidad constitucional, dada “la gravedad del hecho delictivo”, “la dañosidad social” y “naturaleza jurídica del delito”.

¹⁵³ Los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto pero sí un contenido esencial, esta relativización de los derechos fundamentales deberán ser interpretada siempre desde la óptica de los principios pro – hominen y pro – libertatis de los Derecho humanos, esto debido a la posición

Entre los fines constitucionales relevantes para la restricción de los derechos fundamentales – entre muchos- se podrían mencionar a los siguientes: interés social, interés público en la persecución del delito, interés general o bienestar general”, convivencia pacífica en sociedad, seguridad jurídica; se estima conveniente, para aplicar, éste principio constitucional de proporcionalidad, la determinación del contenido de estos bienes jurídicos constitucionales, ya que, sino se estaría retrocediendo en aras de la seguridad jurídica o interés social a grados involucrados del Estado , por lo tanto, la interpretación constitucional que abogamos se deberá de realizar bajo 3 presupuestos:

- Posición preferencial que ocupan los derechos fundamentales.
- En un Estado Democrático de Derecho.
- Que exista la determinación o un grado de determinación de los bienes jurídicos constitucionales; o en todo caso, de los fines constitucionales.

Esta es la labor del TC.

preferencial que ocupan los derechos fundamentales en el Estado de Derecho Moderno, las restricciones a estos derechos deberán ser proporcionales, razonadas y adecuadamente ponderadas desde una interpretación unitaria de la constitución. En el Perú, el Tribunal Constitucional se adhiere a esta postura, pero señala la siguiente apreciación – de toda correcta – Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este tribunal, si bien el Estado constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador lo pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada en la investigación se circunscribió al siguiente enunciado jurídico: *“El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de las actividades de investigación y probatoria; el debido proceso, la presunción de inocencia, proporcionalidad y razonabilidad constituyen los fundamentos constitucionales de la regla de exclusión probatoria por existir implicaciones sobre los derechos fundamentales del procesado a partir de la relativización de la regla de exclusión probatoria, constituyendo una evidente y nefasta transgresión de los derechos fundamentales y de las garantías procesales e institucionales que amparan al procesado”*, validándose por los siguientes fundamentos que procedemos a detallar:

4.1. Definición de la prueba ilícita

El reconocimiento de la prueba prohibida es una conquista de la civilización, del desarrollo y protección a los derechos fundamentales y un reconocimiento y muestra de respeto a la dignidad de la persona humana. En suma, es “un principio jurídico fácilmente constatable en las constituciones y leyes de todos los países civilizados”¹⁵⁴ que refleja el grado de evolución jurídico-político de una nación¹⁵⁵.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 25.

¹⁵⁵ Cfr. EDWARDS, Carlos Enrique (2000). *La Prueba ilegal en el proceso penal*. Córdoba: Editora Lerner, p. 9.

Sus raíces se encuentran en la preocupación de la jurisprudencia, especialmente norteamericana, de garantizar cuotas mínimas del ejercicio de la libertad y de respeto a los derechos humanos¹⁵⁶. El reconocimiento legislativo del contenido y excepciones de la prueba ilegal es posterior. Ello demuestra que la defensa de la libertad comienza muchas veces en los tribunales de justicia, antes que en la legislación, la cual en ocasiones solo reconoce los desarrollos.

La prueba prohibida comprende todas las limitaciones o restricciones jurídicas que se vinculan con la adquisición y valoración de la prueba. Las nociones de adquisición y valoración de la prueba se diferencian nítidamente¹⁵⁷. La adquisición de la prueba comprende la recepción y la obtención de la misma. Según una extendida clasificación la prohibición de adquisición de la prueba se distingue entre prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y la prohibición de métodos probatorios¹⁵⁸.

Por su parte, la prohibición de la valoración de la prueba importa prohibir la utilización del resultado probatorio en el momento de su ponderación. Proscribe la utilización de pruebas existentes (recibidas o actuadas) en el razonamiento que funda una decisión. La prohibición de valoración no excluye la percepción de un hecho ni una determinada conclusión sobre una situación jurídica. Solo prohíbe tomar como fundamento de la decisión hechos o elementos cuestionados en

¹⁵⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2003). *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Pamplona: Aranzadi, pp. 43-48; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. Cit., p. 33.

¹⁵⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit., pp. 871 y ss.

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 191.

cuanto a su legitimidad por haber vulnerado derechos fundamentales o una regla probatoria esencial¹⁵⁹.

Algunos autores distinguen entre prohibiciones de prueba y prohibición de la utilización de la prueba. Mientras la primera se entiende como todo acto de improcedente averiguación, así como la inadmisión de hechos probados en el proceso; la segunda se refiere solo a la prohibición que impide la constitución de un determinado hecho como fundamento del juicio¹⁶⁰.

La prueba ilícita como institución procesal ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 010-2002-AI/TC Lima [Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos] y N° 1126-2004-HC/TC Lima [Vladimir Carlos Villanueva], entre otros, prescribiendo que:

“[...] Las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso [...] solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso [...]. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales” [FJ. 105].

Su aplicación puede abarcar toda la gama de procesos a los que una persona puede verse expuesta, sin que se pueda plantear excepción alguna. No se

¹⁵⁹ STRUENSEE, Eberhard. Ob. Cit., p. 669.

¹⁶⁰ GÖSSEL, Karl – Heinz (2004). *El proceso penal ante el Estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Lima: Grijley, p. 92.

circunscribe a un proceso concreto¹⁶¹. Es indiferente de si se trata de un proceso judicial, administrativo, político o el tipo de materias controvertidas (penales, laborales, civiles, etc.)¹⁶². Sin embargo, no cabe duda de que es en el proceso penal en donde pasa su prueba de fuego.

4.2. Concepción amplia y restringida sobre prueba ilícita

La concepción amplia entiende por prueba ilícita aquella actividad probatoria que se obtiene o se produce con infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de si se trata de una norma constitucional o una norma legal. El término “ilicitud” comprende toda infracción a un precepto legal al margen de su jerarquía y valor normativo. El acto productor de la prueba termina por violar alguna disposición legal vigente que establece el respeto a un derecho fundamental o determinada formalidad en la actividad probatoria. Incluso, no faltan autores que extienden el concepto de prueba ilícita a la vulneración de las buenas costumbres o la infracción de normas morales¹⁶³.

En la ilicitud de la prueba no importa la infracción exclusiva de alguna norma procesal, que regula la obtención, práctica o valoración de la prueba. Hay también prueba ilícita cuando se vulnera una norma constitucional o legal que protege un derecho fundamental o establece determinado mecanismo para la validez de su práctica. No es indispensable que la infracción dé lugar a la comisión de un delito como condición para establecer la condición de prueba ilegalmente obtenida. Por su parte, la concepción restringida de prueba ilícita se

¹⁶¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 63.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. Ob. Cit., p. 539.

basa en la obtención o práctica de la prueba con violación de los derechos fundamentales. No toda infracción a las reglas que presiden la obtención y producción de la prueba debe entenderse como una actuación nula e inutilizable en el proceso penal. Solo tienen este rango aquellas pruebas que vulneran directamente los derechos humanos.

La jurisprudencia y doctrina vienen distinguiendo entre prueba ilícita y prueba irregular¹⁶⁴. La primera se identifica con la obtención de la prueba infringiendo normas constitucionales, mientras que la segunda implica la violación de normas, propias de la legalidad ordinaria. Las repercusiones de dicha diferenciación no solo revisten importancia teórica, sino que cuenta con significativas consecuencias prácticas.

En efecto, solo las pruebas obtenidas con vulneración de la Constitución están en condiciones de generar la prohibición de valoración de los actos posteriores que deriven de dicha infracción¹⁶⁵ (teoría de los frutos del árbol envenenado). Las pruebas obtenidas con infracción a la legalidad ordinaria pueden ser utilizadas en la investigación de la verdad.

Se distingue entre prueba ilícita y prueba irregular en que la prueba ilícita se produce a raíz de la infracción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la prueba irregular por la infracción de la legalidad ordinaria. La prueba ilegal requiere que entre la actividad probatoria y el menoscabo del

¹⁶⁴ DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, p. 22.

¹⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 38.

derecho fundamental exista una relación de conexión o de causalidad¹⁶⁶. La obtención del medio o fuente de prueba debe ser resultado de la violación de un derecho fundamental¹⁶⁷.

Dentro de la dogmática procesal penal hay autores que pese a admitir la diferenciación entre prueba ilícita y prueba irregular consideran que la noción de prueba ilícita debe extenderse a toda infracción de la legalidad probatoria y no solo al campo de la violación de los derechos fundamentales, postulando que “no debe confundirse el concepto de prueba ilícita con las consecuencias jurídico procesales que se derivan de la misma”¹⁶⁸.

Se apunta que las normas procesales que regulan el derecho a la prueba son auténticas normas de garantía que deben gozar de las mismas consecuencias que la obtención de la prueba con infracción de los derechos fundamentales, en razón de su esencialidad¹⁶⁹. Sin embargo, se remarca que en los casos que la norma no persiga una función de garantía la prueba no es ilícita y puede valorarse.

No obstante, entre ambas posturas es posible encontrar una tesis intermedia, la cual postula que en los casos de infracción a la legalidad ordinaria no debe de plano aceptarse su legitimidad constitucional y la posibilidad de valoración, sino que debe efectuarse un juicio de ponderación respecto a la importancia y trascendencia de la violación procesal y el derecho fundamental en juego.

¹⁶⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 875.

¹⁶⁷ DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. Cit., p. 22.

¹⁶⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto...* Ob. Cit., p. 27.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

El nuevo Código Procesal Penal en el artículo VIII del Título Preliminar, bajo el rótulo de Legitimidad de la prueba, viene a regular la institución de pruebas ilegales prescribiendo que: “**1.** Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; **2.** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; y, **3.** La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

El nuevo Código Procesal Penal viene a tomar partido por la tesis restringida en la concepción de la prueba prohibida, siempre que se detecte una violación al derecho fundamental de manera directa o indirecta (artículo VIII incisos 1 y 2).

4.3. La necesidad de perseguir el delito y el respeto a los derechos fundamentales: eficiencia versus garantía

La persecución del delito y la investigación de la verdad poseen límites necesarios¹⁷⁰ derivados de la necesidad de respeto a la dignidad de la persona humana y la vigencia de un Estado de derecho; de otro modo se correría el riesgo de socavar valores colectivos, institucionales e individuales¹⁷¹. Tan importante

¹⁷⁰ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 868; TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentarios al Código procesal penal*. Lima: Grijley, pp. 8 y ss.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 191.

como averiguar la verdad es respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías mínimas de la dignidad de la persona humana¹⁷².

Como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán: “La averiguación de la verdad no puede lograrse a cualquier precio”. El combate eficaz contra la delincuencia no es irreconciliable con el respeto de las garantías constitucionales, peor aun cuando ambas premisas constituyen pilares normativos ideológicos de un Estado de derecho¹⁷³.

La averiguación de la verdad, entendida de modo incondicional, no es la meta última y decisiva del proceso penal. La meta es más bien: la obtención formalizada de la verdad¹⁷⁴ o el acceso a la verdad a través del respeto a los derechos fundamentales. El juez no descubre la verdad material, sino la verdad forense.

La indagación de la verdad no es un valor supremo y absoluto. Como señala claramente Struensee: “Quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad”¹⁷⁵ o el juez Oliver Holmes: “Es preferible a veces que algunos delincuentes escapen de la acción de la justicia, antes que el Estado desempeñe un papel indigno”. El crimen solo puede combatirse dentro del margen que fijan los derechos fundamentales y no con el crimen mismo¹⁷⁶. En un Estado de derecho no rige el principio que el fin justifica los medios.

¹⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 34.

¹⁷³ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 67; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (1989). “Prueba ilegítimamente obtenida”. En: *Jueces para la democracia*, N° 07, Setiembre, p. 24.

¹⁷⁴ HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, p. 190.

¹⁷⁵ STRUENSEE, Eberhard. Ob. Cit., p. 667.

¹⁷⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 67.

El profesor español Fernández Entralgo señala: “(...) la actividad procesal tiene –como la lucha como la guerra– sus reglas de fuego, impregnadas de eticidad que impiden legitimar –apelando a una suerte de maquiavelismo judicial– cualquier medio, en aras de la obtención de la verdad material y de la justa solución del conflicto”¹⁷⁷. La protección de los derechos humanos no serviría de nada si el Estado no sancionara la obtención de pruebas que se produce con su violación¹⁷⁸. De allí que deba existir una necesaria coherencia, lógica y jurídica, entre el reconocimiento de los derechos y el establecimiento de mecanismos eficaces que consagren la sanción de invalidez o ineficacia de aquellos actos o procedimientos que vulneren su núcleo esencial. La instauración de una declaración debe llevar a la fijación de sanciones efectivas, cuando lo que se busca es una protección real y no solo nominal.

Si bien la aplicación de los principios y reglas de la prueba ilegal puede derivar en una situación de impunidad y de ineficacia de la justicia penal, en la medida de que muchos delincuentes quedan absueltos, tal circunstancia es un costo que a veces se tiene que pagar y asumir por el respeto y vigencia de los derechos fundamentales¹⁷⁹ y los principios rectores de un Estado de derecho y del sistema democrático. La consagración legislativa o jurisprudencial de la prueba prohibida no implica la defensa de un interés privado o una concesión innecesaria

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Ob. Cit., p. 27.

¹⁷⁸ *Cfr.* EDWARDS, Carlos Enrique. Ob. Cit., p. 10; SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 868.

¹⁷⁹ *Cfr.* FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Ob. Cit., p. 24; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 67.

a la delincuencia, sino la defensa irrestricta de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales¹⁸⁰.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido las limitaciones del derecho a prueba y de la investigación de la verdad en el proceso penal en las sentencias recaídas en el Exp. N° 010-2002-AI/TC Lima (Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos) señalando que: “Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

En la determinación de la prueba prohibida, su sentido y límites subyace un dilema jurídico político y un punto de tensión entre los intereses del Estado a perseguir el delito a través del proceso penal, con el fin de lograr los fines preventivos generales o especiales trazados, y la necesidad de respetar los derechos humanos de los ciudadanos¹⁸¹.

Un Estado policía, con sus medios y recursos ilimitados, puede perseguir con más eficacia y éxito el delito que un Estado liberal, haciendo del sistema

¹⁸⁰ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 868.

¹⁸¹ GÖSSEL, Karl – Heinz. Ob. Cit., p. 64.

penal un instrumento más “eficiente” en la lucha contra la criminalidad. Los peligros latentes, sin embargo, son mayúsculos dado que la eficacia del sistema penal alcanza también a los inocentes, se suprime las exigencias de respeto a la obtención de una prueba incriminatoria válida y hay el riesgo que aparezca de modo incontenible una criminalidad estatal.

Un Estado liberal a ultranza, por su parte, si bien tiende a proteger de mejor forma los derechos de los ciudadanos no hace sino terminar sometiendo a la sociedad a la ley del más fuerte, expandiéndose la anarquía, el caos y el desorden. La persecución y la investigación del delito ceden estrepitosamente frente a los intereses individuales de mayor libertad a costa de una menor seguridad.

En cambio, en un proceso penal de un Estado de derecho se logra equilibrar ambos intereses: la persecución penal eficaz y la investigación de la verdad se coordina con la adecuada protección a los derechos fundamentales. La investigación de los hechos tiene su límite infranqueable en la protección de la persona y la preservación de los valores superiores del ordenamiento jurídico. En un sistema democrático se garantiza el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, por lo que el Estado no puede valerse de pruebas obtenidas con su violación¹⁸². Por su parte, los derechos fundamentales sin renunciar a su núcleo esencial ceden frente a los intereses públicos predominantes que buscan una persecución eficiente del delito y una sanción proporcional al injusto de los autores y partícipes.

¹⁸² EDWARDS, Carlos Enrique. Ob. Cit., p. 9.

Ningún proceso puede llamarse debido si es que se acogen o valoran pruebas obtenidas con la violación de derechos fundamentales¹⁸³. Dentro de esa lógica se constata en la actualidad un cambio de preocupación respecto a los ejes temáticos de la teoría y práctica de la prueba en donde la pertinencia de la prueba ha cedido su paso al análisis del estudio de la admisión de la legitimidad de la prueba, buscando una limpieza en el juicio¹⁸⁴.

La prohibición de que una prueba obtenida con infracción de algún derecho fundamental no pueda ser admitida o valorada en el marco de un proceso penal es la principal expresión de una investigación de la verdad sujeta a límites y que refleja la necesidad inevitable de acentuar la naturaleza acusatoria del proceso penal con una dosis de garantismo¹⁸⁵.

4.4. La constitución política del Perú y la prueba ilícita

El artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Estado establece que: “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, Interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al

¹⁸³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 28.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Ob. Cit., p. 22.

¹⁸⁵ DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. Cit., p. 19.

respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial”.

La regulación de la prueba ilegal o también llamada “exclusión probatoria” tiene en nuestro ordenamiento jurídico un origen y alcance constitucional¹⁸⁶. El establecimiento de una sanción expresa por la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales constituye una garantía para la vigencia de los mismos, pues como dice Ferrajoli: “todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto”¹⁸⁷.

La primera restricción que ofrece el inciso 10 de la Constitución es que la interceptación de las comunicaciones (v. gr. una conversación telefónica), solo puede establecerse en virtud a un mandamiento u orden del juez¹⁸⁸; el mismo que debe encontrarse suficientemente motivado, respetando las garantías impuestas en la ley. La motivación permite colocar un límite razonable a la información que se autoriza conocer o intervenir¹⁸⁹.

Ninguna autoridad por mayor poder material o político que posea puede irrogarse la facultad de autorizar la intervención en las comunicaciones. La Constitución ha querido consagrar, y así lo ha establecido, que la única autoridad que puede ordenar la interceptación telefónica sea un juez mediante un mandato motivado. Se ha impuesto un monopolio y una reserva absoluta respecto a la

¹⁸⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 43.

¹⁸⁷ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 870.

¹⁸⁸ Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Rao, p. 142; RUBIO CORREA, Marcial (199). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: PUCP, p. 283.

¹⁸⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit., p. 283.

autoridad que puede ordenar la afectación del derecho fundamental secreto en las comunicaciones.

La violación de dicho precepto constitucional convierte a la prueba en ilegal, ilegítima, inconstitucional y contraria a las normas jurídicas que presiden un Estado de derecho. Sin embargo, la Constitución no se ha reducido a establecer una limitación judicial a la interceptación de las comunicaciones. A ello ha agregado y de manera expresa que: “Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

La Constitución no solo ha determinado de manera general y absoluta a la única autoridad que puede ordenar el levantamiento del secreto en las comunicaciones –que ya de por sí constituye un avance saludable– sino que, además, ha prescrito una consecuencia al acto que no cumpla o viole el precepto constitucional: la ineficacia e inutilidad de los documentos y el contenido de la conversación; o, en general, de todo los actos que se encuentren en conexión directa con la afectación del derecho fundamental.

El legislador asignó de manera expresa, clara e inequívoca una sanción o una consecuencia jurídica determinada, a quien obtenga determinados medios de prueba o elementos de convicción con la infracción de los derechos humanos. Esta inutilidad o ineficacia de la prueba inconstitucional, se entiende, posee ribetes sumamente amplios y extensos, pues dicha prueba no puede valorar ni desplegar efectos en alguna instancia, ya sea pública o privada; menos puede pretender ser utilizada –como indica Bernalés Ballesteros– en un procedimiento o resolución

judicial¹⁹⁰. Incluso, se plantea que la información así obtenida se tome como si no existiera¹⁹¹.

Con ello, resulta inobjetable que la Constitución no se ha limitado a fijar la competencia funcional del órgano encargado de afectar lícitamente un derecho fundamental, sino que ha impuesto una sanción cuando esto ocurra, que no es otra que la ineficacia probatoria de la prueba ilícitamente obtenida.

Se considera que este párrafo de la Constitución constituye una norma razonable, que no enmienda los efectos de hecho de la violación producida¹⁹². La validez –o ineficacia en términos constitucionales– de la prueba obtenida con violación del secreto en las comunicaciones se define en términos generales y amplios, sin conocer restricción alguna o sin importar el contenido que tengan¹⁹³.

Esta norma constituye un precepto de un especial valor y sentido constitucional en la protección, garantía y afianzamiento de los derechos humanos, pues no solo remarca la necesidad de que la prueba se obtenga con respeto y sujeción a los derechos derivados del respeto de la dignidad de la persona humana, sino que impone una ineficacia constitucional expresa de cumplimiento obligatorio por los poderes públicos, en especial por el Poder Judicial.

Si bien durante mucho tiempo ha existido en la doctrina y jurisprudencia la idea de que las normas contenidas en la Constitución Política del Estado no

¹⁹⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. Cit., p. 142.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit., p. 283.

¹⁹³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. Cit., p. 142.

representan más que un programa dirigido al legislador, esta idea no puede ser de recibo en los Estados –como el Perú en los que se ha optado por constituciones normativas. En tanto Constitución normativa “la Constitución es, ciertamente, una fuente del Derecho y en ese sentido puede ser definida también como una categoría que incorpora al ordenamiento normas jurídicas”¹⁹⁴.

En este marco, es de resaltar que las normas constitucionales que consagran derechos o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) son directamente aplicables (self-executing), tienen valor jurídico directamente vinculante (conocido también en la doctrina como: fuerza vinculante directa, valor directamente normativo, eficacia directa)¹⁹⁵.

No solo pueden, sino que deben ser aplicadas en el proceso penal, así el legislador no las haya desarrollado en normas legales (la inexistencia de normas legales al respecto no puede impedir su aplicación)¹⁹⁶, e, incluso, por la especial jerarquía del texto constitucional, con preferencia a estas últimas. La naturaleza ejecutiva y la auto operatividad de los derechos fundamentales no requiere de una norma legal de segundo orden¹⁹⁷ (ley, reglamento, etc.) para hacerlo efectivo, más aún si la Constitución establece claramente la ineficacia legal de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

¹⁹⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (1999). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, p. 30.

¹⁹⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (1999). *El proceso penal en el Estado de derecho*. Lima: Palestra, p. 19; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990). *Doctrina general del Derecho procesal (hacia una teoría y ley procesal generales)*. Barcelona: Librería Bosch, p. 58.

¹⁹⁶ PICO I JUNOY, Joan (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch, p. 25.

¹⁹⁷ EDWARDS, Carlos Enrique. Ob. Cit., p. 18.

La norma constitucional consagrada en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución puede aplicarse a otros casos de prueba ilegal (v. gr.: allanamiento de domicilio, registro personal, intimidad, etc.), más allá de la violación al derecho fundamental del secreto en las comunicaciones, amparándose en la aplicación analógica de la ley en materia penal en la medida de que resulta más favorable al ciudadano; sobre todo si la Constitución consagra expresamente la sanción de ineficacia para la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental.

Constituiría una injustificada e innecesaria restricción para el efecto irradiante de los derechos fundamentales y las garantías que los protegen sostener que desde el punto de vista constitucional la única modalidad de prueba ilegal que determina la ineficacia de la valoración son los casos de violación del secreto en las comunicaciones y no otras formas típicas de prueba ilegal y que según el caso pueden albergar un grado máximo de lesividad.

Una interpretación según la Constitución y en coherencia con el respeto a la dignidad de la persona humana debe asumir que la ineficacia legal establecida en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución comprende a toda forma de prueba ilegal que se ha obtenido con violación al núcleo esencial de los derechos humanos.

4.5. La ineficacia o inutilización como consecuencia de la prueba ilícita en la legislación ordinaria

La legislación¹⁹⁸, la doctrina procesal¹⁹⁹ y la jurisprudencia comparada vienen postulando cada vez de manera más uniforme e insistente la ineficacia e inutilidad de la prueba obtenida ilícitamente o con violación de los derechos fundamentales. El nuevo Código Procesal Penal en el artículo VIII del Título Preliminar, referido a la legitimidad de la prueba²⁰⁰, prescribe categóricamente que:

“1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (...).

La inutilidad o ineficacia de la prueba no es otra cosa que el reconocimiento de la falta de validez y legitimidad de la prueba adquirida o actuada²⁰¹; la misma que actúa en dos momentos distintos: a la hora de la admisión del medio de prueba y en el instante de su apreciación o valoración judicial. Como bien apuntaba el procesalista español Silva Melero: “Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, en caso de haber sido, no deben ser tenidos en cuenta”²⁰². La doctrina considera preferible hablar de ineficacia o inutilidad de la

¹⁹⁸ El Código de Procedimientos italiano en su artículo 191 prescribe que: “La prueba adquirida con violación de la ley no puede ser utilizada; 2. La inutilidad es revisable de oficio en cualquier estado y grado del procedimiento”.

¹⁹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Ob. Cit., p.181; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 110.

²⁰⁰ MÁVILA LEÓN, Rosa (2004). *El nuevo sistema procesal penal*. Lima: Jurista Editores, p. 35.

²⁰¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. Cit., p. 108.

²⁰² SILVA MELERO, Valentín. Ob. Cit., p. 70.

prueba antes que de nulidad de la misma. La ilicitud y la nulidad de la prueba operarían significativamente en ámbitos diferentes²⁰³.

El inciso primero del artículo VIII del nuevo Código Procesal Penal establece el mecanismo y el procedimiento con el que deberá incorporarse la prueba a nivel de un proceso o procedimiento judicial; el cual siempre debe ser legítimo y ajustado a los cánones de legitimidad constitucional. Se trata de un mandato dirigido a las partes y a los sujetos procesales, como a los mismos órganos de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial) sobre la forma de adquisición de la prueba.

Asimismo, este inciso primero consagra una cláusula de exclusión probatoria en la medida de que prescribe que: “Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (...)”. La obtención de las pruebas por medios no legítimos, incompatibles con el texto constitucional determinan obligatoriamente la prohibición de valoración. Es decir, ni siquiera pueden ser utilizados como fuente de convicción o de formación del juicio respectivo a la hora de emitir una resolución.

Se consagra así de manera expresa y adecuada que solo las pruebas lícitas, obtenidas o incorporadas al procedimiento de manera adecuada y con respeto de los derechos humanos –en este caso a un procedimiento de calificación judicial– pueden ser valoradas por las diversas instancias del Poder Judicial. Las demás

²⁰³ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 92; TIEDEMANN, Klaus. Ob. Cit., p. 181.

pruebas o las que no cumplan con esta característica están excluidas de valoración constitucional y legal.

El legislador establece que solo determinadas clases de pruebas pueden ser utilizadas como fuentes de convicción. Estas pruebas deben ser lícitas y su obtención debe llevarse a cabo con respeto a los derechos fundamentales. Como si fuera poco el inciso segundo del artículo VIII del Título Preliminar de Código Procesal Penal prescribe que: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

En consonancia y aplicación del tercer párrafo del inciso 10 del artículo 2 de la Constitución se establece también toda ineficacia legal de la prueba obtenida con violación al núcleo esencial de los derechos fundamentales.

No solo el legislador actual se ha limitado a declarar una inequívoca cláusula de exclusión de valoración, sino que adicionalmente ha establecido una pérdida de eficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales. En tal sentido, la prueba inconstitucional está desprovista de cualquier efecto o consecuencia, entre ellas la de valoración.

Si bien el nuevo Código Procesal Penal no se encuentra vigente, es decir, no está sujeto a una aplicación directa por los órganos de la Administración de Justicia por hallarse el cuerpo normativo en *vacatio legis*, creemos que dicho cuerpo normativo puede presidir la interpretación y aplicación de la ley procesal por las siguientes razones:

- a) El nuevo Código Procesal Penal no es un proyecto de norma, o una forma embrionaria de legislación remota y lejana. Se trata, por el contrario, de una norma jurídica promulgada y publicada en el diario oficial El Peruano que transitoriamente está sometida a una *vacatio legis*.
- b) Dicha norma refleja el estado actual de las ideas constitucionales que se tiene del proceso penal y de sus instituciones, máxime si instaura un conjunto de garantías y de respeto a los derechos fundamentales. Consagra una serie de principios, categorías e instituciones cuya evolución y desarrollo han sido tomados en cuenta y aprehendido por la legislación peruana. Sus normas tienen mayor compatibilidad constitucional que otras leyes o cuerpos normativos sobre la materia.
- c) Los principios y normas que establece lo acercan más a la realidad social a la que responde, a las necesidades de nuestra jurisprudencia en materia penal y constitucional a la par que la ubica dentro del desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Se trata de un Código que armoniza nuestra legislación a los mandatos constitucionales vigentes y al desarrollo comparado (latinoamericano y mundial) en el campo del proceso penal.
- d) No se trata de una norma antigua –y que puede albergar, por ello, valoraciones abandonadas o incompatibles con el desarrollo constitucional y legal– sino de un cuerpo orgánico que representa un estado renovado, presente y actual de las ideas procesales en el campo penal. Se coloca a tono de las ideas que se mantienen en el seno del proceso penal.

- e) Si bien no estamos ante una norma vigente su aplicación está sometida a la realización de una interpretación progresiva de la ley procesal vigente, dado que cubre sus vacíos, supera sus omisiones y rectifica los errores en los que se habría incurrido. La interpretación progresiva es una forma de interpretación reconocida de manera unánime a nivel de la teoría del derecho y la hermenéutica jurídica²⁰⁴.
- f) Ayuda a superar los problemas y los conflictos suscitados en nuestra jurisprudencia en el campo del procedimiento penal, imprimiendo mayor garantía y eficacia en la solución de los problemas sociales. No solo se trata de una obra legislativa nueva, sino que tiene un compromiso con las exigencias y necesidades sociales a las que busca atender y cubrir.
- g) Su aplicación debe producirse en la medida de que no se oponga o no se quiebre de manera flagrante con la regulación procesal vigente; de tal manera que cuando la integre, mejore o maximice la protección a los derechos fundamentales –sin infringir su sentido literal– debe no solo promoverse, sino exigirse su vigencia.
- h) Los principios y normas garantistas que consagran las pautas valorativas, directrices y orientadoras de la legislación procesal penal deben tener acogida en la medida de que tienen asiento constitucional directo y se funda en el reconocimiento, ya sea explícito o implícito, de los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú.

4.6. ¿La prueba ilícita solo puede ser declarada a nivel de la sentencia?

²⁰⁴ GUASTINI, Riccardo (2009). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 234.

La prohibición de la obtención y valoración de la prueba no solo se encuentra justificada en las decisiones que se instauran en una etapa avanzada del proceso penal; o en el procedimiento de apelación o de nulidad de la sentencia. Ella rige como mandato constitucional y legal para todos los órganos de persecución penal, llámese Ministerio Público o Policía, y en todas las etapas del proceso en la que se averigüe la verdad. Abarca, por lo tanto, a la investigación preliminar, prisión provisional, la apertura del proceso penal²⁰⁵, en particular en la determinación de los indicios o sospecha inicial, o a la hora de fundamentar la acusación.

La violación de los derechos fundamentales puede producirse fuera del proceso, ya sea en la etapa policial o en la investigación fiscal²⁰⁶ como también dentro del proceso penal²⁰⁷ cuando, por ejemplo, no se informa al imputado del derecho a contar con un abogado defensor o el derecho a guardar silencio. Según destaca la doctrina más autorizada lo que no puede incorporarse como objeto del procedimiento o de juicio no debe incorporarse a la acusación, y tampoco debe llegar a ser objeto de la investigación o de las diligencias previas²⁰⁸.

Constituye un error gravísimo creer que la prohibición de valoración de la prueba es una noción aplicable solo en el momento de la sentencia o de la decisión final del caso. Nada impide que el órgano judicial rechace o declare inadmisibles una prueba obtenida a través de una infracción constitucional²⁰⁹. No solo el Poder Judicial tiene la obligación de cumplir con el mandato constitucional de respeto a

²⁰⁵ STRUENSEE, Eberhard. Ob. Cit., p. 672.

²⁰⁶ DÍAZ CABIELE, José Antonio - MARTÍN MORALES, Ricard. Ob. Cit., p. 22.

²⁰⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 106.

²⁰⁸ GÖSSEL, Karl-Heinz. Ob. Cit., p. 68.

²⁰⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 93.

los derechos fundamentales. Esta tarea no es función exclusiva que la Constitución y la ley encomiende a la jurisdicción ordinaria. Todos los ámbitos de la Administración Pública y los órganos del Estado deben cumplir con el deber de respetar los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, v. gr.: el Parlamento en el caso del antejuicio y desafuero, los Tribunales administrativos y demás dependencias del Estado.

Sin embargo, dicha obligación se vuelve mayor y de un nivel superlativo cuando estamos ante la actividad de los órganos de persecución del delito, tal como ocurre con el Ministerio Público y la Policía Nacional; sobre todo cuando la misma Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 38 que: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; y en el caso del Ministerio Público media el mandato directo de respetar los derechos fundamentales tal como se deduce del artículo 1 de su LOMP al regular que: “El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio (...)” y la propia Constitución consagra como atribución del Ministerio Público: “Conducir desde su inicio la investigación del delito” (artículo 159 inciso 4), la cual –aunque la Constitución no la prescriba– debe discurrir con abierto respeto a los derechos humanos.

Por su parte, el artículo 166 de la Constitución asigna a la Policía Nacional la “(...) finalidad fundamental de garantizar, mantener y restablecer el orden

interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

La prohibición de utilización o valoración de la prueba tiene un especial interés en cuanto a su aplicación al momento de abrir instrucción sobre todo si la prueba ilegítima es la única “prueba” de cargo o si es el elemento esencial. En el primer caso y en la medida de que no haya otro medio de prueba, la doctrina procesal contemporánea está de acuerdo en que la decisión judicial correcta es dictar un auto de no procesamiento penal²¹⁰, pudiendo las partes acusadoras impugnar dicha resolución.

Asimismo, desde una concepción integral de protección a los derechos fundamentales de no controlarse la licitud de la prueba a nivel de la investigación preliminar o en fase de calificación de la denuncia se corre el riesgo de que pueda dictarse medidas coercitivas tanto personales como civiles sobre la base de pruebas ilícitamente, consumándose en sede judicial la lesión irreparable a los derechos fundamentales de los ciudadanos²¹¹.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 0740-2003-HC/TC ha declarado que:

“(....) Los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva que incumbe solo a las partes que participan en un proceso, sino también una objetiva, que debe ser del interés de la legislación, administración y jurisdicción,

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 127.

²¹¹ *Ibíd.*

pues representan los valores materiales de todo sistema jurídico y están basados en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano”.

4.7. ¿Quiénes pueden incurrir en la obtención y/o práctica de una prueba prohibida?

Las pruebas y los medios de investigación en un proceso pueden ser ofrecidos por los órganos constitucionales de persecución del delito (Ministerio Público, Poder Judicial y Policía) como por los particulares, en especial, las víctimas del delito. La duda que se genera en este ámbito es si la prueba prohibida y sus efectos invalidantes solo pueden ser causados por funcionarios públicos o también por particulares. Al respecto, hay dos posturas:

Según un sector de la doctrina procesal penal en la medida de que las disposiciones del procedimiento y la investigación del delito solo están dirigidas a los órganos de persecución penal, las pruebas ilegales obtenidas por particulares son, en principio, valorables²¹², salvo que se trate de casos en el que el particular logra obtener una prueba de la violación extrema de derechos humanos.

Dicha postura se basa, salvo matices especiales, en la consideración de que la finalidad de las prohibiciones probatorias busca desalentar a los policías y a otros órganos de persecución del delito a incurrir en actos delictivos o en prácticas irregulares en la obtención de la prueba²¹³.

²¹² ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 206.

²¹³ Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit., p. 133.

Sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina procesal penal se ha decantado, con razón, por la opinión contraria, sosteniendo que también los particulares pueden incurrir en la obtención o producción de pruebas ilícitas, v. gr.: escuchas telefónicas ilegales o sustracción de documentos. En tal sentido, cualquier persona puede incurrir en la práctica o en la obtención de una prueba prohibida²¹⁴. La jurisprudencia española ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este aspecto en la STC 114/1984 al prescribir: “La nulidad radical de todo acto –público, o en su caso privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas por la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución”.

También los funcionarios públicos que no se encargan de la persecución del delito pueden incurrir en la obtención o práctica de pruebas ilícitas, v. gr.: militares, funcionarios civiles del Ministerio del Interior, etc. La distinción entre la obtención de la prueba por particulares o funcionarios públicos ha sido llamada absurda e incongruente²¹⁵.

El respeto de los derechos fundamentales no solo recae en los funcionarios públicos, en concreto en aquellos funcionarios encargados de la persecución penal del delito, sino que dicha obligación también se extiende a los particulares. Todos los ciudadanos tenemos el deber de respetar los derechos fundamentales y la Constitución²¹⁶. No solo los funcionarios públicos o un cuerpo particular de los mismos ostentan dicho deber.

²¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto...* Ob. Cit., p. 27.

²¹⁵ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Ob. Cit., p. 24.

²¹⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. Cit., p. 109.

Si lo que se pretende es fortalecer la vigencia de los derechos humanos y la necesidad de que la averiguación de la verdad se encuentre sujeta a límites, irradiando sus efectos a nivel del proceso penal, carece de todo sustento reducir el alcance de las pruebas ilícitas a las actuaciones planificadas o ejecutadas por funcionarios públicos; porque no solo ellos tienen el deber de conducir su actuación según los mandatos constitucionales. No interesa en absoluto la calidad, condición o rango de quien obtiene la prueba con la vulneración de los derechos ciudadanos. Por otro lado, debe recordarse que el artículo 38 de la Constitución Política establece que “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 410-2002-AA/TC ha declarado que: “(...) Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también al de aquellas establecidas entre particulares (...)”. Desde esa perspectiva, si bien los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado, es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones derivadas de cualquiera de los poderes públicos, hoy también esos atributos son susceptibles de titularizarse y tutelarse en el ámbito de las relaciones inter privados.

Negar que los derechos fundamentales puedan tener eficacia en las relaciones entre privados importaría tanto como afirmar, como se hiciera en el

siglo XIX, que la Constitución solo es un documento normativo cuyo ámbito de aplicación solo comprende a las diversas dependencias estatales. Naturalmente, semejante definición no se corresponde con nuestro concepto de Carta Magna, según el cual la Constitución es la Ley Fundamental de la Sociedad y, como tal, vincula y a ella quedan vinculados todos los poderes públicos e, incluso, los propios particulares.

De ahí que el Tribunal Constitucional tenga que señalar que los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, lo hace en forma directa incluso en las relaciones que entre privados pudieran suscitarse, toda vez que su respeto constituye, en el plano sustancial, parte del orden público constitucional. “En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos (...) resulta inexorablemente inconstitucional” (Exp. N° 1124-2002-AA/TC)”.

CONCLUSIONES

1. Mediante la regla de la exclusión de la actividad probatoria, se exige que aquella prueba reputada como ilícita no puede ni debe ser admitida ni valorada, en tanto que en su obtención se han vulnerado derechos o libertades fundamentales. Es decir cuando el medio probatorio utilizado constituya una materialización directa de la vulneración de derechos fundamentales, y se pretenda aducir en un proceso penal contra quien fue víctima de tal vulneración, se afirma por regla general que, tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como la efectividad de dicha prohibición, resultan indispensables para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo, a causa de la limitación de sus derechos fundamentales.
2. La exclusionary rule o regla de exclusión 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.

3. El principio de proporcionalidad es una de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, también es vulnerable porque si no se aplica correctamente puede significar la puerta de entrada a la comisión de muchas arbitrariedades y abusos por parte de los magistrados.
4. La sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia.
5. Ningún derecho fundamental es ilimitado. El derecho a la prueba aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites. Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias, o de utilizar la prueba.
6. Prueba ilícita aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. Según el Nuevo Código Procesal Penal el límite a la prueba ilícita es el contenido esencial de los Derechos fundamentales.
7. Para poder determinar el límite de aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental se debe utilizar la llamada ponderación de derechos que consiste en sopesar derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cuál derecho prevalece en el caso en concreto y cuál debe quedar desplazado.

8. Los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto pero sí un contenido esencial, esta relativización de los derechos fundamentales deberán ser interpretada siempre desde la óptica de los principios pro – hominen y pro – libertatis de los Derecho humanos.
9. La solicitud de exclusión de prueba ilícita puede ser presentada en la fase intermedia o en la de enjuiciamiento, sin embargo el estadio procesal más oportuno es en la primera.
10. Puede ser solicitada la exclusión de un medio procesal que se reputa ilícito tanto por quien sufrió el acto violatorio de sus derechos como por el procesado, aunque este sea diferente de aquel.
11. El procedimiento de exclusión tiene por objeto determinar la ilicitud del medio probatorio o la derivación del mismo de uno ilícito; y la existencia de una de las excepciones a la regla de exclusión.
12. La búsqueda de la verdad no autoriza a nadie a conseguir la verdad a cualquier precio, se deben respetar límites legales, éticos y sobre todo no afectar la dignidad humana.

RECOMENDACIONES

1. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ir dilucidando el proceder y la interpretación jurisprudencial para la posible aplicación de la regla de exclusiones probatorias y sus excepciones o cualquier otro medio interpretativo de prueba ilícita y sus efectos, tarea que es urgente, ya que de no hacerlo, no se puede avanzar en la eficiente protección de bienes jurídicos, tarea indispensable de un Estado Social de Derecho.
2. También se sugiere que para el particular, regiría mejor la aplicación jurisprudencial de los casos, ya que es difícil tratar de normar cada hecho particular, porque siempre van a suceder hechos nuevos sobre los que hay que juzgar.
3. Se sugiere que para evitar el abuso de la búsqueda y empelo de las pruebas ilícitas por particulares, el juez sancione al que busco u obtuvo la prueba ilícita, si esta prueba presentada es irrelevante para el proceso, y atentatoria contra los derechos fundamentales que hubiesen sido transgredidos de manera violenta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILÓ, Joseph (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Lima: Editorial Palestra.
2. ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. ASECIO MELLADO, José María (1989) *La Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Editora Trivium.
4. ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: AGUILÓ, Joseph, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Iustel
5. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante (2005). “Hacia una interpretación constitucional de las normas procesales penales vigentes”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 143. Lima: Gaceta Jurídica.
6. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (1999). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
7. BELLATTI, Carlos (2003). *Detención, requisa personal y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
8. BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
9. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Rao.
10. BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

11. BINDER, Alberto (1993). *Introducción al proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
12. BOBBIO, Norberto (1982). “Presente y porvenir de los derechos humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, Santiago de Chile.
13. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas.
14. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2002). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos constitucionales*. Tomo I. Trujillo: Fondo editorial de la USP de Chimbote.
15. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). “Principios rectores del nuevo código proceso penal”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Editorial Palestra.
16. 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.
17. CAFERATA NORES, José (1986). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
18. CALAMANDREI, Piero (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Buenos Aires: Editorial JEA.
19. CAPELLETTI, Mauro (1972). “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”. En: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
20. CAROCCA PÉREZ, Alex (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Editorial J.M. Bosch.

21. CASTILLO ALVA, José Luis (2005). “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°. 83, Año 11, agosto. Lima: Gaceta Jurídica.
22. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2003). “Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, vol. 7, Coruña.
23. CHIOVENDA, José (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus.
24. COUTURE, Eduardo Juan (1985). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
25. CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Lima: Editorial Palestra.
26. DE LA PLAZA, Manuel (1985). *Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
27. DE OTTO, Ignacio (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
28. DE SANTOS, Víctor (1992). *La Prueba Judicial*. Buenos Aires: Editora Universidad.
29. DE VEGA GARCÍA, Pedro (1987). *Estudios político constitucional*. México: UNAM.
30. DELLEPIANE, Antonio (1996). *Nueva Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis.

31. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: De Zevalia Editor.
32. DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas.
33. DIAZ DE LEON, Marco Antonio (1991). *Tratado sobre las pruebas penales*. Mexico: Editorial Porrúa.
34. DOHRING, Erich (1986). *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
35. EDWARDS, Carlos Enrique (2000). *La Prueba ilegal en el proceso penal*. Córdoba: Editora Lerner.
36. EDWARDS, Carlos (1999). *La prueba ilegal en el proceso penal*. Buenos Aires: Editora Córdoba.
37. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990). *Doctrina general del Derecho procesal (hacia una teoría y ley procesal generales)*. Barcelona: Librería Bosch.
38. FENECH, Miguel (1982). *El Proceso Penal*. Madrid: Editorial Ageda.
39. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (1989). "Prueba ilegítimamente obtenida". En: *Jueces para la democracia*, N° 07, Setiembre.
40. FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta.
41. FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta

42. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2003). *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Pamplona: Aranzadi.
43. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra.
44. GIMENO SENDRA, Vicente (1997). *El Nuevo Proceso Penal*. Madrid: JM Bosch Editor.
45. GÓMEZ COLOMER, Juan (1985). *Introducción y normas básicas*. Barcelona: Editorial Bosch.
46. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (1999). *El proceso penal en el Estado de derecho*. Lima: Palestra.
47. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editora Colex.
48. GÖSSEL, Karl – Heinz (2004). *El proceso penal ante el Estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Lima: Grijley.
49. GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
50. GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: Miguel Carbonell (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta - IJ/UNAM.
51. GUASTINI, Riccardo (2009). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

52. GUERRERO PERALTA, Oscar (2005). *Las excepciones a la regla de exclusión probatoria. A propósito del artículo 445 del nuevo Código de Procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Editora Temis.
53. HAIRABEDIÁN, Maximiliano (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
54. HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
55. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2006). “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿excepciones a la regla?”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 153. Lima: Gaceta Jurídica.
56. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2006). Empleo de las pruebas ilícitamente obtenidas ¿excepciones a la regla?. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.
57. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill.
58. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2006). *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*. Lima: Jurista editores.
59. HESSE, Honrad (1885). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas.
60. HUERTAS MARTÍN, María (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: Editorial J.M. Bosch.
61. JAUCHEN, Eduardo (1992). *La prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores.

62. JIMÉNES ASENJO, Enrique (1987). *Derecho Procesal Penal*. Vol. 1. Mexico: Editorial Revista de Derecho Privado.
63. LANDA ARROYO, César (2006). “Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano”. En: *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Editorial Palestra.
64. LANDA ARROYO, César (2008). “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
65. LANDA ARROYO, César (2010). “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”. En: *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
66. LANDA ARROYO, César (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura.
67. LANDA ARROYO, César (2013). “La constitucionalización del derecho peruano”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 71, Lima.
68. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Editorial Akal.
69. LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
70. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Valencia: Editora Tirant To Blanch.

71. MÁVILA LEÓN, Rosa (2004). *El nuevo sistema procesal penal*. Lima: Jurista Editores.
72. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor.
73. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal*. Barcelona: Editorial J. M. Bosch.
74. MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Barcelona: Editorial Thomson – Civitas.
75. MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1990). “Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos (algunos problemas actuales del Estado de Derecho)”. En: *Persona y Derecho*, N° 23, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
76. MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
77. MUÑOZ SABATE, Luis (1997). *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Bogota: Editorial Temis.
78. ORTELLS RAMOS, Manuel et al (1991). *Derecho Jurisdiccional*. T. III. Madrid: JM Bosch Editor.
79. PASTOR BORGONÓN, Beling (1986). *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*. Barcelona: Ediciones Justicia.

80. 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.
81. PÉREZ ROYO, Javier (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
82. PICO I JUNOY, Joan (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch.
83. PIETRO CASTRO, Leonardo (1982). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Tecnos.
84. PRIETO SANCHÍS, Luis (1983). “El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución Española”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, Santiago de Chile.
85. PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
86. 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.
87. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando (1997). *La Prueba documental. Teoría general*. 5ta. Edición. Bogota: Señal Editora.
88. RAMOS MENDEZ, Francisco (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch Editor.
89. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley.

90. RAMOS RUBIO, Carlos (2000). *La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia. En la Prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
91. REYNA ALFARO, Luis (2005). “El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita: precisiones iniciales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 83, Año 11. Lima: Gaceta Jurídica.
92. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.
93. ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt.
94. ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Editorial Jurista.
95. ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
96. RUBIO CORREA, Marcial (199). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: PUCP.
97. 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*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
98. SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). *Derecho Procesal penal*. Lima: Editorial Grijley.
99. SENTIS MELENDO, Santiago (2000). *Introducción al Derecho Probatorio*. Madrid: Editorial Castellana.

- 100.SILVA MELERO, Valentín (1963). *La Prueba Procesal. Teoría General*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- 101.SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Editora Fecat.
- 102.STRUENSEE, Eberhard (1994). “La prueba prohibida”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año II, N° 4, julio – diciembre. Lima: Editorial Grijley.
- 103.TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentarios al Código procesal penal*. Lima: Grijley.
- 104.TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima: Academia de la Magistratura.
- 105.TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta Editores.
- 106.TIEDEMANN, Klaus (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra.
- 107.VALVERDE LUNA, Vanessa (2005). “Alcances de la prueba ilícita y su naturaleza penal como garantía constitucional”. En: *XVI Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología*. Lima: UNMSM.
- 108.VARELA, Casimiro (2004). *La Valoración de la Prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- 109.VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia (2003). *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Madrid: Universidad Complutense.

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